

3 Fremdbesitzverbot und beschränktes Mehrbesitzverbot

Das Fremdbesitzverbot und das beschränkte Mehrbesitzverbot sind die Säulen des Apothekenwesens. Das Apothekengesetz untersagt es durch die Regelung in §§ 1, 2, 7, 8 ApoG Nicht-Apothekern, Apotheken zu besitzen oder zu betreiben und reglementiert in § 2 ApoG außerdem die Anzahl der Apotheken, die ein Apotheker betreiben darf, sowie ihre Entfernungen zueinander. Gleichzeitig gibt das Apothekengesetz vor, in welcher Rechtsform Apotheken betrieben werden dürfen, nämlich als Einzelkaufmann, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und offene Handelsgesellschaft⁹. Eine Apotheken-GmbH ist nach § 8 ApoG nicht zulässig¹⁰. Auch aus dem Umstand, dass Anwälte sich mit Apothekern zur gemeinschaftlichen Berufsausübung im Rahmen einer Partnerschaftsgesellschaft zusammenschließen können¹¹, folgt nicht, dass die Fremdbesitzregelungen des Apothekengesetzes rechtswidrig sind. Die Fremdbesitzregelungen bewirken aber, dass eine normale Insolvenz einer Apotheke nicht möglich ist, sondern allenfalls die Eigenverwaltung in Betracht kommt¹².

3.1 Fremdbesitz und Verfassungsrecht

Das Fremdbesitzverbot war schon Gegenstand von verfassungsgerichtlichen Überprüfungen.

3.1.1 Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts

Ursprünglich war eine Niederlassungsbeschränkung für Apotheker angedacht worden. Nach dem bayerischen Gesetz über das Apothekenwesen vom 16.06.1952 sollte für eine neu zu errichtende Apotheke die Betriebserlaubnis nur erteilt werden, wenn die Errichtung der Apotheke zur Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln im

9 Offene Handelsgesellschaften sind in das Transparenzregister einzutragen, §§ 20, 21 GWG.

10 Vgl. hierzu *Krämer*, in: *Rixen/Krämer*, ApoG, § 8 RdNr. 5, s. Lit.-verz.: *Wesser*, in: *Kieser/Wesser/Saalfrank*, Apothekengesetz, § 8 RdNr. 19, s. Lit.-verz.; zu möglichen Reformen hinsichtlich einer Apotheken-GmbH als neue Gesellschaftsform s. auch die Ideen von *Püschel*, Brauchen wir eine neue Rechtsform für Apotheken?, DAZ 2023, Heft 21, S. 18 ff.

11 BGH, Beschluss vom 12.04.2016, Az.: II ZB 7/11.

12 Vgl. etwa *Keramati/Hölken*, Rechtliche Hürden in der Insolvenz einer Apotheke, NZI 2019, 833 ff.

öffentlichen Interesse liegt und anzunehmen ist, dass ihre wirtschaftliche Grundlage gesichert ist und durch sie die wirtschaftliche Grundlage der benachbarten Apotheken nicht so weit beeinträchtigt wird, dass die Voraussetzungen für den ordnungsgemäßen Apothekenbetrieb nicht mehr gewährleistet sind.

- 7 Mit der Erlaubnis konnte die Auflage verbunden werden, die Apotheke im Interesse einer gleichmäßigen Arzneiversorgung in einer bestimmten Lage zu errichten. Durch die Beschränkung der Niederlassung von Apotheken sollte deren Leistungsfähigkeit gesichert und eine Gefährdung des Bestands schon vorhandener Apotheken verhindert werden. Das Bundesverfassungsgericht hat diese objektive Beschränkung der Berufsausübung in seinem bekannten Apothekenurteil¹³ für verfassungswidrig erklärt. Es hat gleichzeitig die Voraussetzungen, wann und in welchem Maße in die Berufsausübungsfreiheit durch ein Gesetz eingegriffen werden kann, in der „Drei-Stufen-Lehre“ konkretisiert. Objektive Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, wie sie der Freistaat Bayern anstrebte, sind also auf dem Gebiet des Apothekenrechts nicht verfassungsgemäß.

3.1.2 Leitbild des Apothekers in seiner Apotheke

- 8 Durch das Gesetz über Apothekenwesen aus dem Jahr 1960 hat der Gesetzgeber letztlich die Regelungen eingeführt, die noch heute weitgehend Gültigkeit haben. Er geht von der persönlichen Leitung der Apotheke durch einen Apotheker und dessen persönlicher Verantwortlichkeit aus. Das Bundesverfassungsgericht hatte 1964 zu beurteilen, ob das Fremd- und damals uneingeschränkte Mehrbesitzverbot mit Art. 12 Abs. 1 GG – Grundrecht auf Berufsfreiheit – vereinbar ist. Es hat dabei das Leitbild des Gesetzgebers des „Apothekers in seiner Apotheke“ herausgestellt. Allerdings sind in der Entscheidung auch schon Andeutungen zu einem räumlich beschränkten Mehrbesitz¹⁴, wie er in § 2 Abs. 4, 5 ApoG geregelt ist, enthalten¹⁵.
- 9 Ein Apotheker übt auch im Rahmen seines Apothekenunternehmens einen freien Beruf aus¹⁶. Das Fremdbesitzverbot¹⁷ wirkt einer Aushöhlung der Freiberuflichkeit und

13 BVerfG, Urt. v. 11.06.1958, Az.: 1 BvR 595/56, BVerfGE 7, 377 ff.

14 Im GMG-Entwurf vom 09.05.2003 war noch vorgesehen, fünf Apotheken ohne jede räumliche Beschränkung betreiben zu können, vgl. hierzu *Dettling/Lenz*, Der Arzneimittelvertrieb in der Gesundheitsreform 2003, S.197 ff.; vgl. auch den Vorentwurf BT-Drucks. 15/1170 vom 16.06.2003 von SPD und Bündnis 90/Die Grünen, der eine völlige Aufhebung des Mehrbesitzverbotes vorsah.

15 Vgl. BVerfG, Urt. v. 13.02.1964, Az.: 1 BvL17/61–1 BvR 494/60–1 BvR 128/61, BVerfGE 17, 232, 240. Dort heißt es: „Die Erfüllung dieser für die Volksgesundheit wichtigen öffentlichen Aufgaben hält der Gesetzgeber am besten dann für gewährleistet, wenn die einseitige Verantwortung für den Betrieb der Apotheke in einer Hand liegt, wenn also dem ausgebildeten Apotheker, der für die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben einzustehen hat, auch das Eigentum an der Apotheke zusteht. Der Gesetzgeber will es vermeiden, dass die Erfüllung der mit dem Betrieb einer Apotheke verbundenen öffentlichen Aufgaben und das privatrechtliche Eigentum und der Besitz an dem Apothekenbetrieb auseinanderfallen. Danach ist das Leitbild des Gesetzgebers der ‚Apotheker in seiner Apotheke‘. Auf dieser Grundanschauung hat er dem selbstständigen Apotheker die Verpflichtung zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung auferlegt (§ 7 Satz 1) und ihn auf den Betrieb nur einer Apotheke beschränkt (§ 3 Nr. 5). Aus dieser Konzeption heraus schließt das Gesetz die Verwaltung von Apotheken fast ganz aus und beschränkt die Verpachtung auf wenige Ausnahmen.“ und auf S. 45 weiter: „Es mag sein, dass unter besonderen Umständen ein Apotheker zwei oder auch drei nahe beieinander liegende Apotheken unter voller persönlicher Verantwortung selbst leiten kann.“

16 Hierzu BVerfG, Beschl. v. 22.05.1996, Az.: 1 BvR 744/88, 1 BvR 60/89, BVerfGE 94, 372, 391.

17 S. auch *Wesser*, Apothekenrechtliches Fremdbesitzverbot und Bürgerliches Recht, A&R 2022, 163 ff.

einer Konzentration im Apothekenwesen entgegen. Gleichwohl sind durch die Auflockerung des strengen Mehrbesitzverbotes und die Zulassung des Versandhandels seit 2004 – je nach Position – neue Chancen oder Risiken im Rahmen einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung geschaffen worden¹⁸.

3.2 Fremdbesitzverbot und Gemeinschaftsrecht

Die Gemeinschaftskonformität des Fremd- und Mehrbesitzverbotes war höchst umstritten¹⁹. Der Europäische Gerichtshof²⁰ hat aber entschieden, dass die Regelungen zur Niederlassungsfreiheit in Art. 43 EG und Art. 48 EG einer nationalen Regelung, die es Nichtapothekern verbietet, Apotheken zu besitzen und zu betreiben, nicht entgegenstehen²¹.

10

3.2.1 Ausgangslage des Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof

Ausgangspunkt waren zwei Vorlagebeschlüsse des Verwaltungsgerichts des Saarlandes²². Das Gesundheitsministerium im Saarland hatte einer niederländischen Aktiengesellschaft die Erlaubnis zum Betrieb einer Filialapotheke in Saarbrücken erteilt. Das deutsche Apothekenrecht mit seinem Fremdbesitzverbot, hatte das Ministerium mit der Begründung, dass es gegen EG-Recht verstoße und die Behörde deshalb verpflichtet sei, es außer Acht zu lassen, nicht angewendet. Das Verwaltungsgericht des Saarlandes hat mit

11

18 Vgl. hierzu: *König/Meurer*, Das apothekenrechtliche Fremdbesitzverbot auf dem Prüfstand von Verfassungs- und Gemeinschaftsrecht, ApoR 2004, 153 ff.

19 Vgl. zum Fremd- und Mehrbesitzverbot etwa *Dettling/Mand*, Fremdbesitzverbote und präventiver Verbraucherschutz – Zur Gemeinschaftsrechtskonformität des apothekenrechtlichen Fremd- und Vielbesitzverbots 2006; s. Lit.-verz.; *Dettling*, Fremdbesitzverbote, Corporate Governance im Gesundheitswesen und Gemeinschaftsrecht, ApoR 2006, 1 ff.; *Zuck/Lenz*, Der Apotheker in seiner Apotheke, s. Lit.-verz., S. 78 ff.; *Dettling/Lenz*, Der Arzneimittelvertrieb in der Gesundheitsreform 2003 – Eine apotheken- und verfassungsrechtliche Analyse des GMG-Entwurfs, s. Lit.-verz., S. 194 ff.; *Dettling/Kieser*, in: *Herzog/Dettling/Kieser/Spielvogel*, Filialapotheken 2004, s. Lit.-verz., S. 104 ff., *Saalfrank/Wesser*, Unabhängigkeit der Arzneimittelversorgung und das sog. Fremdbesitzverbot bei Apotheken, A&R 2008, 60 ff.; *Mand*, Das Fremdbesitzverbot für Apotheken im Lichte der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 und 48 EG, A&R 2008, 45 ff., 61 ff.; *Mand*, Der EuGH und das Fremdbesitzverbot für Apotheken, WRP 2010, 702 ff.; *Kiefer*, Die Vereinbarkeit des Fremd- und Mehrbesitzverbotes für Apotheken mit der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43, 48 EGV und die Nichtanwendung nationalen Rechts durch Verwaltungsbehörden, s. Lit.-verz.; *Taupitz*, Das apothekenrechtliche Verbot des Fremd- und Mehrbesitzes aus verfassungs- und Europarechtlicher Sicht 1998, s. Lit.-verz. *Taupitz/Schelling*, Das apothekenrechtliche Verbot des „Mehrbesitzes“ – auf ewig verfassungsfest?, NJW 1999, 1751 ff.; *Streinz/Herrmann*, Und wieder DocMorris: Das apothekenrechtliche Mehr- und Fremdbesitzverbot aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts, EuZW 2006, 455 f.; *Kirchhoff*, Niederlassungsfreiheit und „Normverwertungsbefugnis“ nationaler Behörden im Fall „DocMorris“, ZESAR 2007, 301 ff.; *Martini*, DocMorris ante portas – Zu Risiken und Nebenwirkungen der Niederlassungsfreiheit des Art. 48 EG für das Berufsrecht der Apotheker, DVBl. 2007, 10 ff.; *Tamke*, Die Untrennbarkeit von Apothekenfremdbesitz- und Mehrbetriebsverbot innerhalb der Entscheidung über ihre Zukunft, ZESAR 2009, 381 ff.; *Kaeding*, Fremdbesitzverbot – Ende der Diskussion?, APR 2009, 85 ff.

20 Vgl. Urt. v. 19.05.2009, Az.: C-171-07, C-172-07 – Apothekerkammer des Saarlands.

21 Vgl. *Dorn*, in: *Rixen/Krämer*, ApoG, Einleitung RdNr. 89 ff, s. Lit.-verz.; *Kieser*, in: *Kieser/Wesser/Saalfrank*, Apothekengesetz, § 7 RdNr. 22 ff.

22 Beschl. v. 20.03.2007, Az.: 3 K 361/06, Beschl. v. 21.03.2007, Az.: 3 K 364/06.

Beschlüssen vom 12.09.2006²³ die aufschiebende Wirkung von Klagen von Apothekern gegen die erteilte Apothekenbetriebserlaubnis wiederhergestellt. Auf die Beschwerde der Kapitalgesellschaft hat das Oberverwaltungsgericht des Saarlandes²⁴ die erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben und die Anträge auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes zurückgewiesen²⁵.

3.2.2 Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 19.05.2009

- 12** Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 19.05.2009²⁶ dargelegt, dass das Fremdbesitzverbot in Deutschland nicht gemeinschaftswidrig ist. Er hat den besonderen Charakter der Arzneimittel betont, deren therapeutische Wirkungen sich substanzial von den übrigen Waren unterscheiden²⁷. Eine fehlerhafte Einnahme könne der Gesundheit schweren Schaden zufügen. Außerdem könne eine falsche Verwendung von Arzneimitteln zu einer Verschwendung von finanziellen Mitteln führen. Zwar würde auch ein Apotheker Gewinne erwirtschaften, bei ihm sei aber davon auszugehen, dass er seine Apotheke nicht nur aus rein wirtschaftlichen Zwecken betreibe, sondern auch unter einem beruflich-fachlichen Blickwinkel. Sein privates Interesse an Gewinnerzielung werde durch seine Ausbildung, seine berufliche Erfahrung und die ihm obliegende Verantwortung gezügelt, da ein etwaiger Verstoß gegen die Rechtsvorschriften oder berufsrechtlichen Regelungen nicht nur den Wert seiner Investition, sondern auch seine eigene berufliche Existenz erschüttere. Nichtapotheker unterschieden sich von Apothekern dadurch, dass sie keine der Apotheker entsprechenden Ausbildung, Erfahrung und Verantwortung haben²⁸.
- 13** Der Europäische Gerichtshof betont, dass die auf zwölf Monate befristete Verwaltungsregelung des § 13 Abs. 1 ApoG nicht zu einer Inkohärenz führe. Auch die Regelungen zur Krankenhausapotheke hätten keinen Einfluss auf das allgemeine Niveau der Sicherheit und Qualität der Versorgung der Gesamtbevölkerung mit Arzneimitteln, da Krankenhausapotheken nicht die Versorgung von Personen außerhalb der Krankenhäuser mit Arzneimitteln sicherstellen. Bei den Regelungen zum beschränkten Mehrbesitz betreibe der betreffende Apotheker die Filialapotheken in eigener Verantwortung. Auch dort sei das Privatinteresse an Gewinnerzielung in dem gleichen Maße gezügelt wie bei Apotheken, die keinen Status von Filialapotheken hätten²⁹.
- 14** Mit Blick auf die sog. Optikerentscheidung vom 21.04.2005³⁰, die bei der Erteilung der Apothekenbetriebserlaubnis und den Gegnern des Fremdbesitzverbotes eine wesentliche Rolle spielte, betont der Europäische Gerichtshof, dass sich die dortigen Feststellungen angesichts des besonderen Charakters von Arzneimitteln und ihres Marktes nicht übertragen ließen. Im Unterschied zu Optikerprodukten könnten aus therapeutischen Gründen verschriebene und verwendete Arzneimittel sich trotz allem, ohne dass der Patient

23 VG Saarlouis, Az.: 3 F 38/06, Az.: 3 F 39/06.

24 Beschlüsse v. 22.01.2007, Az.: 3 W 14/06, 3 W 15/06.

25 Das VG Saarland hat im Urt. v. 20.06.2008, Az.: 1 K 1135/07 einen Antrag der DocMorris N. V., in die Apothekerkammer des Saarlands aufgenommen zu werden, abgewiesen. Eine Kapitalgesellschaft übe nicht selbst den Beruf eines Apothekers aus, wie es für die Aufnahme in die Kammer notwendig wäre.

26 Az.: C-171/07 und C-172/07, etwa WRP 2009, 797 f.

27 EuGH, Urt. v. 19.05.2009, Az.: C-171/07, C-172/07, RdNr. 31.

28 Vgl. EuGH, Urt. v. 19.05.2009, Az.: C-171/07, C-172/07, RdNr. 37, 38.

29 Vgl. EuGH, Urt. v. 19.05.2009, Az.: C-171/07, C-172/07, RdNr. 44 ff.

30 EuGH, Urt. v. 21.04.2005, Az.: C-140/03, Slg. 2005, I-3177 – Kommission gegen Griechenland.

sich dessen bei ihrer Verabreichung bewusst sein kann, als für die Gesundheit sehr schädlich erweisen, wenn sie ohne Not oder falsch eingenommen werden. Zudem führe ein medizinisch nicht gerechtfertigter Verkauf von Arzneimitteln zu einer ungleich größeren Verschwendung öffentlicher Finanzmittel als der nicht gerechtfertigte Verkauf von Optikerprodukten³¹.

3.2.3 Weitere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs

Der Europäische Gerichtshof hat am 19.05.2009 ebenfalls geurteilt, dass das Fremdbesitzverbot für Apotheken in Italien nicht gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags verstößt³². Auch Niederlassungsbeschränkungen für Apotheken sind grundsätzlich zulässig³³. Allerdings müsse gewährleistet sein, dass es eine ausreichende Zahl von Apotheken zur angemessenen Versorgung gibt. Regelmäßig sind deshalb Öffnungsklauseln notwendig.

15

Eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur Vereinbarkeit des beschränkten Mehrbesitzverbotes mit dem Europäischen Recht gibt es noch nicht. Der Europäische Gerichtshof³⁴ hat sich in einem Verfahren zur finnischen Regelung über den Mehrbesitz hierzu nicht positioniert, sondern sich nur damit befasst, ob es gerechtfertigt ist, dass private Apotheker nur bis zu drei Filialapotheken, die Apotheke der Universität Helsinki dagegen 16 Filialapotheken errichten darf.

16

In verschiedenen Entscheidungen vom 05.12.2013³⁵ hat der Europäische Gerichtshof es nicht als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit angesehen, wenn eine nationale Regelung es Apothekern, die nicht Inhaber einer im Organisationspool aufgenommenen Apotheke sind, verbietet, verschreibungspflichtige Arzneimittel an Selbstzahler zu veräußern.

In allen Entscheidungen hatte der Europäische Gerichtshof die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers bei Gesundheitsfragen, gerade auch im Lichte von Art. 168 Abs. 7 AEUV betont.

In der Entscheidung Parkinson³⁶, die zu Preisthemen erging, hatte der Europäische Gerichtshof hingegen eine Abkehr vollzogen und eine Nachweis- und Beweispflicht der Mitgliedsstaaten, die kaum zu erfüllen ist, aufgenommen. Allerdings ist in späteren Entscheidungen der Europäische Gerichtshof wieder dazu übergegangen, die Einschätzungsprärogative des nationalen Gesetzgebers gerade in Gesundheitsthemen zu betonen³⁷.

Das VG Dresden³⁸ hat das bei Tierärzten bestehende Fremdbesitzverbot gebilligt und den Verkauf einer Tierarztpraxis an eine Betreibergesellschaft, die im vollständigen Besitz eines Fremdinvestors steht, als unzulässig angesehen.

31 Vgl. EuGH, Urt. v. 19.05.2009, Az.: C-171/07, C-172/07, RdNr. 60.

32 EuGH, Urt. v. 19.05.2009, Az.: C-531/06.

33 Vgl. EuGH, Urt. v. 01.06.2010, Az.: C-570/07 – Niederlassungsbeschränkung in Spanien; Urt. v. 17.12.2010, Az.: C-217/09; Urt. v. 29.09.2011, Az.: C-315/08.

34 EuGH, Urt. v. 21.06.2012, Az.: C-84/11.

35 EuGH, Az.: C-159/12 bis C-161/12 vom 05.12.2013 – Venturini.

36 Urt. v. 19.10.2016, Az.: C-148/15 – Parkinson.

37 Vgl. etwa EuGH, Az.: C-297/16, Urt. v. 01.03.2018 – Tierarztvorbehalt; EuGH, C-649/18, Urt. v. 01.10.2020 – Shop-Apotheke; EuGH, Urt. v. 15.07.2021, Az.: C-190/20 – Gewinnspielwerbung/Doc-Morris; s. zur Bedeutung der Einschätzungsprärogative bei Preisthemen auch OLG München, Urt. v. 07.03.2024, Az.: 6 U 1509/14.

38 Urt. v. 23.02.2022, Az.: 4 K 3007/18.

Diskussionen rund um formale Anforderungen bei der Ausübung freier Berufe gibt es jedoch regelmäßig. So hat sich aktuell der Europäische Gerichtshof³⁹ damit zu befassen, ob Geschäftsanteile einer Rechtsanwaltsgesellschaft an Personen ohne Zulassung zur Rechtsanwaltschaft übertragen werden dürfen. Sollte der Europäische Gerichtshof das dort bestehende Fremdbesitzverbot für gemeinschaftsrechtswidrig erachten, könnte dies Auswirkungen auf den Apothekensektor haben.

39 Az.: C-205/23.