Landgericht München I
Berufsgericht für die Heilberufe

Az: BG – Ap 15/10

IM NAMEN DES VOLKES

U R T E I L

Das Berufsgericht für die Heilberufe
bei dem Landgericht München I

erlässt in dem berufsgerichtlichen Verfahren

gegen die Apothekerin [redacted]
wohnhaft: [redacted]

vertreten durch [redacted]

auf Antrag der Bayerischen Landesapothekerkammer, Maria-Theresia-Straße 28, 81675 München vom 03.11.2010

wegen Berufspflichtverletzung

aufgrund der Hauptverhandlung in der öffentlichen Sitzung vom 21.03.2012, an der teilgenommen haben:

1. Vorsitzender Richter am Landgericht [redacted] Vorsitzender und die Apothekerinnen [redacted] als ehrenamtliche Richterinnen,

2. die Beschuldigte [redacted]

3. für die Bayerische Landesapothekerkammer, [redacted]

4. Justizangestellte [redacted] Urkundsbeamte der Geschäftsstelle,

folgendes

URTEIL

I. Die Apothekerin [redacted] hat sich eines Verstoßes gegen die Berufspflichten schuldig gemacht.

II. Gegen sie wird eine Geldbuße in Höhe von 3.000,00 Euro verhängt.

III. Die Beschuldigte trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich ihrer notwendigen Kosten und Auslagen.

IV. Die Verfahrensgebühr wird auf 1.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Mit Schreiben vom 03.11.2010, eingegangen beim Berufsgericht für Heilberufe am 04.11.2010, beantragte die Bayerische Landesapothekerkammer als Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Sitz in München die Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens gegen die damals Beschuldigte Frau Apothekerin [redacted] geboren am [redacted]. Die Beschuldigte [redacted]

Aufgrund einer umfangreichen Vorkorrespondenz vor Antragstellung zum Berufsgericht für Heilberufe teilte die Bayerische Landesapothekerkammer am 27.10.2011 der Beschuldigten mit, dass beim Berufsgericht für Heilberufe ein Antrag auf Überprüfung des Verhaltens hinsichtlich einer selbständigen Tätigkeit als Vertreterin in Apotheken gestellt würde. Die Bayerische Landesapothekerkammer stützte ihren Antrag zum Berufsgericht für Heilberufe darauf, dass die Beschuldigte als Geschäftsführerin einer Firma tätig ist, die Vertretungsdienstleistungen für Apotheken anbietet. Unter der Internetadresse [redacted] hat die Beschuldigte dafür geworben, dass sie Vertretungsleistungen in Apotheken auf selbständiger Basis erbringe. Auf dieser Internetseite stellte sie für diese Vorgehensweise unter anderem heraus, dass für den Auftragnehmer, d. h. den jeweiligen Apotheker der eine Vertretung benötigt, sämtliche Lohnnebenkosten, wie Kranken-, Renten- und Sozialversicherung und Urlaub bzw. Krankheitstage entfallen. Die Bayerische Landesapothekerkammer vertritt bei ihrer Antragstellung die Auffassung, dass die Erbringung von Vertretungsdienstleistungen in selbständiger Tätigkeit gegen apothekenrechtliche Vorgaben verstößt. Insbesondere sei eine selbständige Vertretungstätigkeit mit der eigenverantwortlichen Leistungsverpflichtung des Apothekenbetriebs durch den Apothekenleiter unvereinbar. Eine selbständige Tätigkeit, wie sie die Beschuldigte anstrebe und auch ausführe, setze voraus, dass dieser freie Mitarbeiter unabhängig ist und insbesondere an Weisungen hinsichtlich der Arbeitszeit und der Gestaltung seiner Tätigkeit durch den Arbeitgeber, d. h. durch den Apothekerleiter, nicht

gebunden ist. Dies gelte jedoch nicht für den Vertreter eines Apothekenleiters, da dieser insbesondere hinsichtlich der Vorgaben der Arbeitszeit strikt an die Weisungen des Apothekenleiters, d. h. des Arbeitgebers, gebunden ist damit dadurch vermieden wird, dass es zu einer nicht ordnungsgemäß besetzten Apotheke kommt. Auch sei ein freier Mitarbeiter aufgrund der zivilrechtlichen Ausgestaltung seiner Tätigkeit jederzeit in der Lage den Auftrag niederzulegen. Der freie Mitarbeiter würde in der von der Beschuldigten gewählten Form der Vertretungstätigkeit nicht in den Betrieb des Apothekers eingegliedert. Dies lasse sich mit dem pharmazeutischen Betrieb und der persönlichen Leistungsverpflichtung des Inhabers aufgrund der Apothekenbetriebserlaubnis und nach § 7 Apothekengesetz nicht vereinbaren. Unter Hinweis auf Rechtsprechung des Landgerichts Verden vom 25.11.2009, in dem entschieden wurde, dass die Vertretung eines Apothekenleiters nicht im Rahmen eines selbständigen Anstellungsverhältnisses erfolgen dürfe und einer weiteren Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 24.06.2010 unter dem Aktenzeichen 3 C 30/09 beschuldigte die Bayerische Landesapothekerkammer die Beschuldigte [redacted] durch dieses Verhalten ihre Berufspflichten deshalb verletzt zu haben, da sie bei der Ausübung ihres Berufes die gesetzlichen Bestimmungen und die einschlägigen Anordnungen, wie Verordnungen, Erlasse und Richtlinien nicht beachtet habe und damit gegen § 1 der Berufsordnung der Bayerischen Landesapothekerkammer verstoßen hat.

In den beigefügten Unterlagen befand sich ein Internetausdruck unter dem Oberbegriff [redacted], indem die Beschuldigte unter anderem folgendes anbot :

„Meine Leistungen beinhalten alle Tätigkeiten und Aufgaben, die eine festangestellte Apothekerin in ihrer Apotheke zu erbringen hätte. Da ich auf selbständiger Basis bei ihnen tätig bin, entfallen für Sie sämtliche Lohnnebenkosten wie Kranken-, Renten- und Sozialversicherung und Urlaubs- bzw. Krankheitstage.

Zu den normalen Tätigkeiten zählen natürlich auch Nacht- und Notdienste - innerhalb der Woche und an Wochenenden, passende Räumlichkeiten vorausgesetzt. Darüber hinausgehende Tätigkeiten können natürlich auch individuell abgesprochen werden. Über einen normalen Dienstleistungsvertrag werden alle wesentlichen Verantwortlichkeiten und Verpflichtungen auf beiden Seiten einmalig geklärt. Zusätzliche Arbeitsaufträge regeln dann

jeweils pro Vertretungszeitraum die Arbeitszeiten, den Zeitraum der Unterstützung und die Vergütung, so dass Folgeaufträge sehr einfach vereinbart werden können. ....".

Weiter ergibt sich aus dem Internetausdruck ein jeweiliger Kalender für unterschiedliche Monate mit denen per Klick eine Buchungsanfrage der Beschuldigten vorgenommen werden kann.

II.

Nach Zustellung der Antragsschrift hat sich die Beschuldigte umfangreich über ihren Anwalt zum Vorwurf der Bayerischen Landesapothekerkammer eingelassen. Es wurde unter anderem ausgeführt, dass die Beschuldigte keineswegs gegen apothekenrechtliche Vorschriften verstoßen habe, sie würde auch keine unzulässige Vertretungstätigkeit betreiben. Die Auffassung der Bayerischen Landesapothekerkammer, wonach die Vertretung des Apothekeninhabers zwingend im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses erfolgen müsse, sei unzutreffend. Dies könne auch aus den zitierten Entscheidungen nicht abgeleitet werden. Auch sei weder aus dem Wortlaut des Apothekengesetzes noch der Apothekenbetriebsordnung eine derartige Vorgabe zu entnehmen. Im Übrigen müsse klargestellt werden, dass im Vergleich zu anderen Heilberufen die Vertretung dort im Rahmen eines selbständigen Dienstverhältnisses möglich und zulässig sei, so dass nicht nachvollziehbar sei, warum dies bei Apotheken nicht möglich sein solle. Festzustellen sei, dass der einzelne Apothekeninhaber jeweils die Möglichkeit habe und dies auch nutzen könne, direkt mit der Vertreterin, d. h. der Beschuldigten, in Kontakt zu treten. Derartige Möglichkeiten könnten auch im Dienstvertrag geregelt werden. Jedoch sei auch darauf hinzuweisen, dass gerade im Bereich der Urlaubsvertretung z.B. bei Krankheit oder Fortbildung es eben nicht permanent möglich sei, mit den jeweiligen Apothekeninhaber tatsächlich Kontakt aufzunehmen, so dass dieser sein Direktionsrecht aus dem Arbeitsvertrag oder auch sein Weisungsrecht aus dem Dienstvertrag nicht ohne Weiteres z.B. von Spanien aus ausüben könne. Im Übrigen müsse man natürlich auch berücksichtigen, dass bei konsequenter Anwendung der Ansicht der Apothekenkammer diese auch gegen diejenigen

Apotheker als Betriebsinhaber ein Apothekenverfahren einleiten müsste, von denen sie erfährt, dass sie die Vertretung im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit zulassen. Hier geschehe offensichtlich nichts. Zumindest in zwei anderen Bundesländern, z.B. in Hessen, sei die Vertretertätigkeit in der Form der selbständigen Tätigkeit zulässig. Auch die Finanzgerichte hätten diese Art der Vertretung steuerrechtlich anerkannt.

Im Bereich der übrigen Heilberufe, wie Ärzte oder Zahnärzte, sei es völlig normal, dass die Vertretung eines Praxisinhabers durch einen anderen Arzt oder die Tätigkeit sogenannter Honorarkräfte bzw. Honorarärzte in Kliniken im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit nicht nur zulässig sei, sondern seit Jahren auch so praktiziert würde.

Die Beschuldigte weist in mehreren Schriftsätzen darauf hin, dass sich aus dem Wortlaut der apothekenrechtlichen Vorschrift jedenfalls nicht herleiten lasse, dass ein Vertreter im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses beschäftigt werden müsse. Auch die persönliche Leitung im Sinne von § 7 Apothekengesetz i. V. m. § 2 der Apothekenbetriebsordnung erfordere gerade nicht, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handeln müsse. Darüber hinaus weist die Beschuldigte darauf hin, dass die arbeitsrechtliche, sozialversicherungsrechtliche und auch die steuerrechtliche Einstufung des Vertretungsverhältnisses nicht in die Prüfungskompetenz der Bayerischen Landesapothekerkammer falle.

Auf den gesamten Schriftverkehr der Verfahrensbeteiligten einschließlich der vorgelegten Anlagen wird in vollem Umfang Bezug genommen.

III.

Die Apothekerin [redacted] hat sich eines Verstoßes gegen die Berufspflichten schuldig gemacht.

Die von ihr gewählte Form des Anstellungsverhältnisses in einer selbständigen Tätigkeit bei einer Vertretungstätigkeit widerspricht den gesetzlichen Bestimmungen des Apothekengesetzes in Verbindung mit der Apothekenbetriebsordnung. Dabei ist grundsätzlich

festzustellen, dass nach dem Apothekengesetz (abgekürzt ApoG) gemäß § 1 es den Apotheken obliegt die im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerungen durchzuführen. Bereits aus dieser Vorschrift ergibt sich, dass ein wesentlicher Unterschied zwischen einer normalen Arztpraxis oder auch einem Krankenhaus vorliegt, da hier ein eigenes Gesetz, insbesondere im Hinblick auf das öffentliche Interesse an der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung, dies zum Schutz der Bevölkerung regelt. Darüber, hinaus ist in § 1 Abs. 2 des Apothekengesetzes geregelt, dass man für den Betrieb einer Apotheke die Erlaubnis einer zuständigen Behörde bedarf. Schon hier ist ein ganz gravierender Unterschied zwischen einer Arztpraxis und einer Apotheke zu sehen.

Es hat auch unter anderem gar nichts damit zu tun, dass für eine ärztliche Praxis, soweit sie kassenärztlich tätig werden will, eine Zulassung der Kassenärztlichen Vereinigung notwendig ist. Bei dem Betrieb einer Apotheke geht es darum, dass eine zuständige Behörde prüft, ob der jeweils antragstellende Apotheker die Voraussetzungen des § 2 des Apothekengesetzes besitzt, die da wären, dass er unter anderem gemäß § 2 Abs. 1 Ziffer 3 die deutsche Approbation als Apotheker besitzt und gemäß § 2 Abs. 1 Ziffer 4 die für den Betrieb einer Apotheke erforderliche Zuverlässigkeit besitzt, wobei dann weiter ausgeführt wird, wann er diese aus der Sicht des Gesetzes nicht besitzt.

Damit liegt ein Gesetz vor das im Hinblick auf Art. 12 Grundgesetz in zulässiger Weise regelt, unter welchen Bedingungen eine Apotheke von wem tatsächlich betrieben werden darf.

Aus § 7 des Apothekengesetzes ergibt sich, dass die Erlaubnis eine Apotheke zu betreiben den Leiter der Apotheke zur **persönlichen Leitung der Apotheke** in eigener Verantwortung verpflichtet. Damit geht das Gesetz davon aus, dass der jeweilige Apotheker eine Gesamtverantwortung für die von ihm betriebene Apotheke inne hat. Bei sämtlichen Beratungen und Erörterungen zu den apothekenrechtlichen Bestimmungen ist immer wieder klargestellt worden, dass der Gesetzgeber mit Recht davon ausgegangen ist, dass Arzneimittel keine gewöhnliche oder übliche Ware sind, sondern eines der wichtigsten Hilfsmittel der ärztlichen Kunst sind, welche wegen der Besonderheit der Arzneimittel den Beruf eines Apothekers oder einer Apothekerin charakteristisch prägen, nämlich dass die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln in der Hand selbständiger Apotheker oder Apothekerinnen

gewährleistet ist, d. h. dass die jeweiligen Apotheker die ihnen erlaubte Apotheke persönlich und in eigener Verantwortung leiten.

Ob und in wie weit es dabei wichtig ist auf deutsche Rechtstradition zurückzugreifen, ist für dieses Verfahren unerheblich. Entscheidend ist, dass der Apothekerberuf als solcher als freier Beruf bezeichnet werden muss und dass er wie im Übrigen auch bei anderen freien Berufen in der Person begründete Leistungen höherer Art erbracht werden. Der Zweck dieser Regelungen über apothekenrechtliche Bestimmungen beinhaltet die ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln und wird aus der Sicht des Gesetzgebers am wirkungsvollsten mit einer Apothekenleitung gewährleistet, die die Auswirkung hat, dass der Apotheker persönlich seinen Einsatz erbringt und damit auch persönlich und zwar allein für die ordnungsgemäß Abgabe der Arzneimittel an die jeweiligen Abnehmer haftet. Darüber hinaus ergibt sich aus diesen apothekenrechtlichen Bestimmungen auch die Konsequenz gemäß § 13 Abs. 1 ApoG, dass zum Beispiel nach dem Tod des Erlaubnisinhabers für längstens 12 Monate eine Form der Verwaltung dieser Apotheke zulässig ist. Damit soll auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass eben die Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke ein höchstpersönliches Rechtsgut ist mit der vollen Verantwortung desjenigen, der damit ausgestattet wird.
Darüber hinaus bestimmt die Apothekenbetriebsordnung (ApbetrO), dass gemäß § 1 dieser Verordnung diese Verordnung auf den Betrieb und die Einrichtung öffentlicher Apotheken Anwendung findet und § 1 Abs. 1 Satz 2 niedergelegt ist, dass die Vorschriften der Apothekenbetriebsordnung regeln, wie die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen ist. In § 2 dieser Verordnung ist geregelt, dass unter Abs. 1 Satz 1 der Inhaber der Erlaubnis nach § 2 des Apothekengesetzes der Apothekenleiter ist und in Absatz 2 ist geregelt, dass der Apothekenleiter die Apotheke auch persönlich zu leiten hat. Er ist dafür verantwortlich, so der Gesetzestext, dass die Apotheke unter der Beachtung der geltenden Vorschriften betrieben wird. In Absatz 5 des § 2 der Apothekenbetriebsordnung ist weiter geregelt, dass der Apothekenleiter sich dann, sofern er seiner Verpflichtung zur persönlichen Leitung der Apotheke vorübergehend nicht selbst wahrnimmt durch einen Apotheker vertreten lassen muss. Weiter ist geregelt, dass er eine derartige Vertretung über drei Monate im Jahr nicht zulässig ist und in Absatz 7 ist geregelt, dass der mit der Vertretung

beauftragte Apotheker während der Dauer der Vertretung die Pflichten eines Apothekenleiters übernimmt.

Diese gesetzlichen Grundlagen der persönlichen Leistung einer Apotheke beinhalten für sich gesehen schon den Grundsatz, dass die Leitung einer Apotheke nicht ohne weiteres auf einen Vertreter übergehen kann. Wie sich aus unterschiedlichen Kommentaren wie z. B. Cyran/Rotten zur Apothekenbetriebsordnung ergibt, ist grundsätzlich von einer eigenständigen und auf Dauer ausgelegten Apothekenleitung des Inhabers der Berechtigung nach den apothekengesetzlichen Bestimmungen auszugehen. Lediglich die vorübergehende Wahrnehmung der Leitungsbefugnis des Apothekenleiters ist durch einen Vertreter möglich. Schon aus dieser Auslegung ergibt sich, dass der Gesetzgeber nur wollte, dass eine **vorübergehende** Wahrnehmung der Leitungsbefugnis auch delegiert werden kann. Das Leitbild des Gesetzgebers ist der Apotheker in seiner Apotheke, d. h. der Gesetzgeber geht davon aus, dass der Apotheker in seiner Apotheke steht und die Leitung der Apotheke und damit aber auch die Verantwortung bei der Abgabe von Medikamenten alleine trägt.

Es ist der Beschuldigten zuzugeben, dass der Begriff des Vertreters gemäß § 2 Abs. 5 Apothekenbetriebsordnung in der Verordnung selbst nicht weiter erläutert wird. In der gesetzlichen Bestimmung ist nur erläutert, dass die Möglichkeit besteht, dass der Apothekenleiter seine mit der Leitung der Apotheke verbundenen Rechte und Pflichten insgesamt auf einen Vertreter überträgt. Damit ist für die Dauer der Vertretung die Folge, dass der Vertreter anstelle des Apothekenleiters rückt und damit auch dessen berufliche Funktionen ausfüllt. Jedoch ist ganz eindeutig, und eine andere Auslegung ist aus der Sicht des Berufsgerichtes für Heilberufe nicht möglich, dass der Vertreter nicht selbstständig tätig werden kann, da er nämlich in die Betriebsorganisation der jeweiligen Apotheke eingegliedert ist bzw. wird und an die vorgegebenen Arbeitszeiten sowie auch an die Weisungen des Apothekeninhabers gebunden ist. Es ist nicht ersichtlich, dass ein Vertreter im Rahmen der Vertretungsmöglichkeit überhaupt eine Gestaltungsfreiheit im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses in einer Apotheke hat. Es kommt im übrigen auch gar nicht darauf an, ob der Apotheker, der sich vertreten lässt auch tatsächlich erreichbar ist oder nicht, z. B. bei einem Auslandsaufenthalt bei dem keine medialen Verbindungsmöglichkeiten bestehen, sondern es kommt allein darauf an, dass der Vertreter in seiner Entscheidungskompetenz und

in seiner Gestaltungsmöglichkeit innerhalb der Apotheke nur in einem minimalen Umfang Gestaltungsmöglichkeiten hat.

Dies beginnt schon damit, dass er keineswegs über die Öffnungszeiten einer Apotheke in dem zulässigen Rahmen der gesetzlichen Vorgaben entscheiden kann, er hat keinerlei Gestaltungsmöglichkeiten über Art und Weise der Abgabe der Medikamente oder sonstiger Beigaben, genauso wenig über die Frage der Gestaltung der seitens des Apothekeninhabers geschlossenen Arbeitsverträge. Er kann mit Sicherheit während einer Vertretungstätigkeit irgendwelche Bezugsverträge oder sonstige Apothekenversorgungsverträge schließen. Man wird auch berücksichtigen müssen, dass es sich manchmal um gar keine echte Vertretungstätigkeit handelt, sondern eigentlich nur um eine zeitlich befristete Aushilfe für den Zeitraum, in dem der Apothekenleiter nicht in der Apotheke anwesend ist, wobei diese Person eine Approbation besitzen muss.
Sehr regelmäßig wird neben dem Apothekenleiter in einer Apotheke ein weiterer approbierter Apotheker vorhanden sein. Die Fallkonstellation der Beschuldigten wird überwiegend Apotheken betreffen, in denen nur ein Apotheker vorhanden ist.

Wie seitens der Beschuldigten vorgetragen, spielt es auch gar keine Rolle, ob in Notfällen dementsprechende arbeitsrechtliche Verträge geschlossen werden können, wenn der Apotheker aus Unfallgründen oder sonstigen Gründen in seiner Apotheke nicht mehr anwesend ist, gleichwohl eine Vertretung benötigt, da eine Anstellung im Rahmen eines Anstellungsvertrages jederzeit nachgeholt werden kann. Es ist auch nicht ersichtlich, dass eine Schlechterstellung bei einem Vertreter allein dadurch vorliegt, dass er nur in einem Anstellungsverhältnis mit einer Lohnsteuerkarte als Vertreter tätig werden kann. Der Vertreter tritt in eine öffentlich rechtliche Pflichtenstellung des Apothekenleiters ein. Dies ist der ganz entscheidende Unterschied zwischen einer Praxisvertretung einer niedergelassenen Praxis und dem Betrieb einer Apotheke. Eine Apotheke bedarf zusätzlicher Zulassungskriterien, die erfüllt werden müssen, damit der Apothekenbetrieb überhaupt genehmigt werden kann, so dass der Betrieb einer Apotheke insoweit nach öffentlich rechtlichen Vorschriften geregelt ist und nicht nach privatrechtlichen.

Dies ergibt sich auch aus der besonderen Stellung der Apotheke in der Öffentlichkeit und auch dem Berufsbild des Apothekers. Der Vertreter hat die Apotheke genauso zu leiten, wie es der apothekenrechtliche Inhaber bzw. der Verantwortliche der Apotheke, der damit betraut ist, zu tun hat. Er hat dieselben Leistungen zu erbringen, hat jedoch darüber hinaus als Vertreter keine eigenen Gestaltungsfreiheiten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das Apothekenrecht dafür Sorge getragen hat, dass der Apotheker auch in aller Regel mehr oder minder die ganze Zeit in seiner Apotheke anwesend ist. Die sogenannte Vertretungszeit darf drei Monate im Jahr nicht überschreiten, deshalb kann der gesetzgeberische Wille auch so ausgelegt werden, dass klar sein muss, wer die Apotheke mit der Apothekenbetriebserlaubnis tatsächlich nach außen hin führt.

Das freie Mitarbeiterverhältnis in der Form einer selbständigen Arbeitsleistungserbringung als Vertreter würde in rechtlicher Konsequenz bedeuten, dass der freie Mitarbeiter nicht den persönlichen Weisungen durch den Apotheker unterliegt. Dies würde bedeuten, wie das für freie Mitarbeiterverhältnisse typisch ist, dass er Zeit und Inhalt seiner Dienstleistung selbst bestimmen kann. Freie Mitarbeiterverhältnisse, wie z.B. im Bereich der Computerbranche, beinhalten schon gar nicht die Erbringung einer Leistung an einem bestimmten Ort.
Dies ist im vorliegenden Fall nicht möglich, weil die Apotheke besetzt sein muss. Gleichwohl gibt es hier weder Möglichkeiten hinsichtlich der Zeit noch des Inhalts der Dienstleistung, die selbst bestimmt werden könnte, als Vertreter in einer Apotheke. Gemäß § 7 Satz 1 des Apothekengesetzes verpflichtet die Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke den Apothekenleiter zur persönlichen Leitung einer Apotheke in eigener Verantwortung. Diese Verantwortung verpflichtet ihn auch seine Weisungsbefugnis gegenüber seinen Mitarbeitern uneingeschränkt durchzusetzen, dies bedeutet aber auch, dass er den Betrieb und seine Mitarbeiter kontrolliert und somit ist allein schon aus diesem Grund aus einem freien Mitarbeiterverhältnis eine Weisungsbefugnis gegenüber Angestellten oder Arbeitnehmern in einer Apotheke nicht möglich. Das freie Mitarbeiterverhältnis und ein Vertretungsverhältnis ohne die dementsprechende Einbindung in den Betrieb mittels eines Vertrages ist demnach nach Überzeugung des Berufsgerichts ausgeschlossen.

Die teilweise Anerkennung einer selbständigen Vertretungstätigkeit durch die Finanzbehörden ist allein unter dem Blickwinkel zu sehen, dass Finanzbehörden Wert darauf legen, dass Steuern erklärt und auch bezahlt werden. Die Auseinandersetzung mit apothekenrechtlichen Bestimmungen ist nicht Aufgabe der Finanzbehörden.
Im Rahmen der Hauptverhandlung wurde seitens der Beschuldigten immer wieder darauf hingewiesen, dass der Begriff des Vertreters im Gesetz nicht ausreichend bzw. gar nicht geregelt sei. Dies ist nicht notwendig. Aus der Gesamtschau der Tätigkeit eines Apothekers ergibt sich jedoch in Verbindung mit dem Apothekengesetz und der Apothekenbetriebsverordnung, dass der Vertreter als solcher keine Betriebserlaubnis hat. Schon allein daraus kann man ohne weitere Überlegungen herleiten, dass ein Vertreter nur in der Form der Anstellung als Vertreter die Vertretungstätigkeit für den Erlaubnisinhaber ausüben kann.

Im vorliegenden Fall ist zwar das Problem der Zeitarbeitsfirmen, die dementsprechende Verträge vermitteln, nicht direkt angesprochen, jedoch gilt auch hier, dass eine Zeitarbeitsfirma nur einen Vertreter übermitteln kann, wenn auch zwischen diesem und dem tatsächlichen Inhaber der Apothekenbetriebserlaubnis ein Arbeitsvertrag geschlossen wird, der ihn arbeitsrechtlich der Weisungsbefugnis des Apothekenleiters unterstellt. Das umfassende Weisungsrecht des Betriebsleiters einer Apotheke gegenüber einem Vertreter muss zwingend rechtlich so dargestellt werden, dass hier für die selbständige Tätigkeit kein Platz ist, da ansonsten sich der Rahmen der selbständigen Tätigkeit und das Weisungsrecht des Inhabers der Betriebserlaubnis nicht durchgesetzt werden kann.

Die Beschuldigte konnte in der Hauptverhandlung nicht darlegen, aus welchen Gründen sie eigentlich zwingend auf die Wahl einer selbständigen Tätigkeit angewiesen sein soll. Auf Frage des Vorsitzenden Richters, ob nicht dahinter finanzielle Erwägungen stehen, nämlich die erhöhten Abschreibemöglichkeiten bei der Steuer als Selbständige, konnte oder wollte sie keine befriedigende Antwort geben. Die von ihr vorgebrachte Variante des Noteinsatzes bei Apotheken erscheint aus der Sicht des Berufsgerichtes für Heilberufe nur ein Scheinargument.

Auch bei Noteinsätzen ist eine Vertretung der Apotheke mit einem Anstellungsvertrag jederzeit möglich, da dieser nachgeholt werden kann, wenn von vornherein klar ist, dass eine selbständige Anstellung überhaupt nicht erfolgen darf und kann.
Die Frage einer Haftung kann in diesem Verfahren offen bleiben. Jedoch hat das Berufsgericht für Heilberufe eindeutig darauf hingewiesen, dass bei einer selbständigen Vertretertätigkeit durchaus haftungsrechtliche Probleme größerer Art sowohl auf den Apothekeninhaber als aber natürlich auch auf den Vertreter in einer selbständigen Tätigkeit zukommen könne. Gerade aus dem Berufsbild eines Apothekers mit einer selbständigen und eigenständigen Verantwortung bei der Versorgung der Öffentlichkeit mit Medikamenten muss klar sein, wer die Haftung in einer Apotheke alleine übernimmt, die auch auf diese Art und Weise mittels einer freiberuflichen Tätigkeit eines Vertreters nicht abgewälzt werden kann. Wirtschaftliche Erwägungen dahingehend, dass es für den Inhaber einer Apotheke wesentlich einfacher ist Selbständige anzustellen für die Zeit der Vertretung, da er mit zusätzlicher Arbeit nicht belastet ist, sind kein Argument.

Das Berufsgericht für Heilberufe weist aber eindeutig auch darauf hin, dass natürlich auch die Wahl eines Vertreters in selbständiger Tätigkeit möglicherweise durchaus dazu führen kann, dass die insoweit erzielten Einkünfte oder Ausgaben nicht ohne Weiteres steuerlich erfasst werden.

Der Kernbereich von Artikel 12 GG hinsichtlich der Berufsausübung ist in keiner Weise tangiert. Die Vertretungstätigkeit ist innerhalb von Apotheken jederzeit möglich, die Ausgestaltung der Vertretungsmöglichkeit ist im Rahmen der Gesetze zulässig und auch hinsichtlich des Apothekengesetzes und der Apothekenbetriebsordnung hier verfassungsrechtlich ausgestaltet worden. Artikel 3 GG in der Form einer möglichen Verletzung der Gleichbehandlung ist aus der Sicht des Berufsgerichtes für Heilberufe nicht ersichtlich. Es handelt sich schlicht und einfach im Verhältnis zwischen Apotheken und anderen ärztlichen Berufen um einen gravierenden Unterschied, da die Apotheke nicht wie eine Privatpraxis oder ein Krankenhaus arbeitet, sondern die Apotheke als solche mit all ihren Zulassungskriterien eben zielgerichtet vom Gesetzgeber zur Versorgung der Öffentlichkeit mit Medikamenten geregelt wurde und somit aus dem Berufsbild des Apothekers dem

Apotheker eine höhere Verantwortung hinsichtlich der Tätigkeit und auch der möglichen Delegation im Rahmen einer Vertretung aufbürdet. Dies ist nicht zu beanstanden und es stellt auch keinen Verstoß gegen Gleichbehandlung dar, wenn bei Ärzten grundsätzlich möglicherweise auf Honorarbasis gearbeitet werden kann, wenn aber der Gesetzgeber im Rahmen des Betriebs einer Apotheke dies nicht zulässt.

Die Beschuldigte hat deshalb gegen Berufspflichten verstoßen. Dieser Verstoß war auch jederzeit vermeidbar. Im Vorfeld, bevor der Antrag zum Berufsgericht für Heilberufe gestellt wurde, wurde die Beschuldigte mehrfach und eindringlich auf die Ansicht der Bayerischen Landesapothekerkammer hingewiesen. Sie hat zum Ausdruck gebracht, dass sie die Situation rechtlich anders beurteilt. Auf den gewechselten Schriftverkehr vor Antragstellung möchte das Gericht nur insoweit hinweisen, dass die Art und Weise, wie hier seitens der Beschuldigten Formulierungen gegenüber der Apothekenkammer verwendet wurden, zumindest bedenklich erscheint.

Im vorliegenden Fall geht es um die Frage der Überprüfung einer Gestaltungsmöglichkeit, d. h. eines Rechtsproblems. Die Beschuldigte hätte den Verstoß vermeiden könne, so dass das Gericht unter Berücksichtigung der finanziellen Verhältnisse und der Bedeutung des Verfahrens und des Verstoßes hier eine Geldbuße im unteren Bereich für angemessen aber auch erforderlich hält, um die Beschuldigte darauf hinzuweisen, dass die von ihr gewählte Form der Vertretung nicht zulässig ist. Eine Geldbuße in Höhe von 3.000,00 Euro erschien angemessen. Die Beschuldigte bezog im Jahr 2011 [redacted] Euro Gewinn nach Steuern aus ihrer Tätigkeit als Vertreterin in Apotheken.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus Artikel 84 HkaG.

[redacted]

Vorsitzender Richter am Landgericht | Apothekerin | Apothekerin als ehrenamtliche Richterinnen