

Prof. Dr. Winfried Kluth

Richter des Landesverfassungsgerichts a.D.

Rechtsgutachten Auswirkungen der Apotheken- rechtsreformen 2024 auf das Be- rufsbild und das Berufsrecht der Apotheker:innen

Erstellt im Auftrag Bundesapothekerkammer

Halle (Saale), im August 2024

Inhaltsübersicht

Erster Teil: Sachverhalt und Fragestellungen	4
I. Sachverhalt.....	4
1. Die geplanten Reformen im Bereich des Apothekenrechts im Überblick	4
2. Einordnung der Auswirkungen auf das berufsrechtliche Leitbild des deutschen Apothekenrechts.....	8
3. Auswirkungen auf die Versorgungsqualität und -sicherheit.....	11
II. Die Fragestellungen der Untersuchung.....	12
Zweiter Teil:	13
I. Gründung und Leitung von Filialapotheken	13
1. Bisherige Rechtslage.....	13
2. Vorgesehene Änderungen und vorhersehbare Auswirkungen.....	13
3. Rechtliche Würdigung.....	15
II. Leitung einer Apotheke im Filialverbund durch einen Nicht-Apotheker	15
1. Bisherige Rechtslage.....	15
2. Vorgesehene Änderungen.....	15
3. Einordnung und vorhersehbare Auswirkungen	17
a) Vergleich mit Vertretungsmöglichkeiten im Recht anderer freier Berufe .	17
b) Analyse der Auswirkungen auf die persönliche Leitung und Leistungserbringung.....	18
III. Konzentration von besonderen Leistungen auf eine Apotheke eines Filialnetzes.....	19
1. Bisherige Rechtslage.....	19
2. Vorgesehene Änderungen und vorhersehbare Auswirkungen.....	19
3. Rechtliche Würdigung.....	20
IV. Rechtfertigung der Neuregelungen	20
1. Was muss gerechtfertigt werden?.....	20
2. Bestimmung des Prüfungsmaßstabs.....	21
3. Fehlen von Sicherungs- und Begrenzungs-mechanismen	21

4.	Zweifel an einer konsistenten Rechtfertigung.....	22
5.	Zweifel an der Regelung durch Rechtsverordnung.....	23
V.	Beurteilung der Auswirkungen der Änderungsvorschläge auf das Apothekenrecht am Maßstab des Kohärenzgebots	23
1.	Entwicklung von Kohärenz als Rechtsbegriff.....	23
2.	Einordnung des Kohärenzgebots in der Grundfreiheiten-Rechtsprechung des EuGH25	
3.	Kohärenzerfordernis im deutschen Verfassungsrecht	26
4.	Prüfung der Kohärenz der Apothekenreform.....	27
a)	Einordnung einzelner Regelungen.....	27
b)	Rechtliche Bewertung.....	28
VI.	Neuregelung zur Notfallversorgungs-apotheke	29
1.	Bisherige Rechtslage.....	29
2.	Die geplanten Neuregelungen	30
3.	Rechtliche Bewertung	31
VII.	Zusammenfassende Bewertung.....	32

Erster Teil: Sachverhalt und Fragestellungen

I. Sachverhalt

1. Die geplanten Reformen im Bereich des Apothekenrechts im Überblick

Die Bundesregierung plant umfangreiche Änderungen im Bereich des Apothekenrechts, die damit begründet werden, dass durch sie drohende Versorgungsengpässe verhindert werden sollen. Im Referentenentwurf eines Gesetzes für eine Apothekenhonorar- und Apothekenstrukturreform wird dazu ausgeführt:

„Die Arzneimittelversorgung durch Apotheken ist derzeit grundsätzlich und flächendeckend sichergestellt, jedoch wird sie im ländlichen Bereich teilweise von nur wenigen Apotheken übernommen. Der Fachkräftemangel, ein wachsendes Stadt-Land-Gefälle in der Bevölkerung sowie die Abwanderung in andere Beschäftigungszweige können perspektivisch zu Versorgungseinschränkungen in der Fläche führen. Der Erhalt eines flächendeckenden Apothekennetzes mit persönlicher Vor-Ort-Beratung ist von zentraler Bedeutung für die Arzneimittelversorgung. Es besteht Handlungsbedarf, um die flächendeckende Versorgung mit Arzneimitteln mittel- und langfristig weiterhin zu sichern. Deshalb sollen mit diesem Gesetz die notwendigen Rahmenbedingungen für eine bessere Arzneimittelversorgung durch Apotheken in der Fläche geschaffen werden.“¹

Das Gesetz sieht zunächst eine Neuordnung der Finanzierungsstruktur vor, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll. Daran schließen die in diesem Gutachten zu untersuchenden Neureglungen im Bereich der Apothekenorganisation an:

„Als zweite Säule des Gesetzes werden strukturelle Anpassungen in den Vorgaben für die Eröffnung von Apotheken sowie deren täglichen Betrieb vorgenommen. Im Hinblick auf die Gründung und den Betrieb einer Apotheke ist das Apothekenwesen geprägt durch zahlreiche Vorgaben, die Apotheken als Voraussetzung in der täglichen Versorgung einhalten müssen. Solche

¹ Apothekenreformgesetz, Referentenentwurf, S. 1.

Vorgaben sind auch weiterhin notwendig, soweit sie insbesondere der Sicherheit der Patientinnen und Patienten dienen. Gleichzeitig verursachen sie für die Apotheken zusätzliche Bürokratie sowie Kosten und sind daher hinsichtlich ihrer Aktualität zu überprüfen. Eine Entbürokratisierung bei diesen Vorgaben kann Apotheken helfen, eine bessere wirtschaftliche Basis durch Kosteneinsparungen zu erreichen und Fachkräfte effizienter einzusetzen. Dass teilweise zu wenig Fachkräfte zur Verfügung stehen, kann zudem ein Grund für das Schließen von Standorten sein. Im Sinne einer Fachkräftesicherung sollen der Fachkräfteeinsatz flexibilisiert und bestehende Hürden abgebaut werden, die den Apotheken eine Fachkräftegewinnung erschweren. Ferner wird die Eingliederung von Fachkräften erleichtert, die ihre Ausbildung im Ausland absolviert haben. Durch das Gesetz werden entsprechend folgende Anpassungen vorgenommen:

- Ermöglichung flexibler Öffnungszeiten, um diese an Personalressourcen und Bedürfnisse der Versorgung vor Ort anzupassen
- Einfachere Gründung von Zweigapotheken in Orten mit eingeschränkter Arzneimittelversorgung und Weiterentwicklung der Zweigapotheken als Versorgungsform
- Möglichkeit der Neugründung einer Filialapotheke ist zukünftig nicht mehr auf denselben oder einen benachbarten Kreis beziehungsweise auf dieselbe oder eine benachbarte kreisfreie Stadt beschränkt
- Möglichkeit, die Leitung der Filial- und Zweigapotheken eines Filialverbundes als Apothekeninhaberin oder Apothekeninhaber selbst zu übernehmen
- Möglichkeit der Öffnung von öffentlichen Apotheken bei Anwesenheit von erfahrenen pharmazeutisch-technischen Assistentinnen und pharmazeutisch-technischen Assistenten, sofern eine telepharmazeutische Anbindung an Apothekerinnen und Apotheker im Filialverbund sichergestellt ist und die Apothekenleitung mindestens 8 Stunden pro Woche persönlich anwesend ist
- Möglichkeit der Aufteilung der Leitung von Filial- und Zweigapotheken unter zwei Apothekerinnen und Apothekern
- Beschäftigungsmöglichkeiten weiterer Berufsgruppen mit geeigneter Ausbildung für bestimmte unterstützende Tätigkeiten in der Apotheke
- Möglichkeit zur Aufbewahrung von Betäubungsmitteln in Kommissionierautomaten

Mit gleichem Ziel sollen auch Möglichkeiten, die die Digitalisierung bietet, in Apotheken verstärkt zum Einsatz kommen können. Bereits heute sind die Apotheken in der Digitalisierung häufig Vorreiter in der Versorgung und setzen neue Möglichkeiten schnell ein. Die Digitalisierung soll insbesondere mit der Telepharmazie, also der Nutzung interaktiver Videoverbindungen in der Beratung durch Apotheken, ausgebaut werden.“²

Ergänzend zu den Änderungen auf gesetzlicher Ebene sind auch Anpassungen auf der Verordnungsebene vorgesehen. So sind u.a. Änderungen bei der Vertretung und bei der Leitung von Filialapotheken vorgesehen, mit denen regulatorisches Neuland betreten wird.

Weitere Änderungen, die z.T. noch nicht mit den vorgestellten Änderungen abgestimmt sind, folgen aus dem Gesetz zur Reform der Notfallversorgung. Ausgangslage und Zielsetzung dieses Gesetzes beschreibt der Entwurf folgendermaßen:

„In den letzten Jahren wurde der Notdienst bereits an verschiedenen Punkten weiterentwickelt. So gibt es durch die Ansiedlung von Notdienstpraxen in oder an Krankenhäusern bereits erste Verbesserungen der Koordinierung von ambulanten und stationären Versorgungsstrukturen. Da allerdings bisher keine gesetzliche Verpflichtung hierzu besteht, haben sich die Strukturen der Notdienstversorgung regional sehr unterschiedlich entwickelt. Auch durch die Etablierung von Terminservicestellen unter der bundesweit einheitlichen Rufnummer 116117 erhalten Hilfesuchende Unterstützung in Akutfällen. Darüber hinaus gibt es bereits heute einzelne Initiativen von Kassenärztlichen Vereinigungen und Rettungsleitstellen, mit denen eine bessere Kooperation erreicht werden soll. An diese Entwicklungen muss nun angeknüpft werden. Ziel ist es, für alle Hilfesuchenden eine bundesweit einheitliche und gleichwertige Notfallversorgung sicherzustellen.“

Zur Verbesserung der Versorgungslage sollen die Kassenärztlichen Vereinigungen und die jeweiligen Krankenhäuser verpflichtet werden, sich an integrierten Notfallzentren zu beteiligen. Zusätzlich sollen zu Sprechstundenzeiten vertragsärztliche Leistungserbringer als „Kooperationspraxen“ an integrierte Notfallzentren angebunden werden können.

² Apothekenreformgesetz, Referentenentwurf, S. 2 f.

Für die Arzneimittelversorgung durch Apotheken sieht der Gesetzentwurf vor: „Zudem soll die Versorgung von Patientinnen und Patienten von Notdienstpraxen mit Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten durch die Einführung von Versorgungsverträgen mit öffentlichen Apotheken verbessert werden.“

Die Regelungen dienen damit dem für die aktuelle Entwicklung des Gesundheitswesens besonders wichtigen Ziel, den Einsatz der knappen personellen und finanziellen Ressourcen zu verbessern, wie es auch der Sachverständigenrat Gesundheit & Pflege in seinem Jahresgutachten 2024 betont hat: „Es bedarf ... struktureller Reformen mit dem Ziel der effizienteren Verwendung der knappen Ressource Personal. Hier sind auch qualitative Aspekte wie Neustrukturierung der Aufgaben- und Verantwortungsverteilung innerhalb und zwischen den Gesundheitsberufen, eigenverantwortliches, wertgeschätztes Arbeiten, familienfreundliche, verlässliche Arbeitsbedingungen und die effiziente Nutzung digitaler Möglichkeiten, z.B. in der sektorenübergreifenden Dokumentation und Zugänglichkeit von Gesundheitsdaten, von zentraler Bedeutung. Der Rat hat aus dieser Erkenntnis heraus, auf dem Weg der Gutachtenerarbeitung, die Bemühungen um strukturelle Verbesserungen im Bereich der zersplitterten Krankenhauslandschaft in den Bundesländern und der mangelhaften Digitalisierung im deutschen Gesundheitswesen aus fachlichen Gründen nachdrücklich begrüßt und darauf hingewiesen, dass der Fachkräftemangel nicht durch isolierte, einzelne Bemühungen behoben werden kann, sondern ein Bündel von ineinandergreifenden Maßnahmen erfordert.“³

Es erscheint deshalb zunächst einmal nachvollziehbar, dass auch das Apothekenwesen in diese Maßnahmen einbezogen wird. Allerdings müssen dabei auch die durch Freiberuflichkeit geprägten Grundstrukturen dieses Sektors des Gesundheitswesens beachtet werden. Die Erfahrungen mit dem Versuch, im Bereich der Arzneimittelversorgung ein gewerbliches Filialketten- und Franchisemodell zu etablieren („Doc Morris“)⁴ haben bereits mehrfach erkennen lassen, dass nur durch eine konsequente Ausrichtung an den Grundsätzen

³ Sachverständigenrat Gesundheit & Pflege, Fachkräfte im Gesundheitswesen. Nachhaltiger Einsatz einer knappen Ressource. Jahresgutachten 2024, S. IV f.

⁴ Dazu EuGH, BeckRS 2009, 70533, BeckRS 2012, 81281 sowie BeckRS 2016, 32517. Zusammenfassende Darstellung bei *Henssler/Kleen/Riegler*, EuZW 2017, 723 ff.

der Freiberuflichkeit in der Lage ist, die mit der Freiberuflichkeit verbundene hohe Versorgungsqualität abzusichern.

2. Einordnung der Auswirkungen auf das berufsrechtliche Leitbild des deutschen Apothekenrechts

Um die möglichen Auswirkungen der an verschiedenen systemrelevanten Stellen geplanten Änderungen auf das berufsrechtliche Leitbild erfassen zu können, müssen die Einzeländerungen zunächst zusammenhängend erfasst und hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf das derzeitige berufsrechtliche Leitbild des Präsenzapothekers⁵ analysiert werden.

Diese Aufgabe bezieht sich vor allem auf diejenigen Gesetzesänderungen, die sich auf das berufsrechtliche Leitbild des Apothekenrechts beziehen. Dieses knüpft eng an die Konzeption des freien Berufs⁶ an, die ihrerseits durch die folgenden grundlegenden Elemente charakterisiert ist:

- Hohe Berufsqualifikation, i.d.R. fünfjährige universitäre Ausbildung
- Persönliche Leistungserbringung (und damit Begrenzung von Delegationsmöglichkeiten)⁷
- Besonders geschützte Vertrauensbeziehung zum Kunden
- Fremdbesitzverbot
- Begrenzung der interprofessionellen Kooperation
- Begrenzung der professionellen Kommunikation (Werbung)

Alle diese Merkmale sind auch hinsichtlich der grenzüberschreitenden beruflichen Betätigung unionsrechtlich grundsätzlich anerkannt, zugleich aber besonderen Rechtfertigungsanforderungen unterworfen, die in der Richtlinie (EU) 2018/958 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen verankert sind⁸, die ihrerseits an die Regelungen in

⁵ Zu diesem eingehend *Di Fabio*, Apothekerliche Präsenzpflcht in der Apotheke, Rechtsgutachten April 2024.

⁶ Überblick bei *Kluth*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2019, § 22.

⁷ Dazu eingehend *Kluth*, Persönliche Leistungserbringung als Merkmal des Freien Berufs, in: ders. (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2011, 2012, S. 273 – 290.

⁸ Zu dieser näher *Stephan*, DVBl. 2022, 820 ff.

der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie 206/123/EG⁹ insbesondere in Art. 15 Abs. 2 lit. c), e), Art. 25 anknüpft.¹⁰

Die orientierende Funktion der Rechtsprechung des EuGH betrifft aber nicht nur die Rechtfertigung der beschränkenden gesetzlichen Regelungen als solche, sondern auch und vor allem die in dieser Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die Kohärenz ihrer Umsetzung. Mehrfach sind beschränkende Regelungen im deutschen Recht der freien Berufe in Verfahren vor dem EuGH deshalb gescheitert, weil es an der nötigen Kohärenz fehlte.

Exemplarisch kann an dieser Stelle insoweit auf die Entscheidung des EuGH zur deutschen HOAI verwiesen werden.¹¹ Dort wird diesbezüglich unter zunächst auf die Entwicklung des Kriteriums in der bisherigen Rechtsprechung verwiesen: „Jedoch ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Erreichung des angestrebten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.“¹²

Im konkreten Fall fehlte es an der kohärenten und systematischen Regelung aus den folgenden Gründen: „Der Umstand jedoch, dass in Deutschland Planungsleistungen von Dienstleistern erbracht werden können, die nicht ihre entsprechende fachliche Eignung nachgewiesen haben, lässt im Hinblick auf

⁹ Zur Finalität und Entstehungsgeschichte *Streinz/Leible*, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Einleitung, Rn. 23 ff.

¹⁰ Auch wenn die Richtlinie gem. Art. 2 Abs. 2 lit. f) auf Gesundheitsdienstleistungen keine Anwendung findet (vgl. *Krames*, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, 62 unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 22) stellen die zuvor genannten Anforderungen insoweit in der Sache gleichwohl eine relevante Orientierung für diese Untersuchung dar, als sie direkt aus der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit abgeleitet sind (*Krames*, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, 62 unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 22), die auch im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen zu beachten ist. In diesem Sinne können sie als „ausformulierter Maßstab der EuGH-Rechtsprechung“ orientierend herangezogen werden.

¹¹ EuGH, Rs. C-377/17, EuZW 2019, 660 m. Anm. Schäfer. Siehe auch *Höhl*, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2019, 2020, S. 157 ff.

¹² EuGH, Rs. C-377/17, EuZW 2019, 660 Rn. 89. Dazu *Brey*, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2019, 2020, S. 181 ff.

das mit den Mindestsätzen verfolgte Ziel, eine hohe Qualität der Planungsleistungen zu erhalten, eine Inkohärenz in der deutschen Regelung erkennen. Trotz des Befunds in Rn. 88 des vorliegenden Urteils ist nämlich festzustellen, dass solche Mindestsätze nicht geeignet sein können, ein solches Ziel zu erreichen, wenn – wie aus den beim EuGH eingereichten Unterlagen hervorgeht – für die Vornahme der Leistungen, die diesen Mindestsätzen unterliegen, nicht selbst Mindestgarantien gelten, die die Qualität dieser Leistungen gewährleisten können. Daher ist festzustellen, dass es der Bundesrepublik Deutschland nicht gelungen ist, nachzuweisen, dass die in der HOAI vorgesehenen Mindestsätze geeignet sind, die Erreichung des Ziels einer hohen Qualität der Planungsleistungen zu gewährleisten und den Verbraucherschutz sicherzustellen.“¹³

Mit Blick auf eine Durchbrechung eines grundsätzlich gerechtfertigten Regelungskonzepts lässt sich daraus folgende Orientierung ableiten: „Regelungsausnahmen beeinträchtigen nämlich nur dann ein Gesamtregelungskonzept nicht, wenn es nachvollziehbare Gründe für ein Abweichen im Sinne der Ausnahmen gibt und die Ausnahmen an den verfolgten Regelungszielen und der Systematik insgesamt nichts ändern.“¹⁴

Zuletzt hat Generalanwalt Campos Sanchez-Bordona in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache C-295/23, die sich auf das Fremdbesitzverbot nach § 59a BRAO bezieht, in Rn. 102 ff. ausgeführt, dass die Mitgliedstaaten bei der Regelung des Rechtsanwaltsberufs, insbesondere in Bezug auf die Ausübung dieses Berufs in der Form von Kapitalgesellschaften, über einen weiten Spielraum verfügen. Aufgrund dieses Spielraums sind die Mitgliedstaaten, wenn sie die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs durch Kapitalgesellschaften gestatten, berechtigt, diese Gesellschaften bestimmten Beschränkungen zu unterwerfen. Diese Beschränkungen müssen kohärent sein und mit den Gründen des Allgemeininteresses, die sie rechtfertigen, in Einklang stehen. Den in der BRAO vorgesehenen Beschränkungen der Beteiligung an Rechtsanwaltsgesellschaften, auf die sich die Fragen des vorliegenden Gerichts beziehen, fehlt es an der Kohärenz, die unverzichtbar ist, um die Vorgaben von Art. 15 Abs. 3 der Richtlinie 2006/123 zu erfüllen, denn sie schließen Angehörige anderer als der in

¹³ EuGH, Rs. C-377/17, EuZW 2019, 660 Rn. 92 f.

¹⁴ Schäfer, EuZW 2019, 663 (664) unter Verweis auf EUGH, ECLI:EU:C:2007:311 = EuZW 2009, 409 Rn. 43–49 – Neumann-Seiwert.

der BRAO ausdrücklich aufgeführten Berufe von der Stellung als Gesellschafter aus, die die Kriterien erfüllen könnten, auf deren Grundlage die Beteiligung Angehöriger der aufgeführten Berufe gestattet wird; sie verlangen allgemein und ohne nähere Konkretisierung, dass Rechtsanwälte und Angehörige anderer Berufe, die sich als Gesellschafter beteiligen dürfen, in der Gesellschaft beruflich tätig sind; sie lassen zu, dass Personen, die keine Rechtsanwälte sind, einen Prozentsatz des Kapitals und der Stimmrechte halten, der ausreicht, um diesen Personen einen bedeutenden unmittelbaren oder mittelbaren Einfluss, der die Unabhängigkeit der Rechtsanwälte bei der Verteidigung ihrer Mandanten gefährden kann, auf die Bildung des Willens der Gesellschaft zu gewähren.¹⁵

Eine Analyse der Rechtsprechung lässt erkennen, dass der EuGH Inkonsistenzen in der Umsetzung von Schutzkonzepten scharf sanktioniert und dabei auch nicht den Hinweis auf eine verhältnismäßige Ausgestaltung von Vorgaben gelten lässt. Vielmehr muss der Gesetzgeber, sobald er Grundfreiheiten beschränkt, sich konsequent an dem damit verfolgten Zweck orientieren. Die Billigung des „absoluten“ Fremdbesitzverbots durch den EuGH¹⁶ ist ein gutes Beispiel dafür, dass eine konsequente Regelung vor den Grundfreiheiten Bestand haben kann.

Vor diesem Hintergrund sind die Neuregelungen zu den Anforderungen an die Gründung und Leitung von Zweigapotheken sowie an die Gründung und Leitung von Filialapotheken hinsichtlich ihrer Kohärenz in Bezug auf das Fremd- und Mehrbesitzverbot und die persönliche Leitungspflicht zu untersuchen, da in beiden Fällen die bisherigen, deutlich stringenteren Regelungen durchbrochen und aufgelockert werden. Es ist zu prüfen, ob dadurch die Rechtfertigung des gesetzlichen Gesamtkonzepts gefährdet wird.

3. *Auswirkungen auf die Versorgungsqualität und -sicherheit*

Weitere geplante Änderungen führen zu einer Schwächung der Resilienz und Qualität der Versorgung aus einem anderen Blickwinkel.

¹⁵ ECLI:EU:C:2024:581

¹⁶ EuGH, BeckRS 2009, 70533.

Indem nicht mehr jede Apotheke zur Vorhaltung des gesamten Leistungsspektrums verpflichtet wird, sondern bestimmte Leistungen nur noch durch eine Apotheke eines Filialnetzes erbracht bzw. vorgehalten werden müssen, kann die Versorgungssicherheit beeinträchtigt werden.

Anknüpfungspunkt für diese Aussage sind vor allem die geplanten Änderungen in der ApoBetrO. Es handelt sich dabei um die Absenkung der Anforderungen an die persönliche Anwesenheit eines Apothekers während der Öffnungszeiten, der Verzicht auf die Erbringung aller Leistungen in jeder Apotheke eines Filialverbundes sowie die Reduktion der Öffnungs- und Bereitschaftszeiten.

II. Die Fragestellungen der Untersuchung

Anliegen dieser Untersuchung ist es, die zahlreichen geplanten Einzeländerungen in einen größeren Zusammenhang zu stellen und nach den Auswirkungen auf die Kohärenz und Gesamtsystematik des Apothekenrecht hin zu untersuchen.

Dabei wird als Beurteilungsmaßstab die das bestehende Apothekenrecht prägender Absicherung der persönlichen Leitung durch einen Apotheker, die ihrerseits Ausdruck des Grundsatzes der persönlichen Leistungserbringung als Kernmerkmal der Freiberuflichkeit ist¹⁷, als Orientierungsmaßstab herangezogen. Diese im Apothekengesetz und in der Apothekenbetriebsordnung bislang uneingeschränkt geltende Vorgabe soll relativiert werden. Die damit verbundenen negativen Folgen für die Qualität der Leistungserbringung, aber auch die Kohärenz der berufsrechtlichen Regelungen soll unter maßgeblicher Orientierung an der Rechtsprechung des EuGH und deutscher Gerichte zum Kohärenzerfordernis herausgearbeitet werden.

¹⁷ *Kluth*, Persönliche Leistungserbringung als Merkmal des Freien Berufs, in: ders. (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2011, 2012, S. 273 ff. Die persönliche Leistungserbringung schließt eine Delegation an andere Fachkräfte nicht aus, verlangt dann aber eine entsprechende Aufsicht und damit Präsenz.

Zweiter Teil:

I. Gründung und Leitung von Filialapotheken

1. Bisherige Rechtslage

Nach dem nicht geänderten § 1 Abs. 2 ApoG kann die einheitliche Erlaubnis für den Betrieb einer Hauptapotheke und bis zu drei Filialapotheken erteilt werden.¹⁸

In Bezug auf die räumliche Lage dieser Apotheken sieht § 2 Abs. 4 Nr. 2 ApoG vor, dass die Hauptapotheke und die Filialapotheken innerhalb desselben Kreises oder derselben kreisfreien Stadt oder in einander benachbarten Kreisen oder kreisfreien Städten liegen müssen. Damit kann die eigenverantwortliche Wahrnehmung der Leitung durch den Inhaber gewährleistet werden.

Ende 2023 gab es 12.950 Apothekeninhaberinnen und -inhaber, die 17.571 Betriebsstätten besaßen und verantworteten. Im Jahr 2023 hatten 9.645 Apotheken keine Filiale und 3.305 Apotheken mindestens eine Filiale. Die Zahl der Betriebsstätten ist rückläufig.

2. Vorgesehene Änderungen und vorhersehbare Auswirkungen

Durch die Reform sollen die Anforderungen an die räumliche Lage der Filialapotheken gelockert werden. In Zukunft müssen die vom Inhaber betriebene Hauptapotheke und die von ihm zu betreibenden Filialapotheken in einer Entfernung zueinander liegen, „die ihm innerhalb einer **angemessenen Zeitspanne** die Wahrnehmung seiner persönlichen Verantwortung erlaubt.“ Damit wird ein flexibleres, aber auch unbestimmteres Kriterium eingeführt.

Die angemessene Zeitspanne wird im Gesetz nicht konkretisiert. Die Begründung des Gesetzesentwurfs spricht von einer Fahrtzeit „bis zu drei Stunden.“¹⁹ Bezieht man dies auf eine Fahrtrichtung, so würden dem Inhaber bei einem unterstellt acht-Stunden-Tag zwei Stunden für die Aufsichtstätigkeit

¹⁸ Spickhoff/Sieper, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, ApoG § 1 Rn. 4.

¹⁹ Apothekenreformgesetz, Referentenentwurf S. 35.

verbleiben. Das Modell begünstigt damit eine Vergeudung der knappen Arbeitszeit von Fachkräften.

Zudem sieht der Gesetzentwurf vor, dass für eine Filial- oder Zweigapotheke keine Apothekenleitung mehr benannt werden muss. Wenn eine benannt wird, können diese Apotheken auch von zwei Verantwortlichen geleitet werden. Zudem wird für alle Apotheken die Dauer der Dienstbereitschaft reduziert. Für Zweigapotheken gelten noch kürzere Dienstbereitschaftszeiten.

Die geteilte Leitungsverantwortung wird durch eine Änderung des § 2 ApoBetrO umgesetzt. Damit wird es möglich, die Leitung einer Filialapotheke auf (bis zu) zwei verantwortliche Personen zu übertragen. Diese Übertragung der Leitung wird in § 2 Abs. 5 ApoG näher geregelt. Danach gilt: Der Betreiber hat mindestens eine der Apotheken (Hauptapotheke) persönlich zu führen. Jede weitere Apotheke (Filial- oder Zweigapotheke) kann der Betreiber entweder persönlich führen oder in schriftlicher oder elektronischer Form einen oder zwei Apotheker als Verantwortliche benennen, die die Verpflichtungen zu erfüllen haben, wie sie in diesem Gesetz und in der Apothekenbetriebsordnung für Apothekenleiter festgelegt sind. Sollen Verantwortliche im Sinne des Satzes 1 Nummer 2 geändert werden, so ist dies der Behörde von dem Betreiber zwei Wochen vor der Änderung in schriftlicher oder elektronischer Form anzuzeigen. Bei einem unvorhergesehenen Wechsel von Verantwortlichen muss die Änderungsanzeige nach Satz 2 unverzüglich erfolgen. Soweit zwei Verantwortliche als Leiter einer Filial- oder Zweigapotheke benannt sind, sind die jeweiligen Verantwortlichkeiten abzugrenzen und diese Festlegungen in schriftlicher oder elektronischer Form festzuhalten. Verantwortliche nach Satz 1 Nummer 2 treffen in Abstimmung mit dem Betreiber Festlegungen zu Öffnungszeiten, zur Vertretung, zum Personaleinsatz und zur Prüfung und Herstellung von Arzneimitteln.

Hinzu kommt eine Verhinderungsregelung in § 2 Abs. 5 ApoBetrO. Danach muss sich der Apothekenleiter, sofern er seine Verpflichtung zur persönlichen Leitung der Apotheke vorübergehend nicht selbst wahrnimmt, durch einen Apotheker vertreten lassen. Die Vertretung darf insgesamt drei Monate im Jahr nicht überschreiten. Die Vertretung darf, sofern es sich nicht um eine gegenseitige Vertretung von Verantwortlichen nach § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 ApoG handelt, insgesamt drei Monate im Jahr nicht überschreiten. Die zuständige

Behörde kann eine Vertretung über diese Zeit hinaus zulassen, wenn ein in der Person des Apothekenleiters liegender wichtiger Grund gegeben ist.

Der Gesetzgeber erweitert damit das Konzept des Filialverbundes zu einem arbeitsteiligen Apothekenmodell, bei dem nur insgesamt alle Leistungen erbracht werden müssen, aber nicht in jeder Apotheke.

3. *Rechtliche Würdigung*

Auch wenn durch die Änderungen das Konzept des Fremd- und Mehrbesitzverbots nicht in seinen Grundlagen verändert wird, kommt es gleichwohl an mehreren Stellen zu weiteren Auflockerungen in Bezug auf die Leitungsverantwortung des Inhabers. Seine Präsenzplichten werden gelockert und teilweise durch großzügige Delegationsmodelle modifiziert.

II. *Leitung einer Apotheke im Filialverbund durch einen Nicht-Apotheker*

1. *Bisherige Rechtslage*

Die Leitung einer Apotheke ist nach geltendem Recht einem Apotheker vorbehalten und zwar grundsätzlich dem Inhaber. Im Falle von Filialapotheken kann damit ein anderer Apotheker zusätzlich betraut werden. Daraus leitet § 3 Abs. 3 ApoBetrO als zwingende Vorgabe ab: „Die Apotheke darf nur geöffnet sein und betrieben werden, wenn ein Apotheker oder eine nach § 2 Absatz 6 Satz 1 vertretungsberechtigte Person anwesend ist.“

Durch dieses Modell der Präsenzapotheke²⁰ ist gesichert, dass jederzeit die erforderliche Fachkunde und Beratung bei der Abgabe von Arzneimitteln verfügbar ist.

2. *Vorgesehene Änderungen*

Von dieser schlüssigen Vorgabe soll nun durch einen neuen Absatz 3a eine Abweichung zugelassen werden, die im Ergebnis dazu führt, dass eine Apotheke auch ohne Anwesenheit eines Apothekers geöffnet werden kann.

„(3a) Abweichend von Absatz 3 darf eine Apotheke geöffnet sein und betrieben werden, wenn 1. eine Person, für die nach Absatz 5b die Pflicht zur

²⁰ Vertiefend dazu *Di Fabio*, Apothekerliche Präsenzplicht in der Apotheke, Rechtsgutachten April 2024.

Beaufsichtigung entfallen ist, anwesend ist, 2. ein Apotheker der Apotheke oder einer Apotheke des Filialverbundes zur Beratung der Patienten mittels 3. Telepharmazie sowie zur Rücksprache mit der Person nach Nummer 1 jederzeit zur Verfügung steht und 4. an mindestens acht Stunden pro Woche die persönliche Anwesenheit des Apothekenleiters in der Apotheke sichergestellt ist.

Es dürfen nur Tätigkeiten in der Apotheke ausgeführt werden, für die die Beaufsichtigung nach Absatz 5b für die anwesende Person entfallen ist. Das eingesetzte Personal ist vom Apothekenleiter im Voraus entsprechend der Aufgaben und Verantwortlichkeiten zu unterweisen. § 2 Absatz 2 Satz 2 bleibt unberührt.“

Bei dem Personal nach Absatz 5b handelt es sich um pharmazeutisch-technische Assistenten, für die die Beaufsichtigungspflicht entfallen ist. Die Voraussetzungen sind komplex. Die Pflicht zur Beaufsichtigung eines pharmazeutisch-technischen Assistenten bei der Ausführung pharmazeutischer Tätigkeiten entfällt, wenn 1. der pharmazeutisch-technische Assistent a) seine Berufstätigkeit in Apotheken mindestens drei Jahre in Vollzeit oder in entsprechendem Umfang in Teilzeit ausgebt hat und die staatliche Prüfung mindestens mit der Gesamtnote „gut“ bestanden hat oder seine Berufstätigkeit in Apotheken mindestens fünf Jahre in Vollzeit oder in entsprechendem Umfang in Teilzeit ausgeübt hat und b) über ein gültiges Fortbildungszertifikat einer Apothekerkammer als Nachweis seiner regelmäßigen Fortbildung verfügt und 2. der Apothekenleiter a) sich im Rahmen einer mindestens einjährigen Berufstätigkeit des pharmazeutisch-technischen Assistenten in seinem Verantwortungsbereich nach § 2 Absatz 2 vergewissert hat, dass der pharmazeutisch-technische Assistent die pharmazeutischen Tätigkeiten ohne Beaufsichtigung zuverlässig ausführen kann, und b) nach schriftlicher Anhörung des pharmazeutisch-technischen Assistenten Art und Umfang der pharmazeutischen Tätigkeiten schriftlich oder elektronisch festgelegt hat, für die die Pflicht zur Beaufsichtigung entfällt. Pharmazeutisch-technische Assistenten, die ihre Berufsqualifikation oder Fortbildungszertifikate im Ausland erworben oder ihren Beruf im Ausland ausgeübt haben, müssen eine Berufsqualifikation, eine Fortbildung sowie eine Berufserfahrung nachweisen, die den Maßstäben des Satzes 1 entsprechen.

Die Pflicht zur Beaufsichtigung nach Absatz 5 Satz 3 entfällt dagegen nicht bei der Herstellung von Arzneimitteln zur parenteralen Anwendung, beim patientenindividuellen Stellen oder Verblistern von Arzneimitteln sowie bei der Abgabe von Betäubungsmitteln, von Arzneimitteln mit den Wirkstoffen Lenalidomid, Pomalidomid oder Thalidomid und von Arzneimitteln, die nach § 73 Absatz 3 oder Absatz 3b des Arzneimittelgesetzes in den Geltungsbereich dieser Verordnung verbracht werden.

3. Einordnung und vorhersehbare Auswirkungen

Die Neuregelung stellt eine erstmalige Durchbrechung der für das deutsche Apothekenrecht bislang prägenden Anwesenheitspflicht des Apothekers in der Apotheke als unverzichtbarer Bedingung ihrer Öffnung dar.

Zwar wird auf die Anwesenheit eines Apothekers nicht vollständig verzichtet. Die Reduktion auf eine Anwesenheit des Apothekers auf acht Stunden pro Woche hat aber zur Folge, dass es sich nicht mehr um ein prägendes Merkmal handelt. Vielmehr hängt es aus der Sicht der Kunden vom Zufall ab, ob sie bei einem Aufsuchen der Apotheke einen Apotheker antreffen und durch diesen beraten werden können.

Die Neuregelung soll im Folgenden zunächst mit den Regelungsstandards im Recht anderer freier Berufe verglichen werden und sodann hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die persönliche Leistungserbringung im Apothekenbereich genauer überprüft werden.

a) Vergleich mit Vertretungsmöglichkeiten im Recht anderer freier Berufe

Im Bereich der Ausübung der Heilkunde durch einen Arzt sieht das Berufsrecht keine Möglichkeit der Substitution auf andere Personen vor, soweit der Arztvorbehalt greift. Zwar dürfen einzelne Handlungen auf andere qualifizierte Berufsträger delegiert werden.²¹ Dies setzt aber weiterhin die Mitwirkung und Gesamtverantwortung durch einen Arzt voraus.

Auch das Berufsrecht der Rechtsanwälte steht im Geltungsbereich von Vorbehaltsaufgaben der Übertragung auf andere Personen, die nicht als

²¹ Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Abschnitt X, Rn. 57 f.

Rechtsanwälte qualifiziert und zugelassen sind, entgegen. Der für Rechtsdienstleistungen nur begrenzt geltende Anwaltsvorbehalt gilt insoweit absolut.

Das gleiche gilt schließlich im Bereich des Notarrechts mit der besonderen Maßgabe, dass eine Vertretung durch Notarassessoren (siehe § 39 Abs. 3 BnotO) zulässig ist.

Im Ergebnis ist damit die Übertragung der für den jeweiligen freien Beruf typischen und seinen Tätigkeitsvorbehalt bestimmenden Handlungen auf eine nicht dem Berufsstand angehörende Person nicht vorgesehen.

b) Analyse der Auswirkungen auf die persönliche Leitung und Leistungserbringung

Die nun vorgesehene deutliche Reduktion der Anwesenheit eines Apothekers auf eine Kernzeit von acht Stunden in der Woche bedeutet in der Sache die Einführung einer zweiten Kategorie von Apotheken, bei denen grundsätzlich nur ein abgesenktes Beratungs- und Versorgungsniveau vorgehalten werden muss. Wer eine solche Apotheke aufsucht muss damit rechnen, dass er nicht alle Leistungen sofort in Anspruch nehmen kann und dass die Leistungen ihm gegenüber nicht zwingend durch einen besonders qualifizierten Freiberufler persönlich erbracht werden.

Das Gesetz schreibt zwar absichernd vor, dass die Möglichkeit bestehen muss, durch die Inanspruchnahme von Instrumenten der Telepharmazie eine ergänzende Beratung durch einen approbierten Apotheker zu erhalten. Dieser muss dann aber zur entsprechenden Zeit auch (meist in der Hauptapotheke) verfügbar sein. In Zeiten hohen Kundenaufkommens kann dies mit langen Wartezeiten verbunden sein. Wenn sich der Apotheker gerade auf dem Weg zu einer Filialapotheke befindet, ist dieser Weg zudem faktisch ausgeschlossen.

Statistisch weniger wahrscheinlich ist die physische Anwesenheit eines Apothekers in der grundsätzlich durch einen beaufsichtigungsfreien pharmazeutisch-technischen Assistenten geleiteten Apotheke.

Die neu eingefügte Regelung bewirkt mit der Option, die Öffnung einer Apotheke ohne Anwesenheit eines Apothekers zuzulassen, eine erhebliche Inkohärenz der gesetzlichen Regelungssystematik. Diese kann auch nicht alleine damit gerechtfertigt werden, dass Versorgungslücken geschlossen werden

sollen, die ohne eine entsprechende Öffnung des Leitungsrechts entstehen würden. Da die Wahl dieser Leitungsvariante durch die ApoBetrO nicht an konkrete Bedingungen geknüpft wird und auch keiner behördlichen Genehmigung bedarf, kann sie auch aus betriebswirtschaftlichen Motiven als Organisationsmodell im Filialverbund genutzt werden. Dieser nähert sich damit einem gewerblichen Zweigstellenmodell an.

III. Konzentration von besonderen Leistungen auf eine Apotheke eines Filialnetzes

1. Bisherige Rechtslage

Nach der bisherigen Rechtslage ist in allen Apotheken eines Filialverbundes das gesamte Leistungsspektrum vorzuhalten. Dadurch ist sichergestellt, dass eine Versorgung schnell und ortsnah erfolgen kann.

2. Vorgesehene Änderungen und vorhersehbare Auswirkungen

Durch das Reformgesetz soll die Möglichkeit der Gründung sowie die Führung von Zweigapotheken im Filialverbund auch dadurch erleichtert, indem bestimmte Apothekentätigkeiten für andere Filial- und Zweigapotheken im Filialverbund durchgeführt werden. Dies soll insbesondere für die Herstellung von Rezepturarzneimitteln gelten.²² Zudem wird von einer Identitätsfeststellungen bei Bezügen von Arzneimitteln aus Apotheken desselben Filialverbundes abgesehen. Ferner sind die Anforderungen an ihre Beschaffenheit, Größe und Einrichtung reduziert. Neben einer Offizin ist nur noch ein ausreichender Lagerraum erforderlich. Weitere Räumlichkeiten werden nur benötigt, wenn entsprechende Tätigkeiten in der Zweigapotheke durchgeführt werden.

Umgesetzt werden soll dies durch eine Neufassung des § 4 Abs. 3 ApoBetrO, der in Zukunft folgenden Wortlaut erhalten soll:

„(3) Eine Zweigapotheke muß mindestens aus einer Offizin, ausreichendem Lagerraum und einem Nachtdienstzimmer bestehen. Absatz 2 Satz 1 und 3 findet keine Anwendung. *Weitere Räume und Geräte sind vorzusehen, soweit in der Zweigapotheke entsprechende Tätigkeiten durchgeführt werden. Soweit die Zweigapotheke Rezeptur- und Defekturarzneimittel gemäß § 17 Absatz 6c Satz 2*

²² Ref-Entwurf S. 27.

Nummer 2 im Filialverbund bezieht und nicht selbst herstellt, finden die Absätze 2b und 2c keine Anwendung.

3. Rechtliche Würdigung

Diese Neuregelung folgt – wie die bereits behandelten Neuregelungen – dem Muster, dass Abstriche von den bisherigen einheitlichen Anforderungen an den Betrieb einer Apotheke normiert werden mit dem offiziellen Ziel, mehr Betriebsstätten zu erhalten und so die Versorgung in der Fläche zu sichern. Die damit verbundene Abweichung von einem einheitlichen Versorgungsmodell ist hinsichtlich der Kohärenz der neu geschaffenen Rechtslage fraglich.

IV. Rechtfertigung der Neuregelungen

Als Rechtfertigungsgrund führt die Gesetzesbegründung für alle Maßnahmen an: „Wenn keine entsprechenden Anpassungen durchgeführt würden, könnte dies die flächendeckende Arzneimittelversorgung mittel- bis langfristig gefährden.“ Es handelt sich somit um eine vorbeugende Maßnahme, die nicht auf einen bereits bestehenden oder unmittelbar drohenden Versorgungsnotstand reagiert, wie dies bei den Zweig- und Notapotheken der Fall ist.

1. Was muss gerechtfertigt werden?

Zunächst ist auf die Frage einzugehen, worauf sich bei den verschiedenen Neuregelungen der Rechtfertigungsbedarf bezieht bzw. woraus er seine Grundlage und seine Maßstäbe ableitet.

Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage stellen die Neuregelungen für die Normadressaten, die Apothekeninhaber, Lockerungen der bisherigen Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit dar. Die Liberalisierung von grundrechtsbeschränkenden Regelungen ist in Bezug auf das beschränkte Grundrecht gerade nicht Rechtfertigungsbedürftig, da der Freiheitsraum erweitert wird.

Der Rechtfertigungsbedarf ist deshalb in diesem Fall am Schutzzweck zu messen, der mit der bisherigen Regelung verfolgt wird. Der Berufs- und Leitungsvorbehalt dient der Sicherstellung von Patientensicherheit und

Versorgungsqualität und damit auch der Umsetzung von grundrechtlichen und sozialstaatlichen Schutzpflichten.²³

2. Bestimmung des Prüfungsmaßstabs

Im Falle von grundrechtlichen Schutzpflichten gilt als verfassungsrechtlicher Maßstab für zwingende gesetzgeberischen Maßnahmen nur das Untermaßverbot, das ein Mindestmaß an wirksamen Vorkehrungen zum Schutz der grundrechtlich geschützten Interessen verlangt.²⁴ Ob diese Mindestanforderungen durch die Absendung der Anforderungen an die Anwesenheit eines Apothekers unterschritten werden, ist nicht einfach zu beurteilen. Es fehlt insoweit aber auch an einer gründlichen Folgenabschätzung durch den Gesetzgeber, der die Änderungen für völlig unproblematisch hält und sich mit den möglichen Auswirkungen nicht näher auseinandergesetzt hat.

3. Fehlen von Sicherungs- und Begrenzungsmechanismen

Die in den Neuregelungen enthaltenen Absenkungen von Standards der Leitung von Apotheken durch einen Apotheker sowie den Ausstattungs- und Leistungsumfang sind nicht an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen wie z.B. einem Fachkräftemangel gebunden, sondern werden als voraussetzungslose Gestaltungsoptionen eingeführt, von denen ohne Nachweis von bestimmten Voraussetzungen Gebrauch gemacht werden kann.

Der Gesetzgeber geht zwar implizit wohl davon aus, dass von den Erleichterungen nur oder vor allem dann Gebrauch gemacht wird, wenn es einen Fachkräfteengpass gibt, insbesondere kein Apotheker für die Leitung einer Filialapotheke während der gesamten Öffnungszeit gefunden werden kann. Eine Beschränkung der abgesenkten Versorgungsqualität auf diesen Fall sieht das Gesetz aber nicht vor, so dass in der Praxis von den Erleichterungen auch aus Gründen der Kostensenkung Gebrauch gemacht werden kann. ##Kostendruck

²³ *Kämmerer, Die Zukunft der freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung*, 2010, S. 63 ff.; *Kluth/Kujath/Goltz, Die Zukunft der freien Berufe in der Europäischen Union*, 2005, S. 22 ff.

²⁴ Grundlegend BVerfGE 88, 203 (254 f.). Zu Einzelheiten *Sodan*, in *Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, 2. Aufl. 2022, § 87, Rn. 69 ff.

Diese rechtliche Konstellation bedeutet aber nicht nur, dass es für jeden Apothekeninhaber und vor allem für jeden Filialverbund in Zukunft einen größeren Gestaltungsspielraum sowohl bei der Leitung der Apotheke als auch in Bezug auf die Ausgestaltung des Leistungsumfangs im Filialverbund geben wird. Vielmehr ist auch die Frage zu stellen, ob es gerechtfertigt ist, für die klassische Einzelapotheke, die von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch machen kann, die bisherigen höheren Anforderungen eingefordert werden können.

Hinzu kommt, dass auch zu klären ist, ob und in welchem Umfang die neuen Regelungen aus der Sicht der Verbraucher zu relevanten und spürbaren Unterschieden in der Versorgungsqualität führen können und ob diese gerechtfertigt werden können.

4. Zweifel an einer konsistenten Rechtfertigung

Bei der Analyse des Gesetzentwurfs ist auffällig, dass die Bundesregierung auf alle dieser Fragen nicht eingeht. Anders als im Bereich der vertragsärztlichen Versorgung²⁵ und der Krankenhausversorgung²⁶ wird auch nicht mit dem formalisierten Instrument der Unterversorgung bzw. bedarfsgerechten Versorgung gearbeitet, aus dem ein konkreter Handlungsbedarf sowie der Einsatz von Steuerungsinstrumenten abgeleitet werden kann. Ein solcher Regelungsansatz besteht bislang nur bei den Zweig- und Notapotheken nach §§ 16, 17 ApoG. Dieser ist in Bezug auf die Zweigapotheken im neuen § 16a erweitert worden.

Gleichwohl bleibt die Frage unbeantwortet, wie sichergestellt werden soll, dass von den „Lockerungen“ im Sinne einer ultima ratio nur dort und dann Gebrauch gemacht werden soll, wenn anderenfalls die flächendeckende Versorgung durch eine „klassische“ Apotheke nicht mehr gesichert ist. Dabei dürfte auch zu beachten sein, dass zunächst das Potenzial der Neuregelungen in §§ 16a, 17 ApoG ausgeschöpft werden sollte, bevor auf die Anwesenheit von Apothekern in der Apotheke verzichtet wird.

²⁵ § 100 SGB V.

²⁶ § 1 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 KHG und den Landeskrankenhausgesetzen.

5. Zweifel an der Regelung durch Rechtsverordnung

Fraglich ist, ob die vom bisherigen Leitbild des Apothekenrechts abweichende Leitungsregelung in der Rechtsverordnung erfolgen darf. Zwar wird die Rechtsverordnung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens durch den parlamentarischen Gesetzgeber geändert und anschließend „entsteinert“. Anschließend ist die Regelung für den Zugriff des Ordnungsgebers geöffnet und könnte erneut verändert werden.

V. Beurteilung der Auswirkungen der Änderungsvorschläge auf das Apothekenrecht am Maßstab des Kohärenzgebots

1. Entwicklung von Kohärenz als Rechtsbegriff

Der Begriff der Kohärenz entspringt Art. 7 AEUV. Dieser statuiert die Kohärenz als unionsrechtlichen Grundsatz.²⁷ Daneben hat der EuGH der Kohärenz eine weitere Bedeutung zugeschrieben und ein eigenständiges Prüfungskriterium im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten entwickelt, das Kohärenzprinzip. Etymologisch findet die Kohärenz ihren Ursprung im lateinischen *cohaerentia* und ist als „Zusammenhang“ zu übersetzen.

Das Kohärenzerfordernis als Prüfungskriterium ist ein Institut der richterlichen Rechtsfortbildung.²⁸ Herausgebildet wurde es im Zusammenhang mit Entscheidungen des EuGH zu Grundfreiheitsbeschränkungen im Steuerrecht.²⁹ Und im Glückspielrecht.³⁰ Daran anknüpfend hat sich das Kohärenzerfordernis u.a. auch im Rahmen berufsrechtlicher Reglementierungen³¹ etabliert.

Eine Inkohärenz liegt vor, wenn Maßnahmen verwandter Schutzgebiete bei vergleichbaren Schutzziele nicht in vergleichbarer Intensität reguliert

²⁷ *Schuster*, Das Kohärenzprinzip der Europäischen Union, 2017, S. 25 ff.

²⁸ *Brey*, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2019, 2020, S. 181 (183).

²⁹ EuGH, EuZW 1990, 20 – ICI.

³⁰ EuGH, NJW 2004, 139 – Gambelli. Vertiefend *Lippert*, EuR 2012, 90 ff.; *Brey*, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2019, 2020, S. 181 (184).

³¹ EuGH, EuZW 2009, 298 – Hartlauer. Vertiefend *Brey*, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2019, 2020, S. 181 (184 f.).

werden.³² Ebenso gilt das für Ausnahmeregelungen, die eine Regulierung insgesamt inkohärent erscheinen lassen. Damit ist Inkohärenz spiegelbildlich zur Kohärenz und liegt dann vor, wenn dem Kohärenzgebot nicht entsprochen wurde.

Die Inkohärenz kommt grundsätzlich in der Widersprüchlichkeit eines Regelungsgefüges zum Ausdruck. Diese Widersprüchlichkeit kann unterschiedliche Ursachen haben.

Eine Inkohärenz gegenläufiger Regelungen liegt z.B. vor, wenn das Regelungskonzept als Ganzes gegenläufige Teilaspekte enthält. Gegenläufig sind Aspekte, wenn sie zielbezogene Widersprüche zu anderen Maßnahmen desselben Sachbereichs aufweisen. Dabei besteht der Widerspruch darin, dass sich eine Maßnahme nicht ohne Systembrüche in den ihr übergeordneten Rechtsrahmen eingliedert. Dieser Fall wird auch als Binnenkohärenz oder innere Kohärenz bezeichnet. So hat der EuGH es als inkohärent angesehen, die Qualität von Planungsleistungen durch Honorarmindestsätze zu sichern, wenn die der HOAI unterworfenen Planungsleistungen nicht ausschließlich von nachweislich fachlich qualifizierten und kontrollierten Dienstleistern erbracht werden dürfen. Hierbei liege die Gegenläufigkeit darin, dass das Ziel des Verbraucherschutzes durch qualitativ hochwertige Planungsleistungen widersprüchlich verfolgt werde, wenn die Preisbildung zwar auf ein hohes Niveau gerichtet sei, gleichzeitig aber kein Mindestniveau durch Zugangsregelungen sichergestellt werden könne.³³

Daraus ergibt sich als Rechtsfolge einer inkohärenten Regelung, dass diese ipso iure außer Anwendung zu lassen und unmittelbar zu beseitigen ist. Dabei konkretisiert der EuGH neben der Kohärenz auch die Kriterien der Inkohärenz. Insbesondere hat sich herausgestellt, welche Arten von Widersprüchlichkeiten im Rahmen der Zielerreichung berufsrechtlicher Reglementierungen auftreten können und welche Anforderungen an den jeweiligen Widerspruch zu stellen sind, damit dieser die Inkohärenz zur Folge hat.

Das Kohärenzprinzip spielte auch in der Rechtsprechung zum Fremdbesitzverbot im Apothekenrecht eine Rolle. In der Entscheidung *Doc Morris II*

³² Brey, in: Kluth (Hrsg.), *Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts* 2019, 2020, S. 181 (193).

³³ EuGH, NJW 2019, 2529 ff.

erachtet der EuGH ein Absehen von dem Erfordernis, dass Apotheken obligatorisch von Apothekern zu führen seien, in Ausnahmefällen als nicht inkohärent. Dabei führt er an, dass im konkreten Fall die Ausnahmeregelung, wonach Erben einer Apotheke diese auch als Nicht-Apotheker für zwölf Monate betreiben dürfen, die Kohärenz nicht beeinträchtigt. Denn die Ausnahmeregelung unterliege relativ strengen zeitlichen und zudem umfangmäßigen Restriktionen, weshalb die Zielsetzung durch die Ausnahmeregelung nur unwesentlich beeinträchtigt werde.³⁴ Dabei ist zu beachten, dass die Leitung der Apotheke durch einen Apotheker nicht in Frage gestellt war.

2. Einordnung des Kohärenzgebots in der Grundfreiheiten-Rechtsprechung des EuGH

Das auch in der Rechtsprechung zu den reglementierten freien Berufen verwendete Kohärenzerfordernis³⁵ wird als zusätzlicher „rechtlicher Hebel“ genutzt, um mitgliedstaatliche Regelungen, durch die Grundfreiheiten beschränkt werden, einer zusätzlichen Kontrolle aus dem Blickwinkel von Folgerichtigkeit zu unterziehen.

Durch das Kohärenzerfordernis wird rechtsdogmatisch der Beurteilungshorizont erweitert, der bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zugrunde zu legen ist. Eine berufsrechtliche Regelung muss demnach mit Blick auf die Erbringung der entsprechenden Dienstleistung insgesamt und nicht nur durch den reglementierten Beruf beurteilt werden. Im HOAI Urteil des EuGH wurde das dem deutschen Gesetzgeber zum Verhängnis, weil die regulierten Tätigkeiten nicht den Architekten und Ingenieuren vorbehalten waren, sondern auch durch nicht als freiberufliche Architekten oder Ingenieure erbracht werden durften, auf die nach einer methodisch wenig überzeugenden Rechtsprechung

³⁴ EuGH. NJW 2009, 2112 (2114) *m. Anm. Martini*. In einem ähnlich gelagerten Fall (EuGH, EuZW 2009, 415) lässt der EuGH sogar eine Frist von 10 Jahren genügen, in der ein Rechtsnachfolger eines Apothekers die Apotheke weiter betreiben dürfe, sofern dieser sich binnen eines Jahres als Student einer pharmazeutischen Fakultät einschreibe. Ausschlaggebend für die Kohärenz dieser Ausnahme sei, trotz einer Frist, die sich als unvernünftig erweisen könnte, der besonders enge Anwendungsbereich dieser Regelung.

³⁵ Zu Entwicklung und Ausgestaltung näher *Brey*, in: Kluth (Hrsg.), *Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2019, 2020*, S. 181 ff. *Höhl*, in: Kluth (Hrsg.), *Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2019, 2020*, S. 157 ff.; *Mann*, *Die Vorbehaltsaufgaben der steuerberatenden Berufe auf dem Prüfstand des Verfassungs- und Unionsrechts*, 2018.

des BGH³⁶ auch die HOAI zur Anwendung kam. Die Kohärenzprüfung untersagt es den Mitgliedstaaten, berufsrechtliche Regelungen künstlich zu segmentieren und verpflichtet sie dazu, die Dienstleistungen in ihrem gesamten Spektrum als Grundlage der Rechtfertigung von beschränkenden Regelungen zugrunde zu legen.³⁷

Der Gesetzgeber muss deshalb im Rahmen der Unions- und Verfassungsmäßigkeitsprüfung sowie der Gesetzesfolgenabschätzung die systemischen Auswirkungen punktueller Korrekturen ermitteln und hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Schlüssigkeit des Gesamtsystems bewerten. Auch die Absicht, durch Ausnahmetatbestände Belastungen abzusenken oder zusätzliche Anreize zu schaffen, können sich aus einer übergeordneten Perspektive als inkohärent und damit die Rechtfertigung von Qualitätsstandards gefährdend erweisen.³⁸

Die Kohärenz muss nicht nur durch die Gesetzgebung, sondern auch bei der Anwendung des Rechts beachtet und gewahrt werden.³⁹ Deshalb muss auch die Anwendungspraxis in die Beurteilung einbezogen werden.

3. Kohärenzerfordernis im deutschen Verfassungsrecht

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung ebenfalls ein Kohärenzerfordernis im Zusammenhang mit der Überprüfung grundrechtsbeschränkender Maßnahmen entwickelt, wobei auch hier das Glückspielrecht eine wichtige Rolle spielte.

Nach dieser Rechtsprechung ist z.B. ein staatliches Monopol für Sportwetten mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 I GG nur vereinbar, wenn es

³⁶ BGH, NJW 1997, 2329 ff. Dazu auch Kluth, NJW 2020, 1471 ff.

³⁷ Durch das Kohärenzkriterium wird somit auch der gerichtliche Prüfungsanspruch erweitert. Siehe näher Brey, in: Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2019, 2020, S. 181 (193 ff.): „Inkohärenz ist gegeben, wenn Maßnahmen verwandter Schutzgebiete bei vergleichbaren Schutzziele nicht in vergleichbarer Intensität reguliert werden.“

³⁸ Dazu auch Brey, in: Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2019, 2020, S. 181 (205 f.).

³⁹ Exemplarisch BVerwG, BeckRS 2013, 56764. Davon zu unterscheiden ist die Verwaltungskohärenz, durch die eine einheitliche Rechtsanwendung in der EU gewährleistet werden soll. Dazu Schuster, Das Kohärenzprinzip der Europäischen Union, 2017, S. 111 ff.

konsequent am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet ist.⁴⁰ Sowohl die gesetzlichen Regelungen⁴¹ als auch die Verwaltungspraxis müssen sich konsequent an diesem Ziel orientieren.⁴²

4. Prüfung der Kohärenz der Apothekenreform

Anknüpfend an die Herausarbeitung der Beurteilungsmaßstäbe auf der Ebene des Unions- und Verfassungsrechts gilt es nun, die im Rahmen der Reform beabsichtigten Rechtsänderungen zu überprüfen. Zu diesem Zweck ist zunächst zu prüfen, ob und welche Wertungswidersprüche durch die Neuregelungen im bestehenden Regelungssystem erzeugt werden.

a) Einordnung einzelner Regelungen

Ausgangspunkt für die Beurteilung ist zunächst die bisherige zwingende Vorgabe, dass eine Apotheke nur bei Anwesenheit eines Apothekers geöffnet werden darf (§ 3 Abs. 3 ApoBetrVO).

Von dieser Vorgabe kann nach dem neuen § 3 Abs. 3a abgewichen werden, der die persönliche Anwesenheit eines Apothekers lediglich für 8 Stunden pro Woche verlangt und im Übrigen die Leitung durch eine erfahrene PTA zulässt.

Dieser Ausnahmetatbestand ist auf Apotheken im Filialverbund beschränkt und hat zur Folge, dass zwei Typen von Apotheken entstehen.

Die Einführung des neuen Typs wird damit begründet, dass auf diese Weise Versorgungslücken vermieden werden sollen. Das Gesetz knüpft das Gebrauchmachen von der Regelung aber nicht an den Nachweis eines Versorgungsnotstandes. Es fehlt auch an einer gesetzlichen Regelung, die das Verhältnis dieser Regelungen zu den bestehenden Regelungen zur Zweigapotheke und zur Notapotheke näher bestimmt.

⁴⁰ BVerfG, NJW 2006, 1261 ff.

⁴¹ Dazu jedoch kritisch hinsichtlich der Regelungstechnik für die verschiedenen Bereiche des Glückspielrechts BVerwG, BeckRS 2023, 38720. Daraus würde aber vorliegend nur eine Kritik an Rückschlüssen aus Regelungen zu anderen freien Berufen folgen und nicht innerhalb des Apothekenrechts.

⁴² BVerwG, BeckRS 2013, 56764.

Die Aufrechterhaltung des grundsätzlichen Anwesenheitserfordernisses aus § 3 Abs. 3 ApotBetrO ist vor diesem Hintergrund nicht mehr schlüssig zu begründen.

Festzustellen sind die folgenden Inkohärenzen:

- Eine fehlende Koordination der einzelnen Instrumente zur Versorgungssicherung (Zweigapotheke, Notapotheke, Absehen vom Anwesenheitserfordernis).
- Fehlende Beschränkung der Absenkung von berufsrechtlichen Qualifikationsanforderungen an das Leitungspersonal auf festgestellte Versorgungsnotstände und nach Ausschöpfung der bestehenden Reaktionsmechanismen,
- Unzureichende Ausschöpfung alternativer Anreizmechanismen

Die Regelung birgt zudem die Gefahr in sich, dass sie einen ersten Schritt zu einem Filialmodell ohne grundsätzliche Anwesenheitspflicht eines Apothekers darstellt.

b) Rechtliche Bewertung

Die bisherige Regelung der Apothekenleitung knüpft eng an die besondere Qualifikation der Apotheker im Unterschied zu den sonstigen (anders qualifizierten) Mitarbeitern an. Diese hat der EuGH in seiner Doc Morris II Entscheidung unter Rn. 38 treffend durch folgende Worte charakterisiert: „Nichtapotheker unterscheiden sich von Apothekern dadurch, dass sie definitionsgemäß keine derjenigen der Apotheker entsprechende Ausbildung, Erfahrung und Verantwortung haben. Demnach ist festzustellen, dass sie nicht die gleichen Garantien wie Apotheker bieten.“⁴³

Diese gilt nicht nur mit Blick auf das Fremdbesitzverbot und seine Rechtfertigung, sondern auch und noch stärker hinsichtlich der persönlichen Leistungserbringung⁴⁴, die hinter dem Leitungserfordernis steht, weil nur durch den anwesenden Apotheker diese jederzeit gewährleistet werden kann.

⁴³ EuGH, NJW 2009, 2112 (2114).

⁴⁴ Kluth, Persönliche Leistungserbringung als Merkmal des Freien Berufs, in: ders. (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2011, 2012, S. 273 ff.

Wenn der Gesetzgeber aber einerseits das Apothekenrecht strikt am besonders qualifizierten Apotheker als alleinigen Inhaber und Leiter ausrichtet und dabei auf die persönliche Leistungserbringung gegenüber den Kunden als Vertrauensverhältnis von besonderer Sensibilität abstellt, erweisen sich nicht begrenzte Durchbrechungen als Widerspruch, der die Rechtfertigung des gesamten Regelungsansatzes in Frage stellen können. Sie tragen eine Vermutung der Inkohärenz in sich.

Diesem Einwand kommt im vorliegenden Zusammenhang auch deshalb ein hohes Gewicht zu, weil das Gesetz bereits über spezielle Mechanismen verfügt, um etwaige Versorgungslücken zu schließen; die Zweigapotheke und die Notapotheke. In beiden Fällen wird eine Schließung der Versorgungslücken ohne Abweichung vom Erfordernis der Anwesenheit eines Apothekers während der Öffnungszeiten zuzulassen. Der Gesetzgeber hat zudem die Gestaltungsspielräume bei der Zweigapotheke noch einmal erweitert, um die Effektivität dieses Instruments zu verbessern. Es erscheint deshalb auch aus gesetzssystematischer Sicht inkonsequent, dass zwischen beiden Reaktionsmustern keine Stufenordnung vorgesehen ist. Ohne eine solche Stufung dürfte die neue Leitungsregelung der günstigere und einfachere Weg sein, der zudem auch unabhängig vom Bestehen einer Versorgungslücke legal beschritten werden kann.

Die Absenkung der Versorgungsstandards wird sich vermutlich vor allem in ländlichen dünn besiedelten Räumen auswirken und dort die Erwartung an gleichwertige Lebensverhältnisse enttäuschen.

Der Vergleich zum Reaktionsmodell der Notapotheke macht indes deutlich, dass das Gesetz selbst eine Vorgehensweise kennt, bei der auf die Anwesenheit eines Apothekers nicht verzichtet werden muss.

VI. Neuregelung zur Notfallversorgungsapotheke

1. Bisherige Rechtslage

Bislang erfolgt die ärztliche Notfallversorgung im Rahmen der Notfalldienste der einzelnen Vertragsärzte dezentral. Verschriebene Arzneimittel mussten anschließend in den Apotheken mit Dienstbereitschaft besorgt werden.

In der Praxis hatte sich dieses System nicht bewährt und dazu geführt, dass die Ambulanzen der Krankenhäuser überlastet waren. Deshalb hat sich der Gesetzgeber für eine grundlegende Neuordnung entschieden.

2. Die geplanten Neuregelungen

Der Regierungsentwurf für eines Gesetzes zur Reform der Notfallversorgung sieht vor, dass integrierte Notfallzentren als sektorenübergreifende Notfallversorgungsstrukturen etabliert werden. In diesen arbeiten zugelassene Krankenhäuser und die Kassenärztlichen Vereinigungen verbindlich so zusammen, dass immer eine bedarfsgerechte ambulante medizinische Erstversorgung bereitsteht. Die Integrierten Notfallzentren bestehen aus der Notaufnahme eines Krankenhauses, einer Notdienstpraxis der Kassenärztlichen Vereinigung im oder am Krankenhausstandort und einer zentralen Ersteinschätzungsstelle.

Die Kassenärztlichen Vereinigungen und die jeweiligen Krankenhäuser werden verpflichtet, sich an Integrierten Notfallzentren zu beteiligen. Zusätzlich sollen zu Sprechstundenzeiten vertragsärztliche Leistungserbringer als „Kooperationspraxen“ an Integrierte Notfallzentren angebunden werden können.

Zudem soll die Versorgung von Patientinnen und Patienten von Notdienstpraxen mit Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten durch die Einführung von Versorgungsverträgen mit öffentlichen Apotheken nach § 123 Abs. 5 SGB V (neu) verbessert werden.

In Bezug auf die Arzneimittelversorgung führt dieses neue Modell zu einem neuen § 12b ApoG mit folgendem Regelungsgehalt:

„(1) Der Inhaber einer Erlaubnis zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke kann zur Versorgung von Patienten einer Notdienstpraxis mit Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten nach § 123 Absatz 5 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch einen Vertrag schließen. Die Versorgung kann durch die öffentliche Apotheke, die in unmittelbarer Nähe zur Notdienstpraxis liegen muss, oder durch den Betrieb einer zweiten Offizin mit Lagerräumen auf dem Gelände, auf dem die Notdienstpraxis betrieben wird, erfolgen.

(2) In einem Vertrag nach Absatz 1 ist insbesondere festzulegen, dass
1. eine ordnungsgemäße Versorgung der Patienten der Notdienstpraxis mit Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten sichergestellt wird,

2. die Patienten und die Angestellten der Notdienstpraxis zu Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten informiert und beraten werden,
3. die Apotheke beziehungsweise die zweite Offizin der Apotheke während der Öffnungszeiten der Notdienstpraxis geöffnet ist,
4. eine ordnungsgemäße Lagerung von Arzneimitteln und Medizinprodukten auch gewährleistet ist, soweit diese in Räumen auf dem Gelände, auf dem die Notdienstpraxis betrieben wird, erfolgt, und der Zugang dem Personal der Apotheke vorbehalten bleibt und
5. die freie Apothekenwahl der Patienten nicht eingeschränkt wird.

(3) Der Vertrag ist der zuständigen Behörde vor Aufnahme der Versorgung vorzulegen.“

Neu ist dabei die zweite Variante mit dem Betrieb einer zweiten Offizin mit Lagerräumen auf dem Gelände, auf dem die Notdienstpraxis sich befindet.

Zu den Anforderungen wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt: „Diese zweite Offizin muss in angemessener Entfernung zur Betriebsstätte der Apotheke liegen, damit die apothekenleitende Person ihren Verantwortlichkeiten nachkommen kann. Dadurch soll eine notdienstpraxisnahe Versorgung von Patientinnen und Patienten der Notdienstpraxis ermöglicht werden.“

3. *Rechtliche Bewertung*

Die Regelung in § 12b ApoG führt zu einem weiteren neuen Apothekentyp, denn die „zweite Offizin“ stellt eine räumlich-logistische Erweiterung einer bestehenden öffentlichen Apotheke dar, die keiner eigenständigen Leitung bedarf, sondern von der bestehenden öffentlichen Apotheke aus geleitet werden kann und soll. Dabei werden durch das Gesetz keine detaillierten Vorgaben für die Anwesenheit eines Apothekers gemacht.

Im Wege der Auslegung wird man deshalb davon auszugehen haben, dass die bestehende öffentliche Apotheke zusammen mit der „zweiten Offizin“ wie eine Apotheke zu behandeln ist mit der Folge, dass die Anwesenheit eines Apothekers in einer der beiden Offizin ausreicht aber auch erforderlich ist. Dadurch werden die Anforderungen auch im Vergleich zu einer Zweigapotheke noch einmal abgesenkt.

VII. Zusammenfassende Bewertung

Mit den vorstehend untersuchten Neuregelungen des Apothekenrechts lockert würde der Bundesgesetzgeber die bislang gesetzlich verankerte Anwesenheitspflicht eines Apothekers während der Öffnung als Ausdruck seiner Leitungspflicht, die nur wenige Ausnahmen kennt, durch ein gestuftes Modell ersetzen, bei dem die Anwesenheitspflicht in einigen Fallkonstellationen auf eine gelegentliche Anwesenheit und die Möglichkeit von telepharmazeutischen Beratungen reduziert wird.

Das Gebrauchmachen von den entsprechenden Erleichterungen steht nicht unter einem gesetzlich definierten Rechtfertigungsvorbehalt und kann deshalb auch aus betriebswirtschaftlichen Gründen genutzt werden.

Dadurch wird die kohärente Rechtfertigung des Grundmodells gefährdet, wobei sich diese Gefährdung letztlich auch auf die Rechtfertigung des Fremdbesitzverbots nachteilig auswirken kann, weil dieses implizit auch an die Präsenz des Apothekers in der Apotheke anknüpft.