

Kurzgutachten

Datum	23. April 2023
Thema	Durchsetzung höherer Apothekenhonorare
Verfasser	Dr. Douglas
Aktennummer	102028/2023 RMOD0 / MALSC

1. Sachverhalt

Zu prüfen ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Apotheken, bzw. Mitarbeiter von Apotheken, das Recht haben, *zu streiken*, um sich dafür einzusetzen, dass die Vergütung der Apotheken für die von den Apotheken angebotenen Dienstleistungen durch den Gesetzgeber erhöht werden.

Dabei soll auch die Frage beleuchtet werden, ob es möglich ist, dass ein solcher Streik über die Mitarbeiter *organisiert* wird, mithin die Verantwortung dafür, dass die Dienstleistungen der Apotheken nicht angeboten werden, durch die Mitarbeiter und nicht durch die Apotheken selbst veranlasst werden.

Ferner angedacht, dass die Forderung nach einer höheren verbunden wird mit der Zusage der Apothekeninhaber, die Vergütung des Personals der Apotheken zu erhöhen. Insoweit wird zu berücksichtigen sein, ob diese Motivation auf die rechtliche Beurteilung Auswirkungen hat.

2. Vorbemerkung

Zunächst ist der Begriff des Streiks sowie der kollektiven Arbeitsniederlegung genauer zu definieren.

- 2.1 Ausgangspunkt der Rechte, die sowohl für die Apothekeninhaber als auch sämtliche Mitarbeiter gelten, sind die im Grundgesetz verbrieften Rechte der Meinungsfreiheit sowie der Versammlungsfreiheit. Diese sind wie folgt normiert:

Art. 5 GG Meinungsfreiheit

(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. 2Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. 3Eine Zensur findet nicht statt.

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

(3) 1Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. 2Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

Art. 8 GG Versammlungsfreiheit

(1) Alle Deutschen¹ haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln.

(2) Für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Recht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden.

- 2.2 Diese Rechte bestehen nur vorbehaltlich anderer Verpflichtungen, die jeder Bürger durch seine Stellung in der Gesellschaft wahrzunehmen hat. Hierzu zählt insbesondere die im Rahmen der Privatautonomie eingegangenen Verpflichtungen aus einem Arbeitsverhältnis. Das Arbeitsverhältnis regelt – verkürzt – die Verpflichtung des Arbeitnehmers, seine Zeit und Leistungsfähigkeit dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen, der im Gegenzug den vereinbarten Lohn erhält. Soweit arbeitsvertraglich ein Direktionsrecht des Arbeitgebers dahingehend vorgesehen ist, aus dem sich ergibt, dass der Arbeitgeber bestimmen darf, zu welcher Zeit der Arbeitnehmer die von ihm geschuldete Arbeitsleistung erbringt, ist der Arbeitnehmer ungeachtet seiner sonstigen Rechte verpflichtet, dieser vertraglichen Verpflichtung nachzukommen.

Insoweit unterliegt der Arbeitnehmer arbeitsvertraglich für den Zeitraum der Arbeitszeit der Arbeitspflicht. Dieser Arbeitspflicht kann er sich nicht mit dem Hinweis dahingehend entziehen, er wolle auf eine Demonstration gehen, um sich dort zu versammeln (Art. 8 GG) und seine Meinung zu äußern (Art. 5 Abs. 2 GG). Dies gilt auch dann, wenn man das Fernbleiben von der Arbeit als Meinungsäußerung einordnet. Möchte der Arbeitnehmer dies, so muss er zunächst eine Regelung mit Blick auf seine vertraglichen Verpflichtungen treffen, d. h. mit dem Arbeitgeber eine Vereinbarung treffen, die es ihm ermöglicht, an der Versammlung teilzunehmen und dort seine Meinung zu äußern.

Bleibt er ohne eine entsprechende Vereinbarung der Arbeit fern, verletzt mithin seine Arbeitspflicht, so ist der Arbeitgeber berechtigt, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Sanktionen bis hin zur Kündigung auszusprechen, unabhängig davon, ob die Gründe für das Fernbleiben nachvollziehbaren waren oder nicht. Er ist hierzu aber nicht verpflichtet.

- 2.3 An diese grundsätzlichen Verpflichtungen der Parteien knüpft das sogenannte Streikrecht an. Das Streikrecht ist ein Teil des Arbeitskammerrechts, das dahingehend definiert wird, dass die Arbeit vorübergehend niedergelegt wird durch eine verhältnismäßig große Anzahl von Arbeitnehmern, die ein gemeinsames Ziel im Rahmen ihres Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisses erreichen wollen. Werden dabei die Vorgaben, die sich insoweit aus dem sogenannten kollektiven Arbeitsrecht ergeben, eingehalten, so verletzt die kollektive Arbeitsniederlegung nicht die Arbeitsverpflichtung, da für die Dauer des berechtigten Streiks das Beschäftigungsverhältnis als suspendiert gilt. Dabei ist gem. Art. 9 Abs. 3 GG der Arbeitskammer seinerseits als zulässiges Mittel in der Auseinandersetzung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer *zur Wahrung der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen* gerechtfertigt. Dies ist kein Grundrecht auf

¹ Der Text spricht insoweit von Deutschen. Ohne dies im Detail zu vertiefen, gilt dieses Recht aber für solche Mitarbeiter und Apothekeninhaber, die nicht deutsche Staatsbürger sind.

Streik, da etwa – wie allgemein bekannt – Beamte, Richter und Soldaten vom Recht auf einen Streik ausgenommen sind.

Der Arbeitgeber kann auf den Streik mit sogenannten Aussperrungen und Stilllegungen antworten. Dies bedeutet, dass im Falle eines Streiks der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, Arbeitnehmern, die sich am Streik nicht beteiligen, die Möglichkeit zur Arbeit anzubieten. Während dieser Aussperrung wird der Arbeitgeber auch frei davon, dem Arbeitnehmer seinen Lohn zu zahlen. Dies gilt sowohl für die streikenden Mitarbeiter als auch für die arbeitswilligen Arbeitnehmer.

Auch dann, wenn der Streik arbeitsrechtlich berechtigt ist, hat der Arbeitnehmer während der Arbeitsniederlegung keinen Anspruch auf Lohn oder Gehalt. Aus diesem Grund zahlen etwa Gewerkschaften ihren Mitgliedern für diese Zeit das sogenannte *Streikgeld*.

Derartige Streiks sind auch im Gesundheitswesen nicht unüblich, wenn etwa das Personal an Krankenhäusern für eine höhere Vergütung streikt. Üblich ist in diesen Fällen, dass die Parteien Maßnahmen ergreifen, die eine Notfallversorgung sicherstellen.

- 2.4 Somit kann zunächst festgehalten werden, dass es sich bei der Niederlegung der Tätigkeit durch die Apothekenmitarbeiter bzw. eine Einschränkung der Leistungen durch die Apotheken nicht um einen Streik im rechtlichen Sinne handelt, da es sich nicht um einen Teil des Arbeitskampfes zwischen den Angestellten der Apotheken einerseits sowie den Apothekeninhabern andererseits handelt. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die Mitarbeiter der Apotheken für eine bessere Bezahlung, eine kürzere Arbeitszeit oder sonstige Verbesserung ihrer (Tarif-)vertraglichen Situation eintreten würden.

Vorliegend geht es jedoch primär um eine Zielsetzung, in der die Arbeitgeberseite und die Arbeitnehmerseite gemeinsame Interessen vertreten, wobei die Interessen der Arbeitnehmerseite sich aus den Interessen der Arbeitgeber ableiten: Die Arbeitnehmer möchten eine angemessene Vergütung der Leistungen, die sie für die im Rahmen ihrer vertraglichen Verpflichtungen für die Arbeitgeber gegenüber den Kunden erbringen, damit die Betriebe insgesamt leistungsfähig bleiben und die Löhne erhöhen. Dieser Reflex einer angedachten Erhöhung der Vergütung der Apothekenmitarbeiter im Anschluss an eine Erhöhung der Vergütung für die Leistungen der Apotheke führt jedoch nicht dazu, dass es sich um einen Arbeitskampf im rechtlichen Sinne handelt.

Es wird vor diesem Hintergrund nachfolgend nicht mehr von „Streik“ im Zusammenhang mit der geplanten Aktion gesprochen.

- 2.5 Zutreffend wird man bei der geplanten Aktion von einer Demonstration sprechen müssen. Eine Demonstration ist eine in der Öffentlichkeit stattfindende Versammlung mehrerer Personen zum Zwecke der gemeinsamen Meinungsäußerung. Diese können in ihrer Ausgestaltung vielfältig sein, etwa in Form von Menschenketten, Kundgebungen, Schweigemärschen, Mahnwachen bis hin zu Sitzstreiks oder -Blockaden. Dabei sind die Anlässe für Demonstrationen vielfältig, egal ob dies allgemeine Themen wie Klimaschutz, Globalisierung sind oder aber konkrete Projekte, wie etwa den Ausbau von Infrastrukturmaßnahmen. Diese können sich dann – wenn sie über einen längeren Zeitraum und regelmäßig erfolgen, auch verselbständigen, wie dies etwa bei

den Ostermärschen der Fall ist. Demonstrationen sind, wie bereits ausgeführt, grundsätzlich durch die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG geschützt.

Die Demonstration durch Abwesenheit, so wie diese bei einer Niederlegung der Tätigkeit durch Mitarbeiter der Apotheke der Fall wäre, würde nicht dem klassischen Bild der Demonstration entsprechen. Sofern sich die Mitarbeiter nicht zeitgleich versammeln, sondern schlicht zu Hause bleiben, ist dies rechtlich lediglich eine Niederlegung der Arbeit, bei der dann jeder Apothekeninhaber zu entscheiden hat, wie er hierauf reagiert. Da dies allein die Verpflichtungen aus dem jeweils Arbeitsverhältnissen betrifft, handelt es sich um eine geduldete Arbeitsniederlegung.

3. Einschränkungen der geduldeten Arbeitsniederlegung

3.1 Die Besonderheit im Zusammenhang mit Apotheken ergibt sich aus der grundsätzlichen Verpflichtung nach § 23 ApotBetrO, der die Dienstbereitschaft regelt. Die Vorschrift lautet:

„(1) 1Apotheken sind zur ständigen Dienstbereitschaft verpflichtet. 2Die zuständige Behörde befreit einen Teil der Apotheken ganz oder teilweise zu folgenden Zeiten von der Pflicht zur Dienstbereitschaft:

1.montags bis sonnabends von 0:00 Uhr bis 8:00 Uhr,

2.montags bis freitags von 18:30 Uhr bis 24:00 Uhr,

3.sonnabends von 14:00 Uhr bis 24:00 Uhr,

4.am 24. und 31. Dezember von 14:00 Uhr bis 24:00 Uhr,

5.sonntags und an gesetzlichen Feiertagen.

(2) Von der Verpflichtung zur Dienstbereitschaft kann die zuständige Behörde für die Dauer der ortsüblichen Schließzeiten, der Mittwochnachmittage, Sonnabende oder der Betriebsferien und, sofern ein berechtigter Grund vorliegt, auch außerhalb dieser Zeiten befreien, wenn die Arzneimittelversorgung in dieser Zeit durch eine andere Apotheke, die sich auch in einer anderen Gemeinde befinden kann, sichergestellt ist.

(3) 1Während der Zeiten nach Absatz 1 Satz 2 genügt es zur Gewährleistung der Dienstbereitschaft, wenn sich der Apothekenleiter oder eine vertretungsberechtigte Person in unmittelbarer Nachbarschaft zu den Apothekenbetriebsräumen aufhält und jederzeit erreichbar ist. 2Die zuständige Behörde kann in begründeten Einzelfällen einen Apothekenleiter auf Antrag von der Verpflichtung nach Satz 1 befreien, wenn der Apothekenleiter oder eine vertretungsberechtigte Person jederzeit erreichbar und die Arzneimittelversorgung in einer für den Kunden zumutbaren Weise sichergestellt ist.

(4) [nicht belegt]

(5) An nicht dienstbereiten Apotheken ist für Patienten oder andere Kunden an deutlich sichtbarer Stelle ein gut lesbarer Hinweis auf die nächstgelegenen dienstbereiten Apotheken anzubringen.

(6) Apotheken, die Krankenhäuser mit Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten versorgen, haben unbeschadet der Vorschriften der Absätze 1 bis 4 mit dem Träger des Krankenhauses eine Dienstbereitschaftsregelung zu treffen, die

die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung des Krankenhauses und Beratung durch einen Apotheker der Apotheke gewährleistet.

Die Grundlage hierfür ist § 21 Abs. 2 Nr. 8 ApoG. Danach können in der Apothekenbetriebsordnung Regelungen über die Dienstbereitschaft der Apotheken getroffen werden.

- 3.2 Die Verpflichtung zur Dienstbereitschaft, die den Apothekeninhaber trifft, stellt eine Regelung dar, die die Berufsausübungsfreiheit des Apothekeninhabers gem. Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) einschränkt. Die Regelungen, so wie aktuell ausgestaltet, sollen der Sicherstellung der flächendeckenden Versorgung mit Arzneimitteln dienen. Die geordnete Arzneimittelversorgung wird insoweit bei einer grundsätzlichen Dienstpflcht mit Befreiungsvorbehalt aus Sicht des Gesetzgebers besser gewährleistet als bei behördlichen Einzelfallentscheidungen, die notwendig situationsbedingt getroffen werden müssen. Die Interessen des betroffenen Apothekers werden mit den Befreiungsmöglichkeiten der § 23 Abs. 1 und Abs. 2 ApoBetrO verfassungsrechtlich nach Ansicht der Rechtsprechung ausreichend berücksichtigt, nämlich dass von der Dienstbereitschaft zu bestimmten Uhrzeiten und an bestimmten Tagen eine allgemeine Befreiung erteilt wird und gleichzeitig die Möglichkeit zur individuellen Befreiung besteht.

In der Praxis wurde § 23 ApoBetrO in der Vergangenheit in der Regel im Zusammenhang mit der Verpflichtung zum Nacht- und Notdienst erörtert. Dies betraf etwa Verfahren, in denen es um die Frage ging, ob der Inhaber eines Filialverbundes seine Verpflichtung zur Offenhaltung einer Filialapotheke auf die Hauptapotheke verlegen kann u. ä. Im Rahmen dieser Verfahren wurde stets auch die grundsätzliche Systematik erörtert. So hat etwa das OVG Weimar in seiner Entscheidung vom 27.04.2010 (3 K O 783/07) hierzu ausgeführt (Hervorhebung nicht im Original):

*Die grundsätzliche ständige Dienstbereitschaft gehört zu den berufstypischen Pflichten des Apothekenbetreibers. **Sie bezweckt, die den Apotheken gem. § 1 I ApoG obliegende ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung im öffentlichen Interesse auch zu den Tages- und Nachtzeiten sicherzustellen, in denen im Allgemeinen Arbeitsruhe herrscht.** Die Regelungen über die Dienstbereitschaft gem. § 23 ApBetrO unterliegen als solche keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie finden ihre gesetzliche Rechtsgrundlage in § 21 I 1, II Nr. 8 ApoG. Insbesondere genügt die dort enthaltene Ermächtigung, „die Dienstbereitschaft“ der Apotheken zu regeln, den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts (vgl. auch OVG Münster, Urt. v. 6. 10. 1989 – 5 A 1371/88, NJW 1990, 2951). Auch im Hinblick auf ihre inhaltliche Ausgestaltung der Dienstbereitschaft sind sie mit den Vorgaben des Art. 12 I GG vereinbar. Als Regelungen der Berufsausübung halten sie sich innerhalb der Grenzen, die dem Gesetzgeber insoweit gezogen sind. Die mit einem Befreiungsvorbehalt verbundene Anordnung der grundsätzlichen Dienstbereitschaftspflicht erweist sich auch als verhältnismäßig. **Zum einen ist die geordnete Arzneimittelversorgung bei einer grundsätzlichen Dienstpflcht mit den in § 23 ApBetrO vorgesehenen Befreiungsmöglichkeiten besser gewährleistet als bei behördlichen Einzelfallentscheidungen, die notwendig situationsbedingt getroffen werden müssten. Zum zweiten kann den Interessen der betroffenen Apotheker mit den Befreiungsmöglichkeiten hinreichend Rechnung getragen werden** (vgl. nur Cyran/Rotta, ApBetrO, § 23 Rn. 6, und OVG Lüneburg, Urt. v. 30. 1. 1987 – 8 A 34/85 – OVGEMüLü 40, 370, 373 zur inhaltlich entsprechenden Vorschrift des § 5 der früheren ApBetrO v. 7. 8. 1968 [BGBl I, 939]).*

Gerade vor diesem Hintergrund dürfen aus verfassungsrechtlichen Gründen keine zu hohen Anforderungen an das Vorliegen eines „berechtigten Grundes“ i. S. v. § 23 II ApBetrO gestellt werden. Die Pflicht zur Dienstbereitschaft darf demgemäß zu

keinen größeren Belastungen führen, als es im öffentlichen Interesse an einer geordneten Arzneimittelversorgung unumgänglich ist. **Zwar soll der Apotheker im Gegensatz zu anderen Geschäftsleuten nicht berechtigt sein, die Apotheke nach Gutdünken zu schließen.** Ausgehend vom Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 23 ApBetrO sowie wegen der grundrechtsbeschränkenden Wirkung der Dienstbereitschaftspflicht muss jedoch in der Ausgangsbeurteilung als „berechtigter Grund“ grundsätzlich jeder sachlich vernünftige, triftige Grund genügen, zumal damit nur die Schranke beseitigt wird, die den Weg zu einer Entscheidung über den Befreiungsantrag nach pflichtgemäßem Ermessen eröffnet (so im Ausgangspunkt zutreffend OVG Hamburg, Urt. v. 17. 4. 1984 – Bf VI 15/83, NJW 1985, 694 [Leits.] zur entsprechenden früheren Vorschrift des § 5 II ApBetrO 1968, ...).

Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „berechtigter Grund“ hat sich ferner maßgeblich an dem Normenzusammenhang zu orientieren, in den die Bestimmung des § 23 II ApBetrO eingebettet ist. Sie steht in unmittelbarem Zusammenhang mit den ladenschlussrechtlichen Vorschriften und mit der gesetzlich angeordneten grundsätzlichen ständigen Dienstbereitschaftspflicht von Apothekenbetreibern (§ 23 I 1 ApBetrO). Unter Berücksichtigung dieses Normenzusammenhangs mag es zwar nahe liegen, dass, wie dies in der Rechtsprechung und im Schrifttum weitgehend anerkannt ist, ein „berechtigter Grund“ für die Befreiung nicht bereits aus solchen Interessen des Apothekers abgeleitet werden kann, die typischerweise im Widerstreit zur Verpflichtung ständiger Dienstbereitschaft stehen, weil bereits der Verordnungsgeber entsprechende Anliegen des Apothekers gerade dem öffentlichen Interesse an einer möglichst umfassenden Arzneimittelversorgung untergeordnet hat (vgl. nur OVG Münster, Urt. v. 6. 10. 1989 – 5 A 1371/88, NJW 1990, 2951). **Der vorgenannte Normenzusammenhang rechtfertigt aber keinesfalls die sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum überwiegend vertretene Auffassung, dass ein „berechtigter Grund“ für eine Befreiung nur bei singulären, außergewöhnlichen Ereignissen nur vorübergehender Dauer vorliegen kann, wie etwa bei Erkrankungen, familiären Ereignissen und ähnlichen Umständen** (vgl. nur OVG Lüneburg, Urt. v. 30. 1. 1987 – 8 A 34/85, a. a. O.; VGH Mannheim, Beschl. v. 1. 4. 2003 – 9 S 2149/02, NVwZ-RR 2003, 644, und Cyran/Rotta, ApBetrO, § 23 Rn. 67, jeweils m. w. N.).

Weder der Vorschrift des § 23 II ApBetrO noch den damit im Zusammenhang stehenden weiteren apothekenrechtlichen Bestimmungen lassen sich Hinweise darauf entnehmen, dass Umstände von nicht nur vorübergehender Dauer als anzuerkennende berechtigte Gründe von vornherein ausscheiden. Angesichts der vom Verordnungsgeber getroffenen Grundentscheidung zur ständigen Dienstbereitschaft von Apothekenbetreibern (§ 23 I 1 ApBetrO) erweist es sich zwar als konsequent, dass ein „berechtigter Grund“ für die Befreiung nicht aus solchen Interessen des Apothekers abgeleitet werden kann, die typischerweise im Widerstreit zur Verpflichtung ständiger Dienstbereitschaft stehen. Ein Anliegen des Apothekers muss jedoch nicht bereits deshalb vom **Verordnungsgeber in den Blick genommen und dem öffentlichen Interesse an einer möglichst umfassenden Arzneimittelversorgung untergeordnet worden sein, weil es nicht von nur vorübergehender Dauer ist. Vielmehr können auch in diesem Falle Belange des Apothekers betroffen sein, auf die wegen der Besonderheiten des Einzelfalls die generelle normative Interessenbewertung des Verordnungsgebers nicht passt, so dass sie trotz dessen Grundentscheidung Geltung beanspruchen können.**

Demgegenüber vermögen sich die Befürworter der sehr restriktiven Auslegung des Begriffes, nach der von vornherein jeder Umstand nicht nur vorübergehender Dauer als „berechtigter Grund“ ausscheiden soll, nicht auf eine plausible Begründung zu stützen. Das in diesem Zusammenhang angeführte Argument, die Vorschrift des § 23 II ApBetrO habe Ausnahmecharakter und gehöre – ebenso wie die ApBetrO insgesamt – dem Sicherheitsrecht an, das eng und formstreng anzuwenden sei (vgl. nur OVG Lüneburg, Urt. v. 30. 1. 1987 – 8 A 34/85, a. a. O.), greift zu kurz. Im

Übrigen rückt die Gegenauffassung die grundsätzliche Anerkennung der Dienstbereitschaftspflicht (§ 23 I 1 ApoBetrO) zu sehr in den Vordergrund, ohne die widerstreitenden grundrechtlichen Belange des Apothekers (vgl. Art. 12 I GG) hinreichend im Blick zu behalten. Damit kann das Vorliegen eines „berechtigten Grundes“ für die Fälle, in denen die Dienstbereitschaft einer Apotheke auf eine andere Apotheke im Einverständnis des betroffenen Betreibers übertragen werden soll, nicht schon allein deshalb verneint werden, weil der zugrunde liegende Anlass keinen Umstand nur vorübergehender Dauer darstellt.“

- 3.3 Sodann stellt sich die Frage, was unter Dienstbereitschaft im Sinne dieser Vorschrift zu verstehen ist.

Die ständige Dienstbereitschaft nach § 23 Abs. 1 S. 1 ApoBetrO beinhaltet, dass der diensthabende Apotheker während seiner Dienstbereitschaft für Patienten und Ärzte ständig erreichbar sein muss. Zur Dienstbereitschaft im Sinne von § 23 Abs. 1 ApoBetrO gehört auch die jederzeitige telefonische Erreichbarkeit. Ein Apotheker, der z. B. durch Einschaltung eines telefonischen Anrufbeantworters verhindert, dass er persönlich erreichbar ist, begeht einen Verstoß gegen die Pflicht zur ständigen Dienstbereitschaft, die bußgeldbewährt ist (OLG Köln, DAZ 1989, 1525).

Allgemein wird allerdings davon ausgegangen, dass der Begriff der Dienstbereitschaft vom Begriff der Offenhaltung zu trennen ist. Offenhaltung einer Verkaufsstelle bedeutet, dass der Verkaufsraum, mithin bei Apotheken die Offizien, betreten werden kann. Nach allgemeiner Auffassung umfasst die Dienstbereitschaft dagegen nur, dass die Apotheke zur sofortigen Arzneimittelversorgung zur Verfügung steht. Auch wenn jede öffentliche Apotheke über eine Offizien verfügen muss, die einen Zugang zu öffentlichen Verkehrsflächen besitzen muss (§ 4 Abs. 2 a ApoBetrO), muss dieser Zugang nicht jederzeit gewährt werden (Cyran/Rotta, § 23 ApoBetrO, Rn. 29). In diesen Fällen ist es dann erforderlich, dass das Publikum durch entsprechende Einrichtungen in der Lage ist, den diensthabenden Apotheker oder das vertretungsberechtigte Personal jederzeit unverzüglich zu erreichen und die Arzneimittelabgabe zur Information und Beratung gem. § 20 ApoBetrO durch einen Schalter ordnungsgemäß erfolgen kann. Mittels entsprechender Vorrichtungen wie Klingel, Sprechanlage und Arzneimittelklappe muss der diensthabende Apotheker jederzeit in der Lage sein, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Eine Kontaktaufnahme über ein Bildtelefon oder andere Fernsprecheinrichtungen ist nicht ausreichend (Cyran/Rotta, a.a.O., Rn. 30).

Somit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass einer Dienstbereitschaft bereits dann nachgekommen wird, wenn die Apotheke an der Arzneimittelversorgung teilnimmt. Eine qualitative Komponente dahingehend, dass der Apothekeninhaber für die Dauer der Zeit, in dem die allgemeine Dienstbereitschaft gilt, über ausreichend Personal verfügen muss oder bestimmte Anstrengungen unternehmen muss, kann nicht gefordert werden. Zumindest ausweislich der zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Stellungnahme vorliegenden Quellen kann noch nicht einmal gefordert werden, dass die Apotheke während der allgemeinen Öffnungszeiten, mithin außerhalb der allgemeinen Schließzeiten offengehalten wird, mithin der Zugang zur Offizien gewährt wird. Vielmehr kann die Apotheke sich darauf beschränken, über die normalerweise für den Notdienst vorgesehenen Einrichtungen die flächendeckende Versorgung mit Arzneimitteln sicherzustellen. Denn insoweit beinhaltet die Verpflichtung zu Arzneimittelversorgung, dass diese gem. § 17 Abs. 4 ApoBetrO in angemessener Zeit ausgeführt werden, wobei die Angemessenheit nicht denselben Tag umfasst.

Verfügt somit die Apotheke über nicht ausreichend Personal, sei es aus Erkrankung, sei es aus der Abwesenheit der Mitarbeiter aus anderen Gründen, kann der Inhaber entscheiden, nur über die Notdienstklappe Bevölkerung mit Arzneimitteln zu versorgen.

- 3.4 Davon zu trennen ist die Frage, ob die Apotheke insgesamt schließen kann, indem sie sich von der Dienstbereitschaft befreien lässt.
- 3.4.1 Die Befreiung von der Dienstbereitschaft erfolgt durch die jeweiligen Landesbehörden. Diese bestimmen insoweit, wann in den Zeiten nach § 23 Abs. 1 S. 2 ApoBetrO die Apotheke nicht offenzuhalten ist.
- 3.4.2 Abgesehen davon kann jede Apotheke nach § 23 Abs. 2 ApoBetrO auch außerhalb dieser Zeiten befreien lassen, wenn die Arzneimittelversorgung in dieser Zeit durch andere Apotheken, die sich auch in einer anderen Gemeinde befinden können, sichergestellt ist. Insoweit ist somit jede Apotheke berechtigt, sich von der Dienstbereitschaft allgemein befreien zu lassen. Bei dem Merkmal des berechtigten Grundes handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der insoweit verwaltungsrechtlich voll überprüfbar ist. Vorgaben, was durch einen berechtigten Grund gemeint ist, gibt es nicht.

Insoweit wird allgemein davon ausgegangen, dass ein berechtigter Grund nicht allein aus solchen Interessen des Apothekers abgeleitet werden können, die typischerweise im Wettstreit zur ständigen Dienstbereitschaft stehen können, wie etwa ein geringes Kundenaufkommen zu bestimmten Zeiten, das Bedürfnis nach zusätzlicher Freizeit oder die finanzielle Belastung die dadurch entsteht, dass Personal vorgehalten werden muss während der Dienstbereitschaft.

Insoweit hat der VGH Baden-Württemberg (DAZ 2003, 2068) ausgeführt, dass ein berechtigter Grund für die Befreiung einer Apotheke von der Verpflichtung zur Dienstbereitschaft voraussetzt, dass die Befreiung im persönlichen oder betrieblichen Interesse des Apothekers liegt und dass der Befreiungswunsch einen singulären, außergewöhnlichen Anlass hat und der Anlass nach seinem Gewicht geeignet ist, eine Befreiung auch den anderen Apotheken gegenüber zu rechtfertigen. Dies kann im Einzelfall etwa eine Krankheit, Bauarbeiten im Zusammenhang mit der (Wieder-)Herstellung des Apothekenbetriebes, Fortbildungsveranstaltungen, Eheschließungen, Umzug oder auch ein Todesfall seien (Cyran/Rotta, a.a.O., Rn. 86).

Insoweit könnte überlegt werden, dass einzelne Apotheken auch für einen bestimmten Tag sich vom Dienst befreien lassen als Ausdruck ihrer Unzufriedenheit mit den bestehenden Systemen der Vergütung. Unter Berücksichtigung dessen, dass auch einem Apothekeninhaber die Möglichkeit eingeräumt werden muss, für seine Situation mit den grundrechtlich verbrieften Rechten *zu kämpfen*, mithin hier auch die für ihm geschützten grundrechtlichen Interessen eine Rolle spielen, wird man einer Apotheke die Berechtigung im Einzelfall, sich als Teil der Meinungsäußerung für eine bessere und angemessene Vergütung für einen bestimmten Zeitraum vom Dienst befreien zu lassen, nicht absprechen können.

- 3.4.3 Problematisch würde dies allerdings dann werden, wenn in einem Bezirk – möglicherweise mit Ausnahme der notdiensthabenden Apotheke – alle Apotheken zeitgleich hiervon befreien lassen wollten. In diesem Fall wäre die Behörde berechtigt, dieser Befreiung entgegenzutreten, weil die Sicherstellung der Arzneimittelversorgung durch einzelne Apotheken in diesem Fall

wahrscheinlich nicht mehr gegeben wäre. Insoweit müsste die zuständige Behörde zwar eine Abwägung zwischen den berechtigten Belangen des jeweiligen Apothekeninhabers einerseits sowie der flächendeckenden Versorgung mit Arzneimitteln andererseits treffen, könnte jedoch im Rahmen dieser Prognoseentscheidung ohne weitere Begründung die berechtigten Gründe dann für einen Teil der Apotheken verweigern.

3.4.4 Somit ist abschließend auf die Konsequenzen hinzuweisen, sollte eine Apotheke der Dienstbereitschaft ohne Befreiung nicht individuelle Befreiung nicht nachkommen. Insoweit stellt ein Verstoß nach § 36 Nr. 2 o) ApoBetrO eine Ordnungswidrigkeit dar, die nach § 25 Abs. 2 u. 3 ApoG mit einer Geldbuße von bis zu Euro 5.000 geahndet werden kann. Bei der Bemessung der Höhe der Geldbuße wäre dann wiederum der Grund für die Schließung zu berücksichtigen. Insoweit ist davon auszugehen, dass bei der einmaligen Schließung aus politisch motivierten Gründen für z.B. einen Tag sich eine solche Geldbuße im unteren Bereich des Bußgeldrahmens bewegen wird.

3.4.5 Somit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden:

- Apotheken müssen auch während der allgemeinen Dienstbereitschaft nicht offengehalten werden, sondern müssen *nur* dienstbereit sein;
- Apotheken können sich im Einzelfall während der allgemeinen Öffnungszeiten von der Dienstbereitschaft befreien lassen, wenn ein berechtigter Grund vorliegt, wobei auch ein politisches Eintreten für eine höhere Vergütung von Seiten des Gesetzgebers ein berechtigter Grund im Sinne des § 23 Abs. 2 ApoBetrO darstellt;
- Die zuständige Behörde kann jedoch dann, wenn mehrere Apotheken in einem Bezirk gleichzeitig sich auf einen berechtigten Grund berufen, diesen zumindest für einen Teil der Apotheken versagen, um insoweit die flächendeckende Versorgung mit Arzneimitteln sicherzustellen;
- Eine Verpflichtung eines Apothekeninhabers, während der allgemeinen Zeit der Dienstbereitschaft einen besonderen *Service Level* in quantitativer Hinsicht für eine Apotheke anzubieten, besteht nicht.

4. Weitere Aspekte

Jenseits der Verpflichtung der Apotheke zur Dienstbereitschaft sind für den Fall, dass während der Dienstbereitschaft die Apotheke aufgrund einer insoweit vom Apothekeninhaber in Anspruch genommenen berechtigten Grund geschlossen oder aber zumindest die Apotheke nicht offengehalten wird, weitere Aspekte zu berücksichtigen.

4.1 Regelungen mit Mitarbeitern

4.1.1 Entscheidet sich der Mitarbeiter nicht zur Arbeit zu erscheinen, so obliegt es dem Arbeitgeber dies zu sanktionieren oder zu dulden. Dies wäre, sollte flächendeckend von Mitarbeitern eine Niederlegung der Tätigkeit beabsichtigt werden, vorab abzustimmen. Noch einmal: der Inhalt

dieser Abstimmung ist eine rein privat autonome Entscheidung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

- 4.1.2 Soweit die Entscheidung, die Apotheke aus berechtigten Gründen zu schließen oder aber faktisch nur einen Notdienst anzubieten dazu führt, dass die Arbeitnehmer während dieser Zeit von ihrer Tätigkeit freigestellt sind, muss individuell mit diesen abgestimmt werden, ob diese für die Dauer weiterhin bezahlt werden – dies ist immer zulässig – oder ob individuell mit den Mitarbeitern abgestimmt wird, dass dies etwa z. B. zum Überstundenabbau oder anderweitig verrechnet wird. Auch diese Fragestellung kann insoweit nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss letztendlich jeder Apothekeninhaber selbst unter Berücksichtigung seiner Arbeitsverträge und dem darin enthaltenen Direktionsrecht prüfen.

Arbeitsrechtlich gilt insoweit, ohne dass hier die individuelle Situation des Apothekeninhabers geprüft werden kann, das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO. Danach kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Vertriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzlichen Vorschriften festgelegt sind. Sofern daher im Arbeitsvertrag, wie allgemein² üblich, lediglich der Umfang der Arbeitsleistung festgelegt ist, aber nicht die Lage der Arbeitsleistung, kann der Arbeitgeber entsprechende Vorgaben äußern. Dies kann auch darin bestehen, dass dies für die einzelnen Mitarbeiter in der betroffenen Woche, in der z. B. ein Tag die Apotheke aufgrund einer Ausnahmeregelung nach § 23 Abs. 2 ApoBetrO oder einem eingeschränkten Leistungsangebot im Sinne der Dienstbereitschaft zurückgefahren wird, faktisch dazu führt, dass der Arbeitnehmer Minusstunden macht. Da jedoch in der Praxis davon auszugehen sein wird, dass die überwiegende Anzahl der Apotheken damit zu kämpfen hat, dass die Arbeitnehmer Überstunden angehäuft haben, beinhaltet das Direktionsrecht regelmäßig auch die Anweisung, während der Dauer der Demonstration Überstunden abzubauen.

Etwas anderes gilt dann, wenn Arbeitsverträge individuelle Regelungen beinhalten über die Lage der Arbeitszeit. Ist etwa vorgesehen, dass eine Mitarbeiterin nur an einem Dienstag für x Stunden arbeitet und ist ferner vorgesehen, dass die Apotheke aufgrund dessen an dem Dienstag schließt, so ist eine individuelle Vereinbarung mit der betroffenen Arbeitnehmerin zu treffen. Wird eine solche nicht getroffen, es Arbeitnehmer auch ohne Erbringung seiner Leistung zu entlohnen.

Denkbar ist in diesen Fällen auch, dass die Arbeitnehmer, bei denen kein Direktionsrecht besteht, zur Aufrechterhaltung etwa der Krankenhaus- oder Heimversorgung oder anderen innerbetrieblichen Tätigkeiten eingesetzt werden, während gegenüber anderen Mitarbeitern, bei denen ein uneingeschränktes Direktionsrecht besteht, die Maßnahme durchgesetzt wird.

- 4.1.3 Bei der Umsetzung dieser Maßnahme ist auch die angemessene Ankündigungsfrist zu beachten. Je länger vorher die entsprechende Maßnahme von Seiten des Arbeitgebers gegenüber

² Wir können insoweit nur von den bei uns standardmäßig vorgesehenen Arbeitsverträgen ausgehen, die den Arbeitgebern in der Regel ein vergleichsweise hohes Maß an Flexibilität einräumen. Uns ist bekannt, dass hier auch andere Modelle verwendet werden, in denen in den Verträgen bereits sehr detailliert der Zeitpunkt, an dem die Arbeitsleistung zu erbringen ist, vorgegeben ist.

den Arbeitnehmern angekündigt wird, desto eher sind die Arbeitnehmer verpflichtet, sich auf diese Maßnahmen im Rahmen des Direktionsrechts anzupassen.

4.2 Mietvertragliche Öffnungspflichten

Für einige Apotheken besteht ferner eine mietvertragliche Verpflichtung zur Offenhaltung des Apothekenbetriebes. Derartige Betriebspflichten sind nach der Rechtsprechung (OLG Koblenz NZM 2019, 588; OLG Dresden, ZMR 2016, 26) grundsätzlich zulässig. Dies bedeutet, dass die Apotheke grundsätzlich auch während Zeiten, die sogar außerhalb der nach § 23 Abs. 1 ApoBetrO vorgeschriebenen Zeiten liegen können, nicht nur dienstbereit sein muss, sondern das Ladenlokal für den Publikumsverkehr offengehalten werden muss.

Allerdings ist auch anerkannt, dass eine solche Verpflichtung zur Offenhaltung in der Regel nicht uneingeschränkt besteht, d. h. es muss für außergewöhnliche Situationen die Möglichkeit eines Dispenses ergeben. Eine Klausel, die auch solche außergewöhnlichen Umstände nicht berücksichtigt, wäre unwirksam.

Insoweit wird man zumindest dann, wenn die Schließung der Apotheke bzw. die Schließung bei gleichzeitigem Angebot der Dienstbereitschaft um ein nicht regelmäßig vorkommendes Ereignis handelt, sondern dieses eingebettet ist in eine für die gesamte Apothekerschaft wichtiges politisches Statement eine nur kurzfristige Einschränkung der Betriebspflicht wohl noch für unschädlich erachten, sodass sich hieran keine mietvertraglichen Konsequenzen schließen sollten. Aufgrund der Tatsache, dass umsatzbezogene Mietverträge bei Apotheken unzulässig sind, ergeben sich auch keine wirtschaftlichen Nachteile für den Vermieter.

Insoweit sollte je nach Einzelfall geprüft werden, ob entsprechende Ausnahmen existieren; sollten diese nicht existieren, sollte der Vermieter entsprechend unter Berufung auf die politische Bedeutung der z. B. eintägigen Einschränkung der Öffnung hingewiesen werden.

4.3 Krankenhaus- und Heimversorgung

Soweit die Apotheke aufgrund individueller Vereinbarung etwa Heimversorgungsverträgen nach § 12 a ApoG oder Verträgen über die Versorgung von Krankenhäusern nach § 14 Abs. 5 ApoG sich verpflichtet hat, entsprechende Leistungen zu erbringen, dürfen diese durch die entsprechenden Maßnahmen nicht eingeschränkt werden. Dies gilt insbesondere für krankhausversorgende Apotheken. Insoweit sieht § 23 Abs. 5 ApoBetrO vor, dass Apotheken, die Krankenhäuser mit Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten versorgen, unbeschadet der Vorschriften mit dem Träger des Krankenhauses eine Dienstbereitschaftsregelung zu treffen haben, die die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung des Krankenhauses und die Beratung durch einen Apotheker der Apotheke gewährleistet.

Ob und unter welchen Voraussetzungen diese individuelle Vereinbarung die Möglichkeit vorsieht, die Versorgung des Krankenhauses im Einzelfall individuell zu unterbrechen, kann nicht abstrakt beantwortet werden. Mit Blick auf die politischen Ziele, die durch die entsprechenden Maßnahmen erreicht werden sollen, wird jedoch empfohlen, dass Apotheken, die Krankenhäuser versorgen, auch während der Dauer, während derer sie möglicherweise die Apotheke nur eingeschränkt geöffnet haben oder aber den Offizien-Verkehr insgesamt eingestellt haben, ihre

Verpflichtungen aus entsprechenden Verträgen mit Krankenhäusern nachkommen. Entsprechendes sollte auch mit Blick auf Heime in Betracht gezogen werden. Hinsichtlich der Heime dürfte allerdings eine lediglich für einen Tag eingeschränkte Verfügbarkeit in der Regel kein Problem darstellen, sofern die Versorgung im Notfall mit einzelnen Arzneimitteln auch während dieser Dauer sichergestellt ist.

5. Bedeutung der angedachten Ziele der Demonstration

Im Vorfeld ist angedacht worden, dass gegenüber dem Gesetzgeber kommuniziert wird, dass die Mitarbeiter, die der Arbeit fernbleiben, an der Erhöhung der Vergütung angemessen beteiligt werden. Diese Zielsetzung hat auf die rechtliche Beurteilung unmittelbar keinen Einfluss.

Entscheidend für diese Beurteilung ist insoweit, dass es sich nicht um eine Maßnahme der Arbeitnehmer gegen ihre Arbeitgeber handelt, mithin nicht um eine tarifvertragliche Auseinandersetzung. Etwas anderes würde erst dann gelten, wenn die Mitarbeiter für höhere Gehälter streiken würden, etwa organisiert durch die ADEXA. Ein solcher Streik müsste sich dann im Rahmen der tarifvertraglichen Auseinandersetzung zwischen Apotheken einerseits und Mitarbeitern andererseits bewegen. Jenseits dessen handelt es sich um eine normale Demonstration, mithin eine politische Willensäußerung zur Veränderung der tatsächlichen Rahmenbedingungen, konkret im Bereich der Vergütung von Apotheken. Daran ändert die mittelbare Beteiligung der Mitarbeiter an der angestrebten Erhöhung der Vergütung nichts.

Im Ergebnis handelt es sich bei der Zielsetzung allein um einen Aspekt, der im Rahmen der Kommunikation in der Öffentlichkeit sowie gegenüber dem Gesetzgeber eine Rolle spielt. In Einzelfällen wird dies mittelbar eine Rolle spielen können, etwa der Auslegung der berechtigten Gründe bei einer Befreiung nach § 23 Abs. 2 ApoBetrO, der Bemessung eines Bußgeldes beim Verstoß gegen die Dienstbereitschaft oder bei der Prüfung der Frage, ob eine Verletzung des Mietvertrages bei Schließung der Apotheke trotz Offenhaltungspflicht vorliegt.

6. Ergebnis - Handlungsanweisungen

Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände kann daher Folgendes festgehalten werden:

- 6.1 Die geplante Aktion, dass Apothekenmitarbeiter flächendeckend ihre Tätigkeit niederlegen, ist jederzeit in Abstimmung mit den Apothekeninhabern möglich. Es handelt sich dabei aber nicht um einen Streik, sondern um eine Demonstration.
- 6.2 Sofern die Apothekeninhaber hierzu ihre Zustimmung erklären und individuell eine Absprache hinsichtlich der Vergütung treffen oder aber die Möglichkeit besteht, dass die Apothekeninhaber im Rahmen ihres Direktionsrechts die Mitarbeiter für einen bestimmten Tag von ihrer Arbeitspflicht ohne weitere Nachteile befreien können, etwa weil sie insoweit den Abbau von Überstunden anordnen können, bestehen hiergegen keine Bedenken.
- 6.3 Davon zu trennen ist die Frage, ob der Apothekeninhaber selbst währenddessen die Dienstbereitschaft über die Notdienstklappe aufrechterhält, was nach aktueller Rechtslage ausreichend

für die Erfüllung der Verpflichtungen nach § 23 Abs. 1 S. 1 ApoBetrO ist oder ob er im Einzelfall sich für diesen Tag von der allgemeinen Dienstpflicht nach § 23 Abs. 2 ApoBetrO befreien lässt.

- 6.4 Die Versorgung von Krankenhäusern muss, die Versorgung von Altenheimen sollte während der Maßnahmen aufrechterhalten werden.
- 6.5 Im Einzelfall können mietvertragliche Besonderheiten bestehen; aufgrund der Tatsache, dass selbst im Falle einer Offenhaltungspflicht jedoch bei der vorübergehenden Schließung oder Einschränkung des Leistungsangebotes keine schwerwiegenden Konsequenzen drohen, sollte dies zu vernachlässigen sein.
- 6.6 Bei der Kommunikation sind die Apotheken frei und können daher die Forderung der Vergütung damit begründen, dass die Mitarbeiter Kosten erheblich gestiegen sind und aus diesem Grund die Mitarbeiter an einer Erhöhung auch angemessen beteiligt werden. Dies ist aber, um es abschließend klarzustellen, ein allein kommunikativer Aspekt.

gez. Dr. Douglas