



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 3 C 41.10
OVG 2 L 245/08

Verkündet
am 15. Dezember 2011
Harnisch
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 3. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 2011
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Kley,
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Liebler, Dr. Langer, Buchheister
und die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Kuhlmann

für Recht erkannt:

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts des Landes
Sachsen-Anhalt vom 14. Oktober 2010 wird geändert, so-
weit es der Berufung des Klägers gegen das Urteil des
Verwaltungsgerichts Halle vom 26. Juli 2007 stattgegeben
hat.

Die Berufung des Klägers wird in vollem Umfang zurück-
gewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungs- und des Revi-
sionsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kos-
ten des Beigeladenen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger wendet sich gegen die dem Beigeladenen erteilte Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln.
- 2 Der Kläger ist selbstständiger Apotheker. Er betreibt eine Apotheke in M. und besitzt die Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln. Der Beigeladene ist Apotheker in K. Mit Bescheid vom 19. Oktober 2004 erteilte ihm der Beklagte die Erlaubnis, zusätzlich zu der Hauptapotheke in K. die Filialapotheke „Zur Rose“ in H. zu betreiben. Zugleich erhielt er die Erlaubnis zum Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel in den Betriebsräumen der Filialapotheke. Grundlage der Erlaubniserteilung für den Versandhandel war ein von dem Beigeladenen vorgelegter Kooperationsvertrag mit der in H. ansässigen „Zur Rose“ Pharma GmbH. Die Gesellschaft betreibt einen pharmazeutischen Großhandel und ist auf die Bereitstellung von Dienstleistungen für Versandapotheken spezialisiert. Vertragsgegenstand ist die Belieferung der Filialapotheke des Beigeladenen mit den für den Versandhandel benötigten Arzneimitteln sowie die Erbringung zahlreicher Dienstleistungen durch die Gesellschaft (u.a. Unterstützung bei der Aufnahme und Abwicklung von Bestellungen durch Einrichtung eines Call-Centers, Datenerfassung, Rüstung der Versandartikel, Beifügung von Einnahmeverordnungen, Erstellung von Lieferpapieren und Adressetiketten, Vorbereitung der Verpackung).
- 3 Mit seiner Klage hat der Kläger beantragt, den Bescheid des Beklagten vom 19. Oktober 2004 insoweit aufzuheben, als dem Beigeladenen die Erlaubnis zum Betrieb der Filialapotheke und zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln erteilt werde. Die Erlaubnisse seien rechtswidrig, weil die Filialapotheke und der Versandhandel entgegen den Bestimmungen des Apothekengesetzes (ApoG) nicht von dem Beigeladenen eigenverantwortlich und selbstständig geleitet und betrieben würden. Hierdurch werde er in seinen Rechten

verletzt, weil die rechtswidrige Zulassung eines industriemäßigen Versandhandels dem Beigeladenen einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil verschaffe.

- 4 Das Verwaltungsgericht hat die Klage durch Urteil vom 26. Juli 2007 als unzulässig abgewiesen. Der Kläger sei nicht klagebefugt. Angesichts der räumlichen Entfernung zwischen seiner Apotheke in M. und der Filialapotheke des Beigeladenen in H. könne der Kläger in seinem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG offensichtlich nicht verletzt sein. Eine andere Beurteilung ergebe sich nicht daraus, dass der Kunden-Einzugsbereich hinsichtlich der von dem Beigeladenen betriebenen Versandapotheke möglicherweise weiter zu ziehen sei als bei der stationären Filialapotheke. Die Verschlechterung von Erwerbchancen sei vom Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit nicht erfasst. Der Kläger könne sich für die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten auch nicht auf Vorschriften des Apothekengesetzes stützen. Namentlich komme der Regelung in § 11a ApoG über die Erteilung der Versandhandelserlaubnis keine drittschützende Wirkung zu.

- 5 Im Berufungsverfahren hat der Kläger sein Begehren weiter verfolgt und hilfsweise beantragt, den Beklagten zu verurteilen, den Bescheid vom 19. Oktober 2004 insoweit zurückzunehmen, als dem Beigeladenen der Betrieb der Filialapotheke „Zur Rose“ und der Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel erlaubt worden sei, weiter hilfsweise den Beklagten zu verurteilen, den Bescheid vom 19. Oktober 2004 in diesem Umfang zu widerrufen. Das Oberverwaltungsgericht hat der Berufung durch Urteil vom 14. Oktober 2010 teilweise stattgegeben und den angefochtenen Bescheid insoweit aufgehoben, als damit dem Beigeladenen die Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln für die Apotheke „Zur Rose“ erteilt worden ist. Für die begehrte Aufhebung der Versandhandelserlaubnis sei die Klagebefugnis zu bejahen. Zwar seien die Vorschriften des Apothekengesetzes nicht drittschützend. Es könne aber eine Verletzung von subjektiven Rechten des Klägers aus Art. 12 Abs. 1, Art. 3 GG nicht offensichtlich und eindeutig ausgeschlossen werden. Es sei möglich, dass durch die dem Beigeladenen erteilte Versandhandelserlaubnis der Wettbewerb beeinflusst werde und der Kläger dadurch in der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit behindert sei. Werde gegen eine Vorschrift verstoßen, die die Bedin-

gungen der Teilnahme am Wettbewerb regele, verschaffe das dem Konkurrenten einen Wettbewerbsvorteil, auf den der andere Apotheker wie hier der Kläger seiner eigenen Bindung wegen nicht in gleicher Weise reagieren könne. Entstehe ihm hierdurch ein Nachteil, müsse er gegen die rechtswidrige Begünstigung vorgehen können. Das Berufungsgericht legt darüber hinaus dar, dass die Klage begründet sei, weil die Erteilung der Versandhandelserlaubnis wegen Verstoßes gegen §§ 7, 8 Satz 1, § 11a ApoG rechtswidrig sei und dadurch ein erheblicher Eingriff in den Wettbewerb gegeben sei.

- 6 Mit der Revision rügt der Beigeladene einen Verstoß gegen § 42 Abs. 2 VwGO. Weder den Regelungen über die Erteilung der Apothekenbetriebserlaubnis in § 2 ApoG noch den Bestimmungen über die Erlaubniserteilung zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln nach § 11a ApoG komme drittschützende Wirkung zu. Abgesehen davon fehle es an einem konkreten Konkurrenzverhältnis. Die Klagebefugnis könne auch nicht aus Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet werden. Die gegenteilige Annahme des Berufungsgerichts gehe daran vorbei, dass es sich beim Apothekenmarkt nicht um einen durch staatliche Bedarfsplanung und Verteilung staatlicher Mittel gekennzeichneten Markt handele. Das Apothekenrecht beschränke sich auf eine ordnungsrechtliche Rahmung des Wettbewerbsgeschehens und ziele nicht auf eine Wirtschaftslenkung. Soweit daran gedacht werden könnte, eine Klagebefugnis für den Fall zu bejahen, dass durch eine staatliche Maßnahme ein Verdrängungs- oder Auszehrungswettbewerb ausgelöst werde, sei diese Schwelle hier ersichtlich nicht erreicht. Darüber hinaus rügt der Beigeladene, dass das Berufungsgericht zu Unrecht von der Rechtswidrigkeit der Versandhandelserlaubnis ausgegangen sei.
- 7 Der Kläger verteidigt das angegriffene Urteil.
- 8 Der Beklagte stellt keinen Antrag und äußert sich nicht zur Sache.
- 9 Der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht legt im Einzelnen dar, inwieweit die beim Apothekenversandhandel anfallenden Tätig-

keiten auf nicht zum Apothekenpersonal gehörende Dritte ausgelagert werden dürften.

II

- 10 Die Revision ist begründet und führt zur Zurückweisung der Berufung in vollem Umfang. Die Klage gegen die dem Beigeladenen erteilte Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln nach § 43 Abs. 1 Satz 1 des Arzneimittelgesetzes (AMG), § 11a ApoG ist unzulässig, weil dem Kläger die erforderliche Klagebefugnis fehlt. Die gegenteilige Annahme des Berufungsgerichts verletzt Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO).
- 11 Eine Anfechtungsklage ist nach § 42 Abs. 2 VwGO zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den angefochtenen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Das verlangt, wenn der Kläger nicht selbst Adressat des angegriffenen Bescheides ist, dass er die Verletzung einer Vorschrift behauptet, die ihn als Dritten zu schützen bestimmt ist (stRspr; vgl. z.B. Urteile vom 22. Februar 1994 - BVerwG 1 C 24.92 - BVerwGE 95, 133 <135 f.>, vom 6. April 2000 - BVerwG 3 C 6.99 - Buchholz 310 § 42 Abs. 2 VwGO Nr. 4 S. 3 und vom 25. September 2008 - BVerwG 3 C 35.07 - BVerwGE 132, 64 <Rn. 14> m.w.N.). Hiernach ist die Klagebefugnis zu verneinen. Der Kläger kann nicht geltend machen, die dem Beigeladenen erteilte Versandhandelserlaubnis verstoße gegen eine seinen Schutz bezweckende Norm.
- 12 1. Gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG dürfen apothekenpflichtige Arzneimittel ohne behördliche Erlaubnis nicht im Wege des Versands in den Verkehr gebracht werden; das Nähere regelt das Apothekengesetz. Die für die Erteilung der Versandhandelserlaubnis maßgebliche Vorschrift des § 11a ApoG ist kein Rechtsatz, der dem Schutz der individuellen Interessen von Wettbewerbern des Erlaubnisinhabers zu dienen bestimmt ist.
- 13 a) § 11a Satz 1 ApoG sieht vor, dass dem Inhaber einer Apothekenbetriebs-erlaubnis nach § 2 ApoG die Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln auf Antrag zu erteilen ist, wenn er schriftlich versichert, im Falle

der Erlaubniserteilung die in § 11a Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 3 ApoG näher bezeichneten Anforderungen zu erfüllen. Hierzu gehört auch, dass der Versand nach den für den üblichen Apothekenbetrieb geltenden Vorschriften erfolgt (vgl. § 11a Satz 1 Nr. 1 ApoG), was u.a. die Pflicht zur persönlichen und eigenverantwortlichen Leitung des Versandhandels nach Maßgabe von § 7 ApoG und die Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben in § 8 ApoG einschließt. Dem Wortlaut der Bestimmungen lässt sich nichts für eine Auslegung als eine zugunsten von Wettbewerbern wirkende Schutznorm entnehmen. Sie geben keinen Hinweis darauf, dass bei der behördlichen Entscheidung über die Erteilung der Versandhandelserlaubnis die Interessen anderer Apothekeninhaber in den Blick zu nehmen wären und die Erlaubniserteilung auch auf den Schutz von Konkurrenten ausgerichtet wäre.

- 14 b) Der Normzweck spricht ebenfalls dagegen, § 11a ApoG eine drittschützende Wirkung beizumessen. Die Zwischenschaltung der Apotheken bei der Abgabe von Arzneimitteln dient einer ordnungsgemäßen, das heißt sicheren und qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung (Urteil vom 24. Juni 2010 - BVerwG 3 C 30.09 - BVerwGE 137, 213 <Rn. 29>). Das Ziel einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung umfasst die Belange der Arzneimittelsicherheit (vgl. § 1 AMG), des Verbraucherschutzes und der Versorgungssicherheit (siehe dazu den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung - GKV-Modernisierungsgesetz, BTDrucks 15/1525, S. 160, 165; Antrag zur Entschließung des Bundesrates zum Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, BRDrucks 432/08). § 1 Abs. 1 ApoG weist die Gewährleistung einer sicheren Arzneimittelversorgung den Apotheken ausdrücklich als eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zu.
- 15 c) Auch die Entstehungsgeschichte zeigt, dass § 11a ApoG nicht individuellen Interessen von Wettbewerbern zu dienen bestimmt ist. Mit der Zulassung des Versandhandels beabsichtigte der Gesetzgeber, Einsparpotentiale im Bereich des Gesundheitswesens zu erschließen. Daneben sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bereits vermehrt Apotheken Arzneimittel an Verbraucher im Versandwege zustellen ließen. Die Konkretisierung der Anforderung

rungen an die Erteilung der Versandhandelserlaubnis bezweckte, die Arzneimittelsicherheit und den Verbraucherschutz gegenüber der geübten Praxis weiter zu erhöhen. Mit den Regelungen wollte der Gesetzgeber ferner die Maßgaben berücksichtigen, die das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen zum Apothekenwesen in Verbindung mit der Berufsausübungsfreiheit der Apotheker (vgl. Urteil vom 16. Januar 2002 - 1 BvR 1236/99 - BVerfGE 104, 357 <369> und Beschluss vom 11. Februar 2003 - 1 BvR 1972/00 u.a. - BVerfGE 107, 186 <196 ff.>) festgelegt hat (zu den gesetzgeberischen Motiven vgl. BTDrucks 15/1525, S. 75, 160 f., 165). Hiernach dient die Vorschrift in erster Linie öffentlichen Interessen, während Individualinteressen allein insoweit in den Blick genommen sind, als im Lichte der nach Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsausübungsfreiheit auf die Belange der Antragsteller einer Versandhandelserlaubnis Rücksicht zu nehmen ist.

- 16 Dass es in den Gesetzesmaterialien ferner heißt, mit den Regelungen zum Versandhandel würden faire Bedingungen für den Wettbewerb von Versandapotheken mit öffentlichen Apotheken geschaffen (BTDrucks 15/1525, S. 75, 165), führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Regelt der Gesetzgeber den ordnungsrechtlichen Rahmen für eine berufliche Tätigkeit, hat dies typischerweise Auswirkungen auf den Wettbewerb im Markt, wenn und soweit durch die Ordnungsvorschriften zugleich Bedingungen für die Teilnahme am Markt festgelegt werden. Es liegt auf der Hand, dass hierbei die Herstellung eines fairen Wettbewerbs ein im ordnungspolitischen Interesse liegender, öffentlicher Belang ist. Hinzu kommt, dass ausgewogene Wettbewerbsbedingungen dazu beitragen, im Interesse der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung ein flächendeckendes Netz von stationären Apotheken zu erhalten (zur Gefährdung des Bestands kleinerer Apotheken in strukturschwachen Räumen durch die überregionale Versorgung durch Versandapotheken vgl. BRDrucks 432/08). Es bedürfte daher für die Annahme einer § 11a ApoG zukommenden drittschützenden Wirkung eindeutiger Hinweise, dass der Wettbewerbsaspekt nicht allein der Wahrnehmung öffentlicher Interessen gilt, sondern die Reglementierung der Erlaubniserteilung in § 11a ApoG zugleich darauf abzielt, das berufliche (Erwerbs-)Interesse der anderen Apotheker zu schützen (vgl. Urteil vom 25. September 2008 a.a.O. Rn. 30). Dafür ist aber, wie ausgeführt, nichts ersichtlich.

- 17 2. Entgegen dem Berufungsgericht lässt sich die Klagebefugnis auch nicht unter Heranziehung von Art. 12 Abs. 1 (i.V.m. Art. 3 Abs. 1) GG begründen. Das Grundrecht auf Berufsfreiheit gebietet nicht, hier ein Klagerecht anzuerkennen (vgl. zum Anspruch auf eine angemessene Verfahrensgestaltung BVerfG, Beschluss vom 17. August 2004 - 1 BvR 378/00 - NJW 2005, 273 m.w.N.).
- 18 a) Das Grundrecht auf freie Berufsausübung sichert die Teilhabe am Wettbewerb. Es gewährt aber im Grundsatz keinen Schutz vor Konkurrenz. Die Wettbewerber haben keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben. Insbesondere verleiht Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht das Recht, den Marktzutritt eines weiteren Konkurrenten abzuwehren (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03 - BVerfGE 116, 135 <151 f.> m.w.N.). Etwas anderes kann zwar gelten, wenn der Staat selbst die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs festlegt. Hieraus kann einem Wettbewerber das Recht auf Einhaltung dieser Wettbewerbsbedingungen zuwachsen; jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sie (auch) dem individuellen Interesse der Teilnehmer am Wettbewerb zu dienen bestimmt sind (Urteil vom 25. September 2008 a.a.O. Rn. 30). So liegt der Fall - wie gezeigt - im Anwendungsbereich von § 11a ApoG aber nicht.
- 19 b) Eine gegenteilige Bewertung ergibt sich nicht daraus, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Grundrecht der Berufsfreiheit beeinträchtigt sein kann, wenn eine hoheitliche Maßnahme zu einer Wettbewerbsveränderung führt, die erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge hat. Die Annahme einer möglichen grundrechtsrelevanten Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse setzt nämlich voraus, dass die Wettbewerbsveränderung im Zusammenhang mit staatlicher Planung und/oder der Verteilung staatlicher Mittel steht. Es muss sich um eine Berufsausübung handeln, die in einem staatlich regulierten Markt stattfindet (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 17. August 2004 a.a.O. S. 274 und vom 23. April 2009 - 1 BvR 3405/08 - NVwZ 2009, 977). Um einen dergestalt strukturierten Markt, wie er etwa im Bereich der Krankenhausplanung und -finanzierung (dazu BVerfG, Beschlüsse vom 12. Juni 1990 - 1 BvR 355/86 - BVerfGE 82, 209 und vom 23. April 2009 a.a.O.) sowie im

System des Vertragsarztrechts (dazu BVerfG, Beschluss vom 17. August 2004 a.a.O.) anzutreffen ist, handelt es sich indes bei den Apotheken nicht. Der Zugang zu diesem Markt unterliegt keiner Bedarfsprüfung. Bei der Erteilung einer apothekenrechtlichen Betriebserlaubnis nach § 2 ApoG spielen Mechanismen der Bedarfsplanung keine Rolle. Gleiches gilt für die Erteilung der Erlaubnis zum Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel nach § 11a ApoG. Anders als der Krankenhausmarkt ist der Apothekenmarkt auch nicht durch die Verteilung staatlicher Investitionsfördermittel gekennzeichnet. Ebenso wenig besteht eine dem Vertragsarztssystem vergleichbare Budgetierung der Gesamtvergütung. Im Apothekenmarkt realisiert sich daher mit der Zulassung eines weiteren Konkurrenten lediglich das allgemeine marktimmanente Wettbewerbsrisiko (vgl. auch Rixen, WiVerw 2011, 219 <226 ff.>).

- 20 Aus den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 25. März 1992 - 1 BvR 298/86 - (BVerfGE 86, 28 <37>) und des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. April 1985 - BVerwG 3 C 34.84 - (BVerwGE 71, 183 <193>) folgt nichts anderes. Sie betreffen keine Konkurrentenklage und geben für den Fall des Klägers nichts her.
- 21 c) Eine Klagebefugnis kann hiernach nur ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn die hoheitliche Maßnahme eine Wettbewerbsveränderung im Apothekenmarkt herbeiführt, die die wirtschaftliche Position des klagenden Konkurrenten unzumutbar beeinträchtigt. In einer solchen Situation ließe sich eine grundrechtsrelevante Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse nicht von vornherein ausschließen. Das verlangt aber, dass ein spürbarer wirtschaftlicher Schaden dargetan ist. Die Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Durch den Versandhandel des Beigeladenen bedingte tatsächliche Nachteile des Klägers, die über das allgemeine marktimmanente Wettbewerbsrisiko hinausgingen, sind auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht auszumachen.

22 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 und 2, § 162 Abs. 3 VwGO.

Kley

Liebler

RiBVerwG Dr. Langer
ist krank und daher an
der Unterschrift gehindert.
Kley

Buchheister

Dr. Kuhlmann

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Recht der Heilberufe (Apotheker)

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

GG Art. 12 Abs. 1
AMG § 43 Abs. 1 Satz 1
ApoG § 1 Abs. 1, §§ 7, 8, 11a
VwGO § 42 Abs. 2

Stichworte:

Apotheker; Apothekenmarkt; Berufsfreiheit; Erlaubnis zum Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel; Klagebefugnis; Konkurrent; Konkurrentenklage; regulierter Markt; drittschützende Norm; Drittschutz; Versandhandel; Versandhandelserlaubnis; Wettbewerb; Wettbewerbsbedingungen; Wettbewerbsveränderung.

Leitsatz:

Ein Apotheker, der die einem anderen Apotheker erteilte Erlaubnis zum Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel anfecht, ist nur dann nach § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt, wenn er durch den Versandhandel des Konkurrenten unzumutbare tatsächliche Wettbewerbsnachteile erleidet.

Urteil des 3. Senats vom 15. Dezember 2011 - BVerwG 3 C 41.10

- I. VG Halle vom 26.07.2007 - Az.: VG 1 A 79/05 -
- II. OVG Magdeburg vom 14.10.2010 - Az.: OVG 2 L 245/08 -