

APOTHEKER ALS „FREIE“ MITARBEITER IN APOTHEKEN

Nach § 7 Satz 1 Apothekengesetz (ApoG) verpflichtet die Betriebserlaubnis den Inhaber (Apothekenleiter) zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung. Dieser gesetzlichen Vorgabe der persönlichen Leitungspflicht kommt im System des Apothekenrechts eine herausragende Bedeutung zu. Aus § 7 ApoG folgt, dass der Apothekenleiter seine pharmazeutische, wirtschaftliche und organisatorische Leitungskompetenz und -verpflichtung behalten muss. Pharmazeutische Leistungen für eine Apotheke dürfen daher nur im Angestelltenverhältnis erbracht werden. So entschied z. B. auch das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 24. Juni 2010 (Aktenzeichen: 3 C 30/09) zum Visavia Terminal. Das Gericht hatte darauf verwiesen, dass pharmazeutische Leistungen nur von weisungsgebundenen Angestellten erbracht werden dürfen. Dabei hat das Bundesverwaltungsgericht zum Ausdruck gebracht, dass die Umsetzung der persönlichen Leitungsverpflichtung des Betriebserlaubnisinhabers nur mit dem Mittel des arbeitsrechtlichen Direktionsrechts umzusetzen ist. Aufgrund der persönlichen Leitungsverpflichtung muss der Apothekenleiter dafür Sorge tragen, dass alle seinen Mitarbeitern übertragenen Betriebsabläufe weisungsgebunden abgewickelt werden. Diese Verantwortung verpflichtet den Apothekenleiter, seine Weisungsbefugnis gegenüber einem Mitarbeiter uneingeschränkt durchzusetzen, soweit dies der Betrieb erfordert (vgl. Kommentar Pfeil / Pieck / Blume, § 2 Apothekenbetriebsordnung, Randnr. 129 ff.).

Der Einsatz von freien Mitarbeitern in Apotheken widerspricht danach den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten. Ein freies Mitarbeiterverhältnis setzt – angelehnt an die Legaldefinition in § 84 Abs. 1 Satz 2 Handelsgesetzbuch – voraus, dass der Mitarbeiter seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten, d. h. Zeit und Inhalt seiner Dienstleistung selbst bestimmen kann und nicht an Weisungen hinsichtlich der Gestaltung seiner Tätigkeit gebunden ist. Diese fundamentale Voraussetzung für die Tätigkeit als freier Mitarbeiter ist bei einer Beschäftigung in einer Apotheke nicht erfüllt. Die Beschäftigung eines solchermaßen selbstständigen Mitarbeiters ohne Bindung an das Weisungsrecht ist nach den Erfordernissen einer ordnungsgemäßen Leitung eines Apothekenbetriebes ausgeschlossen.

Zwar hat das Landesberufsgericht für Heilberufe beim Oberlandesgericht München in seinem Urteil vom 12. Dezember 2013 (Aktenzeichen: LBG Ap2/12) die Auffassung vertreten, dass aus apotheken- und berufsrechtlicher Sicht die Vertretung der Apothekenleitung auf selbstständiger Basis (Honorarbasis) zulässig sein könne, wenn der Vertreter / die Vertreterin sich in einem Vertretungsvertrag hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit sowie sämtlicher Betriebsabläufe den Vorgaben der Apothekenleitung unterwirft.

Eine solche Vertragsgestaltung würde jedoch der Definition der selbstständigen / freiberuflichen Tätigkeit widersprechen und findet auch keine Bestätigung in der zivil- sowie finanzgerichtlichen Rechtsprechung. Danach könne ein Apotheker, der vertretungsweise in einer öffentlichen Apotheke tätig ist, nur auf der Grundlage eines Anstellungsvertrages beschäftigt werden. Ein Vertreter habe zwar für Zeit der Vertretung eine weitgehende Entscheidungsbefugnis im fachlichen Bereich. Er sei jedoch an seinen vorher festgelegten Arbeitsort und die Arbeitszeiten sowie die festgelegten Aufgaben gebunden. Er sei in den Apothekenbetrieb eingegliedert und müsse seine Arbeitsleistung persönlich erbringen und habe keinerlei wirtschaftliche Verantwortung für die Apotheke.

So hat der Bundesfinanzhof in seiner Entscheidung vom 20. Februar 1979 geurteilt, dass auch ein selbstständiger Apotheker mit einer eigenen Apotheke als Arbeitnehmer anzusehen ist, wenn er entgeltlich als Urlaubsvertretung für andere Apotheker tätig ist. Er trete dabei gerade nicht „in die Fußstapfen“ des

vertretenden Kollegen, sondern sei in der Vertretungszeit sozialversicherungspflichtiger Beschäftigter. Das Amtsgericht Diepholz in erster Instanz (Urteil vom 18. März 2009) sowie das Landgericht Verden in zweiter Instanz (Beschluss vom 25. November 2009) haben ferner entschieden, dass ein Vertrag zwischen einem Apothekenbetreiber und einer Apothekerin über eine weisungsunabhängige „Chefvertretung“, in dem eine Abführung von Sozialbeiträgen oder Lohnsteuer nicht vorgesehen war, gemäß § 134 BGB nichtig sei, da er gegen zwingende Vorgaben des Apothekengesetzes verstoße. Eine Vertretung von Apothekeninhabern sei nur in Form eines weisungsgebundenen Arbeitsverhältnisses möglich. Letztlich müsse der Apothekenleiter die volle Verantwortung für seine Apotheke behalten.

Es sind hier auch wiederholt Fälle bekanntgeworden, in denen Apothekeninhaber/-innen, die im Zusammenhang mit ihrer Vertretung einen sog. „freien Mitarbeitervertrag“ auf Honorarbasis geschlossen haben, die von ihnen nicht abgeführten anteiligen Sozialversicherungsabgaben nachzahlen mussten, nachdem solche Vertragskonstruktionen im Rahmen einer Betriebsprüfung festgestellt wurden.