

## Fortführung eines Apothekenbetriebs durch den Insolvenzverwalter

### Ist der Sofortvollzug der Zwangsstilllegung bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und Fortführung der Apotheke durch den Insolvenzverwalter verhältnismäßig?

von Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter Dr. Marc d'Avoine, Wuppertal

*Krisen und Insolvenzen machen vor Ärzten, Krankenhäusern und Apotheken nicht halt. Immer wieder geraten auch Apotheker mit einer – oder mehreren u.U. im Filialsystem betriebenen – Apotheken in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Nach Insolvenzantragstellung stellt sich der Fortbetrieb einer Apotheke i.d.R. als wirtschaftlich durchaus sinnvoll, aber rechtlich schwierig dar. Dieses liegt u.a. an den strengen Regeln der §§ 1 Abs. 2, 2, 5, 7 ApoG.<sup>1</sup>*

*Im Beispielsfall eröffnete das AG das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Apothekers und bestellte den bis dahin als vorläufigen Insolvenzverwalter aktiven Rechtsanwalt zum Insolvenzverwalter. Das Gesundheitsamt der Stadt untersagte dem Insolvenzverwalter den Betrieb und vollzog sofort. Mit der Schließung war die im Vorverfahren eingeleitete Sanierung der Apotheke gescheitert. VG und OVG bestätigten das Fortführungsverbot durch den Insolvenzverwalter, weil ihm die nach § 1 Abs. 2 ApoG notwendige Erlaubnis fehlte.<sup>2</sup>*

*Das Fortführungsverbot der Apotheke durch den Insolvenzverwalter erscheint im Licht des zum 1.3.2012 eingeführten Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) kritisch. Der „Automatismus“ der sofortigen Zwangsstilllegung ist jedenfalls keine „Erleichterung der Sanierung“ und erschwert die Fortführung überlebensfähiger Apotheken. Dieser Aufsatz untersucht, ob der Insolvenzverwalter – wenigstens vorübergehend – berechtigt ist, eine Apotheke zu führen.*

#### I. Grundsatz: Betrieb einer Apotheke ist erlaubnispflichtige Tätigkeit gem. § 1 Abs. 2 ApoG

Apotheken stellen die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicher. Das liegt im öffentlichen Interesse. Daher sind die Zulassungsvoraussetzungen hoch und im Einzelnen im Gesetz über das Apothekenwesen (Apothekengesetz – ApoG)<sup>3</sup> geregelt.

Gem. § 1 Abs. 2 ApoG benötigt der Betreiber einer Apotheke die Erlaubnis der zuständigen Behörde, somit des Gesundheitsamts der Stadt, Gemeinde oder des Kreises bzw. der/des dortigen Amtsapothekerin/Amtsapothekers. Die Erlaubnis verpflichtet zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung, § 7 ApoG.<sup>4</sup>

Die Erlaubnis ist nach § 1 Abs. 3 ApoG personengebunden. Sie gilt nur für den Apotheker, dem sie erteilt ist, und auch nur für die in der Erlaubnisurkunde bezeichneten Räume. Mit Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Apothekers geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter über, § 80 InsO. Der Apotheker ist damit nicht mehr der betreibende Unternehmer. Der Insolvenzverwalter übernimmt dann zwar gem. § 80 Abs. 1 InsO die Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung. Er ist aber i.d.R. Rechtsanwalt und/oder Steuerberater/Wirtschaftsprüfer, nicht aber approbierter Apotheker. Auch hat der Insolvenzverwalter nie eine Erlaubnis nach § 1 ApoG beantragt; er würde diese auch nicht erhalten, weil er im Regelfall nicht die deutsche Approbation als Apotheker nach § 4 Bundes-Apothekerordnung (BApo), § 2 Abs. 1 Nr. 3 ApoG besitzt. Das ApoG sieht auch keine Möglichkeit vor, wonach der Apotheker seine Erlaubnis nach § 1 ApoG auf den Insolvenzverwalter übertragen könnte. Die Verpachtung der Apotheke gem. §§ 9, 13 ApoG ist nur scheinbar eine Alternative. Denn die wirtschaftliche Verfügungsmacht geht mit Verpach-

tung an den Pächter, somit einen Dritten über, womit der Betrieb nicht mehr in der Vermögenssphäre des schuldnerischen Apothekers bzw. des Insolvenzverwalters liegt.

Wird eine Apotheke ohne Erlaubnis betrieben, so hat die zuständige Behörde die Apotheke zu schließen, § 5 ApoG. Es handelt sich um eine „Muss-Vorschrift“. Die Behörde, somit das Gesundheitsamt, vertreten durch den „Amtsapotheker“, schließt i.d.R. sofort, womit der Betrieb stillgelegt ist. Fraglich ist, ob und wie ein Insolvenzeröffnungsverfahren oder ein eröffnetes Insolvenzverfahren auf diese Amtspflicht wirkt. Problematisch ist der Sofortvollzug insbesondere in bereits vorbereiteten oder laufenden Sanierungsfällen – mit oder ohne „Schutzschirm“ – nach § 270b InsO. Wenn konkrete Sanierungsmaßnahmen bereits eingeleitet sind und die Behörde mit Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die Apotheke sofort schließt, werden alle vorherigen Bemühungen, Sanierungsschritte, Verkaufsbemühungen und Vorbereitungen auch für einen Insolvenzplan Makulatur. Dem Insolvenzverwalter ist praktisch die Grundlage für die Restrukturierung entzogen.

Gerade in Planfällen erscheint die sofortige Stilllegung der Apotheke vorschnell. Denn der Insolvenzplan wird

1 Apothekengesetz i.d.F. der Bekanntmachung v. 15.10.1980 (BGBl. I, S. 1993), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 15.7.2013 (BGBl. I, S. 2420).

2 OVG Berlin, Beschl. v. 18.6.2002 – OVG 5 S 14.02; vgl. VG Berlin, Beschl. v. 7.6.2002 – VG 14 A 51.02.

3 Apothekengesetz i.d.F. der Bekanntmachung v. 15.10.1980 (BGBl. I, S. 1993), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 15.7.2013 (BGBl. I, S. 2420).

4 Lenger/Bauchowitz, NZI 2015, 494, 498 mit Behandlung der Entscheidungen OVG Berlin, Beschl. v. 18.6.2002 – OVG 5 S 14.02; VG Berlin, Beschl. v. 7.6.2002 – 14 A 51.02.

i.d.R. über Wochen entwickelt und existiert im Zeitpunkt der Eröffnung häufig bereits als konkreter Entwurf. Dieser ist meist mit den Beratern und zentralen Gläubigern abgestimmt. Über den Plan entscheidet die Gläubigerversammlung durchaus bereits etwa 6 – 10 Wochen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Sollte die Behörde ohne Aufschub handeln und die Schließung der Apotheke sofort verfügen (was in sonstigen Fällen des Entfalls einer Erlaubnis der Fall ist), ist die Existenz des Apothekers Geschichte. Ist der Betrieb einmal stillgelegt, wird er – wenn überhaupt – nur mit dem marktüblichen Verlust von Teilen der ehemaligen Stammkundschaft wieder aufgenommen werden können. Gerade Dauerpatienten pflegen eine ausgeprägte Bindung zu „ihrer“ Apotheke. Die Zwangstilllegung durchkreuzt damit Sanierungsbemühungen und macht den mitunter bereits vorverhandelten und annahmefähigen Insolvenzplan nutzlos.

## II. Fall des OVG Berlin, Beschl. v. 18.6.2002<sup>5</sup>

Das VG Berlin und das OVG Berlin beschäftigten sich mit der Frage der Zwangstilllegung während des Insolvenzverfahrens. Beide Gerichte unterstellten, dass die Insolvenzantragstellung über das Vermögen eines Apothekers und die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Zustimmungsvorbehalt nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Nr. 2, 2. Alt. InsO nicht zu einem Verbot des Fortbetriebs durch den Apotheker führe, weil der vorläufige Insolvenzverwalter (noch) keine Verfügungs-Verwaltungsbefugnis nach § 80 Abs. 1 InsO habe. Nach Eröffnung ist die Rechtslage anders: Das OVG führte aus, dass der Insolvenzverwalter mangels Eignung und Approbation keine Apotheke in eigener Verantwortung führen könne, dass aber die eigenverwaltete Apotheke keinen Bedenken begegne. Auch die Freigabe des Betriebs durch den Insolvenzverwalter sei möglich und erhalte dem Apotheker ggf. die Zulassung.<sup>6</sup>

### Leitsätze:

1. Die Fortführung einer Apotheke ist trotz Insolvenzeröffnung in Eigenverwaltung möglich.
2. Bei Freigabe der Apotheke durch den Insolvenzverwalter ist die Apothekenschließung wegen Mitbetreibung durch den Verwalter zu überprüfen.<sup>7</sup>

Die Apothekerin wurde insolvent und stellte einen Insolvenzantrag. Der vorläufige Insolvenzverwalter hatte im Verbund mit der insolventen Apothekerin die Apotheke im Vorverfahren fortgeführt. Dann eröffnete das Insolvenzgericht das Verfahren. Praktisch änderte sich nichts: Die Apothekerin organisierte die Apotheke, stellte Medizin nach Rezept zusammen, verkaufte Arzneien, Hilfsmittel etc. und bediente die Kunden. Sie und der Insolvenzverwalter führten die Apotheke nach Eröffnung des Verfahrens fort, so wie sie es im Vorverfahren schon gehalten hatten. Wegen § 80 Abs. 1 InsO war der Insolvenzverwalter der Unternehmer geworden und damit auch der Betreiber der Apotheke. Faktisch aber traf die Apothekerin vor und nach Eröffnung alle relevanten arzneimittelrelevanten Entscheidungen. Der

Insolvenzverwalter übernahm die unternehmerische Verantwortung und rechtliche Betriebsführung. Die Behörde untersagte ihm dieses und schloss die Apotheke zwangsweise sofort. Dagegen wandte sich der Insolvenzverwalter. Zudem beantragte er vorläufigen Rechtsschutz. Klage und Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gegen die sofort vollzogene Schließung der Apotheke waren ohne Erfolg. Der Antragsteller hatte sich auf die Grundlagen des Insolvenzrechts und § 12 GewO gestützt und argumentiert, dass eine Rücknahme der Zulassung während des Insolvenzverfahrens unzulässig sei.

Demgegenüber befand das Gericht, dass die Schließung rechtmäßig gewesen sei. Gem. § 23 ApoG sei das Betreiben einer Apotheke ohne die erforderliche Erlaubnis strafbar. Dieses umfasse nicht nur das Betreiben in eigener Regie und Verantwortung, sondern auch das „Mitbetreiben“ einer Apotheke. Eine Aufgabenteilung sähe das ApoG nicht vor. VG und OVG stützten sich darauf, dass im Bereich des Apothekenwesens zusätzliche Vorschriften für die Führung des Gewerbes gälten, denen Genüge getan werden müsse. Insbesondere verwies das Gericht auf die strikten Anforderungen der §§ 9 und 13 ApoG bzgl. Verpachtung und Verwaltung von Apotheken und das Verbot der Beteiligung gem. § 8 ApoG.<sup>8</sup> Nach letztgenannter Vorschrift können mehrere Personen zusammen eine Apotheke nur in der Rechtsform einer GbR oder einer OHG betreiben. In diesen Fällen bedürfen alle Gesellschafter der Erlaubnis. Beteiligungen an einer Apotheke in Form einer Stillen Gesellschaft und Vereinbarungen, bei denen die Vergütung für dem Erlaubnisinhaber gewährte Darlehen oder sonst überlassene Vermögenswerte am Umsatz oder am Gewinn der Apotheke ausgerichtet ist, insbesondere auch am Umsatz oder Gewinn ausgerichtete Mietverträge, sind unzulässig. Pachtverträge über Apotheken nach § 9 ApoG, bei denen die Pacht vom Umsatz oder Gewinn abhängig ist, gelten nicht als Vereinbarungen i.S.d. Satzes 2.

Zwar führte der Antragsteller an, dass die apothekentypischen Aufgaben auf die Apothekerin als Insolvenzschuldnerin übertragen worden seien. Der Insolvenzverwalter konnte auch überzeugend vortragen, dass er nur die Aufsicht übte und wirtschaftliche Entscheidungen traf, jedoch weder Arzneien herstellte noch zusammensetzte oder etwa „Drogen“ zubereitete; die Apothekerin allein stellte die Rezepte zusammen, sie bediente ihre Kunden, verkaufte und handelte mit Medizin, Heilmitteln und Zusatzstoffen. Zwischen der Apothekerin und dem Insolvenzverwalter bestand eine klare Aufgabentrennung. Gleichwohl entschied das Gericht, dass

5 OVG Berlin, Beschl. v. 18.6.2002 – OVG 5 S 14.02; vgl. VG Berlin, Beschl. v. 7.6.2002 – VG 14 A 51.02.

6 OVG Berlin, Beschl. v. 18.6.2002 – OVG 5 S 14.02; vgl. VG Berlin, Beschl. v. 7.6.2002 – VG 14 A 51.02.

7 OVG Berlin, Beschl. v. 18.6.2002 – OVG 5 S 14.02; vgl. VG Berlin, Beschl. v. 7.6.2002 – VG 14 A 51.02.

8 OVG Berlin, Beschl. v. 18.6.2002 – OVG 5 S 14.02; vgl. VG Berlin, Beschl. v. 7.6.2002 – VG 14 A 51.02.

eine Trennung der wirtschaftlichen und pharmazeutischen Leitungen unzulässig sei. Vielmehr sehe § 7 ApoG eine Pflicht zur persönlichen Leitung vor. Diese könne man nicht splitten. Die eigene Verantwortung bezöge sich sowohl auf die wirtschaftliche, als auch auf die pharmazeutische Komponente, somit erfülle der Betreiber eine Kombinationsfunktion. Im Ergebnis sei die Zwangsstilllegung die geeignete und erforderliche, aber auch angemessene Maßnahme. Das Insolvenzrecht rechtfertige keine andere Wertung.<sup>9</sup>

### III. Sach- und Rechtslage der Zwangsstilllegung im Licht des ESUG

Die Entscheidungen des VG und des OVG sind strikt. Sie rechtfertigten die sofortige Zwangsstilllegung, gleich, ob die Apotheke betriebswirtschaftlich betrachtet (massegunstig) fortführungsfähig wäre, und gleich, welche Sanierungsaussichten bestehen. Die Stilllegung nach §§ 1, 5, 7 ApoG soll unabhängig davon sein, ob eine Übertragung der Apotheke durch Verkauf möglich ist oder ob es ggf. zu einem von Gläubigern im Vorfeld gebilligten Insolvenzplan mit Betriebsfortführung kommt. Die „Volksgesundheit“ sei ein überragendes Interesse. Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung gehen somit die Spezialregelungen des ApoG denen der InsO vor. § 12 GewO sei gleichsam nicht anwendbar.<sup>10</sup>

Sofern der Apotheker trotz Eröffnung des Verfahrens weiterhin über seine Betriebserlaubnis verfügt, wäre eine wirkungsvolle Verpachtung möglich.<sup>11</sup> Die theoretische Verpachtung ist aber keine Alternative auf dem Sanierungsweg. Denn auch eine Verpachtung ist nur unter strengen Regelungen möglich und wird eng ausgelegt.<sup>12</sup> Vorausgesetzt wird entweder, dass der Verpächter weiterhin im Besitz seiner Betriebserlaubnis ist oder er aus gesundheitlichen Gründen ungeeignet ist, um die Apotheke ordnungsgemäß zu leiten (s. § 9 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 7 ApoG, § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BApo). Eine vorübergehende Leitung während des Insolvenzverfahrens scheidet nach überwiegender Meinung aus, da diese nach § 13 ApoG nur im Todesfall des Erlaubnisinhabers Anwendung findet.

Zu würdigen ist, dass sich seit der Sofort-Zwangsstilllegungsentscheidung des VG und des OVG das Insolvenzrecht weiterentwickelt und vorwiegend durch die Einführung des ESUG gewandelt hat. Das „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ v. 7.12.2011 soll die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für die Sanierung Not leidender Unternehmen verbessern.<sup>13</sup> Ziel des Gesetzes ist es u.a., die Sanierung von Unternehmen durch einen stärkeren Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters, durch eine Vereinfachung des Zugangs zur Eigenverwaltung, durch Erweiterung und Straffung des Insolvenzplanverfahrens zu erleichtern.<sup>14</sup> Während sich der Beschluss des OVG vor Einführung des ESUG noch vertreten ließ, stellt sich nun allerdings die Frage, ob er auch nach der Reform noch haltbar ist. Denn das ESUG schafft neue Überlegungen und Gestaltungsmöglichkeiten mit Blick auf bessere Betriebsfortführungs- und Sanierungschancen.<sup>15</sup>

### 1. Zwangsweiser Entzug der Erlaubnis wegen Unzuverlässigkeit, Unwürdigkeit und Fehlverhalten, § 4 Abs. 2 ApoG – Ausweg Eigenverwaltung

In der Apothekerinsolvenz besteht zwar die Gefahr, dass die Betriebserlaubnis des Apothekers unter Berufung auf § 4 Abs. 2 ApoG entzogen wird. Neben der Möglichkeit des Widerrufs der Betriebserlaubnis wegen Unzuverlässigkeit nach § 4 Abs. 2 ApoG bestimmt § 6 Abs. 2 BApo zudem die Möglichkeit des Widerrufs der Approbation ebenfalls aus Gründen der Unzuverlässigkeit, Unwürdigkeit oder wegen Fehlverhaltens.<sup>16</sup> Diese Begriffe können weit ausgelegt werden. Bereits das Erreichen der Insolvenzsreife könnte als Unzuverlässigkeit gedeutet werden. Damit bestünde prinzipiell das Risiko, dass die Erlaubnis und/oder die Approbation widerrufen würde, mit der Folge, dass eine Eigenverwaltung nicht mehr möglich wäre.

Jedoch ist – besser war – dieses der Grundsatz. Jedenfalls unter der Geltung der InsO führt bei den kammergebundenen Heilberufen die Insolvenzeröffnung nicht regelmäßig zur Einleitung eines berufsrechtlichen Widerrufsverfahrens aufgrund berufsrechtlicher Unzuverlässigkeit. Damit ist die Fortführung der Praxis gemeinsam mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt durchaus möglich.<sup>17</sup> Das gilt vor allem, weil ein Widerruf der Approbation allein wegen ungeordneter Vermögensverhältnisse nicht mit dem § 12 GewO vereinbar ist.

Das erkennt auch das OVG in der o.g. Entscheidung und bestätigt, dass jedenfalls der eigenverwaltende Apotheker unter Aufsicht des Sachwalters die Apotheke weiter betreiben kann.<sup>18</sup> Denn das am 1.3.2012 in Kraft getretene ESUG stärkt sowohl die Eigenverwaltung durch den Schuldner als auch den Einfluss der Gläubiger. Eines der Mittel ist der § 270a InsO (Eröffnungsverfahren). Ist der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos, so soll das Gericht im Eröffnungsverfahren davon absehen, dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen oder anzuordnen, dass alle Verfügungen des

9 OVG Berlin, Beschl. v. 18.6.2002 – OVG 5 S 14.02; vgl. VG Berlin, Beschl. v. 7.6.2002 – VG 14 A 51.02.

10 OVG Berlin, Beschl. v. 18.6.2002 – OVG 5 S 14.02; vgl. VG Berlin, Beschl. v. 7.6.2002 – VG 14 A 51.02.

11 Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl. 2010, § 35 Rn. 297; OVG Berlin, Beschl. v. 18.6.2002 – OVG 5 S 14.02.

12 Sieper, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 9 ApoG Rn. 1.

13 Das Gesetz wurde am 13.12.2011 im BGBl. verkündet. Änderungen der InsO (Art. 1), der InsVV (Art. 2), des EGIInsO (Art. 3), des ZVG (Art. 6) und des KWG (Art. 9) traten am 1.3.2012 in Kraft. Änderungen des GVG (Art. 4), des EGGVG (Art. 8), des RPfG (Art. 5) sowie das in Art. 7 neu eingeführte Insolvenzstatistikgesetz (InsStatG) traten zum 1.1.2013 in Kraft.

14 S. Zusammenfassung in Wikipedia.

15 Lenger/Bauchowitz, NZI 2015, 494, 498.

16 Lenger/Bauchowitz, NZI 2015, 494, 498; Sieper (Fn. 12), § 4 ApoG Rn. 3.

17 Bäuerle, in: Braun, InsO, 6. Aufl. 2014, § 35 Rn. 66.

18 OVG Berlin, Beschl. v. 18.6.2002 – OVG 5 S 14.02.

Schuldners nur mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind. Die Fortführung des Betriebs unter Eigenverwaltung ist somit insolvenzverfahrenskonform.<sup>19</sup>

## 2. Fremdbetriebsverbot und Verhältnismäßigkeit einer sofortigen Stilllegung

Mit Eröffnung hat der Insolvenzverwalter nicht eine etwa vom Apotheker abgeleitete Erlaubnis zur Fortführung der Apotheke. Die Erlaubnis nach § 1 Abs. 2 ApoG hatte nur der Apotheker. Der Insolvenzverwalter ist i.d.R. Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer, aber nicht Apotheker. Das im Apothekengewerbe geltende Fremdbetriebsverbot steht damit erst einmal der Weiterführung des Betriebs durch den Insolvenzverwalter entgegen. Denn nach § 7 ApoG ist ausschließlich der Apotheker persönlich zur Leitung der Apotheke berechtigt. Verlangt wird neben der beruflichen Qualifikation die Präsenz des Apothekers. Der persönlichen Anwesenheit wird nicht durch die Einstellung entsprechend qualifizierten und ausgebildeten Fachpersonals genügt.<sup>20</sup> Damit ist durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die sofortige Stilllegung des – durch den Insolvenzverwalter – geführten Betriebs vorprogrammiert.

Allerdings nimmt § 80 InsO auf das ApoG keine Rücksicht. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Verwaltungs- und Verfügungsrecht gem. § 80 InsO zwangsläufig auf den Insolvenzverwalter über, es sei denn, das Insolvenzgericht ordnet die Eigenverwaltung an. In der Praxis zeichnen sich Fälle ab, in denen die Grenzen zwischen einer „defensiven Insolvenzverwaltung“ und einer „offensiven Sachwaltung“ verschwimmen. Der gewissenhafte Treuhänder oder Sachwalter wird ebenso wie der Verwalter schon aus Haftungsgründen alle Verträge durchleuchten, Geschäftsvorfälle analysieren und Einkauf sowie Verkauf kontrollieren. Auch bei der Eigenverwaltung ziehen Sachwalter durchaus das Recht der Kassenführung an sich, womit sie faktisch die Geschäfte steuern. Zahlungen und Liquiditätsflüsse laufen dann über den Sachwalter. Damit ist die Nähe zur Regelinsolvenzverwaltung erreicht. Wegen der Sanierungsoptionen des ESUG erscheint es vertretbar, eine Betriebsfortführung durch den Insolvenzverwalter in enger Zusammenarbeit mit dem Apotheker jedenfalls dann zuzulassen, wenn der Sanierungserfolg sich bereits abzeichnet. Das ist insbesondere der Fall,

- wenn ein Käufer bereit steht und ein Übertragungsvertrag bereits einen vorgerückten Entwurfsstand hat oder
- ein Entwurf eines Insolvenzplans existiert, dessen Umsetzung wenigstens hinreichend wahrscheinlich ist.

Wenn der Verwalter weiter die wirtschaftliche Verantwortung trägt, der Apotheker weiterhin die Verantwortung für einen ordnungsgemäßen Vertrieb und Umgang mit Pharmazeutika lebt und die Zeit für eine weitere Entwicklung des Plans genutzt wird, ist der sofortige Vollzug der Stilllegung unverhältnismäßig. Auf diesem Weg wird die Wahrscheinlichkeit für die Sanierung via Insolvenzplan verstärkt. Das

Gegenargument des Verbots der Trennung der wirtschaftlichen von den pharmazeutischen Aufgaben verblasst unter dem Schlaglicht des ESUG.

VG und OVG Berlin untersagten jedoch genau diese Aufteilung der Zuständigkeiten und hielten die Übernahme der wirtschaftlichen Verantwortung durch den Insolvenzverwalter und eine Übertragung der pharmazeutischen Leitung an den Apotheker mit Blick auf die Pflicht des § 7 ApoG zur höchstpersönlichen Leitung für unzulässig. Jegliche Übertragung der Verantwortlichkeit werde hierdurch unterbunden. Vielmehr sei die Pflicht als eine untrennbare Einheit zu verstehen, die sich in eine wirtschaftliche und eine pharmazeutische Komponente gliedere.<sup>21</sup> Auch in koordinierter Zusammenarbeit soll eine gemeinsame Leitung der Apotheke durch den Insolvenzverwalter und den Erlaubnisinhaber nicht möglich sein. Das kann mit Blick auf zahlreiche andere Branchen und Wirtschaftszweige nicht (mehr) überzeugen. Exemplarisch seien genannt:

- Der Insolvenzverwalter, der ein Rehabilitationszentrum betreibt, hat auch nicht die Ausbildung als Physiotherapeut, Heilpraktiker oder Ergotherapeut. Er kann Patienten mit Sportverletzungen, Hüft-, Knie-, Rücken- oder Schulterschäden weder sachgerecht behandeln noch beraten. Im Gegenteil, die Anwendung des Insolvenzverwalters könnte den Reha-Patienten sogar erheblich in seiner Gesundheit schädigen. Dennoch erlischt die Erlaubnis zum Betrieb eines Reha-Zentrums nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens unstreitig nicht. Der Insolvenzverwalter kann weiter betreiben.
- Nicht jeder Insolvenzverwalter hat eine Fahrerlaubnis der Klasse C. Der Insolvenzverwalter mit der Fahrerlaubnis B kann weder Schwertransporte mit Lkw fahren noch Gefahrgut transportieren. Er kann auch nicht Busse fahren oder Personen befördern. Dennoch erlischt die Erlaubnis gem. § 3 GüKG mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens unstreitig nicht. Der Verwalter betreibt Speditionen und Busbetriebe rechtmäßig weiter. Das gilt übrigens auch für Taxi-Betriebe.
- Der Insolvenzverwalter ist i.d.R. nicht Arzt. Er kann Patienten weder fachgerecht oder sachgerecht behandeln, noch beraten. Ärztliche Anwendungen, Operationen und medizinische Eingriffe verbieten sich. Der Insolvenzverwalter entscheidet gerade nicht über die Art und Weise der Behandlung oder des Eingriffs. Dennoch erlischt die Zulassung des Arztes nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens unstreitig nicht. Die Praxis kann durch den Insolvenzverwalter fortgeführt werden.
- Installateure sind technisch versierte Handwerker, die an durchaus gefährlichen Anlagen arbeiten. Der Insolvenzverwalter ist i.d.R. nicht Installateur und muss da-

<sup>19</sup> Lenger/Bauchowitz, NZI 2015, 494, 498 f.

<sup>20</sup> S. dazu Sieper (Fn. 12), § 7 Rn. 4.

<sup>21</sup> OVG Berlin, Beschl. v. 18.6.2002 – OVG 5 S 14.02; Sieper (Fn. 12), § 7 Rn. 2 ff.

rauf vertrauen, dass der schuldnerische Installateur in der Insolvenz fachgerecht die Wasser- und Gasleitungen absperrt, repariert, verlegt, Anlagen in Betrieb nimmt oder stilllegt. Insbesondere der nicht fachgerechte Umgang mit Gas und Öl birgt massive Risiken und kann für die Bewohner des Hauses zu elementaren Gesundheitsrisiken führen. Es sind diverse Gasunfälle bekannt, die durch nicht fachgerechten Umgang mit Gasleitungen und Gasheizungen entstanden sind. Dennoch kann der Insolvenzverwalter einen schuldnerischen Installationsbetrieb fortführen. Er muss nur für eine Fachkraft bei der Ausübung der technischen Aufgaben sorgen. Ähnlich ist der Fall bei einem Elektrobetrieb.

- Reparaturen an Fahrzeugen sollten durch Fachwerkstätten erfolgen. Der Insolvenzverwalter ist regelmäßig nicht Kfz-Mechaniker und hat auch nicht die Ausbildung als Mechatroniker oder Elektriker. Der Betreiber einer Autowerkstatt wartet und repariert die Autos auch nach Insolvenzverfahrenseröffnung. Eine Tätigkeit des Insolvenzverwalters ohne entsprechende Ausbildung und Erfahrung wäre unverantwortlich. Defekte an Reifen, Bremsen oder Fahrwerk könnten im Straßenverkehr zu massiven Schäden mit Sach- und Personenschaden führen. Gleichwohl kann der Verwalter den Betrieb einer Kfz-Werkstatt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortführen.

Die obigen Fälle sind sicher nicht deckungsgleich mit dem Fall einer Apotheke. Dennoch sind sie vergleichbar, soweit es um die Versorgung der Kunden mit den jeweiligen Leistungen geht. Hier wie dort kann der Insolvenzverwalter alle Abläufe im Betrieb kontrollieren und regeln. Er kann Anweisungen treffen und Prozesse untersagen. Der Insolvenzverwalter kann auch mit einem Käufer verhandeln und einen Übertragungsvertrag abschließen. Der Insolvenzverwalter kann einen Insolvenzplan entwerfen oder eine Planinitiative unterstützen und auf diesem Weg den Abschluss des Verfahrens beschleunigen. Die Zwangstilllegung mit sofortigem Verzug durchkreuzt diesen Weg, was keine „Erleichterung der Sanierung“, sondern eine „Verhinderung“ ist. Wenn zusätzlich ins Kalkül gezogen wird, dass die Insolvenz des Apothekers nicht als pauschaler Indikator für einen unzuverlässigen Umgang mit Arzneimitteln gilt, muss eine temporäre Fortführung der Apotheke im eröffneten Verfahren möglich sein.

Der Sofortvollzug wäre nur dann angemessen, wenn es außer an der Solvenz auch an der pharmazeutischen Kompetenz des Apothekers fehlte oder wenn strafrechtliche relevante Verfehlungen den Apotheker generell als unzuverlässig erscheinen lassen. Wenn Kompetenz aber vorhanden ist und erhalten bleibt, erscheint es überzeugender, im Fall der Insolvenz eines i.Ü. zuverlässigen Apothekers eine Aufteilung der Zuständigkeiten von Apotheker und Insolvenzverwalter zuzulassen.

Die Zwangstilllegung ist auch mit Blick auf den in den letzten Jahren stark gewandelten Markt kritisch zu sehen. Apotheken handeln nicht mehr nur mit „Drogen“, sie sind

heute ein Fachhandel für Arzneien, Hilfsmittel und allgemeine Wellnessprodukte bis hin zu Bonbons. Die weit überwiegende Zahl der verkauften Produkte ist gesundheitlich völlig unbedenklich. Selbst Kopfschmerztabletten sind in einer „normalen Dosierung“ ohne weitere gravierende Auswirkungen. Der übermäßige Konsum ist freilich gesundheitsschädlich und kann im Extremfall auch zum Tod führen. Das ist aber bei frei verkäuflichen Konsumartikeln wie Alkoholika und Tabakwaren ebenso.

Ein apothekenspezifisches Verbot der Mitbetreibung der Apotheke durch den Insolvenzverwalter trifft das Geschäft insgesamt. Selbst in Drogerien und gut bestückten Supermärkten sind Hilfsmittel und medizinische Produkte zu erwerben. Der einzige Unterschied zu den Drogeriemärkten ist, dass in Apotheken zusätzlich zu den freiverkäuflichen Arzneimitteln auch noch verschreibungspflichtige Medikamente veräußert werden. Trotz Strafverfahren und Insolvenz dürfen in anderen Branchen weiterhin Säfte und Bonbons verkauft, Autos repariert, Heizungen installiert und mit gefährlichen Stoffen umgegangen werden. Der Umgang mit dem originären Betrieb sollte auch dem Apotheker, wenigstens für eine Übergangszeit, ermöglicht werden.

### 3. Zeitliche Einschränkung einer Fortführung der Apotheke durch den Insolvenzverwalter

Wegen der Besonderheiten im Fall einer Apotheke und mit Blick auf den Verkauf von Arzneimitteln und Medikamenten kann der Betrieb durch den Insolvenzverwalter nicht ohne zeitliche Grenze erfolgen. Fraglich ist das Maß einer zeitlichen Regulierung. Hier bietet § 270b InsO einen brauchbaren Maßstab: Die Frist von 3 Monaten für die Vorlage eines Sanierungs- bzw. Insolvenzplans erscheint auch hier angemessen. Eine Verlängerung von maximal 9 weiteren Monaten auf maximal 12 Monate erscheint im begründeten Ausnahmefall denkbar. Denn die Erlaubnisentziehung stellt einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar. Das Recht der freien Berufswahl und -ausübung wird verfassungsrechtlich umfassend geschützt. Der Eingriff hat gravierende Auswirkungen auf die privaten Lebensumstände und die Existenz des selbstständigen Apothekers. Daher bedarf ein solcher Widerruf der Zulassung der Rechtfertigung, die im Verhältnis zum Eingriff in das Grundrecht angemessen erscheint. Das Berufsverbot ist dann verhältnismäßig, wenn es der Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwererer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeingut dient.<sup>22</sup> Trotz laufenden Insolvenzverfahrens sind Apotheker plus Insolvenzverwalter wenigstens ein Quartal lang in der Lage, den Betrieb weiterhin gewissenhaft und gesetzeskonform zu führen. Insofern besteht im Normalfall weder eine nachweisbare noch eine höchstwahrscheinliche Gefahr für die Volksgesundheit, welche die Eingriffsintensität rechtfertigen könnte.

<sup>22</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.10.2010 – 3 B 61/10; VG Bremen, Urt. v. 31.1.2013 – 5 K 830/11; OVG Lüneburg, Beschl. v. 23.4.2012 – 8 LA 45/11.

Gestützt wird die Unverhältnismäßigkeit eines sofortigen Vollzugs der Zwangstilllegung auch durch einen Vergleich der Situation in § 13 Abs. 1 und 1a ApoG, die den Fortbetrieb der Apotheke nach Tod des Apothekers regeln.

*(1) Nach dem Tode des Erlaubnisinhabers dürfen die Erben die Apotheke für längstens 12 Monate durch einen Apotheker verwalten lassen.*

*(1a) Stirbt der Pächter einer Apotheke vor Ablauf der vereinbarten Pachtzeit, so kann die zuständige Behörde zur Vermeidung unbilliger Härten für den Verpächter zulassen, dass dieser die Apotheke für die Dauer von höchstens 12 Monaten durch einen Apotheker verwalten lässt.*

*(1b) Der Verwalter bedarf für die Zeit der Verwaltung einer Genehmigung. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn er die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 4, 7 und 8 erfüllt.*

§ 13 ApoG regelt somit eine Übergangsphase, in dem Dritte einen Apotheker beschäftigen dürfen, um die Apotheke zu verwalten. Nichts anderes bewerkstelligt der Insolvenzverwalter; der einzige Unterschied ist, dass der Insolvenzverwalter bereits einen Apotheker hat, der die Apotheke organisieren und regeln kann, nämlich den Schuldner selbst. Dafür müssen die Parteien indes nicht den „Umweg“ über die Eigenverwaltung gehen.

Der konkrete Einzelsachverhalt wird zu analysieren und auf dieser Basis eine angemessene Übergangszeit zu bestimmen sein. Während dieser i.d.R. drei- bis zwölfmonatigen Frist ist die sofortige Vollziehung der Zwangstilllegung der Apotheke durch die Behörde nicht verhältnismäßig. Umgekehrt formuliert, mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann und soll die Behörde die Zwangstilllegung androhen und binnen einer Frist von 3 bis maximal 12 Monaten auch vollziehen, es sei denn, die Beteiligten haben binnen dieser Frist den Betrieb übertragen oder das Verfahren beendet oder einen Beschluss der Gläubigerversammlung mit einer Beendigung des Verfahrens via Insolvenzplan herbeigeführt. Solange bleibt der Insolvenzverwalter befugt, den

Betrieb im Verbund mit dem schuldnerischen Apotheker aufrechtzuerhalten.

#### IV. Zusammenfassung und Fazit

Im Grundsatz gilt: Wird eine Apotheke ohne Erlaubnis betrieben, so hat die zuständige Behörde die Apotheke zu schließen, § 5 ApoG. Die Behörde, somit das Gesundheitsamt, vertreten durch den/die Amtsapotheker(in), schließt i.d.R. sofort, womit der Betrieb stillgelegt ist.

Die Zwangstilllegung durchkreuzt Sanierungsbemühungen und führt den mitunter bereits vorverhandelten und annahmefähigen Insolvenzplan zur nutzlosen Makulatur.

Das unbefristete Fortführungsverbot der Apotheke durch den Insolvenzverwalter erscheint im Licht des zum 1.3.2012 eingeführten ESUG kritisch. Der „Automatismus“ Zwangstilllegung ist jedenfalls keine „Erleichterung der Sanierung“ und erschwert die Fortführung überlebensfähiger Apotheken.

Im Insolvenzeröffnungsverfahren oder eröffneten Insolvenzverfahren ist der Sofortvollzug insbesondere in Fällen bereits vorbereiteter oder laufender Sanierungsfälle unverhältnismäßig.

Zur Betriebsfortführung nach Insolvenzeröffnung kommt die Eigenverwaltung gem. §§ 270 ff. InsO oder die Verpachtung gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 ApoG in Betracht. Daneben ist die temporäre Fortführung der Apotheke durch den Insolvenzverwalter im Verbund mit dem schuldnerischen Apotheker möglich.

Wegen der Besonderheiten im Fall einer Apotheke und mit Blick auf den Verkauf von Arzneimitteln und Medikamenten kann der Betrieb durch den Insolvenzverwalter nur zeitlich begrenzt erfolgen. Die Frist von 3 Monaten für die Vorlage eines Sanierungs- bzw. Insolvenzplans erscheint auch hier angemessen. Eine Verlängerung von maximal 9 weiteren Monaten auf maximal 12 Monate erscheint im begründeten Ausnahmefall denkbar.