



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

4 StR 152/01

vom

25. April 2002

in der Strafsache

gegen

wegen vorsätzlichen Betriebens einer Apotheke ohne die erforderliche
Erlaubnis u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 25. April 2002, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Tepperwien,

die Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Kuckein,

Athing,

die Richterinnen am Bundesgerichtshof

Solin Stojnović

Sost-Scheible

als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwältin beim Bundesgerichtshof

als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

der Angeklagte in Person,

Rechtsanwalt ,

Rechtsanwalt

als Verteidiger,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 23. Oktober 2000
 1. im Schuldspruch in den Fällen B 5.11 und B 5.12 der Urteilsgründe dahin geändert, daß jeweils die Verurteilung wegen tateinheitlich begangenen Betriebens einer Apotheke ohne die erforderliche Erlaubnis entfällt,
 2. in den übrigen Schuldsprüchen (Fälle B 5.1 bis B 5.10) und im gesamten Rechtsfolgenausspruch aufgehoben; jedoch bleiben die Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen und zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten aufrechterhalten.
- II. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an das Amtsgericht – Strafrichter – Minden zurückverwiesen.
- III. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Anstiftung zu einer falschen Versicherung an Eides Statt in fünf Fällen, jeweils in Tateinheit mit vorsätzlichem Betreiben einer Apotheke ohne die erforderliche Erlaubnis, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Ferner hat es ihn wegen vorsätzlichen Betriebens einer Apotheke ohne die erforderliche Erlaubnis in weiteren sieben Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 360 Tagessätzen zu je 500 DM verurteilt. Mit seiner Revision beanstandet der Angeklagte das Verfahren und rügt die Verletzung sachlichen Rechts.

I.

Die Verfahrensrüge, mit der der Angeklagte geltend macht, das Landgericht habe unter fehlerhafter Anwendung des § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG zu Unrecht und objektiv willkürlich die besondere Bedeutung des Falles angenommen, ist unbegründet. Ein Verstoß gegen das Willkürverbot, nämlich eine Rechtsanwendung, die unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und daher den Schluß aufdrängt, daß die Entscheidung über die Zuständigkeit auf sachfremden Erwägungen beruht (vgl. BGHSt 47, 16, 18 m.N.), liegt unter den hier gegebenen Umständen nicht vor. Insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen in der Antragschrift des Generalbundesanwalts vom 28. August 2001 verwiesen.

II.

Das Rechtsmittel hat mit der Sachbeschwerde im wesentlichen Erfolg.

1. Seit dem Ende der 80er Jahre hatte der Angeklagte, ein approbierter Apotheker, dem zeitlich nacheinander viermal die Erlaubnis zum Betrieb jeweils einer Apotheke erteilt worden war, als wirtschaftliches Fernziel den Betrieb einer sog. Apothekenkette vor Augen. Anders als in anderen europäischen Ländern stand dem jedoch das im deutschen Apothekenrecht bis heute enthaltene "Mehrbetriebsverbot" entgegen, nach dem die für bestimmte Apothekenräume erteilte Betriebserlaubnis (§ 1 Abs. 3 ApothG) erlischt, wenn dem Erlaubnisinhaber im Geltungsbereich dieses Gesetzes die Erlaubnis zum Betrieb einer anderen Apotheke erteilt wird, die keine Zweigapotheke ist (§ 3 Nr. 5 ApothG). Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht in seinem sog. Apothekenurteil vom 13. Februar 1964 (BVerfGE 17, 232) das Mehrbetriebsverbot als eine Regelung der Berufsausübung mit Art. 12 Abs. 1 GG für vereinbar erklärt, weil es, aufbauend auf dem der deutschen Rechtstradition entsprechenden Leitbild des "Apothekers in seiner Apotheke" dem Gesundheitsschutz der Bevölkerung, insbesondere aber durch Erhaltung möglichst vieler selbständiger Apothekenbetriebe dem "allgemein gebilligten wirtschaftspolitischen Ziel der Förderung des Mittelstandes" diene (BVerfGE 17, 232, 243). Der Angeklagte hoffte jedoch auf einen Wegfall des Mehrbetriebsverbots und entwickelte eine Geschäftsidee, die es ihm ermöglichte, zum einen die Standorte für eine spätere - legale - Apothekenkette zu sichern und zum anderen bis zu dem Zeitpunkt, zu dem er die Kette offiziell würde errichten können, bereits Gewinne aus diesen Apothekenstandorten zu ziehen. Hierzu bediente er sich eines Geflechts von wirtschaftlichen Vereinbarungen, die er teils selbst, teils über zwei von ihm be-

herrschte Gesellschaften mit von ihm ausgewählten Apothekern schloß. Hierbei handelte es sich um die D. M. mbH (im folgenden D. M.), die sich u.a. mit dem Groß- und Einzelhandel mit Apotheken-, Sanitär- und Laborbedarf befaßte, sowie die M. -C.

mbH (im folgenden M. -C.), die u.a. zum Betrieb von Apotheken geeignete Räume anmietete und gewerblich weitervermietete. Vertragspartner waren jeweils approbierte Apotheker, die aus unterschiedlichen Gründen eine finanzielle Absicherung, die der Angeklagte ihnen bot, dem mit der Neueröffnung einer Apotheke in voller wirtschaftlicher Unabhängigkeit verbundenen Risiko vorzogen. Kernstück dieser Vereinbarungen waren den vor Ort tätigen Apothekern (im folgenden jeweils nur: Apotheker) vom Angeklagten zugesagte Einkünfte, die sich am erwarteten Umsatz der Apotheke und an dem Einkommen eines angestellten Apothekers in vergleichbarer Position orientierten. Der den Apothekern zustehende Entnahmeanspruch richtete sich nach den für das jeweilige Geschäftsjahr in Aussicht genommenen Garantieeinkünften zuzüglich einer Provision vom Umsatz, sofern dieser eine bestimmte Höhe überschritt. Ein darüber hinaus erzielter Gewinn wurde durch - zum Teil einseitig festgesetzte - Mieterhöhungen sowie dadurch abgeschöpft, daß Zahlungen für die Überlassung von EDV-Software, die Durchführung von Schulungs- und Trainingsmaßnahmen oder für Marketing und Beratung an die Firmen M. -C. und D. M. oder an den Angeklagten geleistet wurden. Für den Fall, daß der Umsatz nicht ausreichte, um die Garantieeinkünfte zu erwirtschaften, stellte der Angeklagte in Aussicht, finanzielle Einbußen der jeweiligen Apotheker notfalls durch Mietsenkungen oder Forderungsstundungen abzumildern. Sämtliche vertraulich getroffenen Absprachen, insbesondere die Vereinbarungen über die Begrenzung des Entnahmeanspruchs und die Abschöpfung der Mehrerträge, wurden den Genehmigungsbehörden verschwiegen. Eingriffe in das Kernege-

schäft des jeweiligen Apothekers, insbesondere in Auswahl, Beschaffung und Verkauf der Arzneimittel, nahm der Angeklagte nach den Feststellungen des Landgerichts nicht vor. Ebensowenig ist festgestellt, daß er Weisungen in Bezug auf das von den Apothekern beschäftigte Apothekenpersonal erteilt hätte.

2. Das Landgericht hat die Verurteilung des Angeklagten wegen vorsätzlichen Betriebens einer Apotheke ohne die erforderliche Erlaubnis (§ 23 ApothG) mit Ausnahme des Falles B 5.4 im wesentlichen auf die Erwägung gestützt, die vor Ort tätigen Apotheker seien lediglich scheinselfständige Strohänner, der Angeklagte dagegen wegen seines beherrschenden wirtschaftlichen Einflusses der eigentliche Betreiber der Apotheken gewesen. Dies ergebe sich aus der Gesamtschau der wirtschaftlichen Folgen der mit den Apothekern intern getroffenen Vereinbarungen, nach denen der Ertrag des Apothekenbetriebes letztlich dem Angeklagten in einem Maße habe zufließen sollen, wie es bei einer Alleinunternehmenschaft üblich sei. Insbesondere deuteten die in den Vereinbarungen verwendeten Begriffe "Garantiegehalt" und "Umsatzbeteiligung" auf ein faktisches Angestelltenverhältnis hin. Im Fall B 5.4 sei zwar nicht von einem Strohannverhältnis auszugehen, da der Angeklagte die Apotheke gemeinsam mit seiner damaligen Lebensgefährtin als "Gesellschaftsapotheke" in der Form einer BGB-Gesellschaft betrieben habe. Die hierfür nach § 8 Satz 1 ApothG erforderliche Erlaubnis habe er aber ebensowenig wie die in den übrigen Fällen nach § 1 Abs. 2 ApothG erforderliche Erlaubnis besessen; sie hätte ihm wegen des Mehrbetriebsverbots auch nicht erteilt werden können.

3. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand, da das Landgericht den Begriff des Betreibens im Sinne von § 1 Abs. 2, § 8 Satz 1 ApothG verkannt hat.

a) Die hier allein in Betracht kommende 1. Alternative des § 23 ApothG (vorsätzliches Betreiben einer Apotheke ohne die erforderliche Erlaubnis) ist ein strafbewehrtes Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für den Betrieb der darin genannten Apotheken. Es soll die Aufnahme des Betriebs einer Apotheke unter unzureichenden persönlichen oder sachlichen Voraussetzungen (§ 2 ApothG) verhindern.

b) Da die selbständige Leitung einer öffentlichen Vollapotheke (vgl. zu dem Begriff Schiedermaier/Pieck ApothG 3. Aufl. § 1 Rdn. 19 f.) ein Gewerbe darstellt (BVerfGE 17, 232, 239; 75, 166, 181; vgl. Marcks in Landmann/Rohmer GewO § 6 Rdn. 5), unterliegt sie nicht nur den Vorschriften des Apothekenrechts, sondern in dem hier interessierenden Bereich auch Vorschriften der Gewerbeordnung (vgl. Marcks aaO m.w.N.). Nach dem im gesamten Gewerberecht einheitlich verwendeten Begriff ist Betreiber eines Gewerbes, wer in dem den jeweiligen gewerberechtlichen Vorschriften unterfallenden Bereich eine selbständige, grundsätzlich erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete, auf gewisse Dauer ausgerichtete Tätigkeit ausübt (vgl. Kahl in Landmann/Rohmer GewO Einl. Rdn. 32 m.w.N.). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, richtet sich im Interesse der Wirksamkeit des ordnungsrechtlichen Instrumentariums nach dem äußeren Bild der gewerblichen Betätigung (vgl. BVerwG DÖV 1993, 618, 619; Kahl in Landmann/Rohmer GewO Einl. Rdn. 35; Friauf GewO § 1 Rdn. 71 f.). Nach § 1 Abs. 2 ApothG erlaubnispflichtiger selbständiger Betreiber der Apotheke ist somit regelmäßig derjenige, der sie im

eigenen Namen führt, so daß er nach außen das rechtliche und wirtschaftliche Risiko aus den für die Apotheke abgeschlossenen Rechtsgeschäften trägt (vgl. Hoffmann ApothG § 1 Rdn. 142).

aa) Nach den Feststellungen wurden die Apotheken nicht vom Angeklagten, sondern von dem jeweiligen Erlaubnisinhaber nach außen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung geführt. Dies gilt auch für die Apotheke in O. (Fall B 5.4 der Urteilsgründe), die nach Auffassung des Landgerichts eine "Sonderstellung" einnimmt (UA 44). Diese Apotheke wurde auch nach der Vereinbarung der Gewinnteilung mit dem Angeklagten von dessen Lebensgefährtin nach außen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und damit weiterhin als Einzelapotheke und nicht, wie das Landgericht meint, als Gesellschaftsapotheke im Sinne des § 8 Satz 1 ApothG betrieben, so daß der Angeklagte nicht erlaubnispflichtiger Gesellschafter im Sinne dieser Vorschrift war. Zwar liegt insoweit eine nach § 8 Satz 2 ApothG verbotene Beteiligung in der Form einer Stillen Gesellschaft vor, die als Innengesellschaft einen Sonderfall der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bildet (vgl. Baumbach/Hopt HGB 30. Aufl. Einl. vor § 105 Rdn. 10, 18, § 230 Rn. 2 m.w.N.). Ein stiller Gesellschafter ist aber grundsätzlich nicht erlaubnispflichtiger Betreiber im Sinne der Regelung des § 8 Satz 1 ApothG, die nur Außengesellschaften erfaßt (vgl. Hoffmann ApothG § 1 Rdn. 144 und § 8 Rdn. 15; Taupitz, Das Apothekenrechtliche Verbot des "Fremd- und Mehrbesitzes" aus verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Sicht 1998, S. 11,17; zur vergleichbaren Problematik im Gaststättenrecht vgl. Metzner GastG 6. Aufl. § 1 Rdn. 31).

bb) Wer aufgrund der Vereinbarungen, die er im Innenverhältnis mit dem Erlaubnisinhaber getroffenen hat, auf den Apothekenbetrieb Einfluß nehmen

kann, ist daher nur dann in die Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 2 ApothG einzu-
beziehen, wenn ein Strohmannverhältnis (vgl. dazu Marcks aaO § 35 GewO
Rdn. 71 f.; Heß in Friauf GewO § 35 Rdn. 34; Metzner aaO § 4 GastG Rdn. 38)
vorliegt.

Im Gewerberecht ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungs-
gerichts ein solches Strohmannverhältnis gegeben, wenn eine genaue Analyse
der Innenbeziehungen erweist, daß eine natürliche oder juristische Person nur
vorgeschoben wird, die ohne eigene unternehmerische Tätigkeit als Marionette
am Wirtschaftsleben teilnimmt (vgl. BVerwGE 65, 12, 13; BVerwG GewArch
1982, 200, 201/202; NVwZ 1982, 557). Nur bei einer solchen Sachlage, bei der
der vorgeschobenen Person kein autonom bestimmter Handlungsspielraum im
gewerblichen Bereich verbleibt (vgl. Heß aaO), kann ein Strohmannverhältnis
mit den sich daraus für den Hintermann ergebenden Durchgriffskonsequenzen
angenommen werden (vgl. BVerwG GewArch 1982, 200, 201). Allein der Um-
stand, daß ein Dritter das Geschehen in einem Gewerbebetrieb bestimmend
beeinflussen kann, reicht für die Annahme eines Strohmannverhältnisses nicht
aus (BVerwG aaO S. 202; vgl. Heß aaO; Marcks aaO, jeweils m.w.N.). Insbe-
sondere kann nicht auch derjenige als Hintermann und damit als Gewerbetrei-
bender angesehen werden, der einen Gewerbebetrieb aufgrund wirtschaftlicher
Beherrschung maßgeblich leitet (BVerwG NVwZ 1982, 557).

Bezogen auf das Apothekenrecht bedeutet dies, daß ein Strohmannver-
hältnis nicht schon dann anzunehmen ist, wenn der Apotheker durch Vereinba-
rungen mit einem Dritten in eine wirtschaftliche Abhängigkeit gebracht wird, die
ihn in der Wahrnehmung der ihm nach § 7 Satz 1 ApothG obliegenden Pflicht
zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung einschränkt

(vgl. BGHZ 75, 214, 216; BGHR ApothG § 8 Satz 2 Apothekenpacht 1). Ordnungswidrig ist die Einbeziehung des Einfluß nehmenden Dritten in die Erlaubnispflicht des § 1 Abs. 2 ApothG – und damit in die Strafbarkeit nach § 23 ApothG – auch nicht geboten, da er hinreichend in den apothekenrechtlichen Ordnungsrahmen eingebunden ist. Nach § 8 Satz 2 ApothG sind Beteiligungen an einer Apotheke in der 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 sind (sog. partiarische Rechtsverhältnisse; vgl. BGH NJW-RR 1998, 803, 804 f.) unzulässig, insbesondere auch am Umsatz oder am Gewinn ausgerichtete Mietverträge. Solche Rechtsgeschäfte sind gemäß § 12 ApothG nichtig (vgl. BGH aaO). Ihre Ausführung kann, auch soweit es den Vertragspartner des Erlaubnisinhabers betrifft, nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 ApothG als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße geahndet werden. Diese stellt nach Auffassung des Gesetzgebers bei Zuwiderhandlungen gegen § 8 Satz 2 ApothG ein hinreichend geeignetes Mittel dar, um dem Gesetz Geltung zu verschaffen (vgl. BTDrucks. 8/3554 S.18). Schließlich kann die Betriebserlaubnis des Apothekers, der seine Apotheke nicht ordnungsgemäß in eigener Verantwortung leitet, gegebenenfalls gemäß § 4 ApothG zurückgenommen oder widerrufen werden (vgl. VGH Bad.-Württ. DVBl 1994, 485, 486). Die abgestuften Sanktionen, die der Gesetzgeber an die unterschiedlichen Formen der wirtschaftlichen Beteiligung im Zusammenhang mit einer Apotheke geknüpft hat – strafrechtliche Verfolgung bei einem Betreiben ohne die erforderliche Erlaubnis, Verhängung von Geldbußen bei (bloßer) Umsatz- oder Gewinnbeteiligung – unterstreichen, daß der Begriff des Strohmännverhältnisses auch mit Blick auf das Übermaßverbot (vgl. BVerfG NJW 1994, 1577, 1579) eng ausgelegt werden muß. Ein Strohmännverhältnis kann daher nur dann angenom-

men werden, wenn dem Erlaubnisinhaber aufgrund der getroffenen, nach § 8 Satz 2 ApothG unzulässigen Vereinbarungen kein oder jedenfalls kein nennenswerter autonom bestimmter Handlungsspielraum in dem Apothekenbetrieb verbleibt (vgl. Heß aaO).

Dies trifft hier nicht zu, weil unbeschadet der massiven wirtschaftlichen Einflußnahme des Angeklagten alle Apotheker, die eine der Apotheken geführt haben, die Gegenstand des Schuldspruchs sind, in wesentlichen Teilbereichen, insbesondere im pharmazeutischen Bereich, eigenbestimmt handeln konnten.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts hat keiner der Erlaubnisinhaber die Apotheke ohne jedes eigene unternehmerische Risiko und lediglich für den Angeklagten geleitet. Die Erlaubnisinhaber betrieben diese vielmehr im eigenen Namen und hafteten deshalb persönlich für die Erfüllung der von ihnen eingegangenen Verbindlichkeiten, und zwar auch nach Aufgabe des Apothekenbetriebs. Einen Anspruch auf Ausgleich etwaiger zu diesem Zeitpunkt verbliebener Verluste hatten sie nicht. Auch soweit sich der Angeklagte für die Apotheker verbürgte, blieben sie Schuldner (§§ 774, 775 BGB). Unbeschadet der vereinbarten Gewinnabschöpfung hatten sie deshalb und wegen ihrer prozentualen Beteiligung am erzielten Mehrumsatz auch ein eigenes unternehmerisches Interesse. Das unternehmerische Risiko des Angeklagten bzw. der Firmen D. M. und M. -C. , etwa bei unzutreffender Einschätzung des Standortes der langfristig angemieteten Räume, finanzielle Verluste zu erleiden, tritt demgegenüber zurück. Ein dem des Angeklagten vergleichbares Unternehmerisiko trifft auch eine die Errichtung von Apotheken voll finanzierende Bank. Den Apothekern blieben trotz ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit von dem An-

geklagten beträchtliche Möglichkeiten zu eigener unternehmerischer Tätigkeit. Insbesondere war ihr Entscheidungsspielraum beim Ein- und Verkauf des Apothekensortiments sowie bei Personalentscheidungen weder rechtlich noch faktisch eingeschränkt. Damit behielten sie "ihre fachliche, pharmazeutische Unabhängigkeit" (UA 21) und konnten in dem für "die im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung" (§ 1 Abs. 1 ApothG) entscheidenden Bereich des Arzneimittelverkaufs die Apotheke persönlich und in eigener Verantwortung leiten.

c) Da somit die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 23 i.V.m. § 1 Abs. 2 oder § 8 Satz 1 ApothG nicht vorliegen, bedarf es keiner Erörterung, ob eine strafrechtliche Schuld des Angeklagten nach § 23 ApothG dadurch in Frage gestellt sein könnte, daß das aus § 3 Nr. 5 ApothG abgeleitete Mehrbetriebsverbot entgegen der vom Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 13. Februar 1964 (BVerfGE 17, 232) vertretenen Rechtsauffassung wegen eines Verstoßes gegen Art. 12 GG nichtig sein könnte oder ob es gegen europäisches Recht verstößt.

4. Nach den Feststellungen ist jedoch davon auszugehen, daß auch außerhalb der Fälle B 5.2, B 5.7, B 5.9, B 5.11 und B 5.12, in denen das Landgericht eine entsprechende rechtliche Bewertung im Rahmen der zu §§ 156, 26 StGB festzustellenden Tatbestandsvoraussetzungen bereits vorgenommen hat, Vereinbarungen im Sinne von § 8 Satz 2 ApothG getroffen worden sind. Da mit dem in § 8 Satz 2 ApothG enthaltenen Verbot partiarischer Verträge einer Umgehung des Verbots der Stillen Gesellschaft im Zusammenhang mit dem Betrieb einer Apotheke vorgebeugt werden soll, bedarf es einer an diesem Gesetzeszweck orientierten weiten Auslegung des Begriffs gewinn- oder umsatz-

orientierter Vereinbarungen (vgl. Schiedermair/Pieck, ApothG, 3. Aufl. § 8 Rdn. 23, 146). Sofern der Angeklagte daher mit den jeweiligen Apothekenbetreibern Absprachen, die es ihm ermöglichten, unmittelbar oder mittelbar über die von ihm beherrschten Gesellschaften am Umsatz der jeweiligen Apotheken zu partizipieren und dem Apothekenbetreiber verbleibende Gewinne durch Erhöhung oder Reduzierung der Betriebskosten mittels Abänderung von Mietzins, Beraterkosten etc. zu steuern, nicht nur getroffen, sondern diese in nicht verjährter Zeit auch tatsächlich umgesetzt hat, hätte er ordnungswidrig im Sinne von § 25 Abs. 1 Nr. 1 ApothG gehandelt. Hierzu wird der neue Tatrichter ergänzende Feststellungen zu treffen haben.

Aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Verbotsnorm des § 8 Satz 2 ApothG hat der Senat nicht (einschränkend Taupitz aaO S. 72 ff.). Zwar beschränkt § 8 Satz 2 ApothG sowohl Apothekenbetreiber als auch Gewerbetreibende, die Apotheker berufsmäßig bei der Einrichtung und Finanzierung von Apotheken unterstützen, in der Ausübung ihrer Berufe, jedoch sind diese Beschränkungen durch übergeordnete Gründe des öffentlichen Wohls gerechtfertigt. Die ernst zu nehmenden Bedenken, die aus heutiger Sicht gegen das Mehrbetriebsverbot erhoben werden (vgl. dazu Taupitz/Schelling NJW 1999, 1751; Starck, Die Vereinbarkeit des apothekenrechtlichen Fremd- und Mehrbetriebsverbots mit den verfassungsrechtlichen Grundrechten und dem gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsrecht, 1999, jeweils m.w.N.; a.A. Zuck/Lenz NJW 1999, 3393; dieselben, Der Apotheker in seiner Apotheke, 1999), treffen auf das Verbot der Stillen Gesellschaft bzw. partiarischer Vereinbarungen nicht zu.

Dem Gesetzgeber mag bei der Einführung der Beschränkungen des § 8 Satz 2 ApothG durch das Apothekenrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1980 das im wesentlichen aus der deutschen Rechtstradition übernommene (BVerfG 17, 232, 238, 243), möglicherweise heute nicht mehr zeitgemäße Leitbild des "Apothekers in seiner Apotheke" mit vor Augen gestanden haben (BGHZ LM ApothG Nr. 7 m. Anm. von Taupitz; Schiedermaier/Pieck aaO § 8 Rdn. 149). Anders als bei dem auf diesem Leitbild aufbauenden Mehrbetriebsverbot liegt der Verbotsnorm des § 8 Satz 2 ApothG aber nicht die - aus heutiger Sicht angreifbare - wirtschaftliche Zielsetzung einer Mittelstandsförderung im Apothekenwesen zugrunde (vgl. dazu BVerfGE 17, 232, 243 f.). Vielmehr wird mit § 8 Satz 2 ApothG Außenstehenden, die keiner Betriebserlaubnis bedürfen, und die damit auch keiner Zuverlässigkeitsprüfung nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 ApothG unterliegen, die Möglichkeit genommen, durch die Ausnutzung gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsformen bzw. direkter oder indirekter Beteiligungen Einfluß auf die Betriebsführung zu nehmen, ohne dabei nach außen in Erscheinung zu treten (vgl. BTDrucks. 8/3554 S. 14, 16). Die Vorschrift korrespondiert mit der Regelung des § 8 Satz 1 ApothG, die den Betrieb einer Gesellschaftsapotheke nur in der Form von Außengesellschaften mit unbeschränkter Haftung der - jeweils erlaubnispflichtigen - Gesellschafter zuläßt. Das Gesamtkonzept des § 8 ApothG ist damit auf eine weitreichende Transparenz ausgerichtet, die eine staatliche Zuverlässigkeitsprüfung aller Personen – auch sofern diese approbierte Apotheker sind – ermöglicht, die an der Gewinnentwicklung einer Apotheke teilhaben und daher ein Interesse daran haben, Einfluß auf den Apothekenhandel zu nehmen.

Auch wenn nicht ohne weiteres davon auszugehen sein wird, daß ein auf seine Zuverlässigkeit überprüfter Erlaubnisinhaber dem Druck eines am

Umsatz beteiligten Außenstehenden nachgeben und seinen Handel mit Medikamenten unter Vernachlässigung gesundheitlicher Belange der Bevölkerung vorrangig an wirtschaftlichen Interessen ausrichten wird, muß es dem Gesetzgeber unbenommen bleiben, im Interesse eines möglichst umfassenden Gesundheitsschutzes einer solchen nicht gänzlich fernliegenden Gefahr durch geeignete gesetzliche Regelungen vorzubeugen. Dies gilt um so mehr, als dem Gesetzgeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei Regelungen der Berufsausübung ohnehin eine größere Gestaltungsfreiheit als bei Eingriffen in die Freiheit der Berufswahl zusteht (BVerfGE 17, 232, 242 m.w.N.) und die durch § 8 Satz 2 ApothG hervorgerufenen Beschränkungen der Entschließungsfreiheit der betroffenen Berufskreise eher gering sind.

5. Soweit der Angeklagte in fünf Fällen jeweils wegen tateinheitlich begangener Anstiftung zu einer falschen Versicherung an Eides statt verurteilt worden ist, halten nur die Schuldsprüche in den Fällen B 5.11 und B 5.12 rechtlicher Nachprüfung stand; in den Fällen B 5.2, B 5.7 und B 5.9 sind sie dagegen durch die bisherigen Feststellungen nicht hinreichend belegt.

a) Die von den Apothekern K. und S. (Fälle B 5.11 und B 5.12 der Urteilsgründe) jeweils schriftlich unter Verwendung des Wortlauts des § 2 Abs. 1 Nr. 5 ApothG beim Thüringer Landesverwaltungsamt eingereichten eidesstattlichen Versicherungen des Inhalts, keine Vereinbarungen getroffen zu haben, "die gegen § 8 Satz 2, § 9 Abs. 1, § 10 oder § 11 des Gesetzes über das Apothekenwesen verstoßen", enthalten entgegen der Auffassung der Revision nicht lediglich bloße Rechtsbehauptungen, sondern eine Aussage über das Nichtvorliegen von Tatsachen, die in den genannten Vorschriften näher

umschrieben werden. Soweit dazu Rechtsbegriffe verwendet werden, handelt es sich, jedenfalls soweit es § 8 Satz 2 ApothG betrifft, um einfache oder allgemein bekannte Begriffe, die für das Wirtschaftsleben typische Lebenssachverhalte bezeichnen und deshalb wie Tatsachen behandelt werden können (vgl. Lackner/Kühl StGB 24. Aufl. vor § 153 Rdn. 4). Die eidesstattlichen Versicherungen waren falsch, soweit die Apotheker K. und S. erklärt haben, "keine Rechtsgeschäfte vorgenommen oder Absprachen getroffen" zu haben, die gegen § 8 Satz 2 ApothG verstoßen. Die Vereinbarungen, die die Apotheker zum Zeitpunkt der Abgabe der eidesstattlichen Versicherungen jeweils mit dem Angeklagten und den von ihm beherrschten Firmen getroffen hatten, waren nach § 8 Satz 2 ApothG unzulässig. Es kann dahinstehen, ob die jeweiligen Mietverträge, die eine Staffelmiete vorsahen, für sich genommen nach § 8 Satz 2 ApothG unbedenklich wären, wie die Revision meint. Die Mieten waren jedenfalls nach dem Gesamtgefüge der getroffenen Vereinbarungen bei der hier gebotenen gesamtwirtschaftlichen Betrachtung (vgl. BGH NJW-RR 1998, 803, 804) schon deshalb umsatzbezogen, weil zur Sicherstellung des umsatzbezogenen Garantieeinkommens eine Ermäßigung oder Stundung der Miete zugesagt worden war. Zudem ist als Gegenleistung für die den Apothekern überlassenen Vermögenswerte jeweils eine gewinnbezogene Vergütung, nämlich eine Begrenzung des Entnahmeanspruchs des Apothekers und die Abschöpfung der den Entnahmeanspruch übersteigenden Erträge, vereinbart worden.

Entgegen der Auffassung der Revision ist das Landesverwaltungsamt, wie nach § 27 Abs. 1 Satz 1 VwVfG Thüringen erforderlich, durch Rechtsvorschrift für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung, die nach § 2 Nr. 5 ApothG gegenüber der für die Erteilung der beantragten Betriebserlaubnis zu-

ständigen Behörde abzugeben ist, für zuständig erklärt worden. "Zuständige Behörde nach dem Gesetz über das Apothekenwesen" ist gemäß § 1 der Thüringer Verordnung über Zuständigkeiten nach dem Gesetz über das Apothekenwesen und nach der Apothekenbetriebsordnung vom 4. Juni 1993 (GVBl S. 346) das Landesverwaltungsamt.

Die Anstiftungshandlungen sind ebenfalls hinreichend belegt. Nach den Feststellungen hat der Angeklagte die Apotheker zur Übernahme der Apotheken auf der Grundlage von Gewinnabsprachen zur Beantragung einer Betriebserlaubnis unter notwendiger Verheimlichung dieser Absprachen veranlaßt (UA 87 und 102). Eine solche für die Willensbildung des Haupttäters jedenfalls mitursächliche Einflußnahme erfüllt die Tathandlung des Bestimmens im Sinne des § 26 StGB (vgl. BGHSt 45, 373, 374; BGH NStZ 2000, 421).

b) In den Fällen B 5.2, B 5.7 und B 5.9 bedarf die Sache neuer Verhandlung und Entscheidung. Den Urteilsgründen läßt sich insoweit nicht entnehmen, zu welchem Zeitpunkt der Angeklagte die Apotheker zur Abgabe der Versicherungen bestimmt hat. Zwar wurden die eidesstattlichen Versicherungen von den Apothekern jeweils nach dem Inkrafttreten der Neufassung des § 2 Abs. 1 Nr. 5 ApothG durch das Gesetz zur Anpassung des Apothekenrechts und berufsrechtlicher Vorschriften an das Europäische Gemeinschaftsrecht vom 23. August 1994 (BGBl. I S. 2189) abgegeben. Nach den Feststellungen hat der Angeklagte die Apotheker aber – im Fall B 5.2 möglicherweise – bereits vor dem 1. September 1994 veranlaßt, eine Betriebserlaubnis unter Verschweigung eines Teils der getroffenen Vereinbarungen zu beantragen. Daß der Vorsatz des Angeklagten zum Zeitpunkt der Anstiftungshandlung (vgl. dazu BGH NStZ 2000, 197, 198/199) darauf gerichtet war, daß die falschen

Angaben an Eides Statt versichert werden würden, läßt sich daher den Urteilsgründen nicht sicher entnehmen; insoweit bedarf es ergänzender Feststellungen.

III.

In den Fällen B 5.11 und B 5.12 wird der Schuldspruch dahin geändert, daß jeweils die Verurteilung wegen tateinheitlichen Betreibens einer Apotheke ohne die erforderliche Erlaubnis entfällt. Daß der Angeklagte insoweit möglicherweise tateinheitlich mit Anstiftung zu einer falschen Versicherung an Eides Statt ordnungswidrig nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 8 Satz 2 ApothG gehandelt hat, zwingt nicht zur Aufhebung des gesamten Schuldspruchs, weil eine Verfolgung der jeweiligen Ordnungswidrigkeit gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 OWiG nicht in Betracht käme. Insoweit waren lediglich die Strafaussprüche aufzuheben, weil nicht auszuschließen ist, daß sich die rechtsfehlerhafte Annahme eines tateinheitlichen Vergehens nach § 23 ApothG zum Nachteil des Angeklagten auf die Höhe der verhängten Einzelstrafen ausgewirkt hat.

Sollten jedoch - was naheliegt - die Anstiftung zur falschen Versicherung an Eides statt und die Ordnungswidrigkeit nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 8 Satz 2 ApothG prozessual dieselbe Tat, materiell-rechtlich aber unterschiedliche Taten bilden, bleibt die Aburteilung der jeweiligen Ordnungswidrigkeit, soweit diese nicht verjährt ist, unter Beachtung des Verschlechterungsverbots weiterhin möglich (vgl. Göhler, OWiG 13. Aufl. § 21 Rdn. 6 m.w.N.).

Die übrigen Schuldsprüche haben insgesamt keinen Bestand. Ihre Aufhebung zieht die Aufhebung der zugehörigen Strafaussprüche und der Ge-

BGH, Urteil vom 25. April 2002 - 4 StR 152/01 - Landgericht Bielefeld