

Fall 12: Apothekenfall

(Epping, Grundrechte, 7. Aufl. 2017, S. 184 f.)

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG begründet, wenn der Beschwerdeführer (A) durch die auf § 3 Abs. 1 ApothekenG gestützte Versagung der beantragten Genehmigung auf Eröffnung einer Apotheke in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt ist.

A. Art. 12 Abs. 1 GG

I. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

- Bei Art. 12 Abs. 1 GG handelt es sich um ein „Deutschen-Grundrecht“. Dass A Deutscher im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG ist, ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte zu unterstellen.

2. Sachlicher Schutzbereich

- Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG spricht zwar ausdrücklich nur von der Freiheit der Berufswahl. Da sich Berufswahl und Berufsausübung jedoch nicht klar von einander trennen lassen – Anforderungen an die Berufsausübung betreffen auch die Berufswahl; in der Berufsausübung manifestiert sich die Berufswahl – schützt Art. 12 Abs. 1 GG die Berufsfreiheit als einheitliches Grundrecht.
- Bei der Tätigkeit als Apotheker müsste es sich um einen Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG handeln. „Beruf“ ist jede auf Dauer angelegte und der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dienende Tätigkeit. Da der selbstständige Betrieb einer Apotheke auf Dauer angelegt ist und mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgt, sind die Voraussetzungen der Berufsdefinition gegeben.

⇒ Der persönliche und der sachliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG sind eröffnet.

II. Eingriff

Es müsste ein Eingriff in die Berufsfreiheit vorliegen. „Eingriff“ ist jede Verkürzung grundrechtlich geschützter Positionen. Nach § 1 ApothekenG ist für den Betrieb einer Apotheke eine Genehmigung erforderlich, deren Voraussetzungen sich u. a. nach § 3 Abs. 1 ApothekenG richten. Durch die gesetzliche Regelung wird dem Einzelnen aufgegeben, vor dem Eröffnen einer Apotheke eine Genehmigung zu beantragen. Mit der Versagung der beantragten Genehmigung für die Eröffnung einer Apotheke wird dem A zudem durch einen Exekutivakt und die diesen bestätigenden verwaltungsgerichtlichen Urteile die Ausübung der von ihm konkret angestrebten und von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Tätigkeit als Apotheker in Traunstein unmöglich gemacht. Somit liegt ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG vor.

Anmerkung: Auch wenn bereits das ApothekenG die Berufsfreiheit verkürzt, wäre eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar hiergegen unzulässig. Der im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung zu prüfende Grundsatz der Subsidiarität würde es erfordern, dass der betroffene Apotheker zunächst einen Antrag auf Erteilung der Genehmigung stellt und dann bei einem ablehnenden Bescheid vor dem zuständigen Fachgericht Rechtsschutz begehrt. Erst nach erfolglosem Durchlaufen des Rechtsweges wäre eine Verfassungsbeschwerde zulässig. Dies entspricht im vorliegenden Fall dem Vorgehen des A.

III. Rechtfertigung

1. Schranken

Nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann lediglich die Berufsausübung durch den Gesetzgeber geregelt werden. Da jedoch Art. 12 Abs. 1 GG einheitlich die Berufsfreiheit schützt, ist der Regelungsvorbehalt auch auf die Berufswahl auszudehnen. Der Regelungsvorbehalt ist wie ein einfacher Gesetzesvorbehalt zu handhaben.

2. Schranken-Schranken:

a) Verfassungsmäßigkeit § 3 Abs. 1 ApothekenG

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit (+)

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelung

(1) Legitimer Zweck

(aa) Eingriffsstufe

- Bei den Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung ist dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG Rechnung zu tragen. Dieser stellt lediglich die Berufsausübung unter einen Regelungsvorbehalt, während die Berufswahl keinen Schranken unterliegt. Erstreckt man dennoch den Regelungsvorbehalt auf die Freiheit der Berufswahl, müssen die Eingriffsvoraussetzungen umso höher sein, je stärker in die Berufswahlfreiheit eingegriffen wird. Darüber hinaus muss berücksichtigt werden, dass Voraussetzungen der Berufswahl den Einzelnen besonders empfindlich treffen, wenn er auf ihr Vorliegen keinen Einfluss hat. Dementsprechend ist zwischen Regelungen der Berufsausübung, subjektiven Zulassungsvoraussetzungen und objektiven Zulassungsvoraussetzungen zu unterscheiden.
- In der gesetzlichen Regelung des § 3 Abs. 1 ApothekenG könnte eine objektive Zulassungsvoraussetzung zu sehen sein. Kennzeichnend hierfür ist, dass die Wahl eines Berufes von Umständen abhängig gemacht wird, die außerhalb der Person des Berufswilligen liegen. Durch § 3 Abs. 1 S. 1 Buchstabe b) ApothekenG wird die Genehmigung zur Errichtung einer Apotheke davon abhängig gemacht, ob die wirtschaftliche Existenz benachbarter Apotheken gefährdet wird. Auch wenn der Berufswillige in seiner Person über sämtliche Voraussetzungen für die Ausübung des Berufes verfügt - insbesondere die notwendige Ausbildung und Qualifikation hat - wird ihm die Berufsausübung aus objektiven Gründen unmöglich gemacht. Die Anzahl der zugelassenen Apotheken und ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit liegen ebenso außerhalb der Person des Bewerbers wie auch das „öffentlichen Interesse“, das unter Buchstabe a) genannt ist. Somit handelt es sich um objektive Zulassungsvoraussetzungen.

(bb) Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts

- Objektive Zulassungsvoraussetzungen sind nur dann verhältnismäßig, wenn sie dem Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes vor schweren nachweisbaren bzw. höchstwahrscheinlichen Gefahren dienen. Ziel des ApothekenG ist der Schutz der Volksgesundheit als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut.

(cc) Zwischenergebnis

Legitimer Zweck (+)

(2) Eignung

- Eine Maßnahme ist dann geeignet, wenn sie den Zweck fördert. Auch wenn zweifelhaft ist, ob durch die Eröffnung einer nur eingeschränkt rentablen Apotheke die Volksgesundheit bedroht wird, ist doch nicht ausgeschlossen, dass von einer uneingeschränkten Niederlassungsfreiheit Gefahren für die Volksgesundheit ausgehen. Somit kann von einer Eignung des Verbots ausgegangen werden.

(3) Erforderlichkeit

- Erforderlich ist eine Maßnahme nur dann, wenn keine weniger beeinträchtigenden, aber gleich wirksamen Maßnahmen in Betracht kommen. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung gilt als Folge der Drei-Stufen-Theorie die Besonderheit, dass ein Eingriff nur dann als das mildeste Mittel angesehen werden kann, wenn ein Eingriff auf einer niedrigeren Stufe nicht in gleichem Maße der Gefahrenabwehr dient. Als weniger einschneidend wäre eine Berufsausübungsregelung zu sehen (Eingriff auf der 1. Stufe). Das BVerfG macht hier konkrete Vorschläge wie z.B. das Ver-

bot des Betriebs mehrerer Apotheken, damit der Apotheker selbst seine Apotheke leitet und eine Apotheke nicht durch zusätzliche Verwaltungs- oder Verpachtungskosten belastet wird, oder die Einschränkung der Werbemöglichkeiten für Medikamente als Berufsausübungsregelung (BVerfGE 7, 377 [437 ff.] [Apotheken-Urteil]).

- Die objektive Berufswahlregelung des § 3 Abs. 1 ApothekenG ist nicht erforderlich, da eine die Berufsfreiheit weniger einschränkende Berufsausübungsregelung die Sicherstellung des Zwecks der gesetzlichen Regelung ebenso gewährleisten kann.

BVerfGE 7, 377 (414 ff.) (Apotheken-Urteil): „Unbestritten ist, dass die Volksgesundheit ein wichtiges Gemeinschaftsgut ist, dessen Schutz Einschränkungen der Freiheit des Einzelnen zu rechtfertigen vermag; unbestritten auch, dass eine geordnete Arzneimittelversorgung zum Schutz der Volksgesundheit unumgänglich ist. Als „geordnet“ wird dabei eine Versorgung angesehen werden können, die sicherstellt, dass die normalerweise, aber auch für nicht allzu fern liegende Ausnahmesituationen benötigten Heilmittel und Medikamente in ausreichender Zahl und in einwandfreier Beschaffenheit für die Bevölkerung bereitstehen, zugleich aber einem Missbrauch von Arzneimitteln nach Möglichkeit vorbeugt. (...) Die entscheidende Frage ist mithin, ob bei Wegfall der Niederlassungsbeschränkungen des bayerischen Apothekengesetzes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Entwicklung im oben bezeichneten Sinn verlaufen und dadurch die geordnete Arzneiversorgung so gestört würde, dass eine **Gefährdung der Volksgesundheit** zu befürchten wäre.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich nicht davon zu überzeugen vermocht, dass diese Gefahr droht. Das Gericht hat zunächst nicht an der Tatsache vorbeigehen können, dass in anderen, der Bundesrepublik Deutschland zivilisatorisch vergleichbaren Staaten volle Niederlassungsfreiheit besteht, ohne dass deshalb von einer Gefährdung der Volksgesundheit durch Mängel der Arzneiversorgung ernstlich die Rede sein könnte. (...)

Das Bundesverfassungsgericht ist nicht davon überzeugt, dass die Niederlassungsfreiheit die Berufsmoral der Apotheker allgemein so gefährden werde, wie das von der Verwaltung befürchtet wird. Verschärfter Konkurrenzkampf mag eine gewisse Versuchung mit sich bringen, Vorschriften zu umgehen, die sich auf den Umsatz hemmend auswirken. Dadurch wird aber der Staat, wenn er einem Beruf im öffentlichen Interesse kostenverursachende Auflagen macht, nicht „Schuldner“ des Berufsstandes in dem Sinne, dass er den Berufsangehörigen ein Mindesteinkommen gewährleisten müsse. Auflagen solcher Art gibt es bei vielen Berufen; sie müssen von jedem, der den Beruf ergreift, in die allgemeine wirtschaftliche Kalkulation seiner Berufschancen mit einbezogen werden. (...)

Das Bundesverfassungsgericht hatte in diesem Verfahren nicht darüber zu entscheiden, welches Betriebssystem für die Apotheke rechtspolitisch vorzuziehen wäre, sondern nur darüber, ob das vom bayerischen Gesetzgeber tatsächlich gewählte System mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Diese Frage musste das Gericht verneinen; nach seiner Überzeugung entspricht gegenwärtig allein die Niederlassungsfreiheit, verstanden als Fehlen objektiver Beschränkungen der Zulassung, der Verfassungslage (...). **Dass auch weiterhin für den Betrieb einer Apotheke eine Erlaubnis erforderlich ist und diese u.a. von der Erfüllung bestimmter subjektiver Voraussetzungen (...) abhängig gemacht werden kann, ist selbstverständlich** und ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen. (...) Art. 3 Abs. 1 ApothekenG ist, wie dargelegt, verfassungswidrig. Die auf dieser Bestimmung beruhenden Bescheide der Regierung von Oberbayern verletzen daher das Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 12 Abs. 1 GG und sind aufzuheben. Gleichzeitig ist im Urteil die **Nichtigkeit des Art. 3 Abs. 1 ApothekenG** - einschließlich des in unlösbarem Zusammenhang mit Satz 1 stehenden Satzes 2 - auszusprechen (§ 95 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 BVerfGG).“

cc) Zwischenergebnis

Die Beschränkung der Berufswahl nach § 3 Abs. 1 ApothekenG ist nicht erforderlich und folglich unverhältnismäßig; § 3 Abs. 1 ApothekenG ist aus diesem Grund verfassungswidrig.

Anmerkung: Die Erlaubnispflicht an sich ist dagegen nach Ansicht des BVerfG als subjektive Zulassungsvoraussetzung verhältnismäßig.

b) Verfassungsmäßigkeit des Einzelaktes (Versagung der Genehmigung)

Auf Grund der Verfassungswidrigkeit der der Versagung der Genehmigung zugrundeliegenden Norm (§ 3 Abs. 1 ApothekenG) ist die auf dieser Norm beruhende konkrete Versagung mangels entsprechender gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage ebenfalls verfassungswidrig.

B. Art. 2 Abs. 1 GG

Das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG tritt aus Gründen der Subsidiarität hinter Art. 12 Abs. 1 GG zurück.

Ergebnis: Die Verfassungsbeschwerde des A ist begründet.

Anmerkung: Zahlreiche Beschränkungen des Apothekengesetzes, die zurzeit des Apothekenurteils noch galten, sind mittlerweile aufgehoben worden. Beispielsweise darf ein Apotheker seit der Änderung des Gesetzes über das Apothekenwesen 2003 zusätzlich zu seiner Hauptapotheke noch drei Filialapotheken betreiben. Aus didaktischen Gründen basiert die vorliegende Fallbearbeitung auf der früheren Gesetzeslage.