

BVerfG – Apothekenurteil

Weitere Urteile zu: [Berufsfreiheit](#) | [berufsregelnde Gesetze](#) | [Dreistufentheorie](#)

Fundstelle:

BVerfGE 7, 377 = NJW 1958, 1035

Themen:

- Berufsfreiheit
- Dreistufentheorie
- Anforderungen an berufsregelnde Gesetze

Leitsätze:

1. In Art. 12 Abs. 1 GG wird nicht die Gewerbefreiheit als objektives Prinzip der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung proklamiert, sondern dem Einzelnen das Grundrecht gewährleistet, jede erlaubte Tätigkeit als Beruf zu ergreifen, auch wenn sie nicht einem traditionell oder rechtlich fixierten "Berufsbild" entspricht.
2. Der Begriff "Beruf" in Art. 12 Abs. 1 GG umfaßt grundsätzlich auch Berufe, die Tätigkeiten zum Inhalt haben, welche dem Staate vorbehalten sind, sowie "staatlich gebundene" Berufe. Doch gibt und ermöglicht für Berufe, die "öffentlicher Dienst" sind, Art. 33 GG in weitem Umfang Sonderregelungen.
3. Wenn eine Tätigkeit in selbständiger und in unselbständiger Form ausgeübt werden kann und beide Formen der Ausübung eigenes soziales Gewicht haben, so ist auch die Wahl der einen oder anderen Form der Berufstätigkeit und der Übergang von der einen zur anderen eine Berufswahl im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG.
4. Inhalt und Umfang der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG lassen sich schon durch eine Auslegung, die dem Sinn des Grundrechts und seiner Bedeutung im sozialen Leben Rechnung trägt, weitgehend sachgemäß bestimmen; es bedarf dann nicht des Rückgriffs auf die Schranke des Wesensgehalts [Art. 19 Abs. 2 GG].
5. Die Regelungsbefugnis nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erstreckt sich auf Berufsausübung und Berufswahl, aber nicht auf beide in gleicher Intensität. Sie ist um der Berufsausübung willen gegeben und darf nur unter diesem Blickpunkt allenfalls auch in die Freiheit der Berufswahl eingreifen. Inhaltlich ist sie umso freier, je mehr sie reine Ausübungsregelung ist, umso enger begrenzt, je mehr sie auch die Berufswahl berührt.
6. Das Grundrecht soll die Freiheit des Individuums schützen, der Regelungsvorbehalt ausreichenden Schutz der Gemeinschaftsinteressen sicherstellen. Aus der Notwendigkeit, beiden Forderungen gerecht zu werden, ergibt sich für das Eingreifen des Gesetzgebers ein Gebot der Differenzierung etwa nach folgenden Grundsätzen:

- a. Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer Auflagen.
- b. Die Freiheit der Berufswahl darf nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert. Ist ein solcher Eingriff unumgänglich, so muß der Gesetzgeber stets diejenige Form des Eingriffs wählen, die das Grundrecht am wenigsten beschränkt.
- c. Wird in die Freiheit der Berufswahl durch Aufstellung bestimmter Voraussetzungen für die Aufnahme des Berufs eingegriffen, so ist zwischen subjektiven und objektiven Voraussetzungen zu unterscheiden: für die subjektiven Voraussetzungen [insbesondere Vor- und Ausbildung] gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinn, daß sie zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen. An den Nachweis der Notwendigkeit objektiver Zulassungsvoraussetzungen sind besonders strenge Anforderungen zu stellen; im allgemeinen wird nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diese Maßnahme rechtfertigen können.
- d. Regelungen nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG müssen stets auf der "Stufe" vorgenommen werden, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt; die nächste "Stufe" darf der Gesetzgeber erst dann betreten, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, daß die befürchteten Gefahren mit [verfassungsmäßigen] Mitteln der vorausgehenden "Stufe" nicht wirksam bekämpft werden können.
7. Das Bundesverfassungsgericht hat zu prüfen, ob der Gesetzgeber die sich hiernach ergebenden Beschränkungen seiner Regelungsbefugnis beachtet hat; wenn die freie Berufswahl durch objektive Zulassungsvoraussetzungen eingeschränkt wird, kann es auch prüfen, ob gerade dieser Eingriff zum Schutz eines überragenden Gemeinschaftsguts zwingend geboten ist.

[...]

Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer beantragte bei der Regierung von Oberbayern, ihm die **Betriebserlaubnis zur Eröffnung einer Apotheke** zu erteilen. Der Antrag des Beschwerdeführers wurde auf Grund des Art. 3 Abs. 1 des bayerischen Gesetzes über das Apothekenwesen durch Bescheid abgelehnt, sein Einspruch wurde zurückgewiesen.

Art. 3 Abs. 1 des bayerischen Gesetzes über das Apothekenwesen lautete:

"(1) Für eine neu zu errichtende Apotheke darf die Betriebserlaubnis nur erteilt werden, wenn

a) die Errichtung der Apotheke zur Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln im öffentlichen Interesse liegt und

b) anzunehmen ist, daß ihre wirtschaftliche Grundlage gesichert ist und durch sie die wirtschaftliche Grundlage der benachbarten Apotheken nicht soweit beeinträchtigt wird, daß die Voraussetzungen für den ordnungsgemäßen Apothekenbetrieb nicht mehr gewährleistet sind.

Mit der Erlaubnis kann die Auflage verbunden werden, die Apotheke im Interesse einer gleichmäßigen Arzneiversorgung in einer bestimmten Lage zu errichten."

Die Regierung von Oberbayern begründet die Ablehnung des Antrags des Beschwerdeführers damit, dass die Errichtung der beantragten Apotheke nicht im öffentlichen Interesse liege. Die eine vorhandene Apotheke reiche zur Versorgung der Ortsansässigen mit Medikamenten völlig aus. Aus Erwägungen der öffentlichen Gesundheitspflege seien weitere Apotheken nur dort zuzulassen, wo ein größeres Einzugsgebiet zu versorgen sei. Wirtschaftlich schlecht fundierte Apotheken seien erfahrungsgemäß leichter geneigt, Arzneimittel ohne ärztliche Verschreibung abzugeben und bei der Abgabe von Opiaten eine gesetzlich unzulässige Großzügigkeit walten zu lassen.

Außerdem würde die wirtschaftliche Grundlage der neuen Apotheke nicht gesichert sein, da die Zahl von 7000 – 8000 Einwohnern je Apotheke grundsätzlich als Mindestgrenze zur Sicherung ihrer Leistungsfähigkeit angesehen werden müsse. Der Antragsteller müsse im eigenen Interesse davor bewahrt werden, eine nicht lebensfähige Apotheke zu errichten.

Schließlich würde die wirtschaftliche Grundlage der bereits bestehenden Apotheke durch die Neuzulassung so weit beeinträchtigt werden, daß die Voraussetzungen für einen ordnungsmäßigen Apothekenbetrieb nicht mehr gewährleistet seien. Das ergebe sich aus den vom Finanzamt bestätigten Umsatzzahlen der bestehenden Apotheke, die sich erfahrungsgemäß bei Zulassung einer weiteren Apotheke um 40 % vermindern würden.

Gründe:

B. I. Die Verfassungsbeschwerde ist **zulässig**.

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen **Verwaltungsakte der Regierung** von Oberbayern mit der Begründung, die ihnen zugrunde liegende Vorschrift des Art. 3 Abs. 1 ApothekenG sei nichtig. Die Verwaltung habe also ohne gesetzliche Grundlage seine freie Berufswahl verhindert und damit sein Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

Es ist zu prüfen, ob Art. 3 Abs. 1 ApothekenG mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Ist dies nicht der Fall, so verletzen die Verwaltungsakte ohne weiteres Art. 12 Abs. 1 GG; die Rechtsnorm ist für nichtig zu erklären [§ 95 Abs. 3 BVerfGG]. Bei Gültigkeit der Norm bliebe zu prüfen, ob sie **verfassungsmäßig** ausgelegt worden ist oder ob die Rechtsanwendung Grundrechte verletzt.

II. Der Verfassungsbeschwerde wäre ohne Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit des Art. 3 Abs. 1 ApothekenG in der Fassung des Gesetzes vom 10. Dezember 1955 stattzugeben, wenn der bayerische Landesgesetzgeber zum Erlaß des Gesetzes vom 10. Dezember 1955 nicht **zuständig** gewesen wäre, durch das Art. 3 Abs. 1 die den angegriffenen Bescheiden zugrunde liegende Fassung erhalten hat.

Das Recht der Errichtung von Apotheken gehört zur konkurrierenden **Gesetzgebungszuständigkeit** des Bundes nach Art. 74 Nr. 11 GG [BVerfGE 5, 25]. Als das Änderungsgesetz vom 10. Dezember 1955 erlassen wurde, war formell noch das

Bundes-Apothekenstopppgesetz vom 13. Januar 1953 in der Fassung der Änderungsgesetze vom 4. Juli 1953 und 10. August 1954 in Kraft, das die Gesetzgebungsbefugnis der Länder auf dem Gebiete des Apothekenrechts ausschalten sollte. Dieses Gesetz ist durch Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Mai 1956 [BVerfGE 5, 25] für nichtig erklärt worden.

Die Feststellung der Nichtigkeit wirkt ex tunc. Für die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Bund und Ländern bedeutet dies, daß ein für nichtig erklärtes Bundesgesetz nicht die Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG auslösen kann. Das Apothekenstopppgesetz hatte deshalb die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder nicht beseitigt, so daß der **bayerische Landesgesetzgeber** befugt war, das Änderungsgesetz vom 10. Dezember 1955 zu erlassen.

III. [...]

[Zur **Begründetheit**:]

IV. Die Frage, ob Art. 3 Abs. 1 ApothekenG mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist, setzt einige grundsätzliche Überlegungen über die Bedeutung dieser Verfassungsbestimmung voraus.

1. Art. 12 Abs. 1 schützt die Freiheit des Bürgers in einem für die moderne arbeitsteilige Gesellschaft besonders wichtigen Bereich: er gewährleistet dem Einzelnen das Recht, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als "Beruf" zu ergreifen, d. h. zur **Grundlage seiner Lebensführung** zu machen. [...]

2. [...] der Begriff "**Beruf**" [ist] **weit auszulegen**. Er umfaßt nicht nur alle Berufe, die sich in bestimmten, traditionell oder sogar rechtlich fixierten "Berufsbildern" darstellen, sondern auch die vom Einzelnen **frei gewählten untypischen [erlaubten] Betätigungen**, aus denen sich dann wieder neue, feste Berufsbilder ergeben mögen.

Auch Berufe, die Tätigkeiten zum Inhalt haben, welche nach heutigen Vorstellungen der organisierten Gemeinschaft, **in erster Linie dem Staate**, vorbehalten bleiben müssen, sind in Art. 12 Abs. 1 jedenfalls in dem Sinn gemeint, daß auch sie vom Einzelnen als Beruf frei gewählt werden können und daß keinem ihre Wahl aufgezwungen oder verboten werden darf. Es liegt kein Grund vor anzunehmen, daß das Grundrecht "seinem Wesen nach" für solche Berufe nicht gelte, wie das Bundesverwaltungsgericht meint. Doch gibt und ermöglicht für alle Berufe, die "öffentlicher Dienst" sind, Art. 33 GG weithin Sonderregelungen. [...]

"Staatlich gebundene" Berufe sind in mannigfaltiger Gestalt möglich und wirklich. Sie fallen ebenfalls unter Art. 12 Abs. 1. Die Frage, an welchem Punkt zwischen "freiem" Beruf mit gewissen öffentlich-rechtlichen Auflagen und Berufen mit völliger Einbeziehung in die unmittelbare Staatsorganisation solche Berufe ihren Platz erhalten sollen, hängt von Eigenart und Gewicht der hier zu erfüllenden öffentlichen Aufgaben ab. Je näher ein Beruf durch öffentlich-rechtliche Bindungen und Auflagen an den "öffentlichen Dienst" herangeführt wird, umso stärker können **Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG** die Wirkung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 tatsächlich zurückdrängen. [...]

Art. 12 Abs. 1 unterscheidet nicht zwischen dem **selbständig** und dem **unselbständig** ausgeübten Beruf; auch abhängige Arbeit kann als Beruf gewählt werden und wird es in der modernen Gesellschaft tatsächlich immer mehr. Wenn eine Tätigkeit in selbständiger und in unselbständiger Form ausgeübt werden kann und beide Formen der

Ausübung eigenes **soziales Gewicht** haben, so ist auch die Wahl der einen oder der anderen Form der Berufstätigkeit und der Übergang von der einen zur anderen eine Berufswahl im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG. Das trifft beim Apothekerberuf zu: Der selbständige Apotheker betreibt ein Unternehmen, das die Grundlage seiner wirtschaftlichen Existenz ist, der unselbständige Apotheker steht im Dienste eines solchen Unternehmens; es bestehen nach allgemeiner Anschauung wie nach dem Urteil der Berufsangehörigen selbst verschiedene "Berufe" innerhalb des einen Standes der "Apotheker"; die Zugehörigkeit zum einen ist nicht nur Vorbereitungs- und Durchgangsstadium für den Eintritt in den andern. Dem Bundesverwaltungsgericht ist deshalb im Ergebnis darin zuzustimmen, daß der Übergang von der Tätigkeit eines angestellten zur Tätigkeit eines selbständigen Apothekers ein Akt der Berufswahl ist, der dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG untersteht.

3. Aus der dargelegten allgemeinen Bedeutung des Art. 12 Abs. 1 lassen sich die entscheidenden Gesichtspunkte für **Inhalt und Umfang der Regelungsbefugnis** des einfachen Gesetzgebers nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 gewinnen.

a) [...]

b) Beurteilt man die Eingriffsmöglichkeiten des Gesetzgebers in den grundrechtlich geschützten Bereich von der Verfassungsbestimmung selbst her, so könnte der **Wortlaut** des Art. 12 Abs. 1 darauf hindeuten, daß Eingriffe nur bei der Berufsausübung zulässig sein sollten, während die Berufswahl der gesetzlichen Regelung schlechthin entzogen wäre. Das kann indessen nicht der Sinn der Bestimmung sein. Denn die Begriffe "**Wahl**" und "**Ausübung**" des Berufes lassen sich nicht so trennen, daß jeder von ihnen nur eine bestimmte zeitliche Phase des Berufslebens bezeichnete, die sich mit der andern nicht überschneidet; namentlich stellt die Aufnahme der Berufstätigkeit sowohl den Anfang der Berufsausübung dar wie die gerade hierin - und häufig nur hierin - sich äußernde Betätigung der Berufswahl; ebenso sind der in der laufenden Berufsausübung sich ausdrückende Wille zur Beibehaltung des Berufs und schließlich die freiwillige Beendigung der Berufsausübung im Grunde zugleich Akte der Berufswahl. Die beiden Begriffe erfassen den **einheitlichen Komplex "berufliche Betätigung"** von verschiedenen Blickpunkten her.

So kann eine Auslegung, die dem Gesetzgeber jeden Eingriff in die Freiheit der Berufswahl schlechthin verwehren wollte, nicht richtig sein; sie würde der Lebenswirklichkeit nicht entsprechen und deshalb auch rechtlich nicht zu einleuchtenden Ergebnissen führen. Eine primär als **Berufsausübungsregelung** sich darstellende gesetzliche Vorschrift ist vielmehr grundsätzlich auch dann zulässig, wenn sie **mittelbar auf die Freiheit der Berufswahl** zurückwirkt. Das geschieht vor allem dann, wenn Voraussetzungen für die Berufsaufnahme, also den Beginn der Berufsausübung, festgelegt werden, mit anderen Worten, wenn der Beginn der Berufsausübung von einer Zulassung abhängig gemacht wird. Daß das Grundgesetz Zulassungsregelungen nicht schlechthin hat ausschließen wollen, beweist Art. 74 Nr. 19, der eine Kompetenz zur Gesetzgebung für die "Zulassung" zu bestimmten Berufen begründet. Auch die Entstehungsgeschichte zeigt, daß man eine Ermächtigung zu Beschränkungen der Zulassung zwar grundsätzlich vermeiden, Andererseits aber die zahlreichen bestehenden Zulassungsbeschränkungen nicht allgemein für unzulässig erklären wollte. Der Grundgesetzgeber ist hierbei allerdings nicht zu voller sachlicher und begrifflicher Klärung der Probleme gelangt; er hat schließlich eine Formulierung gewählt, die sich an die aus dem

Gewerberecht geläufige Scheidung zwischen "Wahl" und "Ausübung" des Gewerbes anschoß, und im übrigen die weitere Regelung bewußt "weitgehend" dem Gesetz überlassen.

Daß die Regelungsbefugnis nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG sich im vorstehend entwickelten Sinne auf **Berufsausübung** und **Berufswahl** bezieht, wird in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend angenommen ; namentlich vertreten sowohl der Bundesgerichtshof wie das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung, daß der Gesetzgeber die Aufnahme gewisser Berufe von einer Erlaubnis, der "Zulassung", und diese von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig machen könne.

So ist Art. 12 Abs. 1 ein einheitliches Grundrecht [der "Berufsfreiheit"] jedenfalls in dem Sinn, daß der **Regelungsvorbehalt** des Satz 2 sich "dem Grunde nach" sowohl auf die Berufsausübung wie auf die Berufswahl erstreckt. Das heißt jedoch nicht, daß die Befugnisse des Gesetzgebers hinsichtlich jeder dieser "**Phasen**" der **Berufstätigkeit** inhaltlich gleich weit gehen. Denn es bleibt stets der im Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 deutlich zum Ausdruck kommende Wille der Verfassung zu beachten, daß die Berufswahl "frei" sein soll, die Berufsausübung geregelt werden darf. Dem entspricht nur eine Auslegung, die annimmt, daß die Regelungsbefugnis die beiden "Phasen" nicht in gleicher sachlicher Intensität erfaßt, daß der Gesetzgeber vielmehr um so stärker beschränkt ist, je mehr er in die Freiheit der Berufswahl eingreift. Diese Auslegung entspricht auch den **Grundauffassungen der Verfassung** und dem von **ihr vorausgesetzten Menschenbild**. Die Berufswahl soll ein Akt der Selbstbestimmung, des freien Willensentschlusses des Einzelnen, sein; sie muß von Eingriffen der öffentlichen Gewalt möglichst unberührt bleiben. Durch die Berufsausübung greift der Einzelne unmittelbar in das soziale Leben ein; hier können ihm im Interesse der andern und der Gesamtheit Beschränkungen auferlegt werden.

Zusammenfassend ergibt sich: Die Regelungsbefugnis erstreckt sich auf Berufsausübung und Berufswahl. Sie ist aber um der Berufsausübung willen gegeben und darf nur unter diesem Blickpunkt allenfalls auch in die Freiheit der Berufswahl eingreifen. Inhaltlich ist sie um so freier, je mehr sie reine Ausübungsregelung ist, um so enger begrenzt, je mehr sie auch die Berufswahl berührt.

c) [...]

d) Das Grundrecht soll die Freiheit des Individuums schützen, der **Regelungsvorbehalt** ausreichenden **Schutz der Gemeinschaftsinteressen** sicherstellen. Der Freiheitsanspruch des Einzelnen wirkt, wie gezeigt wurde, **um so stärker**, je mehr sein Recht auf freie Berufswahl in Frage steht; der Gemeinschaftsschutz wird **um so dringlicher**, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus gänzlich freier Berufsausübung der Gemeinschaft erwachsen könnten. Sucht man beiden - im sozialen Rechtsstaat gleichermaßen legitimen - Forderungen in möglichst wirksamer Weise gerecht zu werden, so kann die Lösung nur jeweils in sorgfältiger Abwägung der Bedeutung der einander gegenüberstehenden und möglicherweise einander geradezu widerstreitenden Interessen gefunden werden. Wird dabei festgehalten, daß nach der Gesamtauffassung des Grundgesetzes die freie menschliche Persönlichkeit der oberste Wert ist, daß ihr somit auch bei der Berufswahl die größtmögliche Freiheit gewahrt bleiben muß, so ergibt sich, daß diese Freiheit nur so weit eingeschränkt werden darf, als es **zum gemeinen Wohl unerlässlich** ist.

Für das Eingreifen des Gesetzgebers besteht danach von Verfassung wegen ein Gebot der Differenzierung, deren Prinzipien zusammenfassend etwa wie folgt umschrieben werden können:

Die Freiheit der Berufsausübung kann im Wege der "Regelung" beschränkt werden, soweit vernünftige **Erwägungen des Gemeinwohls** es zweckmäßig erscheinen lassen. Die **Freiheit der Berufswahl** darf dagegen nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger "**überragender**" **Gemeinschaftsgüter** es zwingend erfordert, d. h.: soweit der Schutz von Gütern in Frage steht, denen bei sorgfältiger Abwägung der Vorrang vor dem Freiheitsanspruch des Einzelnen eingeräumt werden muß und soweit dieser Schutz nicht auf andere Weise, nämlich mit Mitteln, die die Berufswahl nicht oder weniger einschränken, gesichert werden kann. Erweist sich ein Eingriff in die Freiheit der Berufswahl als unumgänglich, so muß der Gesetzgeber stets die Form des Eingriffs wählen, die das Grundrecht am wenigsten beschränkt.

Für den Umfang der Regelungsbefugnis ergeben sich so gewissermaßen mehrere "Stufen":

Am freiesten ist der Gesetzgeber, wenn er eine reine **Ausübungsregelung** trifft, die auf die Freiheit der Berufswahl nicht zurückwirkt, vielmehr nur bestimmt, in welcher **Art und Weise** die Berufsangehörigen ihre Berufstätigkeit im einzelnen zu gestalten haben. Hier können in weitem Maße Gesichtspunkte der **Zweckmäßigkeit** zur Geltung kommen; nach ihnen ist zu bemessen, welche Auflagen den Berufsangehörigen gemacht werden müssen, um Nachteile und Gefahren für die Allgemeinheit abzuwehren. Auch der Gedanke der **Förderung eines Berufes** und damit der Erzielung einer höheren sozialen Gesamtleistung seiner Angehörigen kann schon gewisse die Freiheit der Berufsausübung einengende Vorschriften rechtfertigen. Der Grundrechtsschutz beschränkt sich insoweit auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer gesetzlicher Auflagen; von diesen Ausnahmen abgesehen, trifft die hier in Frage stehende Beeinträchtigung der Berufsfreiheit den Grundrechtsträger nicht allzu empfindlich, da er bereits im Beruf steht und die Befugnis, ihn auszuüben, nicht berührt wird.

Eine Regelung dagegen, die schon die **Aufnahme der Berufstätigkeit** von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig macht und die damit die Freiheit der Berufswahl berührt, ist nur gerechtfertigt, soweit dadurch ein **überragendes Gemeinschaftsgut**, das der Freiheit des Einzelnen vorgeht, geschützt werden soll. Dabei besteht offensichtlich ein - auch in Rechtsprechung und Schrifttum seit langem hervorgehobener bedeutsamer Unterschied je nachdem, ob es sich um "subjektive" Voraussetzungen, vor allem solche der Vor- und Ausbildung, handelt oder um objektive Bedingungen der Zulassung, die mit der persönlichen Qualifikation des Berufsanwärters nichts zu tun haben und auf die er keinen Einfluß nehmen kann.

Die Regelung **subjektiver Voraussetzungen** der Berufsaufnahme ist ein Teil der rechtlichen Ordnung eines Berufsbildes; sie gibt den Zugang zum Beruf nur den in bestimmter - und zwar meist formaler- Weise qualifizierten Bewerbern frei. Eine solche Beschränkung **legitimiert sich aus der Sache heraus**; sie beruht darauf, daß viele Berufe bestimmte, nur durch theoretische und praktische Schulung **erwerbbar technische Kenntnisse und Fertigkeiten** [im weiteren Sinn] erfordern und daß die Ausübung dieser Berufe ohne solche Kenntnisse entweder unmöglich oder unsachgemäß wäre oder aber Schäden, ja Gefahren für die Allgemeinheit mit sich bringen würde. Der Gesetzgeber konkretisiert und "formalisiert" nur dieses sich aus einem vorgegebenen Lebensverhältnis ergebende Erfordernis; dem Einzelnen wird in Gestalt einer

vorgeschriebenen formalen Ausbildung nur etwas zugemutet, was er grundsätzlich der Sache nach ohnehin auf sich nehmen müßte, wenn er den Beruf ordnungsgemäß ausüben will. Diese Freiheitsbeschränkung erweist sich so als das adäquate Mittel zur **Verhütung möglicher Nachteile und Gefahren**; sie ist auch deshalb nicht unbillig, weil sie für alle Berufsanwärter gleich und ihnen im voraus bekannt ist, so daß der Einzelne schon vor der Berufswahl beurteilen kann, ob es ihm möglich sein werde, die geforderten Voraussetzungen zu erfüllen. Hier gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinne, daß die vorgeschriebenen subjektiven Voraussetzungen zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen.

Anders liegt es bei der Aufstellung **objektiver Bedingungen** für die Berufszulassung. Ihre Erfüllung ist dem Einfluß des Einzelnen schlechthin entzogen. Dem Sinn des Grundrechts wirken sie strikt entgegen, denn sogar derjenige, der durch Erfüllung aller von ihm geforderten Voraussetzungen die Wahl des Berufes **bereits real vollzogen** hat und hat vollziehen dürfen, kann trotzdem von der Zulassung zum Beruf ausgeschlossen bleiben. Diese Freiheitsbeschränkung ist um so gewichtiger und wird demgemäß auch um so schwerer empfunden, je länger und je fachlich spezialisierter die **Vor- und Ausbildung** war, je eindeutiger also mit der Wahl dieser Ausbildung zugleich dieser konkrete Beruf gewählt wurde. Da zudem zunächst nicht einsichtig ist, welche unmittelbaren Nachteile für die Allgemeinheit die Ausübung eines Berufs durch einen fachlich und moralisch qualifizierten Bewerber mit sich bringen soll, wird häufig der Wirkungszusammenhang zwischen dieser Beschränkung der freien Berufswahl und dem erstrebten Erfolg nicht einleuchtend dargetan werden können. Die Gefahr des Eindringens sachfremder Motive ist daher besonders groß; vor allem liegt die Vermutung nahe, die Beschränkung des Zugangs zum Beruf solle dem **Konkurrenzschutz** der bereits im Beruf Tätigen dienen - ein Motiv, das nach allgemeiner Meinung niemals einen Eingriff in das Recht der freien Berufswahl rechtfertigen könnte. Durch die Wahl dieses größten und radikalsten Mittels der Absperrung fachlich und moralisch [präsumtiv] voll geeigneter Bewerber vom Berufe kann so abgesehen von dem möglichen Konflikt mit dem Prinzip der [Gleichheit - der Freiheitsanspruch des Einzelnen in besonders empfindlicher Weise verletzt werden. Daraus ist abzuleiten, daß an den Nachweis der Notwendigkeit einer solchen Freiheitsbeschränkung **besonders strenge Anforderungen** zu stellen sind; im allgemeinen wird nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher **schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut** diesen Eingriff in die freie Berufswahl legitimieren können; der Zweck der Förderung sonstiger Gemeinschaftsinteressen, die Sorge für das soziale Prestige eines Berufs durch Beschränkung der Zahl seiner Angehörigen reicht nicht aus, auch wenn solche Ziele im übrigen gesetzgeberische Maßnahmen rechtfertigen würden.

Der Gesetzgeber muß Regelungen nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 jeweils auf der **"Stufe"** vornehmen, die den **geringsten Eingriff** in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt, und darf die nächste "Stufe" erst dann betreten, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, daß die befürchteten Gefahren mit [verfassungsmäßigen] Mitteln der vorausgehenden "Stufe" nicht wirksam bekämpft werden können.

4. Auch der Bundesgerichtshof und das Bundesverwaltungsgericht wollen dem Gesetzgeber Grenzen für die Statuierung objektiver Zulassungsvoraussetzungen ziehen; sie entnehmen sie jedoch **ausschließlich der Vorschrift des Art. 19 Abs. 2 GG**, in deren Auslegung sie allerdings nicht übereinstimmen und die dort angeführten Entscheidungen]. Von dem hier eingenommenen Standpunkt aus kann dahingestellt bleiben, ob aus dem Verbot der Antastung des

Wesensgehalts der Grundrechte sich weitere Grenzen für den Regelungsgesetzgeber des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 ergeben würden und wie sie im einzelnen zu ziehen wären. Denn die vorstehenden Darlegungen haben ergeben, daß bereits eine dem Sinn des Grundrechts und seiner Bedeutung im Rahmen des sozialen Lebens Rechnung tragende Auslegung zu einer **sachgemäßen Begrenzung der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers** führt.

5. Die sich aus der Rücksicht auf das Grundrecht ergebenden Beschränkungen der Regelungsbefugnis sind **materielle Verfassungsgebote**, die sich in erster Linie an den Gesetzgeber selbst richten. Ihre Einhaltung ist aber vom Bundesverfassungsgericht zu überwachen. Wenn eine Einschränkung der freien Berufswahl auf der "letzten Stufe" [der objektiven Zulassungsvoraussetzungen] in Frage steht, hat das Bundesverfassungsgericht deshalb zunächst zu prüfen, ob ein **überragendes Gemeinschaftsgut gefährdet** ist und ob die **gesetzliche Regelung der Abwehr dieser Gefahr überhaupt dienen kann**. Es muß aber ferner auch prüfen, ob gerade dieser Eingriff zum Schutz jenes Gutes zwingend geboten ist, mit anderen Worten, ob der Gesetzgeber diesen Schutz nicht mit Regelungen auf einer vorausgehenden Stufe hätte durchführen können.

[...]

V. [...] 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.

[...]

Die entscheidende Frage ist mithin, ob bei Wegfall der Niederlassungsbeschränkungen [...] eine **Gefährdung der Volksgesundheit** zu befürchten wäre. [Wird ausgeführt]

VI. Die vom Gesetzgeber bei Niederlassungsfreiheit der Apotheker befürchteten Gefahren haben, [...], nicht so wahrscheinlich gemacht werden können, daß darauf - unter Beibehaltung des geltenden Apotheken- und Arzneimittelrechts im übrigen - die **schärfste Einschränkung der freien Berufswahl**, nämlich die Absperrung voll qualifizierter Bewerber von der selbständigen Ausübung des Apothekerberufs, gestützt werden könnte.

[...]

VII. [...] 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].

Zusammenfassung:

1. Die Begriffe Berufswahl und Berufsausübung lassen sich nicht trennen und bilden einen einheitlichen Komplex. Man spricht daher vom einheitlichen Grundrecht der Berufsfreiheit.

2. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass der der Regelungsvorbehalt des Satz 2 sich entgegen des Wortlauts sowohl auf die Berufsausübung wie auf die Berufswahl erstreckt.
3. Das BVerfG begründete durch das Urteil die sogenannte Drei-Stufen-Theorie, durch welche die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen von Art. 12 konkretisiert wurde. Bei Eingriffen in die Berufsfreiheit ist von nun an zu unterscheiden, zwischen Eingriffen in die Berufsausübung sowie subjektiven und objektiven Zulassungsbeschränkungen.
 - a. Am freiesten ist der Gesetzgeber, wenn er eine reine Ausübungsregelung trifft, die auf die Freiheit der Berufswahl nicht zurückwirkt, vielmehr nur bestimmt, in welcher Art und Weise die Berufsangehörigen ihre Berufstätigkeit im Einzelnen zu gestalten haben. Hier können in weitem Maße Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit zur Geltung kommen.
 - b. Die Regelung subjektiver Voraussetzungen der Berufsaufnahme ist ein Teil der rechtlichen Ordnung eines Berufsbildes. Eine solche Beschränkung beruht darauf, dass viele Berufe bestimmte, nur durch theoretische und praktische Schulung erwerbbar technische Kenntnisse und Fertigkeiten erfordern und dass die Ausübung dieser Berufe ohne solche Kenntnisse entweder unmöglich oder unsachgemäß wäre. Einschränkungen sind möglich, soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es erfordert.
 - c. Anders liegt es bei der Aufstellung objektiver Bedingungen für die Berufszulassung. Ihre Erfüllung ist dem Einfluß des Einzelnen schlechthin entzogen. Daraus ist abzuleiten, daß an den Nachweis der Notwendigkeit einer solchen Freiheitsbeschränkung besonders strenge Anforderungen zu stellen sind; nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut können Eingriffe in die freie Berufswahl legitimieren.
4. Der Gesetzgeber muß Regelungen nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 jeweils auf der "Stufe" vornehmen, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt.