

Lösung zu Fall 2

Vorab: Aufbaufragen

Nach der allgemein gehaltenen Fallfrage bestehen hier zwei Aufbaumöglichkeiten:

- 1. Möglichkeit:** Ist das Gesetz verfassungsgemäß?
 - a) Formelle Verfassungsmäßigkeit
 - b) Materielle Verfassungsmäßigkeit (Art. 12 GG – Schutzbereich, Eingriff, verfassungsrechtliche Rechtfertigung)

- 2. Möglichkeit:** Liegt ein verfassungswidriger Grundrechtseingriff vor?
 - a) Schutzbereich des Art. 12 GG
 - b) Eingriff
 - c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
 - Gesetzesvorbehalt (Rechtsgrundlage des Eingriffs, Grundrecht einschränkbar?)
 - Formelle Verfassungsmäßigkeit
 - Materielle Verfassungsmäßigkeit (insbes. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)

Hier: Aufbau nach Möglichkeit 1

Bgrd.: H greift ausdrücklich auch das ordnungsgemäße Zustandekommen des Gesetzes an. Es geht also nicht nur um eine Verletzung von Art. 12 GG, sondern um die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes insgesamt.

Das Gesetz stellt einen unzulässigen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit approbierter Apotheker dar, wenn es verfassungswidrig ist.

Anmerkung: Europarecht

Aus Sicht des Europarechts wären Art. 45 AEUV (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) und vor allen Dingen Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) zu prüfen.

Sollte es hierzu keine ständige, eindeutige Rechtsprechung für Fälle wie hier („deutsche Approbation“) geben, müsste das BVerfG ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV in die Wege leiten.

A. Formelle Verfassungsmäßigkeit

I. Gesetzgebungskompetenz

Grundsatz: Länder haben Gesetzgebungskompetenz, **es sei denn**, dem Bund wird ausdrücklich eine Kompetenz durch das GG zugewiesen (Art. 70 Abs. 1 GG).

1. Ausschließliche Kompetenz

Hier: Kein Tatbestand des Art. 73 GG einschlägig.

2. Konkurrierende Kompetenz, Art. 72, 74 GG

a) Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (+)

aa) *Gesetzesmaterie i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG Recht der Wirtschaft (+)*

= alle wirtschaftsordnenden und -lenkenden Gesetze hiervon erfaßt, d.h. sehr weite Kompetenz

Hier: Apotheken als „Gewerbe“ i.S.d. Nr. 11; Gewerbe umfasst auch freie Berufe (im Unterschied zur Gewerbeordnung) und

bb) *Erforderlichkeitsklausel, Art. 72 Abs. 2 GG (Bedarfskompetenz) (+)*

→ Vorliegen einer Gesetzesmaterie des Art 74 Abs. 1 Nr. 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25, 26 GG

Folge: Bundeseinheitliche Regelung gem. Art. 72 Abs. 2 GG muss erforderlich sein

EXKURS: Problem: Umfang der gerichtlichen Kontrolle

- **Früher** (bis 1994): **Bedürfnisklausel**, d.h. bundeseinheitliche Regelung i.S.d. Art. 72 GG war möglich, wenn ein derartiges Bedürfnis bestand. Diesbezüglich bestand ein Beurteilungsspielraum des Bundesgesetzgebers, so dass keine Kontrolle durch das *BVerfG* erfolgen konnte.
- **Jetzt: Strengere Anforderungen**, da Bedürfnisklausel durch Erforderlichkeitsklausel ersetzt wurde und mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG ein eigenes Kontrollverfahren vor dem *BVerfG* existiert.
Vgl. *BVerfG* in seiner **Entscheidung zum Altenpflegegesetz** aus dem Jahr 2002 (*BVerfGE* 106, 62 = NJW 2003, 41): Danach besteht kein von verfassungsgerichtlicher Kontrolle freier gesetzgeberischer Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG. Es muss eine der drei Zielvorgaben einschlägig sein und der Gesetzgeber muss seine Auffassung begründen!

(1) Einschlägigkeit einer der drei Zielvorgaben

- Nach dem *BVerfG* (a.a.O.) ist der Bund hinsichtlich des Merkmals „**Herstellung der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse**“ nur dann zum Eingreifen befugt, „wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik *in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt* haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet.“
- Das zweite Merkmal, „**Rechtseinheit**“, greift nicht schon dann ein, wenn in den Ländern unterschiedliches Recht gilt, sondern erst bei Hinzutreten weiterer Umstände (Beispiele: un-

zumutbare Behinderungen im länderübergreifenden Rechtsverkehr; Störungen der Rechtssicherheit und Freizügigkeit). Eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene erfüllt die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erst dann, wenn sie eine *Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen* darstellt, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann.

- Der Erlass von Bundesgesetzen zur Wahrung der „**Wirtschaftseinheit**“ steht dann im gesamtstaatlichen Interesse, wenn es um die *Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraumes der Bundesrepublik* durch bundeseinheitliche Rechtsetzung geht.

(2) Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung

Dies ist nur der Fall, wenn *ohne eine bundeseinheitliche Regelung die einschlägige Zielvorgabe nicht oder nicht hinlänglich erreicht werden kann*.

EXKURS ENDE

Hier: Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse?

Vor.: Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen für Gesamtstaat droht, die durch Landesgesetze nicht abgewendet werden kann.

Landesregelungen könnten unterschiedliche Regelungen vorsehen, so dass es zu Abwanderungen von Apothekern kommen könnte und eine Unterversorgung in einigen Gebieten, dagegen eine Übersversorgung in anderen Gebieten droht.

→ Art. 72 Abs. 2 GG (+)

→ Der Bund hat die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für das Apothekengesetz.

b) Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG (+)

aa) *Gesetzesmaterie i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG Recht der Apotheken; Arzneien (+)*

→ umfasst auch Personen im Verkehr mit Arzneien

bb) *Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG (Kernkompetenz des Bundes)*

Gem. Art. 72 Abs. 1; 74 Abs. 1 Nr. 19 GG hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Recht des Apothekenwesens. Im Rahmen der Kernkompetenz des Bundes wird die Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung unwiderleglich vermutet.

c) Zwischenergebnis: Der Bundesgesetzgeber ist gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG sowie gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 i.V.m. Art. 72 Abs. 2 GG zuständig.

II. Gesetzgebungsverfahren

Probleme im Fall:

1. Gesetzesinitiative /-vorlage, Art. 76 GG

Bundesrat ist initiativberechtigt, Art. 76 Abs. 1 GG.

Anmerkung: Soweit der Sachverhalt schweigt, ist von einem ordnungsgemäßen Verfahren auszugehen. Anderes gilt nur dann, wenn alle Schritte außer einem im Sachverhalt einzeln beschrieben werden.

Hier: Ordnungsgemäße Einbringung des Gesetzentwurfs lässt auf vorhandene Stellungnahme der Regierung (Art. 76 Abs. 3 S. 1 GG) schließen.

2. Gesetzesbeschluss, Art. 77 Abs. 1 GG (Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG)

Bei dem Beschluss eines Gesetzes genügt gemäß Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG die Mehrheit der insgesamt abgegebenen Stimmen (sogenannte *einfache Mehrheit*). Nicht erforderlich ist die sogenannte *absolute Mehrheit* (d.h. die Mehrheit aller Bundestagsmitglieder).

Derzeit: 620 Abgeordnete, nämlich 598 (vgl. § 1 I S. 1 BWahlG) + 24 Überhangmandate – 2 Mandatsniederlegungen

Hier: Laut Sachverhalt wurde das Gesetz ordnungsgemäß beschlossen. (+)

3. Mitwirkung des Bundesrats, Art. 77 Abs. 2-4 GG

Es ist danach zu differenzieren, ob es sich um ein Einspruchs- oder ein Zustimmungsgesetz handelt.

Grundsätzlich sind die Bundesgesetze **Einspruchsgesetze**, es sei denn das GG bestimmt ausdrücklich, dass ein Gesetz zustimmungspflichtig ist.

Hier: Keine Sonderregelung. Also ist das Apothekengesetz ein Einspruchsgesetz.

Problem: Laut Sachverhalt hat der Bundesrat aber **zugestimmt**. Schadet das?

Nein, vgl. Art. 78 GG: Eine Zustimmung zu einem Gesetz ist danach immer möglich, auch bei Einspruchsgesetzen.

(Aber: Die **Verweigerung** der Zustimmung bei einem Einspruchsgesetz kann nicht in einen Einspruch umgedeutet werden. Dies ergibt sich aus dem für den Bundesrat geltenden **Grundsatz der Formstrenge**, vgl. § 30 I 1 GO BRat).

4. Gegenzeichnung, Ausfertigung, Verkündung, Art. 82 GG

Hier: Sind laut Sachverhalt ordnungsgemäß erfolgt. (+)

5. Ergebnis: Das Gesetz ist formell verfassungsgemäß.

B. Materielle Verfassungsmäßigkeit

I. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit)

1. Schutzbereich (+)

a) Persönlicher Schutzbereich: Deutsche iSd. Art. 116 Abs. 1 GG (+)

Hier: Deutsche Apotheker sind generell von § 2 II betroffen. (*Anmerkung:* Abstrakte Prüfung, also irrelevant, ob H. Deutscher ist.)
Je nach vertretener Ansicht auch EU-Bürger (vgl. Art. 18 AEUV)

b) Sachlicher Schutzbereich (+)

Art. 12 Abs. 1 GG ist das *einheitliche Grundrecht* der Berufsfreiheit, es wird nur unter den Begriff „Beruf“ subsumiert (nicht: Arbeitsplatz, Ausbildungsstätte).

Beruf = Jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage.

Dabei umfasst der Schutz nicht nur die Wahl und die Ausübung des Berufes als solche, sondern u.a. auch den Ort, an dem die Tätigkeit ausgeübt wird.

Hier: Apotheker ist unzweifelhaft ein Beruf, der auch erlaubt ist, d.h. der Meinungsstreit darüber, ob die Tätigkeit auch erlaubt sein muss, kann dahinstehen.

2. Eingriff (+)**a) Eingriff**

Ein Eingriff ist grundsätzlich jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein grundrechtlich geschütztes Verhalten ganz oder teilweise unmöglich macht.

Dabei verlangt das BVerfG bei der Berufsfreiheit zusätzlich eine *objektiv berufsregelnde Tendenz* des hoheitlichen Aktes, d.h. es muss *final* auf die Berufswahl oder -ausübung eingewirkt werden.

Hier: Eingriff durch § 2 II ApothekenG. Eine grundrechtlich geschützte Tätigkeit kann aufgrund der staatlichen Maßnahme nicht mehr in der gewünschten Weise ausgeübt werden, denn Art. 12 Abs. 1 GG umfasst, wie dargelegt, auch das Recht, die berufliche Tätigkeit an jedem gewünschten Ort aufzunehmen (*BVerfGE* 25, 1 (19)).

Die Tatsache, dass sich das betreffende Gesetz ausschließlich mit Apotheken beschäftigt, zeigt, dass diese Normen, also auch § 2 II ApothekenG, objektiv berufsregelnde Tendenz haben.

Hinweis: Nur die Änderung des ApothekenG muss geprüft werden.

b) Eingriffsstufe

aa) Drei-Stufen-Theorie: Unterscheidung von unterschiedlich intensiven Eingriffsformen/-stufen:

1. Stufe: Berufsausübung

Berufsausübungsregelungen haben das „Wie“, die Art und Weise der beruflichen Tätigkeit zum Gegenstand.

2. Stufe: Berufswahl – subjektive Zulassungsgrenzen/-schränken

Subjektive Zulassungsgrenzen der Berufswahl betreffen das „Ob“ der Berufstätigkeit. Sie binden die Aufnahme der Berufstätigkeit an von der Person des Berufsanwärters abhängige Voraussetzungen (z.B. Leistungsnachweise; nach h.M. auch das Alter, nach a.A. mangels Beeinflussbarkeit des Alters nicht).

3. Stufe: Berufswahl – objektive Zulassungsgrenzen

Objektive Zulassungsgrenzen der Berufswahl betreffen auch das „Ob“ der Berufstätigkeit. Die Eingriffsgründe liegen jedoch außerhalb der Person des Betroffenen (z.B. Kontingentierung, staatliche Monopole; nach a.A. das Alter).

bb) Einordnung des Eingriffs in Drei-Stufen-Theorie

(1) Frage: Betrifft der Eingriff die Berufsausübung oder die Berufswahl?

Hier: Die Regelung des § 2 II ApothekenG hindert einen Apotheker unter Umständen daran, sich mit einer eigenen Apotheke niederzulassen.

Kriterium: **Berufsbilderlehre**

- Berufswahl (+), wenn „selbständiger Apotheker“ als eigener Beruf zu klassifizieren wäre.
- Abgrenzung nach der *Berufsbildlehre*: Ist das Selbständigmachen als Akt der Berufswahl zu bezeichnen?

Indizien:

- Äußeres Erscheinungsbild, Sprachgebrauch
- Neue Tätigkeit ist unabhängig von alter Tätigkeit auszuüben
- Ausgestaltung durch den Gesetzgeber
- Unterschiedliche Vor- und Ausbildung

Hier: Ein selbständiger Apotheker betreibt ein *Unternehmen*, der unselbständige steht im Dienste eines solchen Unternehmens.

→ Indiz: nicht nur Mitglied in der Apothekerkammer, sondern auch in der Industrie- und Handelskammer

=> Der Übergang von der Tätigkeit des unselbständigen zu der des selbständigen Unternehmers ist ein Akt der Berufswahl (so das *BVerfG*: BVerfGE 7, 377 (399)).

Gegenbeispiel: Kassenarzt (-), da dieser auch Privatpatienten behandeln darf und umgekehrt.

(2) Frage: objektive oder subjektive Berufswahlregelung?

Hier: Da eine reine **Bedürfnisklausel** vorliegt, die Erteilung der Erlaubnis also an Voraussetzungen gebunden wird, die der Betroffene nicht beeinflussen kann.

(3) Ergebnis

Es liegt eine **objektive Zulassungsbeschränkung**, d.h. ein Eingriff auf der 3. Stufe vor.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a) Rechtsgrundlage des Eingriffs

Hier: Keine separate Rechtsgrundlage, da hier der Eingriff durch § 2 II ApothekenG selbst geprüft wird.

b) Einschränkbarkeit des Grundrechts: Gesetzesvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG?

- „*Regelung*“: Nach *BVerfG* stellt dies auch eine *Eingriffsermächtigung* dar, nicht nur eine Ermächtigung zur Regelung des Umfelds.
- Gilt dem *Wortlaut* nach *nur für die Berufsausübung*, *aber*: Berufsausübung ist die *stetige Manifestation der Berufswahl*, d.h. es ist keine strikte Trennung möglich; ein *einheitliches Grundrecht* der Berufsfreiheit erfordert auch einheitliche Schranken

=> Art. 12 Abs. 1 GG ist sowohl hinsichtlich der Berufsausübung als auch der Berufswahl durch Gesetz einschränkbar.

Wichtiger Aufbauhinweis: Wir befinden uns in der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes. Wird dabei – wie hier – im Rahmen der materiellen Verfassungsmäßigkeit die Vereinbarkeit mit einem Grundrecht geprüft, ist eine *rein objektive Prüfung* durchzuführen, das heißt, es verbietet sich jede Ausführung zu dem konkreten im Sachverhalt genannten Einzelfall (hier Ausführungen zu H). Der Prüfungspunkt „Verfassungsmäßigkeit des Einzelakts“ fällt im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung also weg. Auch sind an dieser Stelle keine Ausführungen zur formellen Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes mehr nötig, da dies bereits erfolgt ist.

c) Verhältnismäßigkeit

BVerfG: Berufswahl soll nur in begrenztem Maße einschränkbar sein.

Drei-Stufen-Theorie: Die Regelungsbefugnis des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG erstreckt sich zwar auf Berufsausübung und Berufswahl, jedoch nicht auf beide in gleicher Intensität:

1. Stufe: Berufsausübung

Eingriffe sind zulässig, soweit *vernünftige Erwägungen* des Allgemeinwohls diese *zweckmäßig erscheinen* lassen.

2. Stufe: Berufswahl – subjektive Zulassungsgrenzen

Eingriffe sind zulässig, wenn durch sie ein *wichtiges Gemeinschaftsgut*, das der Freiheit des Einzelnen vorgeht, vor *abstrakten Gefahren* geschützt werden soll.

3. Stufe: Berufswahl – objektive Zulassungsgrenzen

Eingriffe sind zulässig, soweit sie der Abwehr *nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren* für ein *überragend wichtiges Gemeinschaftsgut* (= Gemeinwohlinteressen, die sich aus verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen ergeben) dienen.

Hier: Eingriff in der 3. Stufe: Objektive Zulassungsschranke. (s.o.)

Die Drei-Stufen-Theorie wird dann **in die Prüfung der Verhältnismäßigkeit eingeordnet**:

Beachte: *Es zeigt sich eine generelle Tendenz des Abrückens von der starren Stufentheorie.* Entscheidend ist nun vor allen Dingen die *tatsächliche Intensität des konkreten Eingriffs*, so dass ein Eingriff auf niedrigerer Stufe im konkreten Fall einen genauso intensiven Eingriff bedeuten kann wie ein solcher auf höherer Stufe. Dies hat dann zur Folge, dass für ihn dieselben Rechtfertigungsvoraussetzungen gelten wie für die höhere Stufe. Das wird in den Prüfungspunkten „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ relevant. (vgl. für ein Beispiel: *BVerwG*, Urteil vom 26.06.2008, Az. 2 C 22. 07, abrufbar unter <http://lexetius.com/2008,2555> (Abfrage: 10.05.2012))

(1) *Legitimer Zweck*

Hier: Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Versorgung mit Medikamenten, d.h. Schutz der Volksgesundheit. Damit liegt ein *überragend wichtiges Gemeinschaftsgut* vor (vgl. Art. 2 Abs. 2 GG: Recht auf Leben und körperliche Gesundheit; staatliche Schutzpflicht bzgl. Leben).

(2) Geeignetheit

Das Gesetz muss zur Zielerreichung führen oder diese jedenfalls fördern (Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers).

Hier: Die Koordinierung der Apothekenzulassung führt zu einer besseren Versorgung (auch wenn das Argument mit ruinösem Wettbewerb nicht zutrifft: Nicht zugelassene Apotheker weichen womöglich in nicht so beliebte, strukturschwache Regionen aus).

(3) Erforderlichkeit

Bei der Erforderlichkeit tritt eine weitere Besonderheit wegen der **Drei-Stufen-Theorie** auf: Ein Eingriff auf höherer Stufe ist grundsätzlich nur erforderlich, wenn ein Eingriff auf niedrigerer Stufe das Ziel nicht genauso effektiv erreichen kann.

Hier:

- Die Argumentation, dass bei erhöhter Zahl von Apotheken und schwindender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit einiger Apotheken letztere ihre gesetzlichen Pflichten (Rezeptpflicht etc.) nicht einhalten werden (**ruinöser Wettbewerb**), greift nicht, da mildere, gleich effektive Mittel in Form einer Kontrolle der Apotheker (z.B. durch Berufsgerichtsbarkeit) und der Aufstellung subjektiver Zulassungsschranken gem. § 2 I ApothekenG vorhanden sind.
 - Bezüglich der Förderung von Apotheken in strukturschwachen Gebieten: Dort könnte man entsprechende Anreize zur Ansiedlung der Apotheken schaffen.
- => Daher: Eingriff auf dritter Stufe **nicht erforderlich** und damit **unverhältnismäßig**.

(4) Hilfsweise: Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.)

Der Eingriff auf dritter Stufe (objektive Zulassungsschranke) müsste der Abwehr nachweisbarer oder *höchstwahrscheinlicher* schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dienen.

Hier: Zwar ist die Volksgesundheit ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut.

- Die Erhöhung der Zahl der Apotheken *verbessert* jedoch zunächst einmal die *Versorgung*.
- Die *Argumentation*, dass bei einer erhöhten Zahl von Apotheken und schwindender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit einiger Apotheken ihren gesetzlichen Pflichten nicht nachkommen werden, ist *nicht zwingend*.

=> Es kann jedenfalls nicht von einer höchstwahrscheinlichen Gefahr gesprochen werden.

4. Ergebnis

§ 2 II ApothekenG verstößt gegen die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG und ist verfassungswidrig.

II. Vereinbarkeit mit der Eigentumsfreiheit, Art. 14 Abs. 1 GG

Art. 12 Abs. 1 GG schützt den Erwerb, Art. 14 Abs. 1 GG das Erworbenene.

Hier: Nur wirtschaftliche Gewinnerwartungen für die Zukunft betroffen, welche allenfalls Art. 12 Abs. 1 GG, keinesfalls aber Art. 14 GG unterfallen.

III. Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG

1. Deutsche und EU-Ausländer (e.M.): Art. 2 Abs. 1 GG isoliert

Art. 2 Abs. 1 GG ist subsidiär und tritt für die deutschen und nach einer vertretenen Ansicht auch für die Apotheker aus der EU hinter Art. 12 Abs. 1 GG zurück.

2. EU-Ausländer (a.M.): Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG

a) Subsidiarität von Art. 2 Abs. 1 GG?

Löst man das Problem der Nichtdiskriminierung der EU-Bürger mit einer anderen Meinung nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. den Inhalten des Art. 12 Abs. 1 GG tritt die Norm wegen der angenommenen fehlenden direkten Anwendbarkeit von Art. 12 Abs. 1 GG (mangels Deutscheigenschaft iSd. Art. 116 Abs. 1 GG) nicht zurück.

b) Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG (+)

Inhaltlich ist dasselbe zu prüfen wie bei einer direkten Anwendung von Art. 12 GG (s.o.). Folglich liegt auch eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG bezüglich der EU-Ausländer vor.

3. Sonstige ausländische Apotheker: Art. 2 Abs. 1 GG

a) Subsidiarität von Art. 2 Abs. 1 GG?

Aufgrund der fehlenden persönlichen Anwendbarkeit von Art. 12 Abs. 1 GG bezüglich sonstigen ausländischen Apothekern mit deutscher Approbation tritt Art. 2 Abs. 1 GG hier nicht zurück, sondern bleibt anwendbar.

b) Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG (+)

aa) Schutzbereich (+)

→ Jedermann-Grundrecht

→ jedes menschliche Verhalten, also auch Betreiben einer Apotheke

bb) Eingriff (+) s.o.

cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung (-)

→ Problem: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

(1) Legitimer Zweck: Schutz der Volksgesundheit s.o. (+)

(2) Geeignetheit des Mittels (+) s.o.

(3) Erforderlichkeit: milderer gleichgeeignetes Mittel: Kontrollen der Apotheker bei der Berufsausübung (-) s.o.

(4) Hilfsweise: Angemessenheit (+)!

Beachte: Hier kann man die Angemessenheit nicht mit dem Argument verneinen, dass es an einer nachweisbaren bzw. höchstwahrscheinlichen Gefahr fehlt, da diese Anforderung aus dem besonderen Schutzniveau der Berufsfreiheit folgt. Das Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG lässt jede zumutbare Einschränkung zu. Diese läge hier vor.

C) Endergebnis

Das Gesetz ist verfassungswidrig. Es verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit approbierter deutscher und europäischer Apotheker aus Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG und gegen die allgemeine Handlungsfreiheit sonstiger ausländischer approbierter Apotheker aus Art. 2 Abs. 1 GG.

Literaturempfehlungen:

BVerfGE 7, 377 – Apothekenurteil

Zur europarechtlichen Dimension:

→ vgl. die parallele Problematik beim deutschen Notariat:

Andreas Spickhoff, Das deutsche Notariat in Europa – Qualität versus Niederlassungsfreiheit?, JZ 2012, S. 333 – 340.