

## LÖSUNGSVORSCHLAG DIE APOTHEKERIN

- Siehe BVerfG, NJW 2002, 666; Bespr. von Terhechte, JuS 2002, 551

### A. Zulässigkeit

- Art. 93 I Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, 90ff. BVerfGG

### **I. Beschwerdefähigkeit** Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG

- jedermann: (+)

### **II. Beschwerdegegenstand** Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG

- Akt der öffentlichen Gewalt

- In Betracht kommen:

1. Ladenschlußregelung des § 3 I 1 iVm § 4 II 1 LSchlG
2. Rückausnahme des § 14 IV LSchlG

- Beide Gegenstände können in einem Verfahren zusammengefaßt werden.

→ Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde

### **III. Beschwerdebefugnis** Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG

1. Substantiierte Behauptung spezifischer GR-Verletzung (+)

2. Beschwerdeführer muß selbst, gegenwärtig, unmittelbar betroffen sein.

- besonderes Gewicht bei Rechtssatz-VB

- Warum? (Abgrenzung zur Abstrakten Normenkontrolle / frühes Einschreiten zum Schutz einzelner Rechte noch vor Gesetzesvollzug rechtfertigungsbedürftig / Entlastung BVerfG)

- Selbst, gegenwärtig: unproblematisch

- Unmittelbarkeit: liegt nicht vor, wenn für die Belastung des Beschwerdeführers eine normative Individualisierung und Konkretisierung der Rechtspflicht durch Einzelakt rechtlich notwendig oder nach tatsächlicher Verwaltungspraxis zu erwarten ist.

- Anhaltspunkt: Spielräume der Verwaltung bei Anwendung des Gesetzes durch Auslegung (zB unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand) oder Ermessensausübung. Hier: keine Spielräume

Daher Unmittelbarkeit (+), und damit Beschwerdebefugnis gegeben.

#### **IV. Rechtswegerschöpfung § 90 II 1 BVerfGG**

- Feststellungsklage (-): kein konkretes Rechtsverhältnis
- Damit kein Rechtsweg eröffnet.

(Hinweis: Diese lapidare Feststellung ruht auf einer sehr formalen Betrachtungsweise, die die notwendige Einschränkung der Zulässigkeit von Rechtssatz-Verfassungsbeschwerden unter dem folgenden Titel der Subsidiarität vornimmt. Zum Teil wird in der Literatur dieses Vorgehen als unzulässige Einführung außergesetzlicher Beschränkungen der Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde kritisiert und eine Eingliederung der Subsidiaritätsgesichtspunkte in die Prüfung der Rechtswegerschöpfung befürwortet (s. Pestalozza, VerfPrR). Dabei handelt es sich jedoch augenscheinlich in erster Linie um ein rechtsdogmatisches Zuordnungsproblem; inhaltlich bleibt die Reichweite der Subsidiaritätsmerkmale dagegen größtenteils unberührt.)

#### **V. Rechtsschutzbedürfnis / Subsidiarität**

- keine anderweitige zumutbare Beseitigung der Beschwerne möglich.
  - Hier kommen zwei Alternativen in Betracht:
    - Verstoß gegen Ladenschlusszeiten
    - Antrag auf Befreiung von den Ladenschlußzeiten
  - Verstoß gegen Ladenschlußzeiten wäre eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 24 I Nr. 2 a) LSchlG und ist damit unzumutbar.
  - Ein Antrag auf Befreiung von den Ladenschlusszeiten kann angesichts der eindeutigen Gesetzeslage nur abschlägig beschieden werden. Vor den Fachgerichten wiederum könnte H sich nur auf die Ungültigkeit des § 14 IV LSchlG stützen und auf eine Vorlage nach Art. 100 I GG drängen. Damit wäre ein Verfahren vor dem BVerfG nur aufgeschoben, jedoch zur Beseitigung der Beschwerne der H unverändert notwendig. Allein auf die tatsächliche Möglichkeit abzustellen, daß H auf dem Rechtsweg „die Puste ausgeht“, hieße jedoch, ihren Rechtsschutz in unzumutbarer Weise zu verkürzen.
- Damit besteht auch ein Rechtsschutzbedürfnis der H.

#### **VI. Form § 23 I, 92 BVerfGG / Frist § 93 BVerfGG**

„Für eine form- und fristgerechte Einlegung der Verfassungsbeschwerde verbürgt sich der Verfasser.“

### **B. Begründetheit**

#### **I. Allgemeine Ladenschlussregelung § 4 II 1 iVm 3 I 1 LSchlG**

##### **1. Schutzbereich**

## a) persönlicher Schutzbereich (+)

- H ist Deutsche gem. Art. 116 I GG

## b) sachlicher Schutzbereich

- Der Betrieb einer Apotheke ist als auf Dauer angelegte, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende erlaubte Tätigkeit ein Beruf im Sinne des Art. 12 I 1 GG.
- Diskussion um die Erlaubtheit / soziale Wertigkeit hier entbehrlich.
- einheitlicher Schutzbereich, umfaßt Berufswahl ebenso wie Berufsausübung.

2. Eingriff (+)

- Festsetzung von Ladenschlusszeiten ist für Verkaufsstellen jeder Art Berufsausübungsregelung (s. BVerfGE 13, 237 (239f.)).

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

## a) Einschränkungsvorbehalt ("Schranke")

- einfacher Gesetzesvorbehalt nach Art 12 I 2 GG.

## b) Formelle Verfassungsmäßigkeit

- keine Anhaltspunkte für formelle Verfassungswidrigkeit ersichtlich.

## c) Art. 19 I, II GG

- kein EinzelfallG, Art. 19 I 1 GG
- keine Verletzung Wesensgehalt Art. 19 II GG
- insbes. keine Verletzung des Zitiergebotes Art. 19 I 2 GG, da Berufsausübungsregelungen dogmatisch eine Ausgestaltung und nicht eine Einschränkung der Berufsfreiheit darstellen.

## d) Verhältnismäßigkeit

## aa. Legitimer Zweck

- Berufsausübungsregelung - damit vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls ausreichend
- Zwecke: Arbeitnehmerschutz und Wettbewerbsneutralität (für Gleichheit zwischen Verkaufsstellen mit und solchen ohne Angestellte).

## bb. Geeignetheit

- Dagegen könnte sprechen, daß die strengen Ladenschlussregelungen den Einzelhandel gegenüber anderen Vertriebsformen (Versandhandel, Teleshopping) erheblich benachteiligt.

- aber: Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, daher nur Evidenzkontrolle.

(s. BVerfGE 13, 237 (240f.))

- Daher Geeignetheit wohl (+)

cc. Erforderlichkeit

- Schutz der Angestellten durch tarifrechtliche Kontrolle milderes Mittel.

- aber: gleiche Eignung ? - Zweifelhafte, wegen Tarifautonomie

- Auch hier nur Evidenzkontrolle, damit auch Erforderlichkeit (+)

dd. Angemessenheit

Con: LadenschlussG anachronistisch.

Con: Solch enge Begrenzungen der (möglichen) Arbeitszeiten für andere Berufsgruppen unüblich.

Pro: Hohe Bedeutung des Ladenschlusses für die Angestellten im Einzelhandel (Hinweis: dies ist das einzige Argument der Pro-Seite).

- Letztlich wohl Angemessenheit noch (+).

(krit. Böttner, NJ 1999, 518ff.)

e) Bestimmtheit

- § 4 II 1 iVm § 3 I 1 LSchlG erschließt sich nicht auf den ersten Blick, aber eine Verletzung des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebotes liegt wohl trotzdem nicht vor.

## II. Rückausnahme § 14 IV LSchlG

1. Schutzbereich (+)

- siehe oben

2. Eingriff

a) Über § 4 iVm § 3 LSchlG hinausgehende Einschränkung der Tätigkeit der Apotheken

- so, ohne nähere Begründung, das BVerfG: es nimmt eine über das für den allgemeinen Handel geltende Maß hinausgehende Einschränkung des Öffnungsrechts der Apotheken durch § 14 IV LSchlG an.

- Aber: § 14 IV LSchlG ordnet nur, gleichsam als berufsspezifische Rückausnahme zu der anlaßspezifischen Ausnahmebestimmung des § 14 I 1 LSchlG, die unberührte Geltung des § 4 II 1 iVm § 3 I 1 LSchlG für Apotheken an.

- Daher ist § 14 IV LSchlG als eine über das für den allgemeinen Handel geltende Maß hi-

nausgehende Einschränkung nur konstruierbar, indem die Ausnahmevorschrift des § 14 I 1 LSchlG in die Bestimmung des allgemeinen Maßes der Öffnungszeiten einbezogen wird. Dies ist insofern zweifelhaft, als § 14 LSchlG selbst keine Befreiung von den allgemeinen Ladenschlußzeiten vornimmt, sondern lediglich gemäß Abs. I S. 3 den Landesregierungen die Möglichkeit einer Befreiung eröffnet. Lässt eine Landesregierung diese Möglichkeit ungenutzt, entfällt auch die befreiende Wirkung des Abs. I S. 1.

- Daher ist die Vorschrift des § 14 I 1 LSchlG als Ausnahmetatbestand zur Bestimmung des allgemeinen Maßes der Öffnungszeiten nicht geeignet. Eine solche Vermischung von Grundsatz- und Ausnahmeregelungen ignoriert das polygonale Geflecht konfligierender Interessen, das der Systematik des LSchlG zugrundeliegt (vertiefend: Wallerath, NJW 01, 781 (786)).

Damit scheidet ein Eingriff durch eine über das Maß der §§ 3, 4 LSchlG hinausgehende Einschränkung der Tätigkeit der Apotheken aus.

b) Durch Wettbewerbsverzerrung (Art. 12 I 1 iVm 3 I GG)

- Durch die speziell auf den Beruf des Apothekers gerichtete Regelung des § 14 IV LSchlG iVm obigen allgemeinen Erörterungen zur Berufsbezogenheit von Ladenöffnungszeitenregelungen sind Ausführungen zur berufsregelnden Tendenz hier entbehrlich.
- zT hat das BVerwG einen Schutz der Wettbewerbsgleichheit durch die Berufsfreiheit vollständig abgelehnt. Damit wäre im vorliegenden Fall ein Eingriff in die Berufsfreiheit der Apotheker zu verneinen. Dafür ließe sich anführen, daß Wettbewerb eine Sache des Marktes ist, und die Berufsfreiheit nur vor staatlichen Einschränkungen der eigenen Entfaltungsmöglichkeiten, nicht jedoch vor den Unwägbarkeiten des Marktes schützt. Dem ist hinsichtlich privater Konkurrenzfähigkeit durchaus zuzustimmen. Dieser Ausschluß eines Rechtes auf Wettbewerbsgleichheit setzt jedoch ein freies Wirken der Kräfte des Marktes voraus. Wo der Zugang zum Markt staatlich geregelt, gleichsam kontingentiert ist, kann ein solcher Ausschluß nicht gelten. Anderenfalls würde der Grundsatz der staatlichen Wettbewerbsneutralität vollkommen ausgehebelt.
- Fraglich ist daher allein, ab welcher Intensität staatlicherseits verursachter Wettbewerbsungleichheit ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit anzunehmen ist.
- zT wird erst bei einem unerträglichem Maße an Ungleichheit ein Eingriff in die Berufsfreiheit angenommen. Aufgrund der begrenzten Reichweite der möglichen Ausnahmen gemäß Art. 14 I 1 LSchlG wäre ein unerträgliches Maß an Ungleichheit im vorliegenden Fall wohl nicht erreicht. Für diese Sichtweise ließe sich anführen, dass nicht jeder faktische Wettbewerbsnachteil als Eingriff in die Berufsfreiheit angesehen werden kann. Allerdings trägt die-

ses Argument, wenn überhaupt, nur eine Begrenzung des Schutzes vor faktischen Wettbewerbsnachteilen. Wenn, wie hier, ein Wettbewerbsnachteil unmittelbar einer gesetzgeberischen Entscheidung entspringt, ist kein Grund ersichtlich, warum dem Gesetzgeber bei der Regelung des Marktzugangs ein Spielraum nicht rechtfertigungsbedürftiger Ungleichbehandlung eröffnet werden soll. Daher ist jede Wettbewerbsverzerrung, die unmittelbar einer Marktzugangsregelung entspringt, als Eingriff in die Berufsfreiheit anzusehen.

- Die Ladenöffnungszeiten sind für Verkaufsstellen ein zentraler Faktor des Marktzugangs, so daß die Regelung von Ladenöffnungszeiten als kontingentierende Marktzugangsregelung im erörterten Sinne zu betrachten ist. Zur Feststellung eines Eingriffes in die Berufsfreiheit der H ist daher zu prüfen, inwieweit sie durch § 14 IV LSchlG gegenüber anderen Verkaufsstellen, mit denen sie im Wettbewerb steht, benachteiligt wird.

- Apothekenpflichtige Arzneimittel iSd § 43 I 1 Arzneimittelgesetz (AMG):
  - allenfalls Wettbewerb unter den Apotheken; dort jedoch Rotationsprinzip (s. § 4 II 1 LSchlG).
  - Verzerrung (-)
- Frei verkäufliche Arzneimittel iSd § 44 I AMG:
  - Wettbewerb mit solchen Geschäften, die besondere Sachkenntnis iSd § 50 I AMG nachweisen.
  - Verzerrung (+)
- Apothekenübliche Waren, die keine Arzneimittel iSd § 2 I, II AMG sind (s. § 2 Abs. III AMG; § 25 ApoBetrO iVm § 21 I 1 ApoG):
  - Wettbewerb mit gesamtem Einzelhandel.
  - Verzerrung (+)

Damit ist ein Eingriff in die Berufsfreiheit durch eine von § 14 IV LSchlG verursachte Wettbewerbsverzerrung hinsichtlich frei verkäuflicher Arzneimittel sowie hinsichtlich apothekenüblicher Waren zu bejahen. Mit dem Beruf des Apothekers ist auch speziell ein anerkanntes Berufsbild betroffen, dennoch nur Berufsausübungsregelung.

### 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a) Einschränkungsvorbehalt: Art 12 I 2 GG

- siehe oben

b) Formelle Verfassungsmäßigkeit (+)

c) Art. 19 I, II GG (+)

d) Verhältnismäßigkeit

aa. Legitimer Zweck (Zwecke der Rückausnahme des § 14 IV LSchlG)

- Wie oben vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls ausreichend.

- Schutz des Apothekenpersonals: besondere Belastungen durch ständige Dienstbereitschaft gemäß § 23 I 1 Apothekenbetriebsordnung (ApoBetrO).
- Wettbewerbsschutz (wie oben).
- Sicherstellung der ordnungsgemäßen Versorgung der Bevölkerung (-).
  - Gefährdung durch Übermüdung des Apothekenpersonals abwegig.

bb. Geeignetheit / Erforderlichkeit (+)

- Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.

cc. Angemessenheit

Pro: Geringes Gewicht der Berufsfreiheit bei Apothekern: bei dem Betrieb einer Apotheke müsse nicht die Gewinnerzielung, sondern die Sicherstellung der ordnungsgemäßen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln im Vordergrund stehen (Apotheker als Heilberuf).

Pro: Arbeitnehmerschutz: bereits hohe Belastung des Personals durch ständige Dienstbereitschaft.

Pro: Geringe Eingriffsintensität, da Wettbewerb mit anderen Verkaufsstellen nur in ganz engen Grenzen und nur in Nebenbereichen des Apothekenbetriebes besteht (vgl. oben).

Pro: Geringe Eingriffsintensität, da höchstens 4 Sonntage im Jahr betroffen sind.

Con: Geringe Zweckförderung, da höchstens 4 Sonntage im Jahr betroffen sind (so BVerfG).

Con: Geringes Bedürfnis des Apothekenpersonals nach Ausgleich für ständige Dienstbereitschaft.

Con: Hohe Eingriffsintensität, da der Eindruck generell mangelnder Kundenfreundlichkeit der Apotheken gefördert wird. Dadurch Vereitelung „wesentlicher Werbe- oder Marketingstrategien“ des Apothekers (Apotheke als Geschäftsbetrieb).

Con: Hohe Eingriffsintensität, da gerade die apothekenüblichen Waren, hinsichtlich derer der schärfste Wettbewerb (mit gesamtem Einzelhandel) und damit die gravierendste Wettbewerbsverzerrung besteht, einen Großteil des Apothekengeschäfts ausmachen.

Letztendlich § 14 IV LSchlG wohl nicht angemessen.

Damit ist H in ihren Grundrechten verletzt, die Verfassungsbeschwerde hat Aussicht auf Erfolg.