

S. 189 / Nr. 33 Handels- und Gewerbefreiheit (d)

BGE 59 I 189

33. Urteil vom 1. Dezember 1933 i. S. Schmid gegen Luzern.

Regeste:

Die Gewerbefreiheit gilt auch für die zu Erwerbszwecken erfolgende Ausübung eines wissenschaftlichen Berufs, z. B. eines Apothekers. - Die Kantone dürfen vorschreiben, dass grundsätzlich einer Apotheke diejenige Person tatsächlich vorstehen müsse, auf deren Namen und Verantwortung sie nach aussen betrieben wird, und daher ein Apotheker eine Filiale nur eröffnen könne, wenn hiefür ein öffentliches Bedürfnis besteht.

A. - Am 31. Januar 1930 hat der Regierungsrat des Kantons Luzern in Ausführung der §§ 22, 32, 34 und 35 des kantonalen Sanitätsgesetzes vom 25. Juni 1923 eine Verordnung über das Apothekenwesen u.s.w. erlassen, die u.a. folgende Bestimmungen enthält:

«§ 2. Zur Eröffnung und zur selbständigen Führung einer öffentlichen Apotheke bedarf es der Bewilligung des Militär- und Polizeidepartementes. Sie wird nur an Personen erteilt, welche das eidgenössische Apothekerdiplom besitzen und sich hierüber beim Militär- und Polizeidepartement ausweisen.»

«§ 4. Geht eine öffentliche Apotheke durch Kauf oder Verpachtung in andere Hände über, so muss der

Seite: 190

Übernehmer ebenfalls das eidgen. Apothekerdiplom besitzen und beim Militär- und Polizeidepartement die Bewilligung zur Weiterführung der Apotheke einholen.

Beim Tode eines Apothekers kann das Militär- und Polizeidepartement die Erben ermächtigen, die Apotheke während einer bestimmten Zeit von einem eidgenössisch diplomierten Apotheker als Verwalter führen zu lassen.»

«§ 5. Der Besitzer oder Pächter einer öffentlichen Apotheke muss diese persönlich führen.»

«§ 6. Der Apotheker muss in dem Hause wohnen, in dem sich die Apotheke befindet. Ausnahmen kann das Militär- und Polizeidepartement beim Vorhandensein besonderer Gründe gestatten.»

«§ 7. Die Errichtung eines Filialgeschäftes ist nur dann zu gestatten, wenn für die Filiale ein Bedürfnis sich nachweisen lässt und sie durch einen nur für diese bestimmten diplomierten Apotheker besorgt wird.»

B. - Der Rekurrent Josef Schmid, Träger des eidgenössischen Apothekerdiploms, ist Inhaber einer Apotheke im Hause Kapellplatz 10 in Luzern. Im Frühjahr 1933 wechselte die Liegenschaft die Hand. Wegen der übersetzten Mietzinsforderungen der neuen Eigentümerin sah sich der Rekurrent nach anderen Geschäftsräumen um und fand solche im Neubau der Werchlauben A.-G. an der Weggisgasse. Nachträglich konnte er sich mit der Eigentümerin des Hauses Kapellplatz 10 über die Fortsetzung des Mietverhältnisses zu annehmbaren Bedingungen einigen und entschloss sich, hier zu bleiben. Da ihn andererseits die Werchlauben A.-G. nicht aus dem Mietvertrag an der Weggisgasse entlassen wollte, kam er beim kantonalen Militär- und Polizeidepartement um die Bewilligung zur Errichtung einer zweiten Apotheke auf seinen Namen ein, in der Meinung, dass der eine der beiden Betriebe als Filiale im Sinne von § 7 der Apothekerverordnung von einem nur dafür bestimmten diplomierten Apotheker besorgt werden solle. Am 10. August teilte ihm indessen das Militär- und Polizeidepartement im Auftrage

Seite: 191

des Regierungsrates mit, dass dem Gesuche nicht entsprochen werden könne, weil sich das Bedürfnis für eine solche Filiale angesichts des Bestehens anderer Apotheken in der Nähe der beiden Plätze nicht nachweisen lasse.

C. - Mit der vorliegenden staatsrechtlichen Beschwerde stellt Josef Schmid das Begehren auf Aufhebung dieses Entscheides und Rückweisung der Sache an die «Vorinstanz» zu neuer Behandlung. Zur Begründung wird geltend gemacht, dass die Beschränkung der Zahl der Gewerbetriebe, zu denen auch die Apotheken gehörten, nach Massgabe des Bedürfnisses mit der Gewerbefreiheit (Art. 31 BV) unvereinbar und die dahingehende Vorschrift der kantonalen Apothekerverordnung (§ 7) deshalb verfassungswidrig sei. Im angefochtenen Entscheide stütze sich aber der Regierungsrat bzw. das Militär- und Polizeidepartement für die Abweisung des Gesuches des Rekurrenten ausschliesslich auf das mangelnde Bedürfnis nach der in Aussicht genommenen Filiale. Sanitätspolizeiliche Hindernisse oder andere gesetzliche Abweisungsgründe, die sich wegen der besonderen Umstände bei einer Apotheke rechtfertigen liessen, würden nicht geltend gemacht.

Sie bestünden auch nicht, wie schon daraus hervorgehe, dass nach der Verordnung selbst die Gründung neuer Apotheken ohne Rücksicht auf das Bedürfnis gestattet sei. Wenn danach ein «noch nicht ansässiger Apotheker» in den gleichen Räumen und mit den gleichen Mitteln ohne weiteres eine Apotheke eröffnen dürfte, so sei nicht einzusehen, warum für Filialen einer bestehenden Apotheke etwas anderes gelten sollte. Ein sachliches schützenswertes Motiv dafür lasse sich nicht anführen.

D. - Der Regierungstat des Kantons Luzern hat die Abweisung der Beschwerde beantragt und u. a. bemerkt: «Es ist wohl das erste Mal, dass sich ein Apotheker selbst als Gewerbetreibender bezeichnet. Bekanntlich bestehen ganz bestimmte eidgenössische und kantonale Vorschriften für die Ausübung des Apothekerberufes. Voraussetzung

Seite: 192

ist u.a. die Erwerbung des Apothekerdiplooms auf Grund der mit Erfolg bestandenen theoretischen und praktischen Prüfungen. Die wissenschaftlichen Anforderungen, welche bei letztern gestellt werden, sind im Laufe der Jahre stark verschärft worden. Es kann daher wohl keinem Zweifel unterliegen, dass der Apothekerberuf zu den wissenschaftlichen und damit zu den sogenannten freien Berufen gehört. Damit scheidet aber die Ausübung dieses Berufes aus dem Gewerbe aus... Dabei ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass sich unter Umständen der Betrieb einer Apotheke zum Teil nach Art eines Gewerbes vollzieht... In der Annahme, dass der Apothekerberuf ein freier Beruf sei, hielten wir uns für berechtigt, die Vorschrift des § 7 der Apothekenverordnung betreffend Bedürfnisklausel für Apothekenfilialen aufzustellen, ohne dabei eine Verletzung des Art. 31 der Bundesverfassung riskieren zu müssen. Die innern Gründe der Aufstellung dieser Bestimmung waren rein sanitätspolizeilicher Art. Die Errichtung von Apothekenfilialen hat verschiedene Inkonvenienzen für die Öffentlichkeit zur Folge. Die Filiale wird regelmässig durch einen Angestellten betrieben werden. Wohl besteht nun die Vorschrift, dass dieser Angestellte auch patentierter Apotheker sein muss. Natur gemäss wird jedoch gleichwohl in einem solchen Falle für zuverlässige Führung nicht mehr die gleiche Garantie geboten, wie wenn der Besitzer selbst die Führung übernimmt. Die auf ihm als Besitzer liegende Verantwortlichkeit prägt sich dort doch wohl stärker aus, als wenn nur einem Angestellten Führung und Verantwortlichkeit überbunden sind. Die Kontrollierung des Angestellten durch den Besitzer wird sich nur schwer durchführen lassen. Die mangelnde Rezeptur und die Konkurrenzierung durch die Drogerien schaffen gerade in unserm Kanton in vermehrtem Masse die Gefahr, dass bei der Apothekenführung das Geschäftliche mehr als nötig in den Vordergrund tritt. Im Interesse der gesamten Öffentlichkeit liegt es, dass bei der Führung der Apotheken gegen rein geschäftliche

Seite: 193

Ausbeutung, bei welcher Wissenschaftlichkeit und Zuverlässigkeit in den Hintergrund treten, Garantien geboten werden. In manchen Staaten hatte man aus diesen Erwägungen heraus für die Apotheken den *numerus clausus* eingeführt und für die Zahl der zu erteilenden Apothekenkonzessionen die Zahl der Bevölkerung und deren Dichtigkeit zu Grunde gelegt. So weit kann man heute nicht mehr gehen. Es soll aber verhindert werden dürfen, dass ein Apotheker ohne Bedürfnis nach freiem Belieben Filialen errichte und damit durch Verminderung der Kontrollmöglichkeit und Verantwortlichkeit für die Öffentlichkeit sanitärische Gefahren schaffe. n

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Gewerbe im Sinne von Art. 31 BV ist jede zum Zwecke des Erwerbes berufsmässig ausgeübte Tätigkeit (BGE 59 I S. 111 mit Zitaten). Insbesondere fällt darunter auch die zu Erwerbszwecken erfolgende Ausübung eines wissenschaftlichen Berufes (ebenda 42 I S. 48 E. 4; 51 I S. 16; 62 I S. 71 E. 3; S. 369 ff.; 64 I S. 95 E. 3). Auch sie darf deshalb nicht über das in Art. 33 BV vorbehaltene Erfordernis des Befähigungsausweises hinaus von weiteren Bedingungen und Auflagen abhängig gemacht werden, die mit dem Grundsatz der Gewerbefreiheit, so wie er in Art. 31 BV umschrieben ist, in Widerspruch geraten. Dazu gehört aber, vom Wirtschaftsgewerbe (Art. 31 Litt. c) abgesehen, vor allem die Verweigerung der Berufsausübung wegen mangelnden Bedürfnisses für den neuen Betrieb (BGE 69 I S. 112 Abs. 2). Schon der Bundesrat hatte denn auch die Aufstellung dieses Erfordernisses für Apotheken wiederholt als unzulässig erklärt (SALIS, Bundes recht II No. 833, 847). Hätte sich das vom Regierungsrat abgewiesene Gesuch des Rekurrenten auf eine Apotheke bezogen, die er nicht bloss in seinem Namen durch einen diplomierten Apotheker betreiben lassen, sondern selber führen (besorgen) würde, so müsste infolgedessen die Beschwerde gutgeheissen werden.

Seite: 194

Für den hier vorliegenden Fall der Eröffnung einer Filiale ist die Rechtslage deshalb verschieden, weil die Interessen der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit, die mit dem Betriebe einer Apotheke verbunden sind, es der kantonalen Gesetzgebung gestatten, die Anforderung aufzustellen, dass die

Person, welche dem Betrieb tatsächlich vorsteht, ihn «besorgt» (führt), zugleich auch diejenige sei, auf deren Namen und damit Verantwortung nach aussen er geht. Auf diesem Boden steht die geltende luzernische Verordnung über das Apothekenwesen. Sie bestimmt nicht bloss, dass die Bewilligung zur Errichtung und Eröffnung einer öffentlichen Apotheke bloss einer im Besitze des eidgenössischen Apothekerdiplooms befindlichen Person erteilt werden könne, sondern verlangt ausserdem in § 5, dass der Inhaber (Besitzer oder Pächter) die Apotheke persönlich besorgen müsse. Mag schon dadurch die geschäftliche Tätigkeit auf dem Gebiete der Herstellung und Abgabe von Heilmitteln erheblich eingeschränkt werden, so lässt sich doch diese Beschränkung durch hinlängliche sicherheits- und gesundheitspolizeiliche Gründe rechtfertigen und stellt sich daher als eine zulässige Verfügung über die Ausübung von Handel und Gewerbe nach Art. 31 litt. e BV dar. Das Bundesgericht hat dies schon im Urteil in Sachen Genossenschaftsapotheke Zürich vom 2. Dezember 1921 (BGE 47 I S. 394 ff., insbesondere 403 ff.) ausgesprochen gegenüber dem Begehren einer juristischen Person, die als solche das eidgenössische Apothekerdiplom nicht erhalten konnte, eine Apotheke auf ihren Namen durch einen diplomierten Apotheker führen lassen zu dürfen. Nach Erörterung anderer Erwägungen, welche die kantonale Gesetzgebung berechtigten ein solches Verhältnis auszuschliessen, wurde damals bemerkt:

«Dazu kommt, dass bei» dem diplomierten Apotheker, der in eigenem Namen eine Apotheke betreibt, «in der Regel das Verantwortlichkeitsgefühl stärker sein wird als bei» einem solchen, der im Namen eines anderen den Betrieb leitet. Einmal schon deshalb, «weil das Geschäft

Seite: 195

unter seinem Namen geht, und sodann auch, weil er dem Publikum infolgedessen unbeschränkt (aus seinen eigenen Handlungen und denjenigen seiner Angestellten) zivilrechtlich haftbar ist und zugleich auf Grund der ihm erteilten Betriebsbewilligung dem Staate gegenüber in erster Linie die öffentlichrechtliche Verantwortlichkeit für die polizeilich einwandfreie Führung des ganzen Betriebes übernommen hat, während ein leitender Angestellter sowohl zivilrechtlich als auch öffentlichrechtlich in geringerem Masse als verantwortlich erscheint. Dieser Grund hat mit Rücksicht darauf, dass von der gewissenhaften Führung einer Apotheke Leben und Gesundheit der Kunden in erheblichem Masse abhängt, ein bedeutendes Gewicht.»

Wenn schon damals unmittelbar nur die Betreibung einer Apotheke auf den Namen einer nicht diplomierten Person durch einen diplomierten Angestellten in Frage stand, so treffen doch die eben angeführten Erwägungen in gleicher Weise auch auf den heute vorliegenden Tatbestand zu, wo ein diplomierter Apotheker eine Apotheke nicht persönlich führen, sondern ihre Führung einem anderen Diplomträger als Angestellten übertragen will. Es besteht andererseits umso weniger Veranlassung von jener Auffassung abzugehen, als sie seither noch in einem weiteren Falle aus dem Kanton Zürich bestätigt worden ist (Urteil vom 19. Juni 1931 i.S. Scholz, nicht veröffentlicht, E. 3). Ob andere kantonale Gesetzgebungen (so z. B. die bernische, BGE 40 I S. 176 f.) oder die Praxis der Behörden anderer Kantone in der Auslegung der für sie massgebenden kantonalen Vorschriften (ebenda 33 I S. 12 ff.) weniger weit gehen, ist unerheblich. Auf dem Gebiete der Gewerbe- und insbesondere der Gesundheitspolizei ist den Kantonen eine gewisse Freiheit gelassen auch insofern, als sie in der Beschränkung der Gewerbeausübung mehr oder weniger streng sein können, solange sie nur die bundesrechtlichen Schranken einhalten, d. h. den Grundsatz der Gewerbefreiheit nicht verletzen

Seite: 196

Hätte demnach als Ausfluss der in § 5 der kantonalen Verordnung über das Apothekenwesen aufgestellten Vorschrift die Errichtung von Filialbetrieben einer bestehenden Apotheke überhaupt ausgeschlossen werden können, BO lässt sich aber auch nichts dagegen einwenden, dass die Eröffnung solcher Zweigniederlassungen nur unter der Voraussetzung eines dafür bestehenden öffentlichen Bedürfnisses zugelassen wird. Es wird dadurch nicht der freie Wettbewerb unter den Gewerbetreibenden in verfassungswidriger Weise beschränkt, sondern einfach eine Ausnahme von dem strengen Grundsatz des § 5 der Verordnung gestattet für Fälle, wo den gesundheitspolizeilichen Erwägungen, welche ihn veranlassen haben, das noch höhere Interesse des Publikums gegenübertritt, sich überhaupt Heilmittel in angemessener, nicht zu grosser Entfernung verschaffen zu können.

Dass die Verordnung durch die streitige Vorschrift (§ 5) über das Gesetz hinausgehe, der Regierungsrat damit die Grenzen seiner Verordnungsbefugnis überschritten habe oder dass das Bedürfnis hier offenbar zu Unrecht, willkürlich verneint worden sei, wird in der Beschwerde nicht geltend gemacht.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen