

**Abschrift**  
Ausfertigung

BVerwG I C 73.64  
VBG VIII A 820/60

Verkündet  
am 20. Januar 1966  
Berlin  
Amtsrat  
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

**I m N a m e n d e s V o l k e s !**

In der Verwaltungsstreitsache

der Augenpotikermeisterin Cäcilie B ä k e r in Mönchengladbach, Hindenburgstr. 164,

Klägerin, Berufungsklägerin  
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. York-Friedrich von Bremen-Kühne in Frankfurt/  
Main, Neue Mainzer Straße 56 -

g e g e n

den Regierungspräsidenten in Düsseldorf,

Beklagten, Berufungsbeklagten  
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Wilhelm Henrichs und Dr. W. Henrichs jr. in den Hil-  
den bei Düsseldorf, Klotzstr. 25 -

Beteiligter: Der Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht,

hat der I. Senat des Bundesverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 20. Januar  
1966 durch den Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts

Prof. Dr. W e r n e r und die

Bundesrichter Dr. E u e , H e r i n g , F i s c h e r  
und Dr. H e i n r i c h

für Recht erkannt:

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 16. April 1964 wird aufgehoben.

Ferner wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 27. Januar 1960 und die Ordnungsverfügung des Oberstadtdirektors in Mönchengladbach vom 21. Februar 1959 sowie der Beschwerdebescheid des Beklagten vom 26. April 1959 aufgehoben.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

### G r ü n d e :

#### I.

Die Klägerin betreibt mit ihrem Ehemann ein Optikergeschäft. Im Jahre 1954 wurde gegen sie vor dem Schöffengericht ein Strafverfahren anhängig gemacht, in dem ihr zum Vorwurf gemacht wurde, dadurch gegen die §§ 1 und 5 des Gesetzes über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz) vom 17. Februar 1939 (RGBl. I.S. 251) - HPG - verstoßen zu haben, daß sie selbstständig die Sehschärfe ihrer Kunden durch sogenanntes Refraktionieren ermittelt und danach die zum Ausgleich des jeweiligen Sehfehlers erforderliche Brille bestimmt habe. Das Schöffengericht sprach die Klägerin frei und stellte fest, daß sie zwar objektiv gegen die Vorschriften des Heilpraktikergesetzes verstoßen habe, da es sich bei dem Refraktionieren um Ausübung der Heilkunde im Sinne des Gesetzes handele, daß sie aber insoweit einem entschuldbaren Irrtum zum Opfer gefallen sei.

Als der Stadtverwaltung in Mönchengladbach Ende Dezember 1958 bekannt wurde, daß die Klägerin im Juni 1958 bei einem Kunden wiederum refraktioniert haben sollte, lud sie die Klägerin zur Vernehmung vor und untersagte ihr dann durch Ordnungsverfügung vom 21. Februar 1959 "Sehschärfebestimmung (Refraktionieren) zum Zwecke der Brillenanpassung". Die Ordnungsverfügung nahm Bezug auf das Schöffengerichtsurteil und ein von Prof. Dr. Lange erstattetes Rechtsgutachten sowie eine von der Klägerin bei ihrer Vernehmung abgegebenen Erklärung, nach der sie sich berechtigt fühlte, Sehschärfebestimmung vorzunehmen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies der Beklagte durch Bescheid vom 26. April 1959 zurück.

Mit der hiergegen erhobenen Klage beantragt die Klägerin,

die Ordnungsverfügung des Oberstadtdirektors von Mönchengladbach vom 21. Februar 1959 und den Beschwerdebescheid des Beklagten vom 26. April 1959 aufzuheben.

Die Klage wurde abgewiesen. In der hiergegen eingelegten Berufung berief sich die Klägerin auf das Gutachten des Prof. Dr. Bockelmann vom 3. Dezember 1957 und des Prof. Dr. Forsthoff vom 20. August 1960. Die Berufung wurde zurückgewiesen.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß es sich bei dem angefochtenen Verwaltungsakt um eine Ordnungsverfügung gemäß § 14 des Ordnungsbehördengesetzes vom 16. Oktober 1956 (GV NW S. 289) handele, nach dem in die Rechte natürlicher Personen eingegriffen werden könne, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren. Im vorliegenden Fall sei eine Gefahr für die Öffentliche Sicherheit und Ordnung dann gegeben, wenn die Klägerin, ohne im Besitz der dazu erforderlichen Erlaubnis zu sein, die Heilkunde im Sinne des § 1 des Heilpraktikergesetzes ausübe oder zumindest zu befürchten sei, daß sie diese Tätigkeit in naher Zukunft ausüben werde. Die Klägerin habe nach ihrer eigenen Darstellung eine Sehschärfebestimmung vorgenommen und halte sich nach ihrer Einlassung auch weiterhin für berechtigt, Sehschärfebestimmungen vorzunehmen. Damit sei eine Gefahrenlage gegeben, sofern die durch einen Augenoptiker vorgenommene Sehschärfebestimmung

zwecks Brillenanpassung zu den Handlungen gehöre, die als Ausübung der Heilkunde durch das Heilpraktikergesetz bestellten Ärzten und zugelassenen Heilpraktikern vorbehalten seien. Dies sei zu bejahen.

Die Minderung der Sehschärfe der Sehleistung könne auf verschiedenen Ursachen beruhen. Außer den Anomalien des dioptrischen Apparates des Auges könnten Funktionsausfälle der Netzhaut, der Sehnerven, des Sehentrums sowie anderer Teile des Auges Ursache der Fehlsichtigkeit sein. Der Augenoptiker, der nach Bestimmen der Sehschärfe den Fehlsichtigen bei der Auswahl des passenden Brillenglases berate, müsse zunächst die Frage beantworten, ob die gegebene Fehlsichtigkeit allein durch optische Mittel ausgeglichen werden könne. Dazu bedürfe es der Prüfung, ob über die Anomalie des dioptrischen Apparates hinaus andere Augenschäden die Fehlleistung des Auges begründen könnten. Der Augenoptiker sei verpflichtet, seinen Kunden zum Arzt zu schicken, wenn sich ein Anhalt für weitergehende Erkrankungen des Auges ergebe. Der Entschluß, dem Fehlsichtigen den Kauf eines bestimmten Brillenglases anzuraten, setze also die Feststellung eines bestimmten Zustandes des fehlsichtigen Auges voraus, d.h. der Augenoptiker stelle die Diagnose, daß die Fehlsichtigkeit im gegebenen Falle lediglich auf einer Störung des dioptrischen Apparates des Auges beruhe. An diese Diagnose schließe sich im Regelfall an die Bestimmung des Mittels, das geeignet sein soll, die Fehlsichtigkeit des Auges auszugleichen, nämlich die Bestimmung des passenden Brillenglases. Diese gesamte Tätigkeit diene ausschließlich dem Ziele, ein Leiden oder ein Körperschaden zu lindern, und sei damit Ausübung der Heilkunde.

Die angefochtene Verfügung sei daher zu Recht ergangen, und die Berufung der Klägerin habe zurückgewiesen werden müssen.

Das Berufungsgericht hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.

Die Klägerin hat Revision eingelegt und ein Gutachten des Prof. Dr. Hartinger vom 1. September 1955 sowie ein weiteres Gutachten des Prof. Dr. Forsthoff vom 8. Februar 1965 eingereicht.

Die Revision rügt zunächst eine Verletzung des § 1 Abs. 2 HPG insoweit, als das Berufungsgericht davon ausgegangen sei, eine unerlaubte Ausübung der Heilkunde stelle stets eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar. Bei dem Refraktionieren durch Augenoptiker liege eine solche Gefahr nicht vor. Die Klage müsse schon aus diesem Grund Erfolg haben.

Eine weitere Verletzung des Heilpraktikergesetzes liege darin, daß das Berufungsgericht die reine Wiederholung des Gesetzeswortlautes als ausreichende Grundlage für eine Ordnungsverfügung angesehen habe.

Das Berufungsgericht habe ferner gegen Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG verstoßen, indem es stillschweigend ausgesprochen habe, die Ordnungsbehörde könne durch Ordnungsverfügungen in den Betrieb eines Gewerbes unmittelbar eingreifen und die Berufsausübung des Betreffenden regeln, obwohl die Frage, ob diese Art der Berufsausübung erlaubt oder unerlaubt sei, unklar und unsicher sei. Die Ordnungsbehörde könne sich keinesfalls auf den formellen Gesichtspunkt der Anwendung der Generalklausel auf einen Einzelfall berufen, während sie in Wirklichkeit eine allgemeine Regelung treffe, die der Gesetzgeber bisher trotz des ihm bekannten Meinungsstreites nicht vorgenommen habe. In einem solchen Verfahren liege eine Überschreitung der Kompetenz der Exekutive, die damit in die Befugnisse der Legislative eingreife.

Das Berufungsgericht hat ferner übersehen, daß die Behörde durch ihr Verhalten gegen Art. 3 GG verstoßen habe. Wenn eine Behörde zu der Überzeugung komme, daß ein bestimmtes, von zahlreichen Personen geübtes Verfahren gegen gesetzliche Bestimmungen verstoße, so stelle es einen Willkürakt und damit einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz dar, wenn die Behörde nunmehr eine dieser Personen wahllos herausgreife, die übrigen jedoch weiterhin ungeschoren lasse.

Weiter habe das Berufungsgericht § 1 Abs. 2 HPG insofern verletzt, als es das Refraktionieren der Augenoptiker als Ausübung der Heilkunde im Sinne dieses Gesetzes angesehen habe. Wie Prof. Dr. Hartinger in seinem Gutachten ausgeführt habe, seien alle Arten von Fehlsichtigkeit (Übersichtigkeit, Kurzsichtigkeit und Astigmatismus) durch eine Wachstumsanomalie des Augapfels bedingt. die Längen- und

Krümmungsabmessungen des Augapfels wichen - meist geringfügig - von den Werten ab, die das optische Brechungsgesetz erfordern würde. **Es sei deshalb völlig abwegig, fehlsichtige Augen als krank zu bezeichnen. Die Fehlsichtigkeit könne auch nicht als Leiden oder Körperschaden angesehen werden. Ebenso wenig werde die Fehlsichtigkeit durch eine Brille im Sinne des Gesetzes "gelindert".**

Die Refraktionierung könne aber auch aus anderen Erwägungen nicht als Ausübungen der Heilkunde angesehen werden. Es könne zunächst keine Rede davon sein, daß der Augenoptiker im Regelfall irgendeine Untersuchung vornehme, um festzustellen, ob der Kunde etwa an versteckten organischen Krankheiten leide. Auch seien Fälle, in denen die Fehlsichtigkeit eines Menschen durch organische Erkrankungen hervorgerufen oder vorgetäuscht werde, derart gering, daß sie schon wegen ihrer Seltenheit niemals Anlaß dazu geben könnten, auf sie ein allgemeines Verbot des Refraktionierens zu gründen.

Ein solches Verbot sei auch unvereinbar mit der historischen Entwicklung. Bis zum Inkrafttreten des Heilpraktikergesetzes habe der entsprechende Begriff des § 65a der Gewerbeordnung das Refraktionieren nicht umfaßt. Es liege auch kein Anhaltspunkt vor, anzunehmen, daß der Gesetzgeber im Jahre 1939 insoweit eine Begriffsänderung habe vornehmen wollen. Ebenso sei nicht ersichtlich, daß er die Grenzen der eigentlichen Heilberufe zu den Heilhilfsberufen und zu den auf Randgebieten des Gesundheitswesens tätigen handwerklichen Berufen in irgend einer Weise habe verschieben oder ändern wollen. Unter der Herrschaft des Nationalsozialismus sei gegen das Refraktionieren der Optiker nicht eingeschritten worden. Man sei also von vornherein davon ausgegangen, daß sie von dem Heilpraktikergesetz nicht betroffen sein sollten. diese Praxis sei nach 1945 fortgesetzt worden. Der Bundesminister für Wirtschaft habe darüber hinaus im Jahre 1950 die fachlichen Vorschriften für die Meisterprüfung im Augenoptikerhandwerk und das Kultusministerium für das Land Nordrhein-Westfalen im Jahre 1959 die vorläufige Studienordnung der Höheren Fachschule für Augenoptiker in Köln genehmigt, in denen die Sehschärfbestimmung vorgesehen sei. Angesichts dieser Tatsachen habe sich die über 20 Jahre geübte Praxis zu einem Gewohnheitsrecht verdichtet.

**Ein weiteres Bedenken gegen die Auffassung des Berufungsgerichts ergebe sich aus der Tatsache, daß sonst auf indirektem Wege ein dem deutschen Recht grundsätzlich fremder Kurierzwang eingeführt werde.**

Im übrigen verstoße die Einbeziehung des Refraktionierens in den Begriff der Ausübung der Heilkunde gegen Art. 12 GG und Art. 3 GG.

Eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes zwingt dazu, das Refraktionieren der Augenoptiker aus dem Begriff der Ausübung der Heilkunde herauszunehmen. Die gegen die Klägerin erlassene Verfügung sei daher rechtswidrig.

Die Klägerin hat auf die von ihr eingereichten Gutachten Bezug genommen.

Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Der Beklagte macht in verfahrensrechtlicher Hinsicht geltend, daß die nach dem 29. August 1964 eingereichten Schriftsätze der Klägerin und das zweite Gutachten des Prof. Dr. Forsthoff vom 28. Februar 1965 nicht beachtet werden dürften, da im Zeitpunkt ihres Einganges die Revisionsbegründungsfrist bereits abgelaufen sei.

In sachlicher Hinsicht ist der Beklagte den Ausführungen der Klägerin entgegengetreten. Er vertritt insbesondere in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht die Ansicht, daß die Klägerin durch die Bestimmung der Sehschärfe ihrer Kunden Heilkunde im Sinne des § 1 Abs. 2 HPG ausübe. Fehlsichtigkeit sei ein Körperschaden. Der Gesetzgeber habe zwar beabsichtigt, die Feststellung der Sehschärfe durch Optiker von dem Verbot des Heilpraktikergesetzes auszunehmen. Unbestreitbar sei es aber niemals zu einer Ausnahmerebestimmung nach § 6 Abs. 2 HPG gekommen, so daß die von der Klägerin ausgeübte Zusatzfähigkeit zu ihrem Optikerberuf unter das Verbot des Heilpraktikergesetzes falle. Ein Gewohnheitsrecht, nach dem das Refraktionieren zum Tätigkeitsgebiet der Optiker gehöre, habe sich nicht entwickelt.

Der Oberbundesanwalt hat sich am Verfahren beteiligt. Er vertritt ebenfalls die Ansicht, daß die Sehschärfebestimmung nach Gegenstand, Ziel, Mitteln und Methoden vom Wortlaut und Sinn des Heilpraktikergesetzes erfaßt werde und daß sich die Klägerin auch nicht auf ein gegenteiliges Gewohnheitsrecht berufen könne.

## II.

Der Revision war stattzugeben.

Die angefochtenen Verfügungen sind auf Grund der §§ 1, 14 des Gesetzes über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden (Ordnungsbehördengesetz) vom 16. Oktober 1956 (GV NW S: 289) - OGB - in Verbindung mit den §§ 1, 5 des Gesetzes über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz) vom 17. Februar 1939 (RGBl. I S. 251) - HPG - ergangen. Nach § 14 OBG kann in die Rechte natürlicher Personen eingegriffen werden, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu beseitigen, Das Berufungsgericht hat eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darin erblickt, daß die Klägerin, ohne im Besitz der dazu erforderlichen Erlaubnis zu sein, die Heilkunde im Sinne des § 1 HPG ausübt oder zumindest zu befürchten ist, daß sie diese Tätigkeit in naher Zukunft ausüben wird. Das Berufungsgericht erblickt in einem Verstoß gegen die Vorschriften des Heilpraktikergesetzes allgemein eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung wie in jedem Bruch einer Rechtsnorm, der sich als Negation des Staatswillens dartut.

Hiergegen richtet sich der erste Angriff der Revision. Sie rügt die unterschiedslose Bewertung der aus unerlaubten Ausübung der Heilkunde drohenden Gefahren - Refraktionierung durch einen Augenoptiker dürfe nicht mit der laufenden Behandlung eines Schwerkranken durch einen Kurpfuscher auf eine Stufe gestellt werden - und sieht darin eine Verletzung des § 1 Abs. 2 HPG. Dieser Angriff ist revisionsrechtlich nicht beachtlich, weil er nicht die Verkennung des Sinngehalts des § 1 Abs. 2 HPG, sondern eine unrichtige Anwendung des landesrechtlichen Begriffs der Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zum Gegenstand hat. Eine Handlung, welche seit Jahrzehnten durch die überwiegende Mehrzahl der Optiker bei ihren Kunden ständig praktiziert worden sei und bisher zu keinerlei nachweisbaren Gesundheitsschäden geführt habe, sei keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung - so argumentiert die Klägerin. Dies ist zunächst ein polizeirechtlicher Gesichtspunkt. Dahinter steht freilich die Ansicht, daß die Unschädlichkeit der Sehschärfebestimmung durch Optiker auch gegen Anwendung des § 1 Abs. 2 HPG spreche. Hierauf wird weiter unten in anderem Zusammenhang einzugehen sein.

Die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die reine Wiederholung des Gesetzeswortlautes als ausreichende Grundlage für eine Ordnungsverfügung angesehen, ist unbegründet. Weder die Ordnungsverfügung vom 21. Februar 1959 noch der Beschwerdebescheid vom 26. April 1959 haben sich mit einer bloßen Wiedergabe des Gesetzestextes begnügt, sondern haben das in ihm ausgesprochene Verbot der Sehschärfebestimmung unter Bezugnahme auf das Schrifttum und zum Teil auch die Rechtsprechung näher begründet. Besonders der Beschwerdebescheid zeichnet sich in dieser Hinsicht durch eine ungewöhnliche Ausführlichkeit aus. Im übrigen ist der Streitstoff im Laufe des Rechtsstreits eingehend erörtert und klargestellt worden.

Die Revision rügt ferner, daß mit stillschweigender Billigung des Berufungsgerichts eine allgemeine Regelung der Berufsausübung durch Anwendung der polizeilichen Generalklausel auf einen einzelnen Fall erfolgt sei, während dies Sache des Gesetzgebers sei. Sie beruft sich damit auf die Entscheidung des Senats BVerwG 10, 164, nach der es dem Sinn des Gesetzesvorbehalts in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG widerspricht, die polizeiliche Generalklausel schlechthin als stets ausreichende Grundlage eines Eingriffs der Exekutive in die Berufsausübung zu verwenden. Jedoch verbietet sich eine Anwendung der in dieser Entscheidung entwickelten Grundsätze auf den vorliegenden Fall schon deshalb, weil dort das Berufungsgericht allein in der polizeilichen Generalklausel das "Gesetz" im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gesehen hat, während hier die in Frage stehende Einschränkung der Berufstätigkeit ihre Grundlage in der

zweischengeschalteten Vorschrift der § 1 Abs. 2 HPG hat. Das in der Revision angeschnittene Problem eines Eingriffs der Exekutive in die Befugnisse der Legislative taucht daher nicht auf.

Die Klägerin leitet die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsakte weiterhin aus der Tatsache her, daß die Behörde allein die Klägerin wahllos herausgegriffen habe, um gegen sie Zwangsmaßnahmen zu richten, während sie die übrigen Augenoptiker "völlig ungeschoren" gelassen habe. Die Beschränkung des Vorgehens auf die Klägerin widerspricht nach Ansicht der Klägerin nicht nur Art. 3 Abs. 1 GG, sondern auch der Stellung und Aufgabe, welche der Verwaltung durch das Grundgesetz und das Beamtenrecht zugewiesen sei. Ein genereller Verzicht auf Gesetzesanwendung, durchbrochen durch das Einschreiten in einem einzelnen Fall, lasse sich nicht mit der Berufung auf das Opportunitätsprinzip rechtfertigen. Vielmehr stelle das Vorgehen des Beklagten den Versuch einer in ihrer Rechtsauffassung unsicheren Behörde dar, sich durch Schaffung eines Testfalles Hilfe bei dem Verwaltungsgericht zu holen. Ein solches Verhalten delegiere die die Behörde treffende Rechtspflicht und Verantwortung auf das Gericht und führe zur Gesetzesanwendung auf Verdacht. Gegen die Berücksichtigung dieser Ausführungen im Gutachten vom 8. Februar 1965 bestehen keine Bedenken. Der Themenkreis, der in diesem Rechtsstreit zu Erörterung steht, war bis zum Ablauf der Revisionsbegründungsfrist eingehend behandelt worden. Bei den hier in Betracht kommenden Ausführungen des Gutachtens handelt es sich nur um die nähere juristische Qualifizierung eines bereits in der Revisionsbegründung enthaltenen Angriffs, zu deren Würdigung der Senat im Rahmen seiner allgemeinen rechtlichen Prüfungspflicht ohnehin verpflichtet war.

Der Senat vermochte sich jedoch den Ausführungen nicht anzuschließen. Die Durchführung eines Musterprozesses kann grundsätzlich weder als eine Willkürhandlung noch als eine unzulässige Rechtsausübung bezeichnet werden. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat in seinem Beschluß vom 23. März 1961 (BayVBl. 245) zu dieser Frage Stellung genommen. Er hat mit Recht den Standpunkt vertreten, daß es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, wenn die Verwaltungsbehörde bei einer Vielzahl gleichliegender Fälle zunächst nur einen Einzelfall verfolgt und die Maßnahmen gegen die übrigen Beteiligten in der Erwartung, daß sie sich letzten Endes erübrigen werden, zurückgestellt. Damit wird nicht nur einer unnötigen Belastung der Verwaltungsinstanzen und Gerichte, sondern auch einem unnötigen Streit- und Kostenaufwand für die Beteiligten vorgebeugt.

Etwas anderes mag möglicherweise gelten, wenn bei der Auswahl der Klägerin unsachliche Erwägungen eine Rolle gespielt hätten. Hierüber ist nichts vorgetragen worden. Der Beklagte hat vielmehr darauf hingewiesen, daß gegen die Klägerin deshalb eingeschritten worden sei, weil gegen sie bereits im Jahre 1954 auf eine Anzeige hin das Strafverfahren vor dem Schöffengericht wegen unrechtmäßigen Refraktionierens eingeleitet worden sei und sie auch nach dem Schöffengerichtsurteil vom 7. Februar 1957 ihre Tätigkeit auf diesem Gebiet nicht eingestellt habe. Im übrigen könnte die Klägerin mit ihrem Einwand bestenfalls erreichen, daß nunmehr sämtliche in Betracht kommenden Augenoptiker die Ungelegenheiten und den Kostenaufwand eines Prozesses auf sich nehmen müßten. An Ihren eigenen Rechten und Pflichten würde sich nichts ändern.

Schließlich rügt die Revision eine Verletzung des § 1 Abs. 2 HPG insofern, als das Berufungsgericht das Refraktionieren der Augenoptiker als Ausübung der Heilkunde im Sinne dieser Bestimmung angesehen hat. Damit wird der Kernbereich dieses Rechtsstreits betreten. Ausübung der Heilkunde im Sinne des Heilpraktikergesetzes ist jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen, auch wenn sie im Dienste von anderen ausgeübt wird. Ob die Fehlsichtigkeit zu den Krankheiten zu zählen ist, kann dahin gestellt bleiben. Alle Arten von Fehlsichtigkeit (Übersichtigkeit, Kurzsichtigkeit, und Astigmatismus) sind durch eine Wachstumsanomalie des Augapfels bedingt. Die Längs- und Krümmungsabmessungen des Augapfels weichen - meist geringfügig - von den Werten ab, die das optische Brechungsgesetz erfordern würde (Gutachten Hartinger S. 6). Der Vergleich mit Wachstumsanomalien der Gliedmaßen, die gemeinhin nicht zu den Krankheiten gerechnet werden, liegt nahe. Diese Abweichung ist zudem eine so häufige Erscheinung, daß die Anwendung des Krankheitsbegriffs auf sie auch aus diesem Grunde zwei-

felhaft sein kann (Hartinger a.a.O.; Bockelmann, Gutachten vom 20. Februar 1956 S. 31). Dagegen kann die Fehlsichtigkeit sehr wohl als ein "Leiden" oder "Körperschaden" im Sinne des § 1 Abs. 2 HPG betrachtet werden. Damit wird nicht nur an den Sprachgebrauch angeknüpft (man "leidet" an Kurzsichtigkeit usw.). Bockelmann weist a.a.O. S. 32 mit Recht darauf hin, daß das Heilpraktikergesetz durch Hinzufügen der Worte "Leiden" und "Körperschaden" die Tendenz erkennen läßt, den Gegenstand der Heilkunde so weit wie möglich zu bestimmen, damit auch Körperbeschaffenheiten, die nicht eigentlich Krankheiten sind, den Vorschriften des Gesetzes unterliegen.

**Reiht man die Fehlsichtigkeit in den Begriff "Leiden" bzw. "Körperschaden" ein, dann erhebt sich zunächst die Frage, ob die Sehschärfebestimmung der Augenoptiker trotzdem nicht deshalb aus dem Begriff der Heilkunde ausscheidet, weil sie nicht dazu führt, dieses Leiden bzw. diesen Körperschaden zu heilen oder zu "lindern". Brillen sind ebenso wie Hörgeräte Prothesen. Sie haben auf die Fehlsichtigkeit bzw. Schwerhörigkeit selbst keinen Einfluß. Sie verringern sie nicht, sondern gleichen nur ihre Wirkungen aus.** Ob dieser Umstand bereits genügt, das Refraktionieren der Augenoptiker aus dem Anwendungsgebiet des Heilpraktikergesetzes auszuschneiden, ob unter "Lindern" im Sinne des § 1 Abs. 2 dieses Gesetzes nicht vielmehr auch das bloße Verschaffen einer Erleichterung zu verstehen ist (vgl. BGHSt 8, 237 [238/39]) und ob nicht auf jeden Fall die Sehschärfebestimmung die Feststellung eines Körperschadens enthält - alle diese Fragen hängen davon ab, welche Tätigkeitsbereiche der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 1 Abs. 2 HPG erfassen wollte und wie der Begriff der Ausübung der Heilkunde nach Sinn und Zweck des Gesetzes auszulegen ist. Hierauf mußte daher zunächst eingegangen werden.

Den Ausgangspunkt bildet die Vorschrift des § 6 HPG. § 6 Abs. 1 HPG schließt zunächst die Ausübung der Zahnheilkunde von den Bestimmungen der Heilpraktikergesetzes aus. § 6 Abs. 2 HPG lautet sodann:

"Der Reichsminister des Innern kann im Einvernehmen mit dem Stellvertreter des Führers auch andere heilkundliche Verrichtungen von den Bestimmungen ausnehmen."

In der amtlichen Begründung (Reichs- und Staatsanzeiger 1939 Nr. 50 S. 2; Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht, IV d 24) wurde hierzu ausgeführt, daß beabsichtigt sei, bestimmte heilkundliche Verrichtungen mehr technischer und handwerklicher Art, wie Feststellung der Sehschärfe durch einen Optiker, Anfertigung orthopädischer Apparate usw., von den Bestimmungen des Heilpraktikergesetzes auszunehmen. Wie diese Begründung im Zusammenhang mit dem Gesetzeswortlaut auszulegen ist, kann zweifelhaft sein. Berücksichtigt man, daß die Ausnahmenvorschrift nicht erlassen und das Heilpraktikergesetz von vornherein auf Optiker nicht angewandt worden ist, so läßt sich die Ansicht vertreten, daß der Gesetzgeber die Optiker, Anfertiger von orthopädischen Apparaten usw. zunächst nicht erfassen und sich eine spätere Klarstellung vorbehalten wollte. Da sie nicht erfolgt ist, wären die Optiker von Anfang an von den Vorschriften des Heilpraktikergesetzes ausgenommen gewesen.

Der Senat hat Bedenken getragen, diese Ansicht zur Grundlage seiner Entscheidung zu machen. Der Wortlaut und die Begründung der Vorschrift des § 6 Abs. 2 HPG sowie ihr Zusammenhang mit Absatz 1 legen vielmehr den Schluß nahe, daß der Gesetzgeber zunächst jedenfalls die Optiker in den Geltungsbereich des Heilpraktikergesetzes einbeziehen wollte. Die Feststellung der Sehschärfe durch Optiker ist von ihm der zweifellos zur Heilkunde gehörenden Zahnmedizin koordiniert und mit ihr unter dem Begriff der heilkundlichen Verrichtung zusammengefaßt worden ("andere heilkundliche Verrichtungen"). Diese Verrichtungen müßten damit grundsätzlich sämtlich dem Heilpraktikergesetz unterliegen. Wenn er in § Abs. 1 HPG für die Ausübung der Zahnheilkunde eine ausdrückliche Ausnahmebestimmung getroffen hat, für die übrigen heilkundlichen Verrichtungen jedoch nicht, so spricht dies dafür, daß sie nach dem Willen des Gesetzgebers unter den Normen des Heilpraktikergesetzes stehen sollten, sofern sie nicht durch eine spätere Ausnahmenvorschrift ebenfalls hiervon ausgeschlossen wurden.

Eine solche Auslegung würde auch mit den Absichten und Tendenzen in Einklang stehen, die man im Jahre 1939 mit der Schaffung des Heilpraktikergesetzes verfolgte. Die wesentlichste Bedeutung des Heil-

praktikergesetzes bestand darin, die bisher in Deutschland in Geltung gewesene allgemeine Kurierfreiheit aufzuheben und in Angleichung an den in Österreich bestehenden Rechtszustand die Ausübung der Heilkunde nunmehr ausschließlich in die Hand der bestellten Ärzte zu legen. Als Motiv gab man an, auf diesem Wege der Bevölkerung gegenüber Gesundheitsschädigungen durch Unberufene einen ausreichenden Schutz zu gewähren (siehe die Einführung zum Gesetz bei Pfundtner-Neubert [RVBl. 1939, 183]). Hierbei ging man zunächst radikal und umfassend vor. Es ist bereits oben darauf hingewiesen worden, daß man sich im Gegensatz zu der bisherigen Rechtsprechung zu § 56a Abs. 1 Nr. 1 der Gewerbeordnung nicht damit begnügte, die Behandlung von Krankheiten durch Nichtärzte zu verbieten, sondern auch Leiden und Körperschäden in das Verbot einbezog. Die Vorschrift des § 1 Abs. 2 HPG war so pauschal gehalten, daß sie in ihrem Wortlaut nach auch die Tätigkeit von Personen in der Krankenpflege oder Hilfskräften in der Gesundheitspflege, die Herstellung von Zahnersatz, Hörgeräten usw. zu decken schien. Auf jeden Fall erfaßt sie die Anfertiger orthopädischer Apparate. In diesen allgemeinen Sog der Gesetzgebung ist auch die Sehschärfestimmung durch Optiker geraten, die man zunächst ebenfalls ausschließlich den Ärzten vorbehalten wollte. Dabei war man sich aber - wie § 6 Abs. 2 HPG, eine Übergangsvorschrift, zeigt - bereits bei Erlass des Gesetzes darüber klar, daß die überschlägige und allgemeine Ergreifung aller die Heilkunde auch nur berührenden Tätigkeiten einer späteren Sichtung und Aussonderung, insbesondere einer Grenzziehung gegenüber dem Handwerk bedurfte. Hierzu ist es nicht mehr gekommen. Bereits durch Runderlaß der Reichsminister des Innern vom 11. September 1939 - IV f 4070/39-4352 (RMinBlIV. S. 1875) wurde die Regelung der Frage, welche heilkundlichen Verrichtungen im Sinne des § 6 Abs. 2 HPG von den Bestimmungen des Gesetzes auszunehmen sind, "einstweilen zurückgestellt". Es bedarf in diesem Rechtsstreit keiner Untersuchung, wie das Heilpraktikergesetz in der Frage der Sehschärfepfung durch Optiker in dem nächsten Jahrzehnt auszulegen war. Mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde die Struktur des Heilpraktikergesetzes jedenfalls geändert. Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 24. Januar 1957 (BVerwGE 4, 250) die Auswirkungen des Art. 12 Abs. 1 GG auf das Heilpraktikergesetz im einzelnen gewürdigt. Aus einem Gesetz, das alle Befugnisse auf dem Gebiet der Heilkunde den Ärzten zuzuteilen bestrebt war, wurde in verfassungskonformer Auslegung eine Berufsregelung für den zu neuem Leben erweckten Heilpraktikerstand. Mit dieser veränderten, nunmehr auf Dauer berechneten Zielsetzung entfielen auch alle Provisorien und Übergangsvorschriften, die das bisher anders ausgerichtete Heilpraktikergesetz aufgewiesen hatte. Damit wurde auch § 6 Abs. 2 HPG seines Sinnes entleert und obsolet. Rechtsvorschriften können auch ohne ausdrückliche Aufhebung außer Kraft treten, wenn die Verhältnisse, für die sie gelten sollten und die sie regeln wollten, für immer weggefallen sind. Für die Auslegung des Begriffs "Ausübung der Heilkunde" kann es heute nicht mehr darauf ankommen, daß vor mehr als 25 Jahren in ihm bestimmte handwerkliche und technische Tätigkeiten mit dem Vorbehalt einbezogen wurden, sie später von ihm durch eine Verordnung wieder auszunehmen, die dann ihrerseits niemals erlassen worden ist. Vielmehr gilt es jetzt, "das in seiner Grundkonzeption aus den Angeln gehobene Gesetz" (OVG Lüneburg, Urteil vom 10. Juni 1964 - IV OVG A 194/59 -) seinen veränderten Zielen verfassungskonform anzupassen und den Begriff "Ausübung der Heilkunde" neu zu formen und abzugrenzen. Hierbei kann an eine Tradition angeknüpft werden. Die Kurierfreiheit vor dem Erlass des Heilpraktikergesetzes bestand nicht uneingeschränkt. Von dem Gewerbebetrieb im Umherziehen war die Ausübung der Heilkunde ausgeschlossen, insoweit der Ausübende für sie nicht approbiert war (§ 56 a Abs. 1 Nr. 1 GewO a.F.). In feststehender Rechtsprechung wurde damals unter Ausübung der Heilkunde jede nach allgemeiner Auffassung eine besondere ärztliche Fachkenntnis voraussetzende Tätigkeit verstanden, die Feststellung, Linderung oder Heilung von Krankheiten bei Menschen und Tieren gerichtet war, mochte sie von einem wissenschaftlich gebildeten Arzt oder von einem Laien vorgenommen worden sein (RG vom 20. September 1915, GewArch. 1916, 319; Preußisches OVG vom 14. Oktober 1926, GewArch. 1927, 427, [428]; KG vom 6. Januar 1933, Marcetius, Arzneymittelrecht, 2. Aufl. 1955 S. 501). Ein wesentlicher Bestandteil des Begriffs "Ausübung der Heilkunde" war also, daß sie ein ärztliches Fachwissen voraussetzte. Der Senat hat dieses Begriffselement bereits übernommen, als er vor der Frage stand, inwieweit die Vorschriften des Heilpraktikergesetzes auf kosmetische Eingriffe ausgedehnt werden können (Urteile vom 14. Oktober 1958 [NJW 1959,

833 = DVBl. 1961, 35 = MDR 1959, 148] und vom 28. September 1965 - BVerwG I 105.63 -). An Hand dieses Kriteriums wird daher auch die Frage zu prüfen sein, ob das Refraktionieren durch Optiker Ausübung der Heilkunde ist.

Was zunächst den Vorgang der Sehschärfebestimmung selbst angeht, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß der Augenoptiker eine Untersuchung darüber anstellen müsse, ob die Fehlsichtigkeit lediglich auf einer Störung des dioptrischen Apparates des Auges und nicht auf ein organisches Leiden zurückzuführen sei. Dies sei Ausübung der Heilkunde.

Die Revision macht mit Recht geltend, daß diese Ausführungen unrichtig seien. Der Optiker nimmt - dies bestätigt schon die Lebenserfahrung - keine Untersuchung vor, ob der Kunde an irgendwelchen organischen Funktionsstörungen der Netzhaut, der Sehnerven usw. leidet. Die Brillenglasbestimmung ist keine medizinische Handlung. Die Bestimmung der Refraktion, d.h. der optischen Einstellung des Auges, die sich aus Achsenlänge und der Brechkraft des optischen Apparates ergibt, kann auf subjektivem oder objektivem Wege erfolgen. Bei der subjektiven Brillenbestimmung werden vor das fehsichtige Auge der Reihe nach Brillengläser mit verschiedenen Scheitelbrechwerten geschaltet, bis die höchste Sehschärfe nach den Angaben des Prüflings erreicht ist. Sie ist ein physikalisch-optisches Verfahren zur Ermittlung der günstigsten Abbildungsbedingungen. Der objektive Weg besteht darin, daß man unter Beleuchtung des Augeninnern mit einem optischen Instrument in die Pupille des fehsichtigen Auges blickt und den Ort ermittelt, an dem vom optischen System des fehsichtigen Auges ein Bild seiner Netzhaut entworfen wird. Auch dies ist nichts anderes als ein physikalisches Meßverfahren zur Bestimmung des Grades der Fehlsichtigkeit eines Auges (vgl. hierzu das Gutachten Hartinger S. 10/11).

**Diese Vorgänge sind ebenso technischer bzw. handwerksmäßiger Natur wie die Messungen, die der Hörerätafachhändler mittels des Audiometers über die Hörgrenze des Kunden vornimmt, um ihn in die Lage zu versetzen, ein passendes Hörgerät auszuwählen. Diese Prüfungen erfolgen nicht durch einen Arzt, sondern durch eine technisch hierfür vorgebildete Person. Beschränkt sich die Tätigkeit des Gewerbetreibenden auf technische Vorgänge, ohne das Gebiet des Handwerksmäßigen zu überschreiten, kann von einem Hinübergreifen in das Gebiet der wissenschaftlichen Heilkunde und damit von einer Ausübung der Heilkunde keine Rede sein (OLG München, Marctus a.a.O. S. 480 [481 mit weiteren Nachweisen]).** Im Grunde handelt es sich bei der Refraktionierung des Optikers um eine Hilfeleistung, die das zeitraubende und mühevollere Aussuchen der passenden Brille durch den Kunden selbst, wie es früher üblich gewesen ist, ersetzen und erleichtern soll. Hierin liegt ebensowenig eine Ausübung der Heilkunde wie in der bereits erwähnten Messung der Hörgrenze durch ein Audiometer, welche die Auswahl des Hörgerätes ebenfalls nur verkürzen soll. Eine selbstständige heilkundliche Leistung liegt darin nicht (vgl. hierzu OLG Königsberg, GoldArch. 72, 153). Es handelt sich um eine Nebenleistung im Rahmen des mit dem Kunden abgeschlossenen Kaufvertrages, die diesem nicht zum Werkvertrag macht (vgl. OLG Dresden, GewArch. 139, 148 [150]).

Ist somit die Sehschärfebestimmung durch Augenoptiker als handwerksmäßige Tätigkeit anzusehen, so ist jedoch zu prüfen, ob die Anwendung des Heilpraktikergesetzes nicht deshalb erforderlich ist, weil die Ausübung dieser Tätigkeit durch die Optiker Gesundheitsgefährdungen der Fehlsichtigen zur Folge haben kann, denen nur durch ein ärztliches Fachwissen vorgebeugt werden kann (vgl. hierzu die oben erwähnten Urteile des Senats vom 14. Oktober 1958 [NJW 1959a.a.o. = DVBl. 1961 a.a.O. = MDR 1959 a.a.O.] und vom 28. September 1965). Solche Gefährdungen könnten dadurch eintreten, daß dem Sehfehler ein krankhafter Prozeß zugrunde liegt, den der Optiker durch das Fehlen einer ärztlichen Vorbildung nicht erkennen kann, und daß bei einer augenärztlichen Gesamtuntersuchung neben dem Sehfehler ein ernstes Augenleiden entdeckt werden würde. In solchen Fällen könnte der Fehlsichtige durch die Gläserkorrektur in Sicherheit gewiegt werden und eine rechtzeitige Heilung seines eigentlichen oder hauptsächlichen Leidens versäumen.

Hierbei ist davon auszugehen, daß die bloße Möglichkeit einer solchen Versäumnisgefahr noch nicht ausreichen kann, um die Sehschärfebestimmung der Optiker nach § 1 Abs. 2 HPG erlaubnispflichtig zu

machen. Andernfalls müßten ganze Zweige des Gesundheitswesens der Erlaubnispflicht des Heilpraktikergesetzes unterstellt werden. Jedem Apotheker kann es z.B. geschehen, daß er Kunden durch Verabfolgung eines nicht verschreibungspflichtigen schmerzstillenden Mittels dazu veranlaßt, die notwendige Behandlung ihres eigentlichen Leidens schädlich zu verzögern. Eingriffe in die Berufstätigkeit verbieten sich in solchen Fällen in der Regel schon wegen der Geringfügigkeit des Gefahrenmoments, das von Natur aus allen mit dem Heilwesen zusammenhängenden Berufen innewohnt (vgl. hierzu das oben erwähnte Urteil des Senats vom 28. September 1965). Auch bei der Würdigung der Sehschärfebestimmung durch Optiker muß daher das Ausmaß der etwaigen Gefahren, die damit für die öffentliche Gesundheit verbunden sind, im Vordergrund der Betrachtungen stehen.

In dieser Beziehung scheint dem Senat von wesentlicher Bedeutung zu sein, daß sich die Augenoptiker von jeher ungehindert mit der Brillenbestimmung befaßt haben und sich die Behörden auch nach dem Erlaß des Heilpraktikergesetzes trotz der Vorschrift des § 5 Abs. 2 HPG und ihrer Begründung des Eingriffs in diesen Tätigkeitsbereich der Optiker enthalten haben. Auch Gerichte sind - abgesehen von dem diesen Rechtsstreit vorangegangenen Strafverfahren - nicht gegen Optiker eingeschritten, die refraktioniert haben (vgl. OLG Königsberg, GoldArch. a.a.O.). Die in dem Lange auf S. 25 erwähnte Verurteilung eines Optikers durch das Amtsgericht Tauberbischofsheim (Cs 183/50) wegen Vergehens gegen das Heilpraktikergesetz beruhte darauf, daß dieser durch Untersuchungen auf grünen oder grauen Star, Augen- glasbestimmung bei einem schielenden Kinde und Erteilung heilkundlicher Ratschläge zweifellos die Heilkunde ausgeübt hatte (Gutachten Lange a.a.O.; Gutachten Bockelmann vom 3. Dezember 1957 S. 77/78). Schon die jahrzehntelange Duldung durch die Behörden spricht dafür, daß die Refraktionierung durch Optiker keine nennenswerten Gefahren für die Allgemeinheit zur Folge gehabt haben kann.

Dieser Schluß rechtfertigt sich auch aus der Haltung, die der Gesetzgeber in der Frage der Refraktionierung eingenommen hat. Es besteht keine gesetzliche Vorschrift, die es dem Heilpraktiker, der weder die Ausbildung noch die berufliche Erfahrung des Augenoptikers besitzt, verwehrt, Sehschärfebestimmungen vorzunehmen. Es ist lediglich in Art. 1 Abs. 2 Satz 2, Art. 2 Abs. 2 der Berufsordnung der Deutschen Heilpraktikerschaft e.V. vom 29./30. Mai 1954 vorgesehen, daß der Heilpraktiker bei Krankheiten, deren Behandlung Spezialkenntnisse erfordert, den Patienten zur Spezialbehandlung überweisen soll. Darüber hinaus sind die Refraktionierungen auch dem praktischen Arzt gestattet, der in der Regel weder über die Fachkenntnisse noch über das Instrumentarium eines Augenarztes verfügt.

Diese weitherzige Behandlung, welche Behörden, Gerichte und Gesetzgeber der Sehschärfebestimmung durch augenärztlich nicht vorgebildete Personen haben zuteil werden lassen, bestätigt den von der Klägerin behaupteten Erfahrungssatz, daß die Gefahr, der ein Kunde des Optikers dadurch ausgesetzt ist, daß durch die Brillenanpassung ein ernstes Augenleiden nicht erkannt und verschlimmert wird, äußerst gering ist. Sie rechtfertigt es unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht, einem durch seine handwerksmäßige Vorbildung für ein bestimmtes Tätigkeitsfeld besonders qualifizierten Beruf nunmehr unter Anwendung des Heilpraktikergesetzes dieses Tätigkeitsfeld zu entziehen. Will man dem Augenoptiker diesen seit langen Zeiten ungestört ausgeübten Teil seiner Berufstätigkeit nehmen, so müßte ein besonders dringendes, durch neue Erkenntnisse und Erfahrungen auf dem betreffenden Sektor der Volksgesundheit begründetes Interesse vorliegen. Weder die Behauptung der Parteien noch das von ihnen in Bezug genommene, auf der besonderen Sachkunde der Sachverständigen beruhende Erfahrungsmaterial lassen ein solches Interesse erkennbar werden. Wenn sich in dem von dem Beklagten überreichten Aufsatz von Femmer (Sonderdruck aus "Klinische Monatsblätter für Augenheilkunde", 131. Band 1. Heft, S. - 125, 1957) eine von Löhlein stammende Aufzählung von Fällen findet, in denen einem Brechungsfehler ein krankhafter Prozeß zugrunde liegen kann, und wenn dort weiter eine Gruppe von Fällen aufgeführt wird, in denen ein ernstes Augenleiden bestehen kann, obwohl durch Gläser volle zentrale Sehschärfe erzielt wird, so sind dies theoretische Erwägungen und Möglichkeiten, die schon immer bestanden haben. Weder der Vortrag des Beklagten noch die Ausführungen von Femmer geben Anhaltspunkte dafür, ob bzw. in welchem Umfang die Verwechslung einer gewöhnlichen Fehlsichtigkeit mit einer bezeichneten Augenkrankheiten durch einen Optiker bisher zu verhängnisvollen Folgen geführt hat.

Die Zusammenstellung, die Femmer aus einer einzelnen augenärztlichen Praxis wiedergibt und nach der 2000 Patienten, die erstmalig wegen Abnahme ihres Sehvermögens zum Augenarzt kamen, 306 außer der Fehlsichtigkeit "behandlungsbedürftig" gewesen sein sollen (Gutachten Lange S. 22/23), läßt noch keine hinreichenden Schlüsse auf die hier zu treffende Entscheidung zu und kann gegenüber den oben getroffenen Feststellungen nicht ins Gewicht fallen. Es sei demgegenüber auch auf die Ausführungen des Gutachtens von Hartinger verwiesen (S. 15/16), nach denen die Jenaer Zeiss-Werke in den Jahren 1925 bis 1945 schätzungsweise mindestens 20.000 Refraktionen ihrer Angehörigen durch geprüfte Augenoptiker haben durchführen lassen, und nach denen in diesen 20 Jahren nicht ein einziger Fall bekannt geworden ist, in dem ein krankes Auge versehentlich mit einer Brille ausgestattet worden ist. **Die von dem Beklagten überreichten Gutachten stehen im übrigen übereinstimmend auf dem Standpunkt, daß die Gefahr der Verwechslung einer Fehlsichtigkeit mit einem ernsten Augenleiden durch einen Optiker verschwindend gering ist und daß einschlägige Gesundheitsschädigungen nicht nachgewiesen sind.**

Im übrigen können die angefochtenen Verwaltungsakte auch aus anderen Erwägungen nicht aufrecht erhalten werden. Will man der von dem Beklagten vertretenen Ansicht, daß jede Fehlsichtigkeit aus Gründen der Gesundheitsgefährdung eine Gesamtuntersuchung des Auges erfordere, Geltung verschaffen, kann dieser Erfolg durch das Verbot des Refraktionierens durch die Optiker nicht oder nur in völlig unvollkommener Weise erreicht werden. Die Gefahr, die dem Fehlsichtigen durch Versäumung einer fachgerechten Untersuchung droht, würde dadurch keineswegs beseitigt werden. Sie kann nicht als behoben gelten, solange nicht auch die Heilpraktiker und die praktischen Ärzte, bei denen aus den oben ausgeführten Gründen ebenfalls damit gerechnet werden muß, daß ein verborgenes Augenleiden unerkannt bleibt, von der Refraktionierung ausgeschlossen werden. Darüber hinaus besteht eine weitere Gefahr für den Fehlsichtigen darin, daß er jederzeit eine Brille ohne ärztliche Untersuchung in einem Optikergeschäft in eigener Auswahl kaufen kann. Auch dies müßte unterbunden werden. Ein auf die Optiker beschränktes Refraktionierungsverbot, das einen Berufsstand von einer Tätigkeit ausschließen würde, für die er besondere Fachkenntnisse und Erfahrungen erworben hat, und der ein gesundheitspolitischer Nutzen für die Allgemeinheit nicht abgesprochen werden kann, würde damit in keinem angemessenen Verhältnis zudem angestrebten Erfolge stehen und auch unter diesem Gesichtspunkt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen.

Die folgerichtige Durchführung des von dem Beklagten vertretenen Standpunktes würde überdies Ergebnisse haben, die zu der geltenden Rechtsordnung im Widerspruch geraten. Nach der Ausschaltung der Heilpraktiker und der praktische Ärzte und nach Einführung der Verschreibungspflicht für die Abgabe von Brillengläsern bliebe die Sehschärfestimmung allein den Augenärzten vorbehalten. Da die Brille für den Fehlsichtigen in der Regel unentbehrlich ist, würde damit ein Weg beschritten werden, der praktisch auf einen Kurierzwang hinausläuft (Gutachten Forstthoff vom 20. August 1960 S. 11 f., 102). Ein Behandlungszwang wird aber von unserem Rechtssystem abgelehnt (vgl. BGHZ 29, 46 [49, 50]) und ist nur in dem sich aus dem Bundes-Seuchengesetz vom 18. Juli 1961 (BGBl. I S. 1012 mit Berichtigung und Änderungen), dem Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 23. Juli 1953 (BGBl. I S. 700) und dem Gesetz über die Tuberkulosehilfe vom 23. Juli 1959 (BGBl. I S. 513) ergebenden Rahmen zulässig. Dieses Prinzip der Behandlungsfreiheit erweist wiederum des hier streitigen Refraktionierungsverbots. Kann dem Fehlsichtigen nicht verboten werden, sich ohne ärztliche Konsultation eine Brille bei einem Optiker selbst auszusuchen, so ist es wenig sinnvoll, dem Optiker zu untersagen, ihm hierbei durch die Refraktionierung zu helfen.

Aus all diesen Gründen konnten die angefochtenen Bescheide nicht aufrecht erhalten werden. Da die Voraussetzungen für die Anwendung des Heilpraktikergesetzes nicht gegeben sind, die beanstandete Tätigkeit der Klägerin also erlaubt ist, bedurfte es keiner weiteren Erörterung, ob sie sich auch aus Gewohnheitsrecht rechtfertigen läßt und ob das Verbot des Beklagten nicht auch gegen Art. 3 und 12 GG verstößt.

Die Urteile des Berufungsgerichts und des Verwaltungsgerichts waren daher aufzuheben. Der auf Aufhebung der angefochtenen Bescheide gerichteten Klage war gemäß dem Revisionsantrag stattzugeben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §154 Abs. 1 VvGO.

### B e s c h l u ß

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 3.000 DM festgesetzt.

Ausgefertigt (Unterschrift)

Amtsrat  
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Prof. Dr. Werner

Fischer

Dr. Eue

Dr. Heinrich

Hering