

# TE Vfgh Erkenntnis 2005/10/14 G13/05 ua

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.10.2005

## Index

82 Gesundheitsrecht

82/04 Apotheken, Arzneimittel

## Norm

B-VG Art140 Abs1 / Präjudizialität

B-VG Art140 Abs1 / Prüfungsgegenstand

B-VG Art140 Abs7 zweiter Satz

StGG Art6 Abs1 / Erwerbsausübung

ApothekenG §10, §28, §29

## Leitsatz

Verletzung der Erwerbsausübungsfreiheit durch Verneinung des Bedarfs an einer öffentlichen Apotheke bei Existenz einer ärztlichen Hausapotheke in einem bestimmten Umkreis und durch Abstellen auf eine bestimmte Zahl zu versorgender Personen; keine Rechtfertigung der Errichtung einer Zutrittsschranke für Konzessionswerber bloß zur Sicherung des Mindestversorgungspotentials ärztlicher Hausapotheken trotz öffentlichen Interesses an der Heilmittelversorgung der Bevölkerung und an der Versorgung der ländlichen Bevölkerung mit ärztlichen Leistungen; keine Anwendbarkeit der aufgehobenen Bestimmungen auch in weiteren Verfahren vor dem UVS trotz Zurückweisung des diesbezüglichen Antrags aus formalen Gründen

## Spruch

I. 1. In §10 Apothekengesetz, RGBl. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBl. I Nr. 16/2001 werden Abs2 Z1, Abs3 und in Abs5 die Wortfolge "3 und",

2. in §28 Apothekengesetz, RGBl. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBl. I Nr. 16/2001 werden Abs2 und Abs3 sowie

3. in §29 Abs4 Apothekengesetz, RGBl. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBl. I Nr. 16/2001, wird die Wortfolge "und in dem rechtskräftigen Bescheid zur Konzessionierung der neuen öffentlichen Apotheke ein Versorgungspotential im Sinne des §10 von zumindest 5500 Personen für die neue öffentliche Apotheke festgestellt wurde",

als verfassungswidrig aufgehoben.

II. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 31. Oktober 2006 in

Kraft.

III. Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in

Kraft.

#### IV. Die als verfassungswidrig aufgehobenen Bestimmungen sind

auch auf jenen Sachverhalt nicht mehr anzuwenden, der der beim Verfassungsgerichtshof zuG201/04 anhängigen Rechtssache (Antrag des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark (zu Zl. UVS 90.16-4/2004-2) zu Grunde liegt.

V. Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.

#### Begründung

Entscheidungsgründe:

I. 1. Beim Unabhängigen Verwaltungssenat für die Steiermark (im Folgenden: UVS) ist ein Berufungsverfahren betreffend die Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in St. Margarethen/Raab anhängig. Die Behörde erster Instanz hatte die beantragte Konzession erteilt, wobei sie - iSd §10 Abs2 Z1 Apothekengesetz - ein Versorgungspotential der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke von 5685 Personen annahm. Gegen diesen Bescheid hatten vier Ärzte für Allgemeinmedizin als Betreiber von Arztpraxen mit ärztlicher Hausapotheke in St. Margarethen/Raab berufen.

2. Aus Anlass dieses Verfahrens stellte der UVS gemäß Art129a Abs3 iVm Art89 Abs2 und Art140 Abs1 B-VG den zu G13/05 protokollierten vorliegenden Antrag, §10 Abs2 Z1, Abs3, im Abs5 die Wortfolge "3 und" sowie §28 Abs3 Apothekengesetz, RGBl. Nr. 5/1907 idFBGBI. I Nr. 16/2001, in eventu §10 Abs2 Z1, Abs3, im Abs5 die Wortfolge "3 und" sowie §28 Abs2 und 3 leg. cit., als verfassungswidrig aufzuheben.

3. Nach den ergänzenden Ermittlungen im Berufungsverfahren zeichne sich ab, dass die Zahl von 5500 zu versorgenden Personen (im Sinne des §10 Abs2 Z1 und Abs5 Apothekengesetz) nicht erreicht werde. Unabhängig davon seien die angefochtenen Bestimmungen vom UVS anzuwenden und für seine Entscheidung jedenfalls präjudiziel.

II. 1. Des Weiteren sind beim Verwaltungsgerichtshof zwei Beschwerden gegen Bescheide des (damaligen) Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen anhängig, mit denen (jeweils) einer Apothekerin die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke erteilt wurde. Die Beschwerdeführer sind Drzte für Allgemeinmedizin als Betreiber ärztlicher Hausapothen, die vorbringen, die Behörde habe zu Unrecht angenommen, dass der neuen öffentlichen Apotheke iSd §10 Abs2 Z1 Apothekengesetz (im Folgenden: ApG) ein Versorgungspotential von mehr als 5500 Personen zukäme.

2. Aus Anlass dieser Verfahren stellte der Verwaltungsgerichtshof gemäß Art140 Abs1 B-VG die vorliegenden (zu G37/05 und G46/05 protokollierten) gleich lautenden Anträge,

"in §10 Apothekengesetz, RGBl. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBI. I Nr. 16/2001:

Abs2 Z. 1, Abs3 und in Abs5 die Wortfolge '3 und';

in §28 Apothekengesetz, RGBl. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBI. I Nr. 16/2001:

Abs2 und Abs3;

in §29 Apothekengesetz, RGBl. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBI. I Nr. 16/2001:

im Abs4 die Wortfolge 'und in dem rechtskräftigen Bescheid zur Konzessionierung der neuen öffentlichen Apotheke ein Versorgungspotential im Sinne des §10 von zumindest 5500 Personen für die neue öffentliche Apotheke festgestellt wurde',

als verfassungswidrig aufzuheben."

#### III. Zur Rechtslage:

1. Gemäß §9 ApG ist der Betrieb einer öffentlichen Apotheke (die nicht auf einem Realrecht beruht) nur auf Grund einer besonderen behördlichen Bewilligung (Konzession) zulässig. Die persönlichen Voraussetzungen hierzu sind in §3 ApG umschrieben, die sachlichen Voraussetzungen regelt §10 ApG.

§10 ApG steht in der Fassung der NovelleBGBI. I Nr. 16/2001 in Geltung und lautet wie folgt (die angefochtenen Bestimmungen sind hervorgehoben):

"Sachliche Voraussetzungen der Konzessionserteilung

§10. (1) Die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke ist zu erteilen, wenn

1. in der Gemeinde des Standortes der öffentlichen Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat und
2. ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

(2) Ein Bedarf besteht nicht, wenn

1. sich im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und die Zahl der von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen weniger als 5 500 beträgt, oder

2. die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke weniger als 500 m beträgt oder

3. die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen sich in Folge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5 500 betragen wird.

(3) Zu versorgende Personen gemäß Abs2 Z1 sind die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern von der Betriebsstätte der in Aussicht genommenen öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse aus dieser öffentlichen Apotheke zu versorgen sein werden.

(4) Zu versorgende Personen gemäß Abs2 Z3 sind die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern von der Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse aus dieser bestehenden öffentlichen Apotheke weiterhin zu versorgen sein werden.

(5) Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner im Sinne der Abs3 und 4 weniger als 5 500, so sind die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen.

(6) Die Entfernung gemäß Abs2 Z2 darf ausnahmsweise unterschritten werden, wenn es besondere örtliche Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung dringend gebieten.

(7) Zur Frage des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist ein Gutachten der österreichischen Apothekerkammer einzuholen. Soweit gemäß §29 Abs4 und 5 Ärzte betroffen sind, ist auch ein Gutachten der Österreichischen Ärztekammer einzuholen."

2. Ärzten ist das Dispensieren von Heilmitteln gemäß den §§28 ff. ApG gestattet. §§28 und 29 ApG lauten auszugsweise (die angefochtenen Bestimmungen sind hervorgehoben):

"Dispensationsbefugnis der Ärzte im allgemeinen

§28. (1) Ärzten ist das Dispensieren von Arzneimitteln nach Maßgabe der nachstehenden Bestimmungen gestattet.

(2) In Standorten, in denen im Umkreis von vier Straßenkilometern weniger als 5 500 Personen zu versorgen sind, wird die Arzneimittelabgabe durch ärztliche Hausapotheken besorgt, es sei denn, es ist in diesem Gebiet für eine öffentliche Apotheke bereits eine Konzession rechtskräftig erteilt worden oder es sind die Voraussetzungen des Abs3 gegeben.

(3) Eine neue Konzession für eine öffentliche Apotheke ist in Standorten im Sinne des Abs2 gemäß §10 Abs2 Z1 zu erteilen, wenn sich im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke keine ärztliche Hausapotheke befindet.

(4) In Standorten im Sinne des Abs2 darf ein Verfahren auf Erteilung einer Konzession für eine öffentliche Apotheke oder eine Bewilligung zur Haltung einer Hausapotheke nur durchgeführt werden, wenn noch kein Verfahren anhängig ist, das Einfluss auf das später begonnene Verfahren haben kann.

(5) Durch §28 werden bestehende öffentliche Apotheken sowie deren Übergang und Fortbetrieb im Sinne der §§15 und 46 nicht berührt.

Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke

§29. (1) Die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke ist einem Arzt für Allgemeinmedizin auf Antrag zu erteilen, wenn sich in der Ortschaft, in welcher der Arzt seinen Berufssitz hat, keine öffentliche Apotheke befindet und

der Berufssitz des Arztes von der Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke mehr als sechs Straßenkilometer entfernt ist.

(2) Die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke ist auf Antrag dem Nachfolger eines Arztes für Allgemeinmedizin mit Hausapothekebewilligung zu erteilen, wenn die Entfernung zwischen dem Berufssitz des hausapothekeführenden Arztes und der Betriebsstätte der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke mehr als vier und weniger als sechs Straßenkilometer beträgt.

(3) Verlegt ein Arzt für Allgemeinmedizin seinen Berufssitz in eine andere Ortschaft, so erlischt die für den vorherigen Berufssitz erteilte Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke.

(4) Die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke ist bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke zurückzunehmen, wenn die Wegstrecke zwischen Berufssitz des Arztes und Betriebsstätte der neu errichteten öffentlichen Apotheke vier Straßenkilometer nicht überschreitet und in dem rechtskräftigen Bescheid zur Konzessionierung der neuen öffentlichen Apotheke ein Versorgungspotential im Sinne des §10 von zumindest 5 500 Personen für die neue öffentliche Apotheke festgestellt wurde.

(5) Der Inhaber der neu errichteten öffentlichen Apotheke ist verpflichtet, den Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Apotheke der Behörde mitzuteilen. Die Behörde hat die Zurücknahme der Hausapothekebewilligung auf Antrag des Inhabers der öffentlichen Apotheke mit Bescheid so rechtzeitig auszusprechen, dass die Einstellung des Hausapothekebetriebes drei Jahre nach Rechtskraft des Bescheides erfolgt, mit dem die Konzession für die öffentliche Apotheke erteilt wurde. Wird die öffentliche Apotheke nach diesem Zeitpunkt in Betrieb genommen, ist die Hausapothekebewilligung so zurückzunehmen, dass die Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke und die Einstellung des Hausapothekebetriebes zum selben Zeitpunkt erfolgen.

(6) Der Inhaber der neu errichteten öffentlichen Apotheke (Abs4) ist bei Einstellung des Hausapothekebetriebes gemäß Abs5 verpflichtet, die nach den jeweils geltenden arzneimittelrechtlichen Vorschriften verwendungsfähigen Vorräte der Hausapotheke auf Begehren des Arztes gemäß §57 abzulösen.

(7) - (9) ..."

IV. 1. Die Bedenken gegen die angefochtenen Bestimmungen legt der UVS in seinem zu G13/05 protokollierten Antrag wie folgt dar:

"[...] Der Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark hegt das Bedenken, dass die angefochtenen Bestimmungen gegen das in Artikel 6 Abs1 StGG garantierte Recht auf freie Erwerbstätigkeit verstoßen, wobei namentlich das Recht auf freien Zutritt zum Beruf des selbständigen Apothekers durch Betrieb einer öffentlichen Apotheke beeinträchtigt scheint, wie im folgenden näher dargelegt wird.

[...] Die Bedenken konzentrieren sich in erster Linie auf §10 Abs2 Z1 Apothekengesetz, wonach ein Bedarf nicht besteht, wenn sich im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und die Zahl der von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen weniger als 5500 beträgt.

Der Gesetzgeber ging bei der Formulierung der Regelung so vor, dass er den Bedarf unter zwei Voraussetzungen verneint, wobei die Schranke zum freien Berufszugang für den Fall errichtet wurde, dass beide Voraussetzungen nicht vorliegen. Die beiden Halbsätze des §10 Abs2 Z1 sind durch 'und' verbunden, sie weisen aber im Übrigen keinen inneren Zusammenhang auf.

[...] Der zweite Halbsatz unterscheidet sich von §10 Abs2 Z1 in der Fassung BGBl. Nr. 362/1990 nur dadurch, dass die Worte 'künftigen Betriebsstätte' durch 'in Aussicht genommenen Betriebsstätte' ersetzt wurden. Mit der Neuregelung des §10 Abs2 Z1 durch BGBl. I Nr. 16/2001 hat der Gesetzgeber zwar eine weitere Voraussetzung mit jener des Mindestversorgungspotentials von 5500 Personen gekoppelt, im Übrigen aber die vom Verfassungsgerichtshof mit dem Erkenntnis VfSlg 15103 aufgehobene Regelung substanzell unverändert wieder in Kraft gesetzt. Auch bei der Neufassung des dritten Absatzes änderte der Gesetzgeber der Novelle BGBl. I Nr. 16/2001 den Text des Abs3 gegenüber dessen vorhergehender Fassung nur unwesentlich, das heißt er setzte auch den Abs3 trotz dessen Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof wegen Verstoßes gegen

Artikel 6 StGG aufs Neue in einer der aufgehobenen Fassung inhaltlich wesensgleichen Fassung in Kraft.

[...] Der Werdegang der Novelle BGBl. I Nr. 16/2001 lässt sich aus den parlamentarischen Materialien (459 der Beilagen zu den Stenografischen Protokollen des Nationalrates XXI. GP) wie folgt rekonstruieren: Der Bericht des Gesundheitsausschusses führt zum Initiativantrag 341/A der Abgeordneten Dr. Andreas Khol, Ing. Peter Westenthaler und Genossen, mit dem die Absätze 4 bis 9 des §29 ApG ersatzlos gestrichen werden sollten, aus, dass damit gleichzeitig 'eine unsachliche und undifferenzierte Bevorzugung öffentlicher Apotheken hintangehalten werden (könnte), welche letztlich zu einer - für die medizinische Versorgung überaus riskanten - Existenzbedrohung der Landärzte mit ärztlichen Hausapothen führen würde. Durch den Entfall der verpflichtenden Schließung im Sinne des derzeitigen §29 Abs4 wird die Chancengleichheit beider Heilmittelabgabestellen hergestellt, womit nachhaltige Rechtssicherheit erzielt werden soll.'

Der Antrag wurde schließlich in der Fassung eines Abänderungsantrages der Abgeordneten Dr. Günther Leiner und Dr. Alois Pumberger einstimmig angenommen, wobei der Bericht zu §10 Abs2 ausführt:

'Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 2. März 1998 festgestellt, dass für bereits bestehende öffentliche Apotheken ein Versorgungspotential von 5500 Personen erhalten bleiben soll. Er ist offenbar davon ausgegangen, dass es sich hiebei um die optimalen Voraussetzungen für den Betrieb einer öffentlichen Apotheke handelt. Er wollte aber die unternehmerische Entscheidung eines Apothekers nicht beeinträchtigen, auch unter diesem Versorgungspotential eine neue Apotheke zu errichten. Es bleibt daher dem Apotheker überlassen, sein unternehmerisches Risiko selbst zu beurteilen. Da das Apothekengesetz aber vom Grundsatz der gleichmäßigen bzw. bestmöglichen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung getragen ist, sollen in dünn besiedelten Gebieten eine oder mehrere ärztliche Hausapothen die Versorgung der Patienten wahrnehmen. Auf diese Weise ist auch für diese Gebiete den Bedürfnissen der Bevölkerung bestmöglich Rechnung getragen ...'

Wenn der Bericht des Gesundheitsausschusses die Aussage des Verfassungsgerichtshofs zur unternehmerischen Entscheidung des Apothekers erwähnt, die nicht beeinträchtigt werden dürfe, wird der Anschein erweckt, damit dem Erkenntnis vom 2. März 1998 Rechnung zu tragen. Tatsächlich aber ist dem Bericht des Gesundheitsausschusses und den Debattenbeiträgen (56. Sitzung des Nationalrates, XXI. GP, 232 bis 238) kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass man sich der Problematik bewusst war, dass eine neuerliche Verfassungswidrigkeit zu vermeiden ist bzw. wieso dies gerade mit dem vorgelegten Text, der in einem wesentlichen Teil eine Neuauflage der aufgehobenen Regelung darstellt, gewährleistet sein soll.

Jene Bedenken, die den Verfassungsgerichtshof zur Aufhebung des §10 Abs2 Z1 bewogen haben und im Erkenntnis VfSlg 15103 unter B 2. a) bis h) dargelegt sind, richten sich nach Ansicht des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark daher uneingeschränkt auch gegen den zweiten Halbsatz des §10 Abs2 Z1 in der angefochtenen Fassung.

[...] Zum 'Bedarfskriterium' des §10 Abs2 Z1 erster Halbsatz in der Fassung BGBl. I Nr. 16/2001: Diese Bestimmung ist jener des §10 Abs2 Z2 in der genannten Fassung vergleichbar, da es in beiden Fällen um die Entfernung zwischen zwei Apotheken bzw. einer öffentlichen Apotheke und einer ärztlichen Hausapotheke geht, nur dass im letztgenannten Fall die Entfernung mit 'Umkreis' umschrieben ist.

§10 Abs2 Z2 bildet zusammen mit Z3 die Existenzgefährdungsregelung bestehender öffentlicher Apotheken. Dazu hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 02.03.1998 unter B 1. c) folgendes ausgeführt:

'In Wahrheit ist aber die Prüfung der Existenzgefährdung der bestehenden Apotheken inhaltlich nicht entfallen, sondern lediglich rechtstechnisch anders eingekleidet worden, nämlich als negatives Bedarfskriterium: Wenn das Gesetz den Bedarf für eine neue öffentliche Apotheke verneint, sofern durch die Neuerrichtung das Versorgungspotential der bestehenden umliegenden öffentlichen Apotheken unter ein bestimmtes Niveau sinkt oder wenn der Mindestabstand zur nächsten öffentlichen Apotheke nicht gewahrt ist, dann handelt es sich inhaltlich primär um Schutznormen zugunsten bestehender Apotheken, denen eine bestimmte Nachfrage gesichert bleiben soll. Zurecht spricht der Verwaltungsgerichtshof in seinem Antrag von einer Existenzgefährdungsprüfung nach einem standardisierten Verfahren.'

[...] Den ärztlichen Hausapothen ist zwar kein Mindest-Kundenkreis garantiert, hinsichtlich des Mindestabstandes zu öffentlichen Apotheken treffen die Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes aber auch auf §10 Abs2 Z1 erster Halbsatz zu: Damit eine Konzessionerteilung möglich ist, muss zwischen jeder in Aussicht genommenen Betriebsstätte einer öffentlichen Apotheke und der nächstgelegenen Hausapotheke ein Mindestabstand von vier Straßenkilometern gewahrt werden bzw. die geplante Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke immer vier Straßenkilometer von der

nächstgelegenen Hausapotheke entfernt sein. Die ärztliche Hausapotheke erhält damit eine Garantie, dass in einem Umkreis von vier Straßenkilometern keine neue öffentliche Apotheke eröffnet werden darf, sofern die Voraussetzung des zweiten Halbsatzes des §10 Abs2 Z1 vorliegt. Auch wenn dies als Bedarfsregelung eingekleidet bzw. getarnt ist, handelt es sich somit auch bei dieser Regelung um eine Schutznorm zugunsten bestehender ärztlicher Hausapothen, die zwar mit dem Existenzschutz für bestehende öffentliche Apotheken im Sinn des §10 Abs2 Z2 und 3 nicht identisch ist, wohl aber eine Art von 'Gebietsschutz' und einen Konkurrenzschutz für ärztliche Hausapothen darstellt. Die Eigenart der Regelung läuft auch darauf hinaus, dass mit dem Verfahren betreffend Konzessionserteilung für öffentliche Apotheken gewissermaßen eine Bedarfsprüfung für den weiteren Betrieb von bestehenden ärztlichen Hausapothen verbunden ist. Es ist daher von entscheidender Bedeutung, welche Rangordnung nach dem Apothekengesetz zwischen öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapothen besteht.

[...] Dazu hat sich der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis VfSlg 5648 grundlegend geäußert. Nach der Grundkonzeption des Gesetzes sei der Betrieb von Apotheken den wissenschaftlich vorgebildeten Magistern der Pharmazie vorbehalten, die dazu außerdem noch einer mehrjährigen fachlichen Tätigkeit bedürften. Das Dispensieren von Heilmitteln durch Ärzte sei demgegenüber nur eine Ausnahme. Keinesfalls werde das Berufsbild des Arztes durch die Bewilligung zur Haltung einer Hausapotheke verändert. Nach wie vor bestehe der Beruf des Arztes in der Ausübung der Heilkunde, die auch die Verordnung von Heilmitteln, nicht aber deren Verabreichung umfasse. Es erscheine dem Verfassungsgerichtshof daher verfehlt zu sein, eine öffentliche Apotheke und eine von einem Arzt geführte Hausapotheke gleichzusetzen. Der Fall, dass ein Arzt seinen Lebensunterhalt im Wesentlichen aus der Abgabe von Heilmitteln verdiene und dass die Einkünfte aus der ärztlichen Praxis nicht hinreichten, ihm eine Existenz zu sichern, könne sich zwar ereignen, doch könne dies nicht als Regelfall angesehen werden. Nach wie vor betrachte das Gesetz die Verabreichung von Heilmitteln durch Ärzte als eine Ausnahme vom Grundsatz der Versorgung der Allgemeinheit mit Heilmitteln durch öffentliche Apotheken. Diese grundsätzliche Bewertung des Gesetzgebers erhelle vor allem aus §29 ApG, wonach die Bewilligung zur Haltung einer Hausapotheke einem Arzt zu erteilen sei, wenn sich in der Ortschaft, in welcher der Arzt seinen Wohnsitz habe, keine öffentliche Apotheke befindet und mit Rücksicht auf die Entfernung der nächsten derartigen Apotheke an dem Wohnort des Arztes ein Bedürfnis nach einer Verabreichungsstelle von Heilmitteln bestehe. Mit Recht bezeichne der Verwaltungsgerichtshof die Einrichtung der ärztlichen Hausapothen als ein Surrogat für eine öffentliche Apotheke. Das Recht zur Haltung einer Hausapotheke sei daher als unter der Bedingung des Fehlens einer öffentlichen Apotheke gewährt anzusehen. Es sei nur konsequent, wenn §29 Abs3 bestimme, dass die Bewilligung zurückzunehmen sei, wenn die Hausapotheke infolge der Errichtung einer öffentlichen Apotheke am Standort der Hausapotheke oder in der Umgebung entbehrlich geworden sei.

Der Verfassungsgerichtshof bezog sich im Erkenntnis Slg 15103 ausdrücklich auf die Ausführungen im zuvor zitierten Erkenntnis und fügte bei, er könne nicht erkennen, dass die Substitution einer oder mehrer ärztlicher Hausapothen durch eine öffentliche Apotheke, mag diese auch ein Versorgungspotential von weniger als 5500 Personen aufweisen, typischerweise eine Verschlechterung der Heilmittelversorgung insgesamt zur Folge haben müsste.

[...] Die Errichtung einer Zugangsschranke im Sinne des §10 Abs2 Z1 erster Halbsatz liegt daher nicht nur nicht im öffentlichen Interesse der Heilmittelversorgung, sondern konterkariert die in der gesamten Konzeption des Apothekengesetzes zum Ausdruck kommende Vorrangstellung der öffentlichen Apotheken vor den ärztlichen Hausapothen und durchlöchert das Grundrecht der Erwerbsfreiheit entscheidend, indem auf dem staatlichen Territorium ein aus ungefähr 50 km<sup>2</sup> großen Inseln ('Umkreisen') bestehender Archipel geschaffen wird, auf dem den Ärzten für Allgemeinmedizin die Haltung von ärztlichen Hausapothen und damit der Zugang zur Erwerbsausübung exklusiv ermöglicht wird.

[...] Von der Verfassungswidrigkeit sind wegen des untrennbar zusammenhangs auch die Bestimmungen des Abs3 und der Wortfolge in Abs5 betroffen.

§28 Abs3 wiederholt sinngemäß nur §10 Abs1 erster Halbsatz und §10 Abs2 Z1 ApG. Danach darf eine Konzession bei Unterschreiten eines Mindestkundenkreises von 5500 Personen im Umkreis von vier Straßenkilometern nur erteilt werden, wenn sich im relevanten Umkreis keine ärztliche Hausapotheke befindet. Diese Regelung, die der Gesetzgeber offenbar zur Klarstellung für erforderlich hält, erscheint im Hinblick auf die Definition der Bedarfsvoraussetzungen in §10 Abs2 Z1 überflüssig. Im Übrigen richten sich dagegen die zu

§10 Abs2 Z1 geltend gemachten Bedenken.

[...] Der Abs2 des §28 dürfte durch die Aufhebung der übrigen von diesem Antrag umfassten Bestimmungen keinen Anwendungsbereich mehr haben; daher wird in eventu auch die Aufhebung dieses Absatzes beantragt."

2. Die Bundesregierung legte in dem zu G13/05 protokollierten Gesetzesprüfungsverfahren eine Äußerung vor, in der sie - wie bereits in dem zu G201/04 protokollierten Verfahren - die Zulässigkeit des Antrags wegen zu engen Anfechtungsumfangs bestreitet, den Bedenken des UVS auch in der Sache entgegentritt und die Zurückweisung, in eventu die Abweisung des Antrags beantragt. Für den Fall der Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen beantragt sie, für das Außerkrafttreten eine Frist von einem Jahr zu setzen.

3. Der mitbeteiligte Konzessionswerber erstattete eine Stellungnahme, in der er sich dem Antrag des UVS der Sache nach anschließt und die Aufhebung der bekämpften Bestimmungen beantragt.

4. Die vom Verfassungsgerichtshof zur Stellungnahme eingeladene Österreichische Ärztekammer teilte Folgendes mit:

"Unbeachtlich des präzisierten Antrages zu den ausgeführten Paragraphen wird die Stellungnahme von Herrn Univ.-Prof. Dr. B. Raschauer zum genannten Thema übermittelt, von dem auch andere UVS-Entscheidungen erfasst sind, wobei der Einleitungsteil der Stellungnahme diesfalls nicht in allen Punkten zutreffend ist, jedoch in der Gesamtheit der Betrachtung einen wesentlichen Bestandteil bildet."

Diesem Schreiben schloss sie eine auf das hg. Verfahren zu G201/04 bezogene Stellungnahme an, in der die Unzulässigkeit sowie eventualiter die Unbegründetheit des zur eben genannten Zahl protokollierten Antrags vorgetragen wird.

5. Die - gleichfalls zur Stellungnahme eingeladene - Österreichische Apothekerkammer erstattete eine Stellungnahme, in der sie zunächst den Anfechtungsumfang des vorliegenden Antrags als zu eng erachtet und sodann in der Sache näher darlegt, dass sie "aus politischen Gründen im Jänner 2001 letztendlich den nunmehr angefochtenen Bestimmungen des Apothekengesetzes zugestimmt [habe], um [...] noch weitergehende Eingriffe in das bestehende Apothekensystem durch den Gesetzgeber zu vermeiden."

V. 1. Zum Anfechtungsumfang führt der Verwaltungsgerichtshof in den Anträgen zu G37/05 und G46/05 Folgendes aus:

"Der Verwaltungsgerichtshof hat bei der Prüfung des angefochtenen, die Konzessionsvoraussetzungen auf Grund des §10 ApG, insbesondere des §10 Abs2 Z. 1 iVm Abs3 und Abs5 ApG idFBGBI. I Nr. 16/2001, bejahenden Bescheides die soeben zitierten Vorschriften jedenfalls anzuwenden. Diese sind im Beschwerdefall daher präjudiziel. Die weiteren angegriffenen Vorschriften können als Vorschriften gleichen Inhalts aufgefasst werden bzw. stehen sie - wie sogleich dargestellt wird - mit den soeben genannten Regelungen in einem untrennbaren Zusammenhang. Sie gehören daher im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl. z. B. das Erkenntnis vom 11. Dezember 2003, G320/01, und die dort zitierte Vorjudikatur) im Anlassfall zu den Voraussetzungen der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes.

Zwar könnte betreffend §28 Abs2 vertreten werden, die Vorschrift habe bloß 'programmatischen' bzw. tatsächliche Umstände beschreibenden Charakter, sie bilde bloß den 'Hintergrund' zur normativen Anordnung des §10 Abs2 Z. 1 iVm Abs3 und Abs5. Nach Meinung des Verwaltungsgerichtshofes könnte in Abs2 und 3 des §28 ApG, wonach 'in Standorten, in denen im Umkreis von vier Straßenkilometern weniger als 5500 Personen zu versorgen sind, die Arzneimittelabgabe durch ärztliche Hausapotheken besorgt wird', wenn nicht bereits eine rechtskräftige Apothekenkonzession erteilt wurde (Abs2 vorletzter Halbsatz) oder wenn keine ('im Umkreis von vier Straßenkilometer um die in Aussicht genommene Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke' gelegene) ärztliche Hausapotheke vorhanden ist (Abs3) in nicht denkunmöglichlicher Weise eine normative Anordnung des Inhalts entnommen werden, unter den soeben umschriebenen Voraussetzungen einen Antrag auf Erteilung der Konzession für eine öffentliche Apotheke abzuweisen. Solcher Art stellen sich die hier in Rede stehenden Vorschriften als Wiederholung der bereits in §10 Abs2 Z. 1 ApG enthaltenen Anordnung dar, auf die (in gleicher Weise wie auf §10 Abs2 Z. 1 iVm Abs3 und 5) die Abweisung des vorliegenden Apothekenkonzessionsantrages begründet werden könnte.

Die den Gegenstand des Antrages bildende Wortfolge im §29 Abs4 ApG steht in untrennbarem Zusammenhang mit den angegriffenen Teilen des §10 und des §28 ApG. Sie nimmt dergestalt auf §10 Abs2 Z. 1 ApG Bezug, dass sie jene Voraussetzung der Erteilung einer Apothekenkonzession bei Vorhandensein einer Hausapotheke im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte der Apotheke, die §10 Abs2 Z. 1 normiert (nämlich, dass die Zahl der von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden

Personen mindestens 5500 beträgt), zur Voraussetzung der Zurücknahme der ärztlichen Hausapotheke erhebt. Welche Rechtswirkungen mit dem gemäß §10 ApG erlassenen Apothekenkonzessionsbescheid verbunden sind, richtet sich daher unter Anderem nach §29 Abs4 ApG: Ein Apothekenkonzessionsbescheid, der die in der angegriffenen Wortfolge des §29 Abs4 ApG normierte Feststellung enthält, hat zur Folge, dass die Bewilligungen für die im Einzugsbereich der neu errichteten öffentlichen Apotheke gelegenen Hausapotheke zurückgenommen werden; im Fall eines Apothekenkonzessionsbescheides, der die betreffende Feststellung nicht enthält, unterbleibt die Zurücknahme der Hausapothekebewilligungen. Die angegriffene Wortfolge im §29 Abs4 ApG bildet somit im Zusammenhang mit den sonst angegriffenen Vorschriften ein untrennbar zusammenhängendes Regelungssystem, das die Voraussetzungen und Wirkungen der Errichtung einer öffentlichen Apotheke einschließlich der Auswirkungen derselben auf den Bestand der ärztlichen Hausapotheke im Einzugsbereich umfasst. Würden die angegriffenen Teile der §§10 und 28 durch Aufhebung aus dem Rechtsbestand beseitigt, die angegriffene Wortfolge in §29 Abs4 ApG hingegen nicht, entstünde eine Regelung, deren Inhalt dem Gesetzgeber keinesfalls zusinnbar wäre, nämlich, dass es in keinem Fall der Errichtung einer öffentlichen Apotheke zur Zurücknahme der Hausapotheke käme. Im Hinblick darauf, dass öffentliche Apotheke in Konkurrenz mit ärztlichen Hausapotheke im unmittelbaren Nahbereich wirtschaftlich nicht lebensfähig wären, wäre eine solche Regelung ein Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit der Apotheker, der in seinem Gewicht noch über den in der bestehenden Regelung gelegenen Eingriff hinausginge. Dass eine solche Regelung, die die Errichtung öffentlicher Apotheke im Nahbereich ärztlicher Hausapotheke faktisch ausschließt, vom Gesetzgeber nicht gewollt war, zeigt der Umstand, dass der in eben diese Richtung gehende Initiativantrag (341 Blg. NR. XXI. GP) nicht zum Gesetzesbeschluss erhoben wurde.

Hingegen besteht kein Anlass, den Antrag auf §28 Abs1, 4 und 5 ApG auszudehnen. Zwar nimmt §28 Abs1 ApG mit der Formulierung, wonach Ärzten das Dispensieren von Arzneimitteln 'nach Maßgabe der nachstehenden Bestimmungen' gestattet ist, (auch) auf Abs2 und 3 des §28 ApG Bezug, aber nicht allein auf diese, sondern (wie vor der NovelleBGBI. I Nr. 16/2001) auch auf §29 ApG. Ein untrennbarer Zusammenhang mit den angegriffenen Vorschriften besteht nicht.

§28 Abs4 würde nach allfälliger Aufhebung der angegriffenen Vorschriften inhaltsleer, weil in diesem Fall - nach Aufhebung von Abs2 - nicht von 'Standorten im Sinne des Abs2' gesprochen werden könnte und dem Abs4 somit die Grundlage entzogen wäre. Abs5 hat im Zusammenhang mit Abs2 bis 4 die Bedeutung, dass die rechtliche Position bestehender öffentlicher Apotheke von diesen Vorschriften unberührt bleibt. Auch dem Abs5 verbliebe nach allfälliger Aufhebung von Abs2 und 3 kein eigenständiger (normativer) Inhalt."

2. Seine Bedenken gegen die angefochtenen Bestimmungen legt der Verwaltungsgerichtshof zu den näher bezeichneten Verfahren wie folgt dar:

"Bei den angegriffenen Regelungen handelt es sich um die Erwerbsausübungsfreiheit einschränkende Vorschriften.

Eine gesetzliche Regelung, die die Erwerbsausübungsfreiheit beschränkt, ist nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes nur zulässig, wenn das öffentliche Interesse sie gebietet, sie zur Zielerreichung geeignet und adäquat ist und sie auch sonst sachlich gerechtfertigt werden kann. Das gilt insbesondere für Vorschriften, die eine Bedarfsprüfung vorsehen. Errichtet das Gesetz eine Schranke schon für den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit, die der Betroffene, der alle subjektiven Voraussetzungen erfüllt, aus eigener Kraft nicht überwinden kann - eine Schranke, wie sie etwa die Bedarfsprüfung darstellt -, so liegt grundsätzlich ein schwerer Eingriff in die verfassungsgesetzlich gewährleistete Erwerbsausübungsfreiheit vor, der nur angemessen ist, wenn dafür besonders wichtige öffentliche Interessen sprechen und wenn keine Alternativen bestehen, um den erstrebten Zweck in einer gleich wirksamen, aber das Grundrecht weniger einschränkenden Weise zu erreichen (vgl. z. B. das bereits mehrfach erwähnte Erkenntnis vom 2. März 1998, VfSlg. 15103/1998).

Der Verfassungsgerichtshof hat im soeben erwähnten Erkenntnis vom 2. März 1998 ausgesprochen, dass eine Vorschrift, die für die Zulassung einer öffentlichen Apotheke voraussetzt, dass diese voraussichtlich 5500 Personen zu versorgen haben werde, verfassungswidrig ist.

Die angegriffenen Vorschriften stellen eine solche Rechtslage wieder her; dies zwar nicht - wie die aufgehobene Vorschrift - für alle Bewerber um Apothekenkonzessionen, aber doch für alle jene Fälle, in denen sich im Umkreis von 4 Straßenkilometern von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke die Ordination eines hausapothekeführenden Arztes befindet.

Nun hat der Verfassungsgerichtshof §10 Abs2 Z. 1 ApG alte Fassung nicht etwa deshalb aufgehoben, weil die Vorschrift

nicht auf die soeben angesprochenen Fälle beschränkt war, sondern deshalb, weil er eine die Erwerbsausübungsfreiheit einschränkende Regelung wie die vorliegende insgesamt als nicht im Hinblick auf das öffentliche Interesse an der ordnungsgemäßen Heilmittelversorgung der Bevölkerung geboten ansah. Es liegt somit nahe, unter den für die Aufhebung der Vorgängervorschrift durch den Verfassungsgerichtshof maßgeblichen Gesichtspunkten Zweifel an der Übereinstimmung der nunmehr angegriffenen Vorschriften mit der Verfassung anzumelden.

Zunächst kann, wenn man an das Vorerkenntnis des Verfassungsgerichtshofes anknüpft, nicht gesagt werden, der mit den angegriffenen Vorschriften angeordnete Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit wäre - anders als im Fall der aufgehobenen Vorgängervorschriften - im Hinblick auf das öffentliche Interesse an der geordneten Heilmittelversorgung der Bevölkerung gerechtfertigt; die Darlegungen in den Entscheidungsgründen des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes, auf die verwiesen wird, treffen auf die nunmehr angefochtene Vorschrift in gleicher Weise zu.

Der Verwaltungsgerichtshof übersieht nicht, dass kein Anhaltspunkt in den Gesetzesmaterialien darauf hindeutet, der Gesetzgeber hätte bei der Neuregelung die Abwendung einer Gefahr für die ordnungsgemäße Heilmittelversorgung der Bevölkerung im Auge gehabt. Vielmehr deutet einiges darauf hin, dass die Neuregelung darauf abzielt, einer Gefährdung der Versorgung mit ärztlichen Leistungen vorzukehren, ist doch in den Gesetzesmaterialien von einer 'für die medizinische Versorgung überaus riskanten Existenzbedrohung der Landärzte mit ärztlichen Hausapothen' und vom Bestreben, 'eine unsachliche und undifferenzierte Bevorzugung öffentlicher Apotheken' hintan zu halten, die Rede. Es findet sich auch der - wenngleich kurisorische - Hinweis, dass 'ärztliche Ordinationen in diesen Regionen oft nur in Verbindung mit einer Hausapotheke wirtschaftlich tragfähig sind'.

Es kann nicht behauptet werden, der Verfassungsgerichtshof hätte sich im oben erwähnten Gesetzesprüfungsverfahren nicht mit der nunmehr in den Gesetzesmaterialien in den Vordergrund gerückten Frage der Auswirkungen der Zurücknahme ärztlicher Hausapothen nach Inbetriebnahme einer öffentlichen Apotheke auseinander gesetzt. Es kann somit auch nicht gesagt werden, es liege nunmehr ein völlig neuer, im Gesetzesprüfungsverfahren über die Vorgängervorschrift nicht erörterter Gesichtspunkt vor. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Gesetzesprüfungsantrag den Umstand aufgezeigt hatte, dass 'mit der angegriffenen Vorschrift als Reflexwirkung der Schutz des Bestandes der ärztlichen Hausapothen einhergeht'. Die österreichische Ärztekammer hatte im Gesetzesprüfungsverfahren vorgetragen, dass 'die Etablierung öffentlicher Apotheken in den wirtschaftlich noch interessanten ländlichen Gebieten die sofortige Schließung vorhandener ärztlicher Hausapothen auf Grund der weiter bestehenden Bestimmungen des §29 Abs4 ApG zur Folge hätte', wobei 'in manchen Talschaften darüber hinaus auch auf Grund der geographischen Lage (Streusiedlungen) die Existenz der ärztlichen Praxen gefährdet wäre'. Der Verfassungsgerichtshof sah sich durch die Ergebnisse des Gesetzesprüfungsverfahrens nicht veranlasst, den in Rede stehenden Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit als durch ein öffentliches Interesse an der Beibehaltung ärztlicher Hausapothen an Stelle einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke oder etwa im Hinblick auf eine Gefährdung der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung, wie sie von der Ärztekammer wenigstens für 'einige Talschaften (Streusiedlungen)' in den Raum gestellt wurde, als gerechtfertigt anzusehen."

3. Die Bundesregierung legte zu diesen Verfahren (G37/05 und G46/05) nochmals die zu G201/04 erstattete Äußerung vor, in der sie sowohl die Zulässigkeit der Anträge bestreitet als auch den in der Sache geäußerten Bedenken entgegentreitt und die Zurückweisung, in eventu die Abweisung der Anträge beantragt. Für den Fall der Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen beantragt sie auch in dieser Äußerung, für das Außerkrafttreten eine Frist von einem Jahr zu setzen.

Zu den vom Verwaltungsgerichtshof im Lichte der Erwerbsausübungsfreiheit vorgebrachten Bedenken, verweist die Bundesregierung auf ihre Darlegungen zum Gleichheitssatz (Anmerkung: unter Punkt 1 ihrer Äußerung) und führt zudem ergänzend Folgendes aus:

"Wie bereits oben unter Punkt 1 dargestellt wurde, war die nunmehr bekämpfte Bestimmung durch das öffentliche Interesse an einer umfassenden Versorgung mit Arzneimitteln geboten, wobei die vom Gesetzgeber getroffene Regelung nach Ansicht der Bundesregierung jedenfalls ein zur Zielverwirklichung geeignetes und adäquates Mittel darstellt."

4. Die mitbeteiligten Konzessionswerberinnen erstatteten jeweils eine Stellungnahme, in denen sie sich den Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes anschließen und die Aufhebung der bekämpften Bestimmungen beantragen.

5. Die vom Verfassungsgerichtshof zur Stellungnahme eingeladene Österreichische Ärztekammer legte eine Stellungnahme von Univ. Prof. Dr. Bernhard Raschauer vor, in der zunächst vorgebracht wird, dass der Antrag einerseits zu weit - weil er sich auch auf §29 Abs4 ApG bezieht - und andererseits zu eng - weil er §28 Abs4 und §8a ApG nicht erfasst - sei. Sodann wird den Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes entgegengetreten und abschließend festgehalten, dass die Anträge zurückzuweisen, in eventu abzuweisen seien.

6. Die - gleichfalls zur Stellungnahme eingeladene - Österreichische Apothekerammer erstattete eine inhaltlich gleich lautende Stellungnahme wie sie bereits zu G13/05 wiedergegeben wurde.

VI. Der Verfassungsgerichtshof hat über die in sinngemäßer Anwendung der §§187 und 404 ZPO iVm. §35 VfGG zur gemeinsamen

Beratung und Entscheidung verbundenen Anträge erwogen:

A. Zur Zulässigkeit:

1.1. Der Verfassungsgerichtshof ist nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichtes in der Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Antrag iS des Art140 B-VG nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denkmöglich) ist, dass die angefochtene generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bildet (zB VfSlg. 9811/1983, 10.296/1984, 11.565/1987, 12.189/1989).

1.2. Zudem müssen die Grenzen der Aufhebung in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren so gezogen werden, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle in untrennbarem Zusammenhang stehenden Bestimmungen auch erfasst werden (VfSlg. 6674/1972, 8155/1977, 9374/1982, 11.455/1987).

2. Für den Verfassungsgerichtshof ist es denkmöglich, dass der Verwaltungsgerichtshof bei der Prüfung der bei ihm in Beschwerde gezogenen Bescheide (vgl. G37/05 und G46/05) die Bestimmungen des §10 ApG, insbesondere des §10 Abs2 Z1 iVm. Abs3 und Abs5 ApG, die Gesetzesbestimmungen des §28 Abs2 und Abs3 sowie die näher bezeichnete Wortfolge in §29 Abs4 ApG, hingegen der Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark (vgl.G13/05) lediglich die Bestimmungen des §10 Abs2 Z1 iVm. Abs3 und Abs5 ApG sowie des §28 Abs2 und Abs3 ApG unmittelbar anzuwenden hat.

Der normative Gehalt des §10 ApG - wonach ein Bedarf zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke jedenfalls dann nicht gegeben ist, wenn sich im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und die Zahl der von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen weniger als 5500 beträgt - ergibt sich nicht allein aus dem zitierten Gesetzeswortlaut des §10 ApG, sondern jedenfalls auch in Zusammenschau mit den Regelungen des §28 Abs2 und 3 iVm. §29 Abs4 ApG, die ebenfalls das Verhältnis der öffentlichen Apotheken zu den ärztlichen Hausapothen zum Gegenstand haben.

Indem §28 Abs2 ApG die Anordnung des §10 Abs2 Z1 ApG aus Sicht der Dispensationsbefugnis der Ärzte widerspiegelt, würde diese Regelung nämlich im Ergebnis - auch unter der Annahme des Wegfalls des §10 Abs2 Z1 ApG - bewirken, dass die Arzneimittelabgabe in Standorten, in denen eine ärztliche Hausapotheke weniger als 5500 Personen zu versorgen hat, weiterhin (ausschließlich) durch die ärztlichen Hausapothen besorgt wird. Da §29 Abs4 ApG vorsieht, dass die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke zurückzunehmen ist, wenn unter anderem im Konzessionsbescheid der öffentlichen Apotheken festgestellt wurde, dass ein Versorgungspotential im Sinne des §10 ApG von mindestens 5500 Personen für die neue öffentliche Apotheke besteht, ist dem Verwaltungsgerichtshof auch nicht entgegenzutreten, wenn er davon ausgeht, dass er auch diese Bestimmung anzuwenden hat und eine allenfalls bestehende Verfassungswidrigkeit sich nur durch den - weiten - Anfechtungsumfang gänzlich beseitigen lässt (zu den Anforderungen zur Abgrenzung des Prüfungsgegenstandes vgl. zB VfSlg. 12.762/1991, 13.299/1992, 16.191/2001 sowie 16.801/2003).

3. Da auch die weiteren Prozessvoraussetzungen vorliegen, erweisen sich die zu G13/05, G37/05 und G46/05

protokollierten Anträge als zulässig.

B. In der Sache:

1. Die anfechtenden Gerichte hegen das - im Wesentlichen gleich lautende - Bedenken, dass die angefochtenen Regelungen eine die Erwerbsausübungsfreiheit verletzende Vorschrift darstellt. Zusammenfassend wird - insbesondere unter Hinweis auf die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes, VfSlg. 15.103/1998 (betreffend die Surrogatfunktion der ärztlichen Hausapothen) - die Auffassung vertreten, dass die angefochtenen Normen - selbst, wenn man davon ausgeinge, der Gesetzgeber sei durch die in Rede stehende Gesetzesänderung von seinem ursprünglichen Konzept abgegangen und habe es durch die "Gleichberechtigung" von ärztlichen Hausapothen, die die "Landbevölkerung" in dünn besiedelten Gebieten versorge, mit öffentlichen Apotheken, denen die Versorgung der Bevölkerung in den übrigen Gebieten obliege, ersetzt - verfassungswidrig seien, da der gegenständliche "Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit" der Apotheker weder durch ein besonders wichtiges öffentliches Interesse geboten oder auch sonst sachlich zu rechtfertigen sei.
2. Demgegenüber vertritt die Bundesregierung in ihren Äußerungen die Auffassung, dass es im öffentlichen Interesse gelegen sei, "zur Sicherung der Heilmittelversorgung der Bevölkerung, aber auch zur langfristigen medizinischen Versorgung in dünn besiedelten Gebieten ein ausgewogenes Gesamtkonzept zu erstellen", was durch die Regelungen des Apothekengesetzes erreicht wurde. "Nach Ansicht der Bundesregierung hat der Gesetzgeber nach Abwägung der konkurrierenden Grundrechtspositionen der öffentlichen Apotheken und der hausapothenführenden Ärzte im Rahmen seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraums einen Ausgleich gefunden, ohne dabei die Grenze der Sachlichkeit zu überschreiten."
3. Nach der Konzeption des Apothekengesetzes vor der Apothekengesetz-Novelle 2001 (BGBl. I Nr. 16/2001) war die Heilmittelversorgung der Bevölkerung primär Aufgabe der öffentlichen Apotheken; die ärztlichen Hausapothen hatten nur Surrogatfunktion für jene Fälle, in denen eine öffentlich

**Quelle:** Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)