

# TE Vfgh Erkenntnis 2008/6/26 G12/08

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.06.2008

## Index

82 Gesundheitsrecht

82/04 Apotheken, Arzneimittel

## Norm

B-VG Art140 Abs1 / Präjudizialität

B-VG Art140 Abs1 / Prüfungsgegenstand

StGG Art6 Abs1 / Erwerbsausübung

ApothekenG §10, §28, §29, §62a Abs4

ASVG §342

1. B-VG Art. 140 heute
2. B-VG Art. 140 gültig ab 01.01.2015zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2013
3. B-VG Art. 140 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2014zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 140 gültig von 01.07.2008 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
5. B-VG Art. 140 gültig von 01.01.2004 bis 30.06.2008zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
6. B-VG Art. 140 gültig von 06.06.1992 bis 31.12.2003zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 276/1992
7. B-VG Art. 140 gültig von 01.01.1991 bis 05.06.1992zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 685/1988
8. B-VG Art. 140 gültig von 01.07.1988 bis 31.12.1990zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 341/1988
9. B-VG Art. 140 gültig von 01.07.1976 bis 30.06.1988zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 302/1975
10. B-VG Art. 140 gültig von 19.12.1945 bis 30.06.1976zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 140 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
  
1. B-VG Art. 140 heute
2. B-VG Art. 140 gültig ab 01.01.2015zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2013
3. B-VG Art. 140 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2014zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 140 gültig von 01.07.2008 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
5. B-VG Art. 140 gültig von 01.01.2004 bis 30.06.2008zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
6. B-VG Art. 140 gültig von 06.06.1992 bis 31.12.2003zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 276/1992
7. B-VG Art. 140 gültig von 01.01.1991 bis 05.06.1992zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 685/1988
8. B-VG Art. 140 gültig von 01.07.1988 bis 31.12.1990zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 341/1988
9. B-VG Art. 140 gültig von 01.07.1976 bis 30.06.1988zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 302/1975
10. B-VG Art. 140 gültig von 19.12.1945 bis 30.06.1976zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 140 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
  
1. StGG Art. 6 heute
2. StGG Art. 6 gültig ab 23.12.1867

1. ASVG § 342 heute
2. ASVG § 342 gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 191/2023
3. ASVG § 342 gültig von 01.08.2023 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2023
4. ASVG § 342 gültig von 01.01.2020 bis 31.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018
5. ASVG § 342 gültig von 03.08.2017 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2017
6. ASVG § 342 gültig von 01.01.2016 bis 02.08.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
7. ASVG § 342 gültig von 01.09.2010 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/2010
8. ASVG § 342 gültig von 01.01.2010 bis 31.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 147/2009
9. ASVG § 342 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2007
10. ASVG § 342 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2003
11. ASVG § 342 gültig von 01.08.2001 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
12. ASVG § 342 gültig von 01.01.1994 bis 31.07.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 411/1996

## **Leitsatz**

Kein Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit durch die Neuregelung der Konzessionserteilung für öffentliche Apotheken in Hinblick auf die Existenz ärztlicher Hausapotheke durch Abstellen auf eine bestimmte Anzahl von Kassenarzt-Planstellen im Versorgungsgebiet nach Aufhebung der Vorgängerregelung durch den Verfassungsgerichtshof; geltende Regelung im öffentlichen Interesse, zur Erreichung der Ziele einer bestmöglichen Heilmittel- und ärztlichen Versorgung geeignet, nicht unverhältnismäßig

## **Spruch**

Der Antrag wird abgewiesen.

## **Begründung**

Entscheidungsgründe:

- I. 1. Beim Unabhängigen Verwaltungssenat im Landrömisch eins. 1. Beim Unabhängigen Verwaltungssenat im Land Niederösterreich (im Folgenden: UVS) sind Berufungsverfahren gegen Bescheide anhängig, mit welchen den berufungswerbenden Pharmazeutinnen die beantragte Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb neuer öffentlicher Apotheken in Hausleiten bzw. in Pyhra versagt wurde. In beiden Konzessionsverfahren, die mit Anträgen vom 11. Mai 2005 bzw. 8. November 2005 eingeleitet wurden, wurde von Seiten der umliegenden öffentlichen Apotheken sowie durch den in der betreffenden Gemeinde jeweils tätigen hausapothekeführenden Arzt Einspruch erhoben.  
2. Aus Anlass dieser Berufungsverfahren stellte der UVS den auf Art140 B-VG gestützten Antrag, §10 Abs2 Z1, Abs3, Abs3a und Abs3b, §28 Abs2, §29 Abs3 Z2 sowie §62a Abs4 des Gesetzes vom 18. Dezember 1906, betreffend die Regelung des Apothekenwesens (Apothekengesetz, in weiterer Folge: ApG), RGBI. 5/1907 idF BGBl. I 90/2006, als verfassungswidrig aufzuheben. Weiters werden die Eventualanträge gestellt, §62a Abs4 ApG, in eventu §10 Abs2 Z1 und §62a Abs4 leg.cit., in eventu jeweils eine näher bezeichnete Wortfolge dieser Bestimmungen als verfassungswidrig aufzuheben. 2. Aus Anlass dieser Berufungsverfahren stellte der UVS den auf Art140 B-VG gestützten Antrag, §10 Abs2 Z1, Abs3, Abs3a und Abs3b, §28 Abs2, §29 Abs3 Z2 sowie §62a Abs4 des Gesetzes vom 18. Dezember 1906, betreffend die Regelung des Apothekenwesens (Apothekengesetz, in weiterer Folge: ApG), RGBI. 5/1907 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 90 aus 2006, als verfassungswidrig aufzuheben. Weiters werden die Eventualanträge gestellt, §62a Abs4 ApG, in eventu §10 Abs2 Z1 und §62a Abs4 leg.cit., in eventu jeweils eine näher bezeichnete Wortfolge dieser Bestimmungen als verfassungswidrig aufzuheben.

## II. Zur Rechtslage:römisch II. Zur Rechtslage:

1. Mit Erkenntnis vom 14. Oktober 2005, VfSlg. 17.682, hob der Verfassungsgerichtshof mehrere Bestimmungen des ApG idF BGBl. I 16/2001, darunter die §§10 Abs2 Z1 und Abs3, 28 Abs2 und 3 sowie eine Wortfolge des §29 Abs4, mit Wirkung zum 31. Oktober 2006 als verfassungswidrig auf. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass die durch diese Normen bewirkte Zugangsbeschränkung für öffentliche Apotheken zum Schutz ärztlicher Hausapotheke gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Freiheit der Erwerbsausübung verstoße. Die Kundmachung dieses Erkenntnisses erfolgte am 10. Jänner 2006 im BGBl. I 1/2006. 1. Mit Erkenntnis vom 14. Oktober 2005, VfSlg. 17.682, hob der Verfassungsgerichtshof mehrere Bestimmungen des ApG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 16 aus

2001., darunter die §§10 Abs2 Z1 und Abs3, 28 Abs2 und 3 sowie eine Wortfolge des §29 Abs4, mit Wirkung zum 31. Oktober 2006 als verfassungswidrig auf. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass die durch diese Normen bewirkte Zugangsbeschränkung für öffentliche Apotheken zum Schutz ärztlicher Hausapotheken gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Freiheit der Erwerbsausübung verstöße. Die Kundmachung dieses Erkenntnisses erfolgte am 10. Jänner 2006 im Bundesgesetzblatt Teil eins, 1 aus 2006.„

Mit der Novelle BGBl. I 41/2006, ausgegeben am 28. März 2006, wurden mehrere Bestimmungen des ApG, darunter die von der Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof betroffenen Vorschriften, abgeändert und in den Abschnitt der Schlussbestimmungen ein neuer §62a als Übergangsvorschrift eingefügt. Mit der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, 41 aus 2006., ausgegeben am 28. März 2006, wurden mehrere Bestimmungen des ApG, darunter die von der Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof betroffenen Vorschriften, abgeändert und in den Abschnitt der Schlussbestimmungen ein neuer §62a als Übergangsvorschrift eingefügt.

Schließlich kam es mit BGBl. I 90/2006 und BGBl. I 75/2008 zu weiteren Novellierungen von im vorliegenden Fall jedoch nicht maßgeblichen Vorschriften des ApG. Schließlich kam es mit Bundesgesetzblatt Teil eins, 90 aus 2006, und Bundesgesetzblatt Teil eins, 75 aus 2008, zu weiteren Novellierungen von im vorliegenden Fall jedoch nicht maßgeblichen Vorschriften des ApG.

2. Die hier relevanten Bestimmungen des ApG in der bekämpften Fassung BGBl. I 90/2006 lauten (die mit dem Hauptantrag angefochtenen Vorschriften sind hervorgehoben): 2. Die hier relevanten Bestimmungen des ApG in der bekämpften Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 90 aus 2006, lauten (die mit dem Hauptantrag angefochtenen Vorschriften sind hervorgehoben):

"Zweiter Titel.

Konzessionierte Apotheken.

§9.

Konzession.

Der Betrieb einer öffentlichen Apotheke, welche nicht auf einem Realrechte beruht (radizierte, verkaufliche Apotheken), ist nur auf Grund einer besonderen behördlichen Bewilligung (Konzession) zulässig.

Im Konzessionsbescheid ist als Standort der Apotheke eine Gemeinde, eine Ortschaft, ein Stadtbezirk oder ein Teil eines solchen Gebietes zu bestimmen. Bei Apotheken, welche schon früher betrieben worden sind, ist der bisherige Standort aufrecht zu erhalten. Die Konzession hat nur für den Standort Geltung.

Sachliche Voraussetzungen der Konzessionerteilung

§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.

1. (2) Absatz 2 Ein Bedarf besteht nicht, wenn

1. sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach §342 Abs1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, 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.

1. (3) Absatz 3 Ein Bedarf gemäß Abs2 Z1 besteht auch dann nicht, wenn sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke

1. eine ärztliche Hausapotheke und

2. eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die versorgungswirksam höchstens eineinhalb besetzten Vertragsstellen nach Abs2 Z1 entspricht und in der Gemeinde keine weitere Vertragsstelle nach §342 Abs1 ASVG von einem Arzt für Allgemeinmedizin besetzt ist.

1. (3a)Absatz 3 aIn einem Zeitraum, während dessen ein Gesamtvertrag gemäß §341 ASVG nicht besteht, besteht ein Bedarf gemäß Abs2 Z1 dann nicht, wenn in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke weniger als zwei Ärzte für Allgemeinmedizin zum Zeitpunkt der Antragstellung ihren ständigen Berufssitz haben und sich dort eine ärztliche Hausapotheke befindet.
1. (3b)Absatz 3 bBei der Prüfung gemäß Abs2 Z1 sind bloß vorübergehende Vertragsstellen, die einmalig und auf höchstens 3 Jahre befristet sind, nicht zu berücksichtigen.
1. (4)Absatz 4Zu 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.
1. (5)Absatz 5Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner im Sinne des Abs4 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.
1. (6)Absatz 6Die Entfernung gemäß Abs2 Z2 darf ausnahmsweise unterschritten werden, wenn es besondere örtliche Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung dringend gebieten.
1. (7)Absatz 7Zur Frage des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer einzuholen. Soweit gemäß §29 Abs3 und 4 Ärzte betroffen sind, ist auch ein Gutachten der Österreichischen Ärztekammer einzuholen.
1. (8)Absatz 8Als bestehende Apotheken im Sinne des Abs2 Z2 und 3 gelten auch alle nach der Kundmachung BGBI. I Nr. 53/1998 rechtskräftig erteilten Konzessionen zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke. Als bestehende Apotheken im Sinne des Abs2 Z2 und 3 gelten auch alle nach der Kundmachung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 53 aus 1998, rechtskräftig erteilten Konzessionen zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke.

Zweiter Abschnitt.

Hausapothen der Ärzte und Tierärzte und pharmazeutische Notapparate.

Funktion ärztlicher Hausapothen

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

1. (2)Absatz 2Sind in einer Gemeinde weniger als zwei Vertragsstellen nach §342 Abs1 ASVG von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt, oder hat in einer Gemeinde nur eine Vertragsgruppenpraxis, die versorgungswirksam höchstens eineinhalb besetzten Vertragsstellen nach §10 Abs2 Z1 entspricht, ihren Berufssitz, so erfolgt die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung zur Sicherung der ärztlichen Versorgung in der Regel durch ärztliche Hausapothen, sofern nicht Abs3 oder §29 Abs1 Z3 Anwendung findet.
1. (3)Absatz 3Ist in einer Gemeinde gemäß Abs2 eine Konzession für eine öffentliche Apotheke rechtskräftig erteilt worden, so kann eine Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke gemäß §29 nicht erteilt werden.
1. (4)Absatz 4Durch Abs2 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

1. dieser in einem dem §342 Abs1 entsprechenden Vertragsverhältnis steht, oder als Arzt für Allgemeinmedizin an einer Gruppenpraxis, die in einem Vertragsverhältnis nach §342 Abs1 ASVG steht, beteiligt ist,
2. sich in der Gemeinde, in welcher der Arzt seinen Berufssitz hat, keine öffentliche Apotheke befindet, und

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

In einem Zeitraum, während dessen ein Gesamtvertrag gemäß §341 ASVG nicht besteht, findet Z1 keine Anwendung.

...

1. (3) Absatz 3 Die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke ist nach Maßgabe des Abs4 bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke zurückzunehmen, wenn

1. die Wegstrecke zwischen dem Berufssitz des Arztes und der Betriebsstätte der neu errichteten öffentlichen Apotheke vier Straßenkilometer nicht überschreitet, und

2. sich die ärztliche Hausapotheke weder in einer Gemeinde gemäß §10 Abs2 Z1 noch in einer Gemeinde gemäß §10 Abs3 befindet.

...

Sechster Abschnitt.

Schlußbestimmungen.

...

Übergangsvorschrift

...

§62a. (1) Wurde eine Konzession für eine öffentliche Apotheke nach dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 41/2006 für eine Betriebsstätte erteilt, in deren Gemeinde zum Zeitpunkt der Antragstellung gemäß §9 zwei Vertragsstellen nach §342 Abs1, die von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, vorhanden waren, so ist abweichend von §29 Abs3 und 4 die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke dann zurückzunehmen, wenn der Inhaber der Bewilligung zur Haltung der ärztlichen Hausapotheke das 65. Lebensjahr vollendet hat, sofern die Bewilligung zur Haltung der ärztlichen Hausapotheke zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes bereits rechtskräftig erteilt war. Die Frist für die Zurücknahme und die Einstellung des Betriebes der ärztlichen Hausapotheke darf dabei insgesamt jedoch zehn Jahre ab Rechtskraft der Konzession nicht übersteigen. §62a. (1) Wurde eine Konzession für eine öffentliche Apotheke nach dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 41 aus 2006, für eine Betriebsstätte erteilt, in deren Gemeinde zum Zeitpunkt der Antragstellung gemäß §9 zwei Vertragsstellen nach §342 Abs1, die von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, vorhanden waren, so ist abweichend von §29 Abs3 und 4 die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke dann zurückzunehmen, wenn der Inhaber der Bewilligung zur Haltung der ärztlichen Hausapotheke das 65. Lebensjahr vollendet hat, sofern die Bewilligung zur Haltung der ärztlichen Hausapotheke zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes bereits rechtskräftig erteilt war. Die Frist für die Zurücknahme und die Einstellung des Betriebes der ärztlichen Hausapotheke darf dabei insgesamt jedoch zehn Jahre ab Rechtskraft der Konzession nicht übersteigen.

1. (2) Absatz 2 Wurde eine Konzession für eine öffentliche Apotheke vor dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 41/2006 oder gemäß Abs3 oder 4 rechtskräftig erteilt, so gilt hinsichtlich der Rücknahme der Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke die Rechtslage vor dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 41/2006 weiter. Wurde eine Konzession für eine öffentliche Apotheke vor dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 41 aus 2006, oder gemäß Abs3 oder 4 rechtskräftig erteilt, so gilt hinsichtlich der Rücknahme der Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke die Rechtslage vor dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 41 aus 2006, weiter.

1. (3) Absatz 3 Auf im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 41/2006 anhängige Verfahren ist bis zum Ablauf des 31. Oktober 2006 die Rechtslage vor dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 41/2006 weiterhin anzuwenden. Auf im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt

Teil eins, Nr. 41 aus 2006, anhängige Verfahren ist bis zum Ablauf des 31. Oktober 2006 die Rechtslage vor dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 41 aus 2006, weiterhin anzuwenden.

1. (4) Absatz 4 Auf im Zeitpunkt der Kundmachung BGBl. I Nr. 1/2006 anhängige Konzessionsverfahren, die bis zum Ablauf des 31. Oktober 2006 nicht rechtskräftig abgeschlossen sind, ist §10 Abs2 Z1 in der Form anzuwenden, dass ein Bedarf dann nicht besteht, wenn sich in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine ärztliche Hausapotheke befindet und in der Gemeinde oder im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte zum Zeitpunkt der Antragstellung weniger als zwei Vertragsstellen nach §342 Abs1, die von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, bestehen. Auf im Zeitpunkt der Kundmachung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 1 aus 2006, anhängige Konzessionsverfahren, die bis zum Ablauf des 31. Oktober 2006 nicht rechtskräftig abgeschlossen sind, ist §10 Abs2 Z1 in der Form anzuwenden, dass ein Bedarf dann nicht besteht, wenn sich in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine ärztliche Hausapotheke befindet und in der Gemeinde oder im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte zum Zeitpunkt der Antragstellung weniger als zwei Vertragsstellen nach §342 Abs1, die von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, bestehen.

..."

3. In den Erläuterungen zur ApG-Novelle BGBl. I 41/2006 (AA-202 XXII. GP, 4 f.) wird darauf hingewiesen, dass es im Hinblick auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 17.682/2005 einer Neuregelung bedurfte, deren Grundsatz darin bestehe, die für die Sicherung der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung notwendige Verbindung zwischen der ärztlichen Versorgung und der Arzneimittelversorgung zu schaffen. Wörtlich heißt es: 3. In den Erläuterungen zur ApG-Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, 41 aus 2006, (AA-202 römisch XXII. GP, 4 f.) wird darauf hingewiesen, dass es im Hinblick auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 17.682/2005 einer Neuregelung bedurfte, deren Grundsatz darin bestehe, die für die Sicherung der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung notwendige Verbindung zwischen der ärztlichen Versorgung und der Arzneimittelversorgung zu schaffen. Wörtlich heißt es:

"... Es ist davon auszugehen, dass in ländlichen Gebieten

eine Trennung zwischen ärztlicher Tätigkeit und Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln aus ökonomischen Gründen nicht zu der gesundheitspolitischen Zielsetzung der ausreichenden flächendeckenden Versorgung führen kann. Dies betrifft jedenfalls Gemeinden, in denen nur ein versorgungswirksamer Arzt für Allgemeinmedizin seinen ständigen Berufssitz hat. In diesen Gemeinden kann in Zukunft die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln durch die ärztliche Hausapotheke erfolgen.

Es soll nichts an der Bewertung geändert werden, dass der Gesetzgeber die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung auf Grund des umfassenderen Leistungsangebots in der Regel durch öffentliche Apotheken vorsieht. In besonderen ländlichen Strukturen (Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinde) wird jedoch die Versorgung durch ärztliche Hausapotheke als Versorgungsform vorgesehen und stellt insofern in diesen Bereichen ausnahmsweise keine der öffentlichen Apotheke untergeordnete Form dar.

..."

§10 Abs2 Z1 und §28 Abs2 tragen nunmehr dem Umstand Rechnung, dass in Gemeinden, in denen nur ein Arzt für Allgemeinmedizin mit Kassenvertrag den Berufssitz hat, die Arzneimittelversorgung vorrangig durch diesen Arzt im Wege einer ärztlichen Hausapotheke erfolgen soll. Nur dann, wenn sich in einer solchen Gemeinde keine ärztliche Hausapotheke befindet, soll eine öffentliche Apotheke eröffnen können. Sobald sich in einer Gemeinde mehr als ein Arzt für Allgemeinmedizin mit Kassenvertrag befindet, kann eine öffentliche Apotheke unabhängig vom Bestehen einer ärztlichen Hausapotheke errichtet werden. Durch den Verweis auf §342 Abs1 ASVG wird zum Ausdruck gebracht, dass es sich um Kassenvertragsärzte handeln muss, die eine im Stellenplan vorgesehene Planstelle innehaben.

§10 Abs3 berücksichtigt den Umstand, dass es auch Gruppenpraxen gibt, die weniger als die doppelte Mindestordinationsstundenzahl erbringen. Die Versorgungswirksamkeit eines an einer Gruppenpraxis beteiligten Arztes für Allgemeinmedizin richtet sich nach der im Rahmen der Gruppenpraxis vereinbarten

Mindestordinationsstunden, den vereinbarten zu erbringenden Versicherungsleistungen, der Patientenfrequenz oder dem Umsatz. Abs3a trifft eine Regelung für den Fall eines sog. 'vertragslosen Zustandes'. Abs3 enthält eine Sonderregelung im Hinblick auf bloß vorübergehende Vertragsstellen (Vorgriffsstellen, Nachfolgeregelungen, etc.). Sind bei derartigen Modellen Vertragsstellen bloß von vorübergehender Natur und fallen vereinbarungsgemäß längstens innerhalb von drei Jahren wieder weg, so sind diese im Rahmen der Bedarfsprüfung nicht zu berücksichtigen. Abs8 enthält eine Klarstellung.

...

§28 bringt den Grundsatz zum Ausdruck, dass in Gemeinden mit nur einem Kassenvertragsarzt die Regelversorgung der Bevölkerung durch ärztliche Hausapotheken erfolgt.

Gemäß §29 Abs1 ist die Bewilligung für eine ärztliche Hausapotheke zu erteilen, wenn es sich bei dem antragstellenden Arzt um einen Kassenvertragsarzt für Allgemeinmedizin handelt und sich in der Gemeinde keine öffentliche Apotheke befindet oder diese mehr als sechs Kilometer entfernt ist.

§29 Abs3 sieht als Regelfall die Rücknahme der Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke vor, wenn in einer Gemeinde mit mindestens zwei Vertragsärzten eine öffentliche Apotheke bewilligt wird und sich der Berufssitz des Arztes nicht mehr als vier Straßenkilometer entfernt befindet. In Gemeinden mit nur einem Vertragsarzt erfolgt im Hinblick darauf, dass in solchen Gemeinden die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln durch ärztliche Hausapotheken erfolgt, keine Zurücknahme. Dieser Schutz gilt allerdings nicht mehr, wenn zwischenzeitig in der Gemeinde ein zweiter Kassenvertragsarzt seine Praxis eröffnen sollte.

§62a enthält die notwendigen Übergangsregelungen. Abs1 sieht im Hinblick auf die Sicherstellung der ärztlichen Versorgung und zur Verwirklichung der in §342 Abs1 Z1 ASVG vorgesehenen Wahlmöglichkeit zwischen zwei in angemessener Zeit erreichbaren Vertragsärzten für bestehende Hausapothekebewilligungen eine Verlängerung des in §29 Abs4 vorgesehenen Zeitraums vor, ohne gleichzeitig eine Zutrittsschranke für öffentliche Apotheken zu errichten. Dadurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass bei der Ausgestaltung des ärztlichen Versorgungsnetzes im ländlichen Raum bisher auch die Führung einer ärztlichen Hausapotheke in die Planung miteinbezogen wurde. Es ist daher für einen geordneten Übergang auf das nunmehrige System notwendig, diesen Hausapotheke eine längere Umstellungsfrist zu gewähren. In Gemeinden, in denen sich schon jetzt mehr als zwei Kassenvertragsärzte befinden, ist davon auszugehen, dass die notwendige Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsdienstleistungen auch gewahrt bleibt, wenn die bestehenden ärztlichen Hausapotheke innerhalb einer 3-Jahresfrist zurückgenommen werden müssen. Bei nach dem In-Kraft-Treten dieser Novelle besetzten Kassenplanstellen oder bewilligten Hausapotheke kann hingegen bereits das neue System entsprechend berücksichtigt werden. Durch diese Regelung soll ausschließlich für einen begrenzten Zeitraum eine Übergangslösung geschaffen werden, nach wie vor wird aber am Grundsatz festgehalten, dass es keine dauerhafte Parallelstruktur zwischen öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheke geben soll.

Abs2 sieht im Sinne des Vertrauenschutzes bei rechtskräftig erteilten Konzessionen eine Weitergeltung der bisherigen Rechtslage für die Zurücknahme ärztlicher Hausapotheke vor.

Anhängige Verfahren sind gemäß Abs3 bis zu der vom Verfassungsgerichtshof maximal vorgesehenen Frist für die Schaffung einer Ersatzregelung nach der bisher geltenden Rechtslage fortzuführen.

Abs4 berücksichtigt die besondere Situation von laufenden Verfahren.

..."

4. Die §§338, 341 und 342 des Bundesgesetzes vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG), BGBl. 189 idF BGBl. I 58/2008, lauten samt Überschrift auszugsweise:

4. Die §§338, 341 und 342 des Bundesgesetzes vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG), BGBl. 189 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 58 aus 2008, lauten samt Überschrift auszugsweise:

"SECHSTER TEIL

Beziehungen der Träger der Sozialversicherung (des

Hauptverbandes) zu den Angehörigen des ärztlichen und zahnärztlichen Berufs, des Dentisten-, Hebammen-, und Apothekerberufs sowie zu den Krankenanstalten und anderen

Vertragspartnern/Vertragspartnerinnen

## ABSCHNITT I

### Gemeinsame Bestimmungen

#### Regelung durch Verträge

§338. (1) Die Beziehungen der Träger der Sozialversicherung (des Hauptverbandes) zu den freiberuflich tätigen Ärzten/Ärztinnen, Zahnärzten/Zahnärztinnen, Gruppenpraxen nach den §§52a und 52b des Ärztegesetzes 1998 und §26 des Zahnärztegesetzes, BGBl. I Nr. 126/2005, Dentisten/Dentistinnen, Hebammen, Apothekern/Apothekerinnen, freiberuflich tätigen klinischen Psychologen/Psychologinnen, freiberuflich tätigen Psychotherapeuten/Psychotherapeutinnen, freiberuflich tätigen Heilmasseuren/Heilmasseurinnen, Pflegepersonen, die medizinische Hauskrankenpflege nach §151 erbringen, und anderen Vertragspartnern/Vertragspartnerinnen werden durch privatrechtliche Verträge nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen geregelt. Diese Verträge bedürfen zu ihrer Rechtsgültigkeit der schriftlichen Form. §338. (1) Die Beziehungen der Träger der Sozialversicherung (des Hauptverbandes) zu den freiberuflich tätigen Ärzten/Ärztinnen, Zahnärzten/Zahnärztinnen, Gruppenpraxen nach den §§52a und 52b des Ärztegesetzes 1998 und §26 des Zahnärztegesetzes, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 126 aus 2005, Dentisten/Dentistinnen, Hebammen, Apothekern/Apothekerinnen, freiberuflich tätigen klinischen Psychologen/Psychologinnen, freiberuflich tätigen Psychotherapeuten/Psychotherapeutinnen, freiberuflich tätigen Heilmasseuren/Heilmasseurinnen, Pflegepersonen, die medizinische Hauskrankenpflege nach §151 erbringen, und anderen Vertragspartnern/Vertragspartnerinnen werden durch privatrechtliche Verträge nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen geregelt. Diese Verträge bedürfen zu ihrer Rechtsgültigkeit der schriftlichen Form.

1. (2) Durch die Verträge nach Abs1 ist die ausreichende Versorgung der Versicherten und ihrer anspruchsberechtigten Angehörigen mit den gesetzlich und satzungsmäßig vorgesehenen Leistungen sicherzustellen. Eigene Einrichtungen der Versicherungsträger dürfen für die Versorgung mit diesen Leistungen nur nach Maßgabe der hiefür geltenden gesetzlichen Vorschriften herangezogen werden.

...

## ABSCHNITT II

### Beziehungen der Träger der Sozialversicherung

(des Hauptverbandes) zu den Ärzten

...

### Gesamtverträge

§341. (1) Die Beziehungen zwischen den Trägern der Krankenversicherung und den freiberuflich tätigen Ärzten sowie den Gruppenpraxen werden jeweils durch Gesamtverträge geregelt. Diese sind für die Träger der Krankenversicherung durch den Hauptverband mit den örtlich zuständigen Ärztekammern abzuschließen. Die Gesamtverträge bedürfen der Zustimmung des Trägers der Krankenversicherung, für den der Gesamtvertrag abgeschlossen wird. Die Österreichische Ärztekammer kann mit Zustimmung der beteiligten Ärztekammer den Gesamtvertrag mit Wirkung für diese abschließen.

...

1. (3) Der Inhalt des Gesamtvertrages ist auch Inhalt des zwischen dem Träger der Krankenversicherung und dem Arzt oder der Gruppenpraxis abzuschließenden Einzelvertrages. Vereinbarungen zwischen dem Träger der Krankenversicherung und dem Arzt oder der Gruppenpraxis im Einzelvertrag sind rechtsunwirksam, insoweit sie gegen den Inhalt eines für den Niederlassungsort des Arztes oder für den Sitz der Gruppenpraxis geltenden Gesamtvertrages verstößen.

...

Inhalt der Gesamtverträge

§342. (1) Die zwischen dem Hauptverband und den Ärztekammern abzuschließenden Gesamtverträge haben nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen insbesondere folgende Gegenstände zu regeln:

1. die Festsetzung der Zahl und der örtlichen Verteilung der Vertragsärzte und Vertrags-Gruppenpraxen unter Bedachtnahme auf die regionalen Strukturpläne Gesundheit (RSG) mit dem Ziel, daß unter Berücksichtigung der örtlichen und Verkehrsverhältnisse sowie der Bevölkerungsdichte und -struktur eine ausreichende ärztliche Versorgung im Sinne des §338 Abs2 erster Satz der in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten und deren Angehörigen gesichert ist;

in der Regel soll die Auswahl zwischen mindestens zwei in angemessener Zeit erreichbaren Vertragsärzten oder einem Vertragsarzt und einer Vertrags-Gruppenpraxis freigestellt sein;

..."

III. 1. Der UVS bringt zur Präjudizialität der angefochtenen Bestimmungen Folgendes vor: römisch III. 1. Der UVS bringt zur Präjudizialität der angefochtenen Bestimmungen Folgendes vor:

"BGBI. I Nr. 1/2006 wurde am 10.01.2006 kundgemacht. Für beide Fälle ist nunmehr die Übergangsbestimmung des §62a Abs4 Apothekengesetz anzuwenden. Diese ist daher präjudiziell. §62a Abs4 Apothekengesetz nimmt Bezug auf die Bestimmung des §10 Abs2 Z1 Apothekengesetz. In beiden im Sachverhalt dargestellten Fällen liegen die Ausschlusskriterien des §62a Abs4 (bzw. des §10 Abs2 Z1) Apothekengesetz vor. Die sonstigen Ausschlusskriterien (wie insbesondere §10 Abs3 Z3) waren daher nicht einmal mehr zu prüfen. Der UVS NÖ ist daher der Meinung, dass auch die Bestimmung des §10 Abs2 Z1 Apothekengesetz präjudiziell ist und die Anfechtung sich auch darauf beziehen muss. Die übrigen angefochtenen Bestimmungen nehmen direkt Bezug auf §10 Abs2 Z1 Apothekengesetz." "BGBI. römisch eins Nr. 1/2006 wurde am 10.01.2006 kundgemacht. Für beide Fälle ist nunmehr die Übergangsbestimmung des §62a Abs4 Apothekengesetz anzuwenden. Diese ist daher präjudiziell. §62a Abs4 Apothekengesetz nimmt Bezug auf die Bestimmung des §10 Abs2 Z1 Apothekengesetz. In beiden im Sachverhalt dargestellten Fällen liegen die Ausschlusskriterien des §62a Abs4 (bzw. des §10 Abs2 Z1) Apothekengesetz vor. Die sonstigen Ausschlusskriterien (wie insbesondere §10 Abs3 Z3) waren daher nicht einmal mehr zu prüfen. Der UVS NÖ ist daher der Meinung, dass auch die Bestimmung des §10 Abs2 Z1 Apothekengesetz präjudiziell ist und die Anfechtung sich auch darauf beziehen muss. Die übrigen angefochtenen Bestimmungen nehmen direkt Bezug auf §10 Abs2 Z1 Apothekengesetz."

2. Der UVS sieht die behauptete Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Normen im Wesentlichen darin, dass der Zweck der Bedarfsregelung für neu zu errichtende öffentliche Apotheken - die nunmehr auf Planstellen für Ärzte der Allgemeinmedizin abstelle - kein anderer sei, als derjenige der Vorgängerbestimmung, die vom Verfassungsgerichtshof mit dem bereits zitierten Erkenntnis VfSlg. 17.682/2005 als verfassungswidrig aufgehoben wurde. Der Gesetzgeber habe mit der bekämpften Regelung eine Berufszugangsschranke mit dem Ziel errichtet, bestehenden ärztlichen Hausapothen ein Mindestversorgungspotential zu sichern. Dabei stelle er - indirekt über die Anzahl der ASVG-Planstellen für Ärzte für Allgemeinmedizin - wiederum darauf ab, wie viele Personen zu versorgen sind. Dies könne jedoch nicht durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt werden, sodass der Eingriff in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Freiheit der Erwerbsausübung als unverhältnismäßig zu qualifizieren sei.

3. Die Bundesregierung erstattete eine Äußerung, in der sie die Zurückweisung des Normenprüfungsantrags hinsichtlich der §§10 Abs2 Z1 und Abs3 bis 3b sowie 29 Abs3 Z2 ApG, im Übrigen dessen Abweisung begehrte. In eventu begeht die Bundesregierung die Abweisung des Antrags zur Gänze. Für den Fall der Aufhebung wird beantragt, für das Außer-Kraft-Treten eine Frist von sechs Monaten zu bestimmen, um die erforderlichen logistischen Vorkehrungen zu ermöglichen.

3.1. Zu den Prozessvoraussetzungen weist die Bundesregierung darauf hin, dass eine Anwendung der §§10 Abs2 Z1 und Abs3 bis 3b sowie 29 Abs3 Z2 ApG in den Anlassfällen nicht in Betracht komme. Sie führt dazu aus:

"1. An die Stelle des §10 Abs2 Z1 ApG tritt in den Anlassfällen die Übergangsbestimmung des §62a Abs4 ApG. Letztere enthält zwar eine Bezugnahme auf §10 Abs2 Z1 leg. cit., diese dient aber nur der Klarstellung des Vorranges der Übergangsregelung in deren Anwendungsbereich. §62a Abs4 ApG regelt Tatbestand (in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke befindet sich eine ärztliche Hausapotheke und in der Gemeinde oder im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte bestehen im Zeitpunkt der Antragstellung weniger als zwei Vertragsstellen nach §342 Abs1 ASVG, die von Ärzten für

Allgemeinmedizin besetzt sind) und Rechtsfolge (kein Bedarf) eigenständig und ist daher bei seiner Anwendung nicht von §10 Abs2 Z1 ApG abhängig. Es steht nur fest, dass eine Anwendung des §10 Abs2 Z1 ApG bei Anwendung des §62a Abs4 ApG - auch wenn dies sprachlich nicht so ausgedrückt ist - nicht in Betracht kommt.

2. Für eine A

**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)