

TE Vfgh Erkenntnis 2020/6/23 G130/2020 ua (G130/2020-14, V327/2020-14)

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.06.2020

Index

82/04 Apotheken, Arzneimittel

Norm

B-VG Art139 Abs1 Z3

B-VG Art139 Abs5

B-VG Art140 Abs1 Z1 litc

ApothekenG §8

V der BH Bruck an der Leitha vom 02.12.2019 betr Betriebszeiten und Bereitschaftsdienst öffentlicher Apotheken

VfGG §7 Abs1

Leitsatz

Aufhebung einer Verordnung einer Nö Bezirkshauptmannschaft betreffend die Betriebszeiten und den Bereitschaftsdienst öffentlicher Apotheken in näher bezeichneten Gemeinden mangels gehöriger Kundmachung auf Grund individueller Versendung des Verordnungstextes an ausgewählte Empfänger

Spruch

I. 1. Die Verordnung der Bezirkshauptmannschaft Bruck an der Leitha vom 2. Dezember 2019, mit der die Betriebszeiten und der Bereitschaftsdienst der öffentlichen Apotheken in den Gemeinden Ebergassing, Gramatneusiedl, Himberg, Maria Lanzendorf, Leopoldsdorf, Rannersdorf, Schwechat und Enzersdorf a.d. Fischa festgesetzt werden, ZI BLA5-S-075/004, wird als gesetzwidrig aufgehoben.

2. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 30. September 2020 in Kraft.

3. Der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt II verpflichtet.

II. Der Antrag auf Aufhebung von §8 des Gesetzes, betreffend die Regelung des Apothekenwesens – Apothekengesetz, RGBl. Nr 5/1907 idF BGBl I Nr 127/2017, wird zurückgewiesen.

III. Der Bund (Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz) ist schuldig, den Antragstellern zuhanden ihres Rechtsvertreters die mit € 3.357,60 bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Entscheidungsgründe

I. Antrag

Gestützt auf Art139 Abs1 Z3 bzw Art140 Abs1 Z1 litc B-VG begehren der Erstantragsteller und die zweitantragstellende Kommanditgesellschaft,

"der Verfassungsgerichtshof möge

I.

1. §2 Abs1 der Verordnung der Bezirkshauptmannschaft Bruck an der Leitha, mit der die Betriebszeiten und der Bereitschaftsdienst der öffentlichen Apotheken in den Gemeinden Ebergassing, Gramatneusiedl, Himberg, Maria Lanzendorf, Leopoldsdorf, Rannersdorf, Schwechat und Enzersdorf a.d. Fischa festgesetzt werden (02.12.2019, BLA5-S-075/004),

2. in eventu §2 der Verordnung der Bezirkshauptmannschaft Bruck an der Leitha, mit der die Betriebszeiten und der Bereitschaftsdienst der öffentlichen Apotheken in den Gemeinden Ebergassing, Gramatneusiedl, Himberg, Maria Lanzendorf, Leopoldsdorf, Rannersdorf, Schwechat und Enzersdorf a.d. Fischa festgesetzt werden (02.12.2019, BLA5-S-075/004),

3. in eventu die Verordnung der Bezirkshauptmannschaft Bruck an der Leitha, mit der die Betriebszeiten und der Bereitschaftsdienst der öffentlichen Apotheken in den Gemeinden Ebergassing, Gramatneusiedl, Himberg, Maria Lanzendorf, Leopoldsdorf, Rannersdorf, Schwechat und Enzersdorf a.d. Fischa festgesetzt werden (02.12.2019, BLA5-S-075/004),

II.

5. §8 Apothekengesetz idFBGBl I 127/2017

6. für den Fall der Aufhebung (von Teilen) des §8 Apothekengesetz idFBGBl I 127/2017 die Verweise auf diese Bestimmung in anderen Bestimmungen, nämlich

a. §62a Apothekengesetz idF BGBl I 80/2013,

b. §68a Apothekengesetz idF BGBl I 37/2018,

c. §24 Apothekengesetz idF BGBl I 75/2008,

d. §6 Apothekengesetz idFBGBl Nr 502/1984,

in eventu Teile der in I und II genannten Vorschriften

als verfassungswidrig aufheben."

II. Rechtslage

Die maßgebliche Rechtslage stellt sich wie folgt dar (ohne Hervorhebungen im Original; die in den Hauptanträgen angefochtenen Bestimmungen sind hervorgehoben):

1. Die Verordnung der Bezirkshauptmannschaft Bruck an der Leitha vom 2. Dezember 2019, mit der die Betriebszeiten und der Bereitschaftsdienst der öffentlichen Apotheken in den Gemeinden Ebergassing, Gramatneusiedl, Himberg, Maria Lanzendorf, Leopoldsdorf, Rannersdorf, Schwechat und Enzersdorf a.d. Fischa festgesetzt werden, Zl BLA5-S-075/004, lautet wie folgt:

"Gemäß §8 Apothekengesetz, RBGBl. Nr 5/1907, zuletzt geändert BGBl. I Nr 59/2018, wird für die

? Schlossapotheke, 2435 Ebergassing, Himberger Straße 2,

? Marien-Apotheke, 2440 Gramatneusiedl, Hauptplatz 8,

? St. Georgs-Apotheke, 2325 Himberg, Hauptplatz 9,

? Aktiv-Apotheke, 2326 Maria Lanzendorf, Hauptstraße 28,

? Apotheke St. Nikolaus, 2333 Leopoldsdorf, Hauptstraße 16,

? Wallhof-Apotheke, 2324 Rannersdorf, Brauhausstraße 66,

- ? Landschafts-Apotheke, 2320 Schwechat, Wiener Straße 5,
- ? Stadtapotheke, 2320 Schwechat, Hauptplatz 23,
- ? Apotheke Enzersdorf, 2431 Enzersdorf an der Fischa, Dreifaltigkeitsplatz 5,

verordnet:

§1.

Betriebszeiten (Öffnungszeiten)

(1) Die öffentlichen Apotheken in Ebergassing, Gramatneusiedl, Himberg, Maria Lanzendorf, Leopoldsdorf, Rannersdorf, Schwechat und Enzersdorf a.d. Fischa haben an Werktagen wie folgt für Kundenverkehr offen zu halten:

a) Schlossapotheker in 2435 Ebergassing:

Montag  Freitag

8:00 Uhr  12:00 Uhr

14:00 Uhr  18:00 Uhr

Samstag

8:00 Uhr  12:00 Uhr

b) Marien-Apotheker in 2440 Gramatneusiedl:

Montag  Freitag

8:00 Uhr  12:00 Uhr

14:00 Uhr  18:00 Uhr

Samstag

8:00 Uhr  12:00 Uhr

c) St. Georgs-Apotheker in 2325 Himberg:

Montag  Freitag

8:00 Uhr  12:00 Uhr

14:00 Uhr  18:00 Uhr

Samstag

8:00 Uhr  12:00 Uhr

d) Aktiv-Apotheker in 2326 Maria Lanzendorf:

Montag  Freitag

8:00 Uhr  12:00 Uhr

14:00 Uhr  18:00 Uhr

Samstag

8:00 Uhr  12:00 Uhr

e) Apotheke St. Nikolaus in 2333 Leopoldsdorf:

Montag  Freitag

8:00 Uhr  12:00 Uhr

14:00 Uhr  18:00 Uhr

Samstag

8:00 Uhr  12:00 Uhr

f) Wallhof-Apotheke in 2324 Rannersdorf:

Montag  Freitag

8:00 Uhr  12:00 Uhr

14:00 Uhr  18:00 Uhr

Samstag

8:00 Uhr  12:00 Uhr

g) Landschafts-Apotheke und Stadtapotheke in 2320 Schwechat:

Montag  Freitag

8:00 Uhr  12:00 Uhr

14:00 Uhr  18:00 Uhr

Samstag

8:00 Uhr  12:00 Uhr

h) Apotheke Enzersdorf in 2431 Enzersdorf an der Fischa:

Montag und Donnerstag Dienstag und Freitag

Mittwoch und Samstag

8:00 Uhr  12:00 Uhr

8:00 Uhr  12:00 Uhr

8:00 Uhr  12:00 Uhr

15:00 Uhr  18:30 Uhr

15:00 Uhr  18:00 Uhr

(2) Wenn der 24. und 31. Dezember auf einen Werktag (Montag bis Freitag) fallen, dürfen die Apotheken an diesen Tagen bereits ab 12:00 Uhr geschlossen halten.

(3) An den vier Samstagen, die vor dem 24. Dezember liegen, dürfen die öffentlichen Apotheken bis 18:00 Uhr, am Feiertag 8. Dezember, wenn dieser auf einen Werktag (Montag bis Samstag) fällt, von 10:00 bis 18:00 Uhr geöffnet halten.

§2.

Bereitschaftsdienst

(1) Für die Vernehmung des Bereitschaftsdienstes außerhalb der Betriebszeiten werden die öffentlichen Apotheken in folgende Dienstgruppen eingeteilt:

Gruppe 1:

Apotheke Enzersdorf an der Fischa, 2431 Enzersdorf an der Fischa, Dreifaltigkeitsplatz 5

Gruppe 2:

Aktiv-Apotheke, 2326 Maria Lanzendorf, Hauptstraße 2

Gruppe 3:

Wallhof-Apotheke, 2324 Rannersdorf, Brauhausstraße 66

Gruppe 4:

Apotheke St. Nikolaus, 2333 Leopoldsdorf, Hauptstraße 16

Gruppe 5:

Marien-Apotheke, 2440 Gramatneusiedl, Hauptplatz 8

Gruppe 6:

Apotheke 'Zum Auge Gottes', 2401 Fischamend, Neusiedler Straße 7

(Dauerbereitschaftsdienst gemäß §8 Abs3 Apothekengesetz)

Gruppe 7:

St. Georgs-Apotheke, 2325 Himberg, Hauptplatz 9

Gruppe 8:

Stadtapotheke, 2320 Schwechat, Hauptplatz 23

Gruppe 9:

Schlossapotheke, 2435 Ebergassing, Himberger Straße 2

Gruppe 10:

Landschafts-Apotheke, 2330 Schwechat, Wiener Straße 5

(2) Der Bereitschaftsdienst wird jeweils durch die Apotheke(n) einer Dienstgruppe geleistet, wobei der Wechsel der Dienstgruppen in fortlaufender Reihenfolge täglich um 8:00 Uhr erfolgt.

(3) Für den Bereitschaftsdienst an Werktagen, ausgenommen der 24. und 31. Dezember, gilt abweichend vom Turnusbereitschaftsdienst gemäß Abs1 bis 3, dass während der Mittagssperre von Montag bis Freitag von 12:00 bis 14:00 Uhr die Marien-Apotheke in 2440 Gramatneusiedl Bereitschaftsdienst zu versehen hat. Der Mittagsbereitschaftsdienst darf auch bei geöffneter Apotheke geleistet werden.

(4) Die öffentlichen Apotheken in Ebergassing, Gramatneusiedl, Himberg, Maria Lanzendorf, Leopoldsdorf, Rannersdorf, Schwechat und Enzersdorf a.d. Fischa dürfen an Werktagen im Anschluss an die Betriebszeiten während der Abendordinationszeiten der jeweiligen örtlichen Ärzte für Allgemeinmedizin mit Kassenvertrag nach §342 Abs1 ASVG zusätzlich zum Turnusbereitschaftsdienst gemäß Abs1 und 2 Bereitschaftsdienst versehen. Dieser zusätzliche Bereitschaftsdienst darf auch bei geöffneter Apotheke geleistet werden.

(5) Während des Bereitschaftsdienstes gemäß Abs1 bis 4 muss der (die) Apothekenleiter(in) oder ein(e) andere(r) allgemein berufsberechtigte(r) Apotheker(in) zur Abgabe von Arzneimitteln in der Apotheke anwesend sein. Darüber hinaus ist die sofortige telefonische Erreichbarkeit sicherzustellen.

§3.

Allgemeine Bestimmungen und Strafbestimmungen

(1) Auf die Betriebs- und Bereitschaftsdienstzeiten der Apotheke sowie außerhalb dieser Zeiten auf die nächstgelegene(n) dienstbereite(n) Apotheke(n) in den Bezirken Bruck/Leitha, Mödling und bis nach Wien ist gut sichtbar und bei Dunkelheit beleuchtet beim Eingang der Apotheken oder in dessen unmittelbarer Nähe hinzuweisen.

(2) Die nach den Bestimmungen dieser Verordnung festgelegten Betriebszeiten und Bereitschaftsdienstzeiten sind einzuhalten. Außerhalb dieser Zeiten ist die Durchführung von Kundenverkehr nur in Notfällen gestattet.

(3) Übertretungen dieser Verordnung werden als Verwaltungsübertretung gemäß §41 Apothekengesetz bestraft.

§4.

In- und Außerkrafttreten

(1) Diese Verordnung tritt mit 1. Jänner 2020 in Kraft. An diesem Tag hat ab 8:00 Uhr die Gruppe 1 und somit die Apotheke Enzersdorf an der Fischa in 2431 Enzersdorf an der Fischa, Turnusbereitschaftsdienst gemäß §2 Abs1 und 3 zu versehen.

(2) Mit Ablauf des 31. Dezember 2019 treten die Verordnungen der Bezirkshauptmannschaft Wien-Umgebung (Mödling) vom 27. Dezember 2016, MDA5-S-0848/003 der Bezirkshauptmannschaft Bruck an der Leitha (Mödling) vom 27. Dezember 2016, MDA5-S-0848/003 außer Kraft."

2. §8 des Gesetzes, betreffend die Regelung des Apothekenwesens (Apothekengesetz, im Folgenden: ApothekenG), RGBL. 5/1907 idF BGBl I 127/2017, lautete wie folgt:

"Betriebszeiten und Bereitschaftsdienst

§8. (1) Die Zeiten, während derer die öffentlichen Apotheken für den Kundenverkehr an Werktagen offen zu halten haben (Betriebszeiten), sind von der Bezirksverwaltungsbehörde unter Bedachtnahme auf die örtlichen Verhältnisse so festzusetzen, daß die wöchentliche Betriebszeit 48 Stunden nicht überschreitet und eine tägliche Mittagssperre von ungefähr zwei Stunden eingehalten wird. Befinden sich in einem Ort mehrere öffentliche Apotheken, so sind für sie gleiche Betriebszeiten festzulegen.

(2) Für die Sperrzeiten ist von der Bezirksverwaltungsbehörde in Orten mit mehreren öffentlichen Apotheken ein Bereitschaftsdienst festzusetzen, wobei die Zahl und Auswahl der Apotheken, die gleichzeitig Bereitschaftsdienst zu versehen haben, dem Bedarf der Bevölkerung anzupassen ist. Die Bereitschaftsdienst haltenden Apotheken haben außerhalb der gemäß Abs1 festgesetzten Betriebszeiten ständig dienstbereit zu sein; ein Offenhalten während dieser Zeiten kann von der Bezirksverwaltungsbehörde bewilligt werden, wenn hierfür ein Bedarf gegeben ist.

(3) In Orten mit nur einer öffentlichen Apotheke muß der Apothekenleiter oder ein anderer allgemein berufsberechtigter Apotheker auch außerhalb der gemäß Abs1 festgesetzten Betriebszeiten zur Abgabe von Arzneimitteln in dringenden Fällen rasch erreichbar sein.

(4) An Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen sowie an jenen Tagen, die im betreffenden Bundesland wie Feiertage behandelt werden, haben in Orten mit mehreren öffentlichen Apotheken jene Apotheken bis 12 Uhr für den Kundenverkehr offenzuhalten, die in der folgenden Nacht Bereitschaftsdienst versehen. Die Bezirksverwaltungsbehörde kann anstelle des Offenhaltens einen Bereitschaftsdienst bewilligen, wenn dies die Bedarfslage gestattet. Nach 12 Uhr müssen diese Apotheken für dringende Fälle dienstbereit sein, doch kann die Bezirksverwaltungsbehörde auch ein Offenhalten bis längstens 18 Uhr bewilligen, wenn hierfür ein Bedarf gegeben ist. In Orten mit nur einer öffentlichen Apotheke kann die Bezirksverwaltungsbehörde unter Bedachtnahme auf die nach Abs1 zulässige wöchentliche Betriebszeit das Offenhalten der Apotheke an Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen sowie an jenen Tagen, die im betreffenden Bundesland wie Feiertage behandelt werden bis längstens 12 Uhr bewilligen, wenn dies die örtlichen Verkehrsgepflogenheiten erfordern.

(5) Die Bezirksverwaltungsbehörde kann hinsichtlich des Bereitschaftsdienstes öffentlicher Apotheken über die Bestimmungen der Abs2 bis 4 hinausgehend einen Diensturnus von Orten mit nur einer öffentlichen Apotheke untereinander oder mit Orten mit mehreren öffentlichen Apotheken zusammen festsetzen, wenn dies für die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung zumutbar ist. In solchen Fällen muß der Apothekenleiter oder ein anderer allgemein berufsberechtigter Apotheker während des Bereitschaftsdienstes zur Abgabe von Arzneimitteln anwesend sein.

(5a) Apotheken, die innerhalb eines Kalenderjahres an mindestens 80 Tagen Bereitschaftsdienst leisten, dürfen diesen in Ruferreichbarkeit (Abs3) verrichten.

(6) Während der Dauer eines gesteigerten Bedarfes an Arzneimitteln hat die Bezirksverwaltungsbehörde abweichende Regelungen über die Sperrzeit, den Bereitschaftsdienst und die Sonn- und Feiertagsruhe in öffentlichen Apotheken zu treffen.

(7) Vor Erlassung von Verordnungen nach den Abs1 bis 5 ist die Landesgeschäftsstelle der Österreichischen Apothekerkammer und die zuständige Arbeiterkammer zu hören. Auf Grund des Abs6 erlassene Verordnungen sind ohne Verzug dem Landeshauptmann, der Österreichischen Apothekerkammer und der zuständigen Arbeiterkammer mitzuteilen.

(8) Waren, deren Verkauf den Apotheken nicht ausschließlich vorbehalten ist, ausgenommen Mittel zur Leistung Erster Hilfe und Verbandstoffe, dürfen während der Ladenschlußzeiten der zu ihrem Verkauf gleichfalls berechtigten Handelsgewerbetreibenden in Apotheken nicht abgegeben werden."

3. Durch Art40 des 2. COVID-19-Gesetzes, BGBl I Nr 16/2020, hat §8 ApothekenG folgende Änderung erfahren:

"Nach §8 Abs8 wird folgender Abs9 eingefügt:

'(9) Wenn es aufgrund von Krisensituationen erforderlich ist, kann die Bezirksverwaltungsbehörde durch Verordnung oder auf Antrag für einen begrenzten Zeitraum abweichende Regelungen über Betriebszeiten und Notfallbereitschaften vorsehen.'"

III. Antragsvorbringen und Vorverfahren

1. Die Antragsteller bringen vor, sie seien Betreiber von öffentlichen Apotheken in Schwechat bzw in Rannersdorf. Durch die angefochtene Verordnung der Bezirkshauptmannschaft Bruck an der Leitha seien für die Apotheken der Antragsteller Betriebszeiten iSd §8 Abs1 ApothekenG festgelegt und der Bereitschaftsdienst gemäß §8 Abs2 und 5 ApothekenG geregelt worden. Hinsichtlich des Bereitschaftsdienstes seien zehn Dienstgruppen vorgesehen worden, die abwechselnd Dienst zu verrichten hätten ("Radldienst"). Der Wechsel der Dienstgruppen erfolge in fortlaufender Reihenfolge täglich um 8:00 Uhr. Während des Bereitschaftsdienstes habe gemäß §2 Abs6 [gemeint wohl: Abs5] der angefochtenen Verordnung und §8 Abs5 ApothekenG der Apothekenleiter oder ein anderer allgemein berufsberechtigter Apotheker zur Abgabe von Arzneimitteln in der Apotheke anwesend zu sein.

2. Die Antragsteller erachten sich durch die Verpflichtung zum Bereitschaftsdienst durch die angefochtene Verordnung bzw die bekämpfte Gesetzesbestimmung unmittelbar in ihren Rechten betroffen. Es stehe ihnen auch kein anderer zumutbarer Weg zur Verfügung, um diese Bestimmungen zu bekämpfen. Im Falle des Zuwiderhandelns gegen die Verpflichtung zur Leistung des Bereitschaftsdienstes drohe eine Verwaltungsstrafe.

2.1. Die angefochtene Verordnung sei nicht gehörig kundgemacht und überdies mangels Vorliegens eines Bedarfes iSv §8 Abs2 ApothekenG, der sich deutlich an der näher dargelegten, geringen Kundenfrequenz in Nachtzeiten zeige, gesetzwidrig. Die Verordnung verstoße aber auch gegen das Sachlichkeitsgebot und den Gleichheitssatz, gegen das Grundrecht auf Unversehrtheit des Eigentums und gegen die Erwerbsfreiheit. Zwar könne die Pflicht zur Leistung eines unrentablen Bereitschaftsdienstes grundsätzlich mit dem wirtschaftlichen Gebietsschutz bestehender Apotheken gerechtfertigt werden, dieser Schutz sei aber in den letzten Jahren so aufgeweicht worden (Hinweis auf EuGH 13.2.2014, Rs C-367/12, Sokoll-Seebacher und 30.6.2016, Rs C-634/15, Sokoll-Seebacher ua und §10 Abs6a ApothekenG), dass diese Rechtfertigung nunmehr nicht mehr bestehe. Ferner würden Apotheken im Vergleich zu niedergelassenen Ärzten, denen keine allgemeine Verpflichtung zur unentgeltlichen Leistung von Nachtdiensten auferlegt sei, unsachlich ungleich behandelt. Aus diesen Gründen würde auch das Grundrecht auf Unversehrtheit des Eigentums und die Erwerbsfreiheit verletzt.

2.2. §8 ApothekenG, der die Regelung des Bereitschaftsdienstes durch Verordnungen vorsehe, stelle einen Rechtsformenmissbrauch durch den Gesetzgeber dar, weil nach der Art der Regelungsinhalte Bescheide geboten wären. Im Übrigen verletze auch §8 ApothekenG das Sachlichkeitsgebot, den Gleichheitssatz sowie die Grundrechte auf Unversehrtheit des Eigentums und auf Erwerbsfreiheit, weil er die Erlassung einer diese Grundrechte verletzenden Verordnung ermögliche.

2.3. Die Behauptung der fehlerhaften Kundmachung der angefochtenen Verordnung begründen die Antragsteller im Einzelnen wie folgt (ohne Hervorhebungen im Original):

"Die Festsetzung des Bereitschaftsdienstes gem §8 Apothekengesetz durch die Bezirksverwaltungsbehörde hat gem §8 Abs7 (iVm Abs2, 5) Apothekengesetz mittels Verordnung zu erfolgen. In einer solchen Verordnung wird den jeweiligen Apothekern die mit Verwaltungsstrafe sanktionierte Verpflichtung auferlegt, die Apotheke zu den in der Verordnung genannten Zeiten offen zu halten bzw Bereitschaftsdienst zu leisten.

Für die Qualifizierung eines Verwaltungsakts als Verordnung bedarf es, nebst anderen Voraussetzungen (siehe sogleich) dessen Kundmachung (VfSlg 7375/1974, 8351/1978, 9247/1981, 11.624/1988). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes sind Verordnungen - soweit besondere Kundmachungsvorschriften im Gesetz nicht enthalten sind - 'gehörig' kundzumachen (VfSlg 16.281/2001; 15.549/1999). Nicht kundgemachte Verordnungen sind als solche rechtlich nicht existent. Der Verfassungsgerichtshof hat allerdings wiederholt

ausgesprochen, dass für die Entstehung einer Verordnung ein Mindestmaß an Publizität genügt (VfSlg 8351/1978, 9247/1981, 11.624/1988).

Die gegenständliche Verordnung des §8 Apothekengesetz wurde jedoch überhaupt nicht – in einer der Rsp des VfGH entsprechenden Weise – kundgemacht.

Das Apothekengesetz sieht für Verordnungen gem §8 Abs5 keine besonderen Kundmachungsvorschriften vor (vgl VfSlg 16.281/2001). Lediglich für den – gegenständig jedoch nicht relevanten – Abs6 normiert es, dass erlassene Verordnungen ohne Verzug dem Landeshauptmann, der Osterreichischen Apothekerkammer und der zuständigen Arbeiterkammer mitzuteilen sind.

Mangels besonderer Kundmachungsvorschriften, wäre die Verordnung sohin 'gehörig' kundzumachen gewesen.

Die BH Bruck an der Leitha erließ die Verordnung der Bezirkshauptmannschaft Bruck an der Leitha, mit der die Betriebszeiten und der Bereitschaftsdienst der öffentlichen Apotheken in den Gemeinden Ebergassing, Gramatneusiedl, Himberg, Maria Lanzendorf, Leopoldsdorf, Rannersdorf, Schwechat und Enzersdorf a.d. Fischa festgesetzt werden. Die Verordnung richtet sich ihrem eindeutigen Wortlaut nach lediglich an zehn Apotheken, unter ihnen die [...]Apotheke und die [...]Apotheke. Bloß für diese zehn Apotheken werden die Betriebszeiten festgelegt (§1) und nur diesen wird vorgeschrieben, in welcher Gruppe (in welchem 'Radl') sie Bereitschaftsdienst zu verrichten haben (§2).

Im letzten Teil der Verordnung wird bestimmt, an wen die Verordnung zuzustellen ist ('Zustellverfügung'): Die Behörde nennt zunächst die NO Apothekerkammer und hernach die zehn Apotheken sowie die Arbeiterkammer für NO?. Eine Bekanntmachung der Verordnung erfolgte sohin bloß an Apotheken, deren Rechtsstellung durch die Verordnung berührt wird sowie die genannten Interessenvertretungen. Eine zusätzliche Bekanntmachung, etwa durch öffentliche Kundmachung, erfolgte nicht. Eine 'gehörige' Kundmachung liegt sohin keinesfalls vor, erging die Verordnung ja bloß an einige wenige, individuell bestimmte Empfänger.

Die Antragsteller übersehen nicht, dass es auch Fälle gibt, in denen aufgrund der Zustellung an bloß einige wenige, individuell bestimmte Empfänger nicht schon von der Vorlage eines Bescheides auszugehen ist. Dies aber bloß dann, wenn die Zustellungsempfänger nicht die einzigen Adressaten des Verwaltungsakts sind, sondern der Verwaltungsakt trotz dieser Zustellung generell-abstrakte Wirkungen entfaltet (VfSlg 18.500/2008). Genau dies ist jedoch, wie bereits ausgeführt, gerade nicht der Fall.

Auch nach der Rsp zu §8 Apothekengesetz kann im gegenständlichen Fall nicht von einer gehörigen Kundmachung gesprochen werden: In der Entscheidung VfSlg 16.281/2001 prüfte der VfGH die Ordnungsmaßigkeit der auf §8 Apothekengesetz beruhende Verordnung der BH Innsbruck. Der Entscheidung lag der Sachverhalt zu Grunde, dass – ebenso wie im gegenständlichen Fall - aus dem Text der Verordnung (der Zustellverfügung) hervorging, dass diese lediglich an einzelne Personen bzw der Osterreichischen Apothekerkammer, der Kammer für Arbeiter und Angestellte, der Gesundheitsabteilung der Bezirkshauptmannschaft Innsbruck und dem Amt der Tiroler Landesregierung zugestellt wurde. Eine allgemeine Kundmachung unterblieb jedoch. Hierdurch sei die Verordnung zwar rechtlich in Existenz getreten, entspreche jedoch nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine gehörige Kundmachung. Die individuelle Übermittlung des Verordnungstexts an ausgewählte Empfänger ist mit dem Wesen der Kundmachung einer generellen Norm nicht vereinbar (vgl VfSlg 10.602/1985). Dieser Kundmachungsmangel treffe nicht nur die im vorliegenden Verfahren präjudiziellen Bestimmungen, sondern vielmehr die ganze Verordnung. Der VfGH kam sohin zu dem Schluss, dass die gesamte Verordnung aufzuheben sei.

Da gegenständig exakt derselbe Fall vorliegt (keine allgemeine Kundmachung – Übermittlung des Verordnungstexts lediglich an einige wenige ausgewählte Empfänger) liegt keine gehörige Kundmachung vor und die genannte Verordnung ist als gesetzwidrig aufzuheben."

3. Die Bezirkshauptmannschaft Bruck an der Leitha legte die Verordnungsakten vor, nahm jedoch von einer Äußerung Abstand.

4. Der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz erstattete zum Verordnungsprüfungsantrag keine Äußerung.

5. Die Bundesregierung erstattete zum Gesetzesprüfungsantrag eine Äußerung, in der die Zulässigkeit des Antrags teilweise bestritten und im Übrigen den im Antrag erhobenen Bedenken in der Sache entgegengetreten wird.

IV. Erwägungen

1. Zur Zulässigkeit der Anträge

1.1. Gemäß Art139 Abs1 Z3 und Art140 Abs1 Z1 litc B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Gesetzswidrigkeit von Verordnungen und die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Gesetzswidrigkeit bzw Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, wenn das Gesetz bzw die Verordnung ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist. Wie der Verfassungsgerichtshof in seiner mit VfSlg 8009/1977 und 8058/1977 beginnenden ständigen Rechtsprechung ausgeführt hat, ist daher grundlegende Voraussetzung für die Antragslegitimation, dass das Gesetz bzw die Verordnung in die Rechtssphäre der betroffenen Person unmittelbar eingreift und sie – im Falle seiner Verfassungswidrigkeit bzw ihrer Gesetzswidrigkeit – verletzt. Hierbei hat der Verfassungsgerichtshof vom Antragsvorbringen auszugehen und lediglich zu prüfen, ob die vom Antragsteller ins Treffen geführten Wirkungen solche sind, wie sie Art139 Abs1 Z3 und Art140 Abs1 Z1 litc B-VG als Voraussetzung für die Antragslegitimation fordert (vgl zB VfSlg 10.353/1985, 15.306/1998, 16.890/2003).

1.2. Zum Antrag gemäß Art139 Abs1 Z3 B-VG:

1.2.1. Die Antragsteller bringen vor, durch die Regelung der Bereitschaftsdienste in der angefochtenen Verordnung in ihren Rechten verletzt zu sein.

1.2.2. Die Verordnung der Bezirkshauptmannschaft Bruck an der Leitha vom 2. Dezember 2019, mit der Betriebszeiten und der Bereitschaftsdienst für näher bezeichnete öffentliche Apotheken festgesetzt werden, regelt in §1 die Betriebszeiten und in §2 den Bereitschaftsdienst; §3 leg. cit. enthält allgemeine und Strafbestimmungen und §4 leg. cit. regelt das In- und Außerkrafttreten.

1.2.3. Es ist offenkundig, dass die Antragsteller durch die Auferlegung der Pflicht, periodisch Bereitschaftsdienst zu leisten, durch die angefochtene Verordnung unmittelbar und aktuell betroffen sind und dass ihnen kein anderer zumutbarer Weg offensteht, ihre Bedenken an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen (vgl VfSlg 16.281/2001, 17.350/2004; VfGH 11.6.2012, V28/12).

1.2.4. Mit Hauptantrag I.1. begehren die Antragsteller (lediglich) die Aufhebung von §2 Abs1 der Verordnung der Bezirkshauptmannschaft Bruck an der Leitha, mit der die Betriebszeiten und der Bereitschaftsdienst näher bezeichneter Apotheken festgesetzt werden. Dieser Antrag ist zu eng, weil die weiteren Absätze dieser Bestimmung in einem untrennbaren Zusammenhang mit Abs1 stehen. Antrag I.1. ist daher unzulässig. Der Eventualantrag I.2., der sich auf den gesamten §2 der Verordnung bezieht, ist hingegen zulässig, weshalb es sich erübrigt, auf die weiteren diesbezüglichen Eventualanträge einzugehen.

1.3. Zum Antrag gemäß Art140 Abs1 Z1 litc B-VG:

1.3.1. Die Antragsteller begehren mit ihrem Hauptantrag II.5. die Aufhebung von "§8 Apothekengesetz idFBGBl I 127/2017". Art40 des 2. COVID-19-Gesetzes, BGBl I 16/2020, hat §8 ApothekenG einen neuen Abs9 angefügt, der ua zur Anordnung abweichender Regelungen über Notfallbereitschaften durch Verordnung der Bezirksverwaltungsbehörde ermächtigt. Der Antrag bezieht sich somit nicht (mehr) auf die im Entscheidungszeitpunkt des Verfassungsgerichtshofes geltende Fassung der Vorschrift und ist daher nicht (mehr) zulässig (vgl zB VfGH 9.12.2015, G25/2013, V14/2013). Daran ändert der Umstand nichts, dass die übrigen Absätze des nunmehrigen §8 ApothekenG idF BGBl I 16/2020 wörtlich unverändert blieben. Der Verfassungsgerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass die Novellierung eines Gesetzes gleichzeitig auch die Neuerlassung des alten – vom Novellentext nicht erfassten – Gesetzestextes bedeutet, sofern zwischen dem bestehenden Gesetzestext und der Novelle – wie hier – ein untrennbarer Zusammenhang besteht (vgl VfSlg 17.570/2005 mwN). Selbst wenn die von den Antragstellern vorgebrachten Bedenken der Sache nach auch auf die nunmehr geltende Gesetzesbestimmung bezogen werden könnten und zuträfen, wäre es dem Verfassungsgerichtshof aber verwehrt, die Aufhebung einer anderen als der im Antrag bezeichneten Gesetzesbestimmung auszusprechen (vgl VfSlg 16.799/2003).

1.3.2. Der Hauptantrag II.5. ist daher ebenso unzulässig wie der pauschal auf "Teile" des §8 ApothekenG idFBGBl I 127/2017 gerichtete Eventualantrag. Damit erübrigt sich auch, auf den für den Fall der Aufhebung dieser

Bestimmungen gestellten, bedingten Zusatzantrag einzugehen.

2. In der Sache

2.1. Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit einer Verordnung gemäß Art139 B-VG auf die Erörterung der geltend gemachten Bedenken zu beschränken (vgl VfSlg 11.580/1987, 14.044/1995, 16.674/2002). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen gesetzwidrig ist (VfSlg 15.644/1999, 17.222/2004).

2.2. Der Verordnungsprüfungsantrag ist begründet:

2.2.1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes sind Verordnungen – soweit besondere Kundmachungsvorschriften im Gesetz nicht enthalten sind – "gehörig" kundzumachen (vgl zB VfSlg 16.281/2001, 18.323/2007, 19.527/2011), dh in einer solchen Art, dass alle Adressaten von der Verordnung Kenntnis erhalten können (vgl zB VfSlg 3714/1960, 16.281/2001, 19.072/2010, 19.848/2014). Nicht kundgemachte Verordnungen sind als solche nicht rechtlich existent. Um in rechtliche Existenz zu erwachsen, genügt für Rechtsverordnungen jedoch ein Mindestmaß an Publizität (vgl zB VfSlg 8351/1978, 9247/1981, 12.382/1990, 16.281/2001, 16.875/2003,

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at