

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

G 33/12-11

30. Juni 2012

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des
Präsidenten

Dr. Gerhart HOLZINGER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. Brigitte BIERLEIN

und der Mitglieder

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

DDr. Christoph GRABENWARTER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

DDr. Hans Georg RUPPE,

Dr. Johannes SCHNIZER

sowie der Ersatzmitglieder

Dr. Nikolaus BACHLER und

Dr. Irmgard GRISS

als Stimmführer, im Beisein der Schriftführerin

Mag. Valerie TROFAIER-LESKOVAR,

in dem von Amts wegen eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 62a Abs. 1 Apothekengesetz, RGBl. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBl. I Nr. 41/2006, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

- I. § 62a Abs. 1 Apothekengesetz, RGBl. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBl. I Nr. 41/2006, wird als verfassungswidrig aufgehoben.
- II. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2013 in Kraft.
- III. Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.
- IV. Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.

Entscheidungsgründe

I. Anlassverfahren, Prüfungsbeschluss und Vorverfahren

1. Beim Verfassungsgerichtshof ist ein zu B 1060/11 protokolliertes Beschwerdeverfahren anhängig, dem folgender Sachverhalt zu Grunde liegt: 1

1.1. Der Bezirkshauptmann von Völkermarkt erteilte der Beschwerdeführerin aufgrund ihres am 31. Dezember 2008 eingebrachten Antrags mit Bescheid vom 17. Mai 2010 die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke in Bad Eisenkappel. In dieser Gemeinde waren damals und sind nach wie vor zwei Vertragsstellen gemäß § 342 Abs. 1 ASVG von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt, denen jeweils eine Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke erteilt worden war. 2

Mit Schreiben vom 12. Jänner 2011 gab die Beschwerdeführerin der Bezirkshauptmannschaft Völkermarkt ihre Absicht bekannt, den Betrieb der neuen öffentlichen Apotheke mit 1. Juli 2011 aufzunehmen, und stellte den Antrag auf Zurücknahme der bestehenden Hausapothekenbewilligungen mit Wirksamkeit zum 30. Juni 2011. 3

1.2. Mit dem im Instanzenzug erlassenen Bescheid vom 17. August 2011 wies der Unabhängige Verwaltungssenat für Kärnten (UVS Kärnten) den Antrag der Beschwerdeführerin auf Zurücknahme der Hausapothekenbewilligungen zum Zeitpunkt der geplanten Eröffnung ihrer öffentlichen Apotheke unter Berufung auf § 62a Apothekengesetz, RGBl. 5/1907, in der Fassung BGBl. I 41/2006, mit der Begründung ab, dass die Konzession erst nach Inkrafttreten der Apothekengesetznovelle 2006, BGBl. I 41/2006, erteilt und der Antrag auf Erteilung der Konzession am 31. Dezember 2008 eingebracht worden war. Zum Zeitpunkt der Antragstellung durch die Beschwerdeführerin seien in der Gemeinde Bad Eisenkappel zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt waren, vorhanden. Aus diesem Grund komme § 62a Apothekengesetz zur Anwendung, wonach die Bewilligung zur Haltung von ärztlichen Hausapotheken dann zurückzunehmen ist, wenn die Inhaber dieser Bewilligungen das 65. Lebensjahr vollendet haben. Die Frist für die Zurücknahme und die Einstellung des Betriebes der ärztlichen Hausapotheke dürfe dabei jedoch insgesamt zehn Jahre ab Rechtskraft der Konzession nicht übersteigen.

4

1.3. Da die beiden Ärzte für Allgemeinmedizin mit einer Vertragsstelle gemäß § 342 Abs. 1 ASVG in der Gemeinde Bad Eisenkappel zum 30. Juni 2011 das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet hätten und zu diesem Zeitpunkt auch die gesetzlich normierte maximale Frist von zehn Jahren ab Rechtskraft der Konzessionserteilung für die öffentliche Apotheke der Beschwerdeführerin noch nicht abgelaufen sei, lägen die Voraussetzungen für eine Zurücknahme der erteilten Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke nicht vor.

5

1.4. In der gemäß Art. 144 B-VG gegen diesen Bescheid des UVS Kärnten erhobenen Beschwerde macht die Beschwerdeführerin mit näherer Begründung die Verletzung in den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Gleichheit vor dem Gesetz, auf Freiheit der Erwerbsausübung und Unverletzlichkeit des Eigentums wegen Anwendung des als verfassungswidrig erachteten § 62a Apothekengesetz, RGBl. 5/1907, in der Fassung BGBl. I 41/2006, geltend und begehrt die kostenpflichtige Aufhebung des bekämpften Bescheides. Die Regelungen des Apothekengesetzes seien insofern in sich widersprüchlich und nicht mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar, als einerseits § 19 Abs. 1 leg.cit. ohne Bezugnahme auf § 62a leg.cit. eine fünfjährige Frist für die Inbetriebnahme einer öffentlichen Apotheke vorsehe, andererseits aber, wenn die Konzession für die Errichtung einer neuen Apotheke für eine Gemeinde erteilt worden ist, in der

6

zum Zeitpunkt der Antragstellung zwei Ärzte für Allgemeinmedizin ihre Ordination betrieben, diese Ärzte ihre bis dahin betriebenen ärztlichen Hausapotheken über diese Fünfjahresfrist hinaus noch weitere fünf Jahre (insgesamt zehn Jahre) betreiben dürften, sodass es zu einem parallelen Betrieb von ärztlichen Hausapotheken und öffentlichen Apotheken kommen müsse. Ein wirtschaftlich sinnvoller Betrieb der neuen öffentlichen Apotheke sei in diesem Zeitraum nicht möglich.

1.5. Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete eine Gegenschrift. Sie führte darin aus, dass die gesetzlich normierte Frist von zehn Jahren im gegenständlichen Verfahren nicht schlagend werde, weil die Beschwerdeführerin die Zurücknahme der Hausapothekenbewilligungen der beiden ortsansässigen Ärzte mit Wirksamkeit zum 30. Juni 2011 beantragt habe und zu diesem Zeitpunkt seit der Konzessionserteilung erst ein Zeitraum von circa einem halben Jahr verstrichen sei. Weiters erreichte ein Inhaber einer Hausapothekenbewilligung am 23. August 2012 das 65. Lebensjahr, weshalb die maximale Frist von zehn Jahren überhaupt nicht zur Anwendung gelange. Die Regelung hinsichtlich der Höchstdauer für die Zurücknahme einer Hausapothekenbewilligung im Sinne des § 62a Apothekengesetz sei daher im vorliegenden Fall nicht präjudiziell.

7

1.6. Die beiden hausapothekenführenden Ärzte in der Gemeinde Bad Eisenkappel als beteiligte Parteien erstatteten eine Äußerung zur Beschwerde. Die 10-Jahresfrist des § 62a Apothekengesetz komme gar nicht zur Anwendung, "da diese erst dann ihre Rechtswirkung entfaltet, wenn die nach § 29 Abs. 4 ApG normierte 3-Jahresfrist abgelaufen ist. Eine Entziehung vor Ablauf von 3 Jahren würde nämlich in Widerspruch zu § 29 Abs. 4 ApG stehen." Aufgrund der am 2. Juni 2010 rechtskräftig gewordenen Apothekenkonzessionserteilung an die Beschwerdeführerin sei daher eine Zurücknahme der Hausapothekenbewilligungen unabhängig von der Rechtsfrage, ob § 62a Abs. 1 Apothekengesetz als verfassungswidrig zu beurteilen sei, nicht zulässig.

8

Die Rechtslage, welche Gegenstand des Erkenntnisses VfSlg. 16.038/2000 war (und zur Aufhebung des § 62 Apothekengesetz in der Fassung BGBl. I 120/1998 führte), sei mit der heutigen nicht vergleichbar. So bestehe damals gemäß § 19 Apothekengesetz die Verpflichtung, eine öffentliche Apotheke innerhalb einer Jahresfrist in Betrieb zu nehmen, während nach der aktuellen Rechtslage diese

9

Frist auf fünf Jahre verlängert worden sei. Die Koexistenz von öffentlicher Apotheke und ärztlicher Hausapotheke habe sich daher erheblich reduziert.

Es sei auch der Vertrauensschutz der Ärzteschaft zu wahren. Hausapothekenführende Ärzte hätten sich seit 1985 im Vertrauen auf den Umstand, dass eine öffentliche Apotheke nur bewilligt werde, wenn in einer Gemeinde bzw. im 4-Kilometer-Straßenumkreis 5.500 zu versorgende Personen vorhanden sind – dies entspreche im Regelfall bei Vergabe einer ärztlichen Planstelle bei rund 1.600 bis maximal 2.000 Personen einer "Drei-Arzt-Gemeinde" – unternehmerische Dispositionen und Investitionen im Vertrauen auf den Fortbestand dieser Rechtslage gesetzt. Das Einkommen eines hausapothekenführenden Arztes schlüsse sich zwischen ärztlicher Tätigkeit und Hausapotheke im Verhältnis eines Apothekenanteiles von 40-60% auf, sodass der Wegfall der ärztlichen Hausapotheke auch für den betreffenden hausapothekenführenden Arzt eine erhebliche finanzielle Einbuße zur Folge habe. Dieses Vertrauen in die Lebensplanung sei zu erhalten. Die vom Gesetzgeber in "Zweiarztgemeinden", in denen nach der vormaligen Rechtslage auf Grund der erforderlichen Einwohneranzahl der Bedarf für eine öffentliche Apotheke erfahrungsgemäß nicht gegeben war, geschaffene 10-jährige Fortführungsfrist nehme auf den Vertrauensschutz des hausapothekenführenden Arztes Bedacht. Während seit der Apothekengesetz-Novelle 2006 jedem Antragsteller die Rechtslage des § 62a Abs. 1 Apothekengesetz einschließlich der darin normierten maximal 10-jährigen Fortführungsfrist bekannt sei, sei dies bei der im Dezember 2000 aufgehobenen Bestimmung des § 62 Apothekengesetz nicht der Fall; diese stelle nämlich auf die Rechtskraft der Konzessionserteilung ab, sodass der Apothekenwerber, der bereits seit Monaten oder Jahren ein Konzessionsansuchen anhängig hatte, vor vollendete Tatsachen gestellt würde. Dem gegenüber stelle § 62a Abs. 1 Apothekengesetz auf den Zeitpunkt der Einbringung des Konzessionsantrages nach Inkrafttreten der Apothekengesetznovelle 2006 (29. März 2006) ab, sodass ein Apothekenwerber nicht mehr durch die dem hausapothekenführenden Arzt eingeräumte 10-Jahresfrist überrascht habe werden können. Der Konzessionswerber habe vielmehr in Kenntnis dieses Umstandes das Apothekenansuchen in einer "Zweiarztgemeinde" eingebracht, in welchem Fall eine Schutzwirkung bzw. ein Eingriff in seine Lebensplanung nicht erfolgt sei. Die beteiligten Parteien erachten aus diesen Gründen § 62a Abs. 1 Apothekengesetz in der Fassung BGBl. I 41/2006 nicht als verfassungswidrig und beantragen die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

10

2. Aus Anlass dieser Beschwerde hat der Verfassungsgerichtshof am 5. März 2012 gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG beschlossen, die Verfassungsmäßigkeit des § 62a Abs. 1 Apothekengesetz, RGBl. 5/1907, in der Fassung BGBl. I 41/2006, von Amts wegen zu prüfen.

11

2.1. Der Verfassungsgerichtshof ist im Prüfungsbeschluss vorläufig davon ausgegangen, dass die Beschwerde zulässig ist, der belangte UVS Kärnten § 62a Abs. 1 Apothekengesetz bei der Erlassung des angefochtenen Bescheids angewendet hat und der Verfassungsgerichtshof diese Bestimmung im vorliegenden Beschwerdeverfahren anzuwenden hätte. Auch ging der Verfassungsgerichtshof davon aus, dass "§ 62a Abs. 1 Apothekengesetz [...] zur Gänze präjudiziell sein [dürfte], weil die in der genannten Bestimmung angeführte Zurücknahme der Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke (Verstreichen einer Frist von zehn Jahren ab Rechtskraft der Konzessionserteilung für eine öffentliche Apotheke, es sei denn, der Inhaber der ärztlichen Hausapotheke vollendet vorher das 65. Lebensjahr) – gemessen an der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg. 14.044/1995, 14.180/1995, 14.466/1996) – in untrennbarem Zusammenhang zu stehen scheinen."

12

2.2. Die Erwägungen, die den Verfassungsgerichtshof zur Einleitung des Gesetzesprüfungsverfahrens veranlasst hatten, legte er in seinem Prüfungsbeschluss – nach ausführlicher Darstellung der Entwicklung der relevanten Bestimmungen des Apothekengesetzes vor dem Hintergrund der Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes und der darauf hin erlassenen gesetzlichen Bestimmungen – wie folgt dar:

13

"[...]

3. Der Verfassungsgerichtshof hat daher bereits mehrmals festgestellt (zB VfSlg. 17.682/2005, 18.513/2008), dass sich die Voraussetzungen für die Erteilung einer Konzession für öffentliche Apotheken einerseits und für ärztliche Hausapotheken andererseits seit der Apothekengesetz-Novelle 2001, BGBl. I 16/2001, geändert haben. Vor Inkrafttreten der Apothekengesetz-Novelle 2001 gab es einen durchgängigen Vorrang für öffentliche Apotheken gegenüber ärztlichen Hausapotheken; wurde die Konzession für eine neue öffentliche Apotheke erteilt, musste die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke zurückgenommen werden. Mit der Apothekengesetz-Novelle 2001 wurde dieser absolute Vorrang für öffentliche Apotheken in einer Hinsicht durchbrochen: Die Konzession für eine öffentliche Apotheke darf nun nicht mehr erteilt werden, wenn 'sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger

als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind' (§ 10 Abs. 2 Z 1 Apothekengesetz; vgl. weiters § 10 Abs. 3 Apothekengesetz, der die entsprechende Regelung für Vertragsgruppenpraxen festlegt). Komplementär bestimmt § 29 Abs. 1 Apothekengesetz, dass die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke einem Arzt für Allgemeinmedizin auf Antrag zu erteilen ist, wenn '1. dieser in einem dem § 342 Abs. 1 [ASVG] entsprechenden Vertragsverhältnis steht, oder als Arzt für Allgemeinmedizin an einer Gruppenpraxis, die in einem Vertragsverhältnis nach § 342 Abs. 1 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'.

4. Lediglich in diesem (Sonder-)Fall hat der Gesetzgeber den Vorrang von ärztlichen Hausapotheken gegenüber einer öffentlichen Apotheke vorgesehen. Dies wird in den Materialien (AA-202, 22. GP, 5) einerseits mit der Sicherstellung der medizinischen Versorgung der Landbevölkerung und andererseits damit begründet, dass ärztliche Ordinationen in diesen Regionen oft nur in Verbindung mit einer ärztlichen Hausapotheke wirtschaftlich tragfähig sind.

4.1. Der Gesetzgeber hat allerdings selbst in diesem (Sonder-)Fall den Vorrang der ärztlichen Hausapotheke gegenüber der öffentlichen Apotheke nicht uneingeschränkt festgelegt: Gemäß § 29 Abs. 3 Apothekengesetz ist die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen 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 Abs. 2 Z 1 noch in einer Gemeinde gemäß § 10 Abs. 3 befindet'. Daran anknüpfend regelt § 29 Abs. 4 Apothekengesetz, mit welcher zeitlichen Wirkung die Zurücknahme der Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke auszusprechen ist: Die über Antrag des Inhabers der neu errichteten öffentlichen Apotheke auszusprechende Zurücknahme der Bewilligung für die ärztliche Hausapotheke hat spätestens drei Jahre nach Rechtskraft des Konzessionsbescheids für die neue öffentliche Apotheke zu erfolgen; wird die öffentliche Apotheke erst nach diesem Zeitpunkt in Betrieb genommen, ist die Hausapothekenbewilligung so zurückzunehmen, dass die Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke und die Einstellung des Hausapothekenbetriebs zum selben Zeitpunkt erfolgen.

4.2. Der Sonderfall des Vorrangs der ärztlichen Hausapotheke gegenüber der öffentlichen Apotheke gilt aber nur für sogenannte Ein-Kassen-Arzt-Gemeinden. In einer Gemeinde, in der sich eine oder mehrere ärztliche Hausapotheken befinden und in der entweder zwei oder mehrere Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind (vgl. auch die entsprechende Bestimmung in § 10 Abs. 3 Apothekengesetz für eine Vertragsgruppenpraxis), kann eine Konzession für eine öffentliche Apotheke auch dann erteilt werden, wenn es dort bereits Hausapothekenbewilligungen gibt. Da der Gesetzgeber somit bei dieser Sachlage nach wie vor die Surrogatfunktion der ärztlichen Hausapotheke festlegt, hat er (konsequenterweise) in diesem Fall gemäß § 62a Abs. 1 Apothekengesetz die Zurücknahme der Bewilli-

gung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke vorgesehen. Die Zurücknahme wird dabei allerdings an Fristen geknüpft, die unsachlich und daher verfassungswidrig zu sein scheinen.

4.3. Nach der vorläufigen Auffassung des Verfassungsgerichtshofes erscheint es als unsachlich, dass der Gesetzgeber in derartigen Fallkonstellationen in § 62a Abs. 1 Apothekengesetz den Ärzten für Allgemeinmedizin einen derart langen Übergangszeitraum einräumt, in denen diese – trotz Antrags des Inhabers einer Konzession für eine öffentliche Apotheke auf Rücknahme der Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke – die ärztliche Hausapotheke weiter führen dürfen. Nach § 62a Abs. 1 Apothekengesetz kann dies zehn Jahre gerechnet ab Rechtskraft des Konzessionsbescheids für die neue öffentliche Apotheke dauern, es sei denn, der Arzt für Allgemeinmedizin vollendet vorher das 65. Lebensjahr. Der Verfassungsgerichtshof kann vorläufig keine Rechtfertigung für diese lange Dauer des Übergangszeitraums finden. Im Gesetzesprüfungsverfahren wird zu prüfen sein, ob und in welchem Ausmaß der Vertrauensschutz der betroffenen Ärzte für Allgemeinmedizin überhaupt die Festlegung eines Übergangszeitraums erfordert und inwieweit hiebei ein rechtspolitisches Ermessen des Gesetzgebers besteht.

4.4. Der Verfassungsgerichtshof kann weiters vorläufig keine Rechtfertigung dafür finden, dass die zehnjährige Zurücknahmefrist in § 62a Abs. 1 Apothekengesetz länger ist als die in § 29 Abs. 4 Apothekengesetz verankerte Dreijahresfrist für Hausapotheken in Ein-Kassen-Arzt-Gemeinden. § 29 Abs. 4 Apothekengesetz sieht nämlich für sogenannte Ein-Kassen-Arzt-Gemeinden vor, dass die Zurücknahme der erteilten Hausapothekenbewilligung so rechtzeitig auszusprechen ist, dass die Einstellung des Hausapothekenbetriebes drei Jahre nach Rechtskraft jenes Bescheides erfolgt, mit dem die Konzession für die öffentliche Apotheke erteilt wurde. Die vorläufigen Bedenken bestehen insbesondere vor dem Hintergrund, dass § 29 Abs. 4 Apothekengesetz eine Frist für die Zurücknahme einer ärztlichen Hausapotheke für den einzigen Fall nach dem Apothekengesetz vorsieht, in dem der betroffene Arzt möglicherweise einen erhöhten Vertrauensschutz hinsichtlich des Bestands seiner ärztlichen Hausapotheke hat, was mit der durch § 62a Abs. 1 Apothekengesetz erfassten Konstellation nicht vergleichbar zu sein scheint."

3. Die Bundesregierung erstattete dazu eine Äußerung, in der sie beantragt, die in Prüfung gezogene Bestimmung nicht als verfassungswidrig aufzuheben. Im Einzelnen hält sie den Bedenken des Verfassungsgerichtshofes Folgendes entgegen (Hervorhebungen nicht vom Verfassungsgerichtshof):

14

"I.

Zur Rechtslage:

1. Der in Prüfung gezogene § 62a Abs. 1 des Apothekengesetzes, RGBl. Nr. 5/1907 idF BGBl. I Nr. 41/2006, beruht auf einem Abänderungsantrag (AA-

202, 22. GP) zum Bericht des Gesundheitsausschusses über den Antrag 751/A (1293 BlgNR 22. GP) betreffend ua. eine Änderung des Apothekengesetzes. Dieser Abänderungsantrag erging in Reaktion auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 17.682/2005, mit dem wesentliche Regelungen betreffend die Bewilligung von öffentlichen Apotheken und Hausapotheken aufgehoben wurden (vgl. die Begründung des Abänderungsantrags, StenProtNR 22. GP, 139. Sitzung, 246). Dem Abänderungsantrag lag 'das weitgehende Einverständnis beider Standesgruppen [Apotheker, Ärzte]' zugrunde (StenProtNR 22. GP, 139. Sitzung, 249; 252: 'in weitestgehendem Maße eine Einigung').

2. § 62a Abs. 1 ist eine Übergangsbestimmung, die im Kontext der mit der Novelle des Apothekengesetzes BGBl. I Nr. 41/2006 beschlossenen Neuregelung des Verhältnisses zwischen öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken (insbesondere in den §§ 10, 19, 28 und 30; im Folgenden sind Paragraphen ohne Gesetzesangabe solche des Apothekengesetzes) zu sehen ist:

2.1. Gemäß § 10 Abs. 2 Z 1 besteht kein Bedarf an einer öffentlichen Apotheke in 'Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinden' (das sind Gemeinden, in denen weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG mit Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind) mit bestehender ärztlicher Hausapotheke. Gemäß § 10 Abs. 3 gilt dasselbe für Gemeinden mit einer Vertragsgruppenpraxis, die höchstens eineinhalb Vertragsstellen entspricht. Dem entsprechend bestimmt § 29 Abs. 3 Z 2, dass die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke ua. dann nicht zurückzunehmen ist, wenn sich die ärztliche Hausapotheke in einer Gemeinde gemäß § 10 Abs. 2 Z 1 oder in einer Gemeinde gemäß § 10 Abs. 3 – also in Gemeinden, in denen es von Gesetzes wegen mangels Bedarfs zu keiner Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke kommen kann – befindet.

In 'Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinden' soll vielmehr die Regelversorgung mit Arzneimitteln durch die ärztliche Hausapotheke erfolgen (vgl. die Wortmeldung des Abgeordneten *Rasinger*, StenProtNR 22. GP, 139. Sitzung, 242). Begründet wird dieser ausnahmsweise Vorrang der Arzneimittelversorgung durch ärztliche Hausapotheken mit den besonderen ländlichen Strukturen von 'Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinden':

'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.' (Begründung des Abänderungsantrags, StenProtNR 22. GP, 139. Sitzung, 246)

2.2. In Gemeinden mit zwei oder mehr Vertragsärzten schließt eine bestehende ärztliche Hausapotheke den Bedarf an einer öffentlichen Apotheke nicht aus (vgl. zu den sachlichen Voraussetzungen der Konzessionserteilung näher § 10). Für die Zurücknahme der Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke gilt § 29 Abs. 3 und 4: Bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke in einer Entfernung von bis zu vier Straßenkilometern zum Berufssitz des Arztes ist die Hausapothekenbewilligung auf Antrag des Inhabers der öffentlichen Apotheke zurückzunehmen und ihr Betrieb binnen drei Jahren ab Rechtskraft des Konzessionsbescheids einzustellen. Aufgrund der (im Folgenden zu erläuternden) Übergangsbestimmung des § 62a Abs. 1 gilt die allgemeine Regelung des § 29

Abs. 3 und 4 jedoch hauptsächlich für 'Drei-oder-mehr-Kassenvertragsarzt-Gemeinden'.

2.3. Für 'Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden' (das sind Gemeinden, in denen zum Zeitpunkt der Stellung des Konzessionsantrags zwei Kassenvertragsstellen gemäß § 342 Abs. 1 ASVG von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt waren) enthält § 62a Abs. 1 eine Sonderregelung für die Zurücknahme einer Hausapothekenbewilligung. Wird in einer solchen Gemeinde die Konzession für eine öffentliche Apotheke nach Inkrafttreten der Novelle BGBl. I Nr. 41/2006 erteilt, ist die Bewilligung zur Haltung einer zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Novelle *bestehenden* ärztlichen Hausapotheke zurückzunehmen, wenn der Bewilligungsinhaber das 65. Lebensjahr erreicht hat, jedenfalls aber binnen zehn Jahren nach Rechtskraft der Konzession für die öffentliche Apotheke. Für diesen Zeitraum dürfen bestehende ärztliche Hausapotheken in 'Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden' parallel zu einer neu errichteten öffentlichen Apotheke betrieben werden. Die Zurücknahme von *neuen*, nach Inkrafttreten der zitierten Novelle erteilten Hausapothekenbewilligungen richtet sich hingegen nach den allgemeinen Bestimmungen des § 29 Abs. 3 und 4 (Zurücknahme und Einstellung des Betriebes binnen drei Jahren ab Rechtskraft des Konzessionsbescheids der öffentlichen Apotheke).

In der Begründung des Abänderungsantrags heißt es zu § 62a Abs. 1 (StenProtNR 22. GP, 139. Sitzung, 247):

'§ 62a enthält die notwendigen Übergangsregelungen. Abs. 1 sieht im Hinblick auf die Sicherstellung der ärztlichen Versorgung und zur Verwirklichung der in § 342 Abs. 1 Z 1 ASVG vorgesehenen Wahlmöglichkeit zwischen zwei in angemessener Zeit erreichbaren Vertragsärzten für bestehende Hausapothekenbewilligungen eine Verlängerung des in § 29 Abs. 4 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 Hausapotheken 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 Hausapotheken innerhalb einer 3-Jahresfrist zurückgenommen werden müssen. Bei nach dem In-Kraft-Treten dieser Novelle besetzten Kassenplanstellen oder bewilligten Hausapotheken 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 Hausapotheken geben soll.'

2.4. Durch die Novelle BGBl. I Nr. 41/2006 wurde überdies die Frist für die Eröffnung einer öffentlichen Apotheke von drei auf fünf Jahre ab Rechtskraft des Konzessionsbescheides verlängert (§ 19 Abs. 1 Z 1).

II.

In der Sache:

1. Zu den Bedenken im Hinblick auf das aus dem Gleichheitssatz abgeleitete Sachlichkeitsgebot:

1.1. Der Verfassungsgerichtshof hegt vorläufig das Bedenken, dass die in § 62a Abs. 1 vorgesehene, bis zu zehnjährige Frist ab Rechtskraft des Konzessionsbescheids für die neue öffentliche Apotheke, innerhalb derer die ärztliche Hausapotheke weiterbetrieben werden darf, zu lange und daher unsachlich sei.

1.2. Sonderbestimmung für 'Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden':

§ 62a Abs. 1 ist eine Sonderbestimmung für 'Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden'. In 'Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinden' ist die Zurücknahme einer Hausapothekenbewilligung ausgeschlossen (vgl. oben Pkt. I 2.1.). Für alle anderen Gemeinden wäre – ohne die Sonderbestimmung des § 62a Abs. 1 – die Hausapothekenbewilligung binnen drei Jahren ab Konzessionserteilung für die öffentliche Apotheke zurückzulegen (§ 29 Abs. 4).

Der Gesetzgeber hat durch die Novelle BGBl. I Nr. 41/2006 also den Regelfall des Vorrangs der öffentlichen Apotheke gegenüber ärztlichen Hausapotheken nicht nur, wie der Verfassungsgerichtshof im Prüfungsbeschluss anzunehmen scheint (vgl. Rz 30 und 31), hinsichtlich der 'Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinden', in denen ein Vorrang der ärztlichen Hausapotheken besteht, sondern auch hinsichtlich bestimmter 'Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden' durchbrochen. Für diese hat er eine gesonderte Regelung geschaffen, die der besonderen Situation solcher Gemeinden am Übergang von 'kleinen' (im Bereich der Gesundheitsversorgung strukturell besonders versorgungsschwachen) zu 'großen' Gemeinden (mit gesicherter Gesundheitsversorgung) für einen begrenzten Zeitraum Rechnung trägt, und diese Gemeinden danach in das allgemeine System des Vorrangs öffentlicher Apotheken überführt.

Die Bundesregierung geht davon aus, dass es dem Gesetzgeber grundsätzlich freisteht, für 'Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden' entweder einen absoluten Vorrang öffentlicher Apotheken vorzusehen (wie es bis zur Apothekengesetz-Novelle 2001, BGBl. I Nr. 16/2001, der Fall war), oder – im Hinblick auf die Besonderheiten der Gesundheits- und Heilmittelversorgung im ländlichen Raum – einen Vorrang ärztlicher Hausapotheken zu normieren (wie er für 'Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinden' besteht und vom Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis VfSlg. 18.513/2008 für verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet wurde). Es muss dann aber auch im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liegen, wenn er für diese Gemeinden im Hinblick auf ihre soeben geschilderten Besonderheiten für einen Übergangszeitraum ein 'gemischtes System' vorsieht, das zum einen danach differenziert, ob eine Hausapothekenbewilligung bereits besteht oder erst beantragt wird, und zum anderen diesen Übergangszeitraum mit dem rechtlich geschützten Interesse am Weiterbetrieb einer bestehenden Hausapothekenbewilligung begrenzt.

1.3. Zur Dauer des Übergangszeitraumes:

§ 62a Abs. 1 regelt, wann (und unter welchen Umständen) die bestehende Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke im Fall der Neubewilligung

einer öffentlichen Apotheke in der 'Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinde' zurückzunehmen ist. Das primär dafür normierte Kriterium ist die Vollendung des 65. Lebensjahres durch den hausapothekenführenden Arzt; dies entspricht dem Anfallsalter für die ärztliche Altersversorgung (vgl. § 99 Abs. 1 des Ärztegesetzes). Nur in zweiter Linie – also nur dann, wenn der Inhaber der ärztlichen Hausapotheke zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung der öffentlichen Apotheke das 55. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, – wird der Fortbetrieb einer bestehenden Hausapotheke mit maximal zehn Jahren ab Konzessionserteilung für die öffentliche Apotheke beschränkt.

Es erscheint aber zweifelhaft, dass es in der Praxis häufig zu einem parallelen Betrieb von ärztlicher Hausapotheke und öffentlicher Apotheke während zehn Jahren kommt, da die Eröffnung einer öffentlichen Apotheke in aller Regel nicht sofort mit Konzessionserteilung, sondern erst nach einem längeren, unter Umständen mehrere Jahre dauernden Zeitraum erfolgt. Durch die Novelle BGBl. I Nr. 41/2006 wurde im Hinblick auf die Bedürfnisse der Praxis die Frist für die Eröffnung der öffentlichen Apotheke von drei auf fünf Jahre nach Rechtskraft des Konzessionsbescheides verlängert; danach kann die Konzession zurückgenommen werden (§ 19 Abs. 1 Z 1; nach der Rechtslage, die dem Erkenntnis VfSlg. 16.038/2000 zu Grunde lag, betrug diese Frist gar nur ein Jahr). Dadurch kann sich der Zeitraum eines gleichzeitigen Betriebes einer Hausapotheke neben einer öffentlichen Apotheke um bis zu fünf Jahre – also um die Hälfte der maximalen Dauer – reduzieren; in der Regel wird dieser Zeitraum jedenfalls weit weniger als zehn Jahre betragen.

1.4. Sachliche Rechtfertigung dieses Übergangszeitraumes:

1.4.1. Nach Auffassung der Bundesregierung ist dieser Übergangszeitraum nicht unsachlich abgegrenzt. Er berücksichtigt das Vertrauen jener Ärzte, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle BGBl. I Nr. 41/2006 Inhaber einer Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke in 'Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden' waren.

a) Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes kann zwar grundsätzlich die Rechtslage anders und auch ungünstiger gestaltet werden; wird die Rechtslage verschlechtert, müssen aber Übergangsbestimmungen den Betroffenen ermöglichen, sich auf die neue Rechtslage einzustellen (vgl. zB VfSlg. 15.523/1999). Dies gilt umso mehr für in langfristiger Hinsicht getroffene Dispositionen.

b) Vor der Novelle BGBl. I Nr. 41/2006 war die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke dann zurückzunehmen, wenn im Umkreis von vier Straßenkilometern vom Berufssitz des Arztes eine öffentliche Apotheke neu errichtet wurde und im Konzessionsbescheid ein Versorgungspotential von zumindest 5 500 Personen festgestellt wurde; dem entsprechend bestand ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke nicht, wenn sich im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befand und das Versorgungspotential der öffentlichen Apotheke weniger als 5 500 Personen betrug (§ 10 Abs. 2 Z 1 und § 29 Abs. 4 Apothekengesetz idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 41/2006). Im Ergebnis bedeutete diese Rechtslage für einen hausapothekenführenden Arzt in einer 'Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinde', dass er mit der Zurücknahme der Bewilli-

gung in einem Gebiet, in dem im Umkreis von vier Straßenkilometern weniger als 5 500 Personen zu versorgen waren, nicht rechnen musste. (Dass der Verfassungsgerichtshof Teile dieser Regelungen mit Erkenntnis VfSlg. 17.682/2005 als verfassungswidrig aufgehoben hat, ist für die Frage des Vertrauensschutzes irrelevant, da die Aufhebung erst mit Ablauf des 31. Oktober 2006 – also erst nach dem Inkrafttreten der hier wesentlichen Bestimmungen der Novelle BGBl. I Nr. 41/2006 am 29. März 2006 – in Kraft trat.)

Durch die Novelle BGBl. I Nr. 41/2006 wurden die sachlichen Voraussetzungen der Konzessionserteilung für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke geändert; ein bestimmtes Versorgungspotential ist (auch) in 'Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden' nicht mehr notwendig (vgl. oben Pkt. I.2.2.), sodass die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke auch jener soeben genannten Ärzte, die bislang mit der Zurücknahme der Bewilligung nicht rechnen mussten, ebenfalls nach der allgemeinen Regelung des § 29 Abs. 3 und 4 zurückzunehmen gewesen wäre. Für diese Ärzte wäre es also zu einer Verschlechterung der Rechtslage gekommen.

c) Der Verfassungsgerichtshof hat anerkannt, dass gerade in ländlichen Gebieten – wozu 'Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden' gerechnet werden können – das Führen einer Hausapotheke für den betreffenden Arzt (aber auch für die Heilmittelversorgung der Bevölkerung) von wirtschaftlichem Vorteil sein kann (VfSlg. 17.682/2005). Diese Ärzte haben ihre Lebens- aber auch Berufs(standort)planung maßgeblich auf die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke gestützt.

d) Zu berücksichtigen ist auch, dass die Interessen des Inhabers einer nach dem Inkrafttreten der Novelle BGBl. I Nr. 41/2006 erteilten Konzession für die Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke im Vergleich zu jenen des Inhabers einer zuvor erteilten Hausapothekenbewilligung weniger beeinträchtigt erscheinen. Zum einen handelt es sich bei der in Prüfung gezogenen Bestimmung auf Seiten des öffentlichen Apothekers (anders als nach der den Erkenntnissen VfSlg. 15.103/1998 und 17.682/2005 zu Grunde liegenden Rechtslage) nicht um eine Berufsanztrittsschranke. § 62a Abs. 1 ermöglicht lediglich die Aufrechterhaltung einer Parallelstruktur für einen gewissen Übergangszeitraum. Zum anderen ist dem Apotheker im Zeitpunkt, in dem er die Konzession beantragt, die (durch die Novelle BGBl. I Nr. 41/2006 geänderte) Rechtslage bekannt, sodass für ihn der Zeitpunkt der Rücknahme der Hausapothekenbewilligung absehbar ist und er – im Unterschied zum hausapothekenführenden Arzt – entsprechende wirtschaftliche Dispositionen treffen kann. Diese werden ihm durch die Möglichkeit, die öffentliche Apotheke innerhalb eines Fünfjahreszeitraums zu eröffnen (vgl. § 19 Abs. 1 Z 1), erleichtert.

e) Im Übrigen hat der Verfassungsgerichtshof eine ebenfalls zehnjährige Übergangsfrist bereits einmal nicht nur nicht beanstandet, sondern sogar als gewichtiges und entscheidendes Argument dafür herangezogen, dass der Vertrauensschutz nicht verletzt wurde (vgl. VfSlg. 11.402/1987 zur Abschaffung des Betriebs von Realapotheken).

1.4.2. Der Übergangszeitraum erscheint aber auch deshalb sachlich gerechtfertigt, weil eine grundlegende Änderung des medizinischen Versorgungssystems, wie sie durch die Rücknahme einer Hausapothekenbewilligung erfolgt, nicht zu kurzfristig erfolgen sollte, um eine nahtlose Versorgung der Bevölkerung mit

Gesundheitsdienstleistungen sicher zu stellen. Deshalb ist im Übergangszeitraum auch ein Parallelbetrieb notwendig. In Gemeinden mit mehr als drei Kassenvertragsstellen bestehen solche Bedenken hingegen in wesentlich geringerem Ausmaß, da es weniger wahrscheinlich erscheint, dass die Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke zur Zurücknahme sämtlicher Bewilligungen zur Haltung von Hausapotheken führen wird. Die nahtlose Versorgung kann dort durch die erwartungsgemäß verbleibenden Hausapotheken viel eher geschlossen werden.

1.5. Die Bundesregierung ist daher der Ansicht, dass die Festlegung der höchstzulässigen Fortbetriebsdauer einer ärztlichen Hausapotheke in 'Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden' insbesondere im Hinblick auf den dabei berücksichtigten Schutz des Vertrauens von Inhabern bestehender Hausapothekenbewilligungen nicht zu lange und auch sonst nicht unsachlich ist.

2. Zu den sonstigen Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitssatz:

2.1. Der Verfassungsgerichtshof kann weiters vorläufig keine sachliche Rechtfertigung dafür finden, 'dass die zehnjährige Zurücknahmefrist in § 62a Abs. 1 Apothekengesetz länger ist als die in § 29 Abs. 4 Apothekengesetz verankerte Dreijahresfrist für Hausapotheken in Ein-Kassen-Arzt-Gemeinden' (Rz 35 des Prüfungsbeschlusses).

2.2. Der Verfassungsgerichtshof geht offenbar davon aus, dass die in § 29 Abs. 3 und 4 geregelte Zurücknahme einer Hausapothekenbewilligung auch für 'Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinden' zur Anwendung gelangt. Das ist allerdings nicht der Fall: § 29 Abs. 3 Z 2 bestimmt ausdrücklich, dass die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke ua. nur dann zurückzunehmen ist, wenn sich die ärztliche Hausapotheke nicht in einer Gemeinde gemäß § 10 Abs. 2 Z 1 (oder in einer Gemeinde gemäß § 10 Abs. 3) befindet. In solchen ('Ein-Kassenvertragsarzt-')Gemeinden besteht nämlich von Gesetzes wegen kein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke, sodass es zu keiner – von § 29 Abs. 3 vorausgesetzten – Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke kommen kann (vgl. oben Pkt. I.2.1.). Insoweit scheint das Bedenken ins Leere zu gehen.

2.3. Dessen ungeachtet merkt die Bundesregierung an, dass die unterschiedlich langen Fristen für die Zurücknahme von Hausapothekenbewilligungen in § 62a Abs. 1 und § 29 Abs. 4 durch die unterschiedlichen Anwendungsfälle gerechtfertigt sind. Die längere Zurücknahmefrist des § 62a Abs. 1 berücksichtigt die oben in Pkt. II.1.2. und II.1.4. näher dargelegten Besonderheiten von 'Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden' im Unterschied zu Gemeinden mit mehr Kassenvertragsarztstellen.

3. Zusammenfassend wird daher festgehalten, dass § 62a Abs. 1 des Apothekengesetzes, RGBI. Nr. 5/1907 idF BGBl. I Nr. 41/2006, nach Ansicht der Bundesregierung nicht verfassungswidrig ist."

4. Die beiden hausapothekenführenden Ärzte in der Gemeinde Bad Eisenkappel als beteiligte Parteien im Beschwerdeverfahren erstatteten eine Äußerung im Rahmen des Gesetzesprüfungsverfahrens. Dabei brachten sie einerseits vor, dass

bei Erlassung der Übergangsregel des § 62a Abs. 1 Apothekengesetz auf die besondere Situation von Gemeinden mit nur zwei Vertragsärzten Rücksicht genommen werden sollte, deren Versorgungssystem im Hinblick auf die Verbindung zwischen medizinischer Versorgung und Versorgung mit Arzneimitteln durch die nunmehr mögliche Eröffnung einer öffentlichen Apotheke nicht zu kurzfristig (3-Jahresfrist) verändert werden sollte. Zu den im Prüfungsbeschluss dargelegten Bedenken des Verfassungsgerichtshofes bringen die beteiligten Parteien Folgendes vor (Hervorhebungen nicht vom Verfassungsgerichtshof):

"In der Begründung seines Prüfungsbeschlusses verweist der Verfassungsgerichtshof auf seine bereits mehrfachen Feststellungen (VfSlg. 17.682/2005, 18.513-2008), dass sich die Voraussetzungen für die Erteilung einer Konzession für öffentliche Apotheken einerseits und für ärztliche Hausapotheke andererseits seit der Apothekengesetz-Novelle 2001, BGBl I 16/2001, geändert haben. Vor Inkrafttreten der Apothekengesetz-Novelle 2001 gab es einen durchgängigen Vorrang für öffentliche Apotheken gegenüber ärztlichen Hausapotheken, der mit der Novelle 2001 durchbrochen wurde.

Mit dieser Novelle wurde in § 28 Abs. 2 festgelegt, dass die Arzneimittelabgabe in Standorten, in denen im Umkreis von vier Straßenkilometern weniger als 5500 Personen zu versorgen sind, durch ärztliche Hausapotheken zu besorgen ist (und damit in dünner besiedelten Regionen der ärztlichen Hausapotheke ein Vorrang gegenüber öffentlichen Apotheken eingeräumt). Nach Behebung dieser Bestimmung aufgrund der verfassungswidrigen Errichtung einer Zutrittsschranke für Apotheken-Konzessionswerber mit Erk. G13/05 ua - G201/04, VfSlg. 17682 - 17681 hat der Gesetzgeber in der Apothekengesetz-Novelle 2006 eine grundsätzliche Neuordnung geschaffen, welche den Bedarf an einer öffentlichen Apotheke (unter anderem) in § 10 verneint, wenn sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind. Gemäß § 28 Abs. 2 hat die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung zur Sicherung der ärztlichen Versorgung in der Regel durch ärztliche Hausapotheken zu erfolgen, wenn in der Gemeinde weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, oder in einer Gemeinde nur eine Vertragsgruppenpraxis, die versorgungswirksam höchstens eineinhalb besetzten Vertragsstellen nach § 10 Abs. 2 Z 1 entspricht, ihren Berufssitz hat. Auch damit hat der Gesetzgeber in dünner besiedelten Regionen der ärztlichen Hausapotheke einen Vorrang gegenüber der öffentlichen Apotheke eingeräumt.

Diese grundlegende Änderung, die einerseits mit der Sicherstellung der medizinischen Versorgung der Landbevölkerung und andererseits damit begründet wurde, dass ärztliche Ordinationen in diesen Regionen oft nur in Verbindung mit einer ärztlichen Hausapotheke wirtschaftlich tragfähig sind, wurde mit Erkenntnis VfSlg 18.513/2008 als verfassungsrechtlich unbedenklich beurteilt.

Dennoch hält der Verfassungsgerichtshof unter Punkt 4.1. und 4.2. an seiner zur Rechtslage vor den Novellen 2001 und 2006 entwickelten Interpretation des Apothekengesetzes fest, wonach die öffentliche Apotheke absoluten Vorrang genieße und der ärztlichen Hausapotheke lediglich eine Surrogatfunktion zukomme. Dieser Interpretation der Intentionen des Gesetzgebers steht jedoch die in der Apothekengesetz-Novelle 2006 ausdrücklich formulierte Neuregelung entgegen, welche je nach kassenärztlicher Versorgung in Gemeinden mit weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG die Arzneimittelversorgung durch eine ärztliche Hausapotheke als Regelfall normiert und für Gemeinden mit zwei ärztlichen Vertragsstellen in § 62a Abs. 1 eine gesonderte Übergangsbestimmung als notwendig erachtet. Eine in solchen Gemeinden etablierte und bewährte Gesundheitsversorgung durch zwei Ärzte und zumindest eine Heilmittelabgabestelle soll nicht voreilig durch die Errichtung einer öffentlichen Apotheke beeinträchtigt werden, deren wirtschaftliche Tragfähigkeit sich erst unter Beweis stellen muss.

Während in Gemeinden mit mehr als zwei Vertragsarztstellen keine Beeinträchtigung der notwendigen Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsdienstleistungen erwartet wird, wenn die bestehenden Hausapothekenbewilligungen nach dem in § 29 Abs. 4 vorgesehenen Zeitraum zurückgenommen werden, sieht der Gesetzgeber in Gemeinden mit 2 Vertragsärzten einen Sonderfall, in dem auf das bestehende Versorgungssystem im Hinblick auf die Verbindung zwischen medizinischer Versorgung und Versorgung mit Arzneimitteln Rücksicht zu nehmen ist. Ohne eine gesetzliche Zutrittschranke für öffentliche Apotheken zu errichten, sollen verlängerte Übergangsfristen für bestehende Hausapothekenbewilligungen gewährleisten, dass eine mit wirtschaftlichen Risiken verbundene Errichtung einer öffentlichen Apotheke zu einer Änderung des (gesamten) medizinischen Versorgungsangebotes führt, die bei einem wirtschaftlichen Scheitern des Konzessionswerbers nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.

Im seiner Spruchpraxis hat der Verfassungsgerichtshof bisher stets auf seine im Erk. VfSlg. 5648/1967 entwickelte Auffassung verwiesen, dass die Heilmittelversorgung der Bevölkerung gemäß der Konzeption des Apothekengesetzes primär Aufgabe der öffentlichen Apotheken sei und die ärztliche Hausapotheke Surrogatfunktion für die Fälle habe, in denen eine öffentliche Apotheke nicht vorhanden ist. Unter diesem Aspekt hat er in mehreren Erkenntnissen zwar die drohende Verringerung der ärztlichen Hausapotheken gesehen, aber gleichzeitig konnte er *'nicht erkennen, dass die Substitution einer (oder auch mehrere) ärztliche Hausapotheke 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.'* (beispielhaft G 37/97, G 224-232/97 ua, VfSlg. 15.103/1998).

Dieser eingeschränkten Betrachtungsweise hat der Gesetzgeber aber mit den Apothekengesetz-Novellen 2001 und 2006 den Aspekt der Sicherstellung der medizinischen Versorgung der Landbevölkerung hinzugefügt und mit der Übergangsbestimmung des § 62a eine Rücksichtnahme auf die *'notwendige*

Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsdienstleistungen' verfügt, wovon die Heilmittelversorgung lediglich einen Teilaspekt bildet.

Unbestritten ist wohl, dass sich die medizinische Versorgung der Bevölkerung aus ärztlichen Untersuchungen, Behandlungen und der Verabreichung von Arznei- und Heilmitteln zusammensetzt. Mehr als 85 % der in Österreich in Verkehr befindlichen Arzneimittel dürfen nur aufgrund ärztlicher Verschreibung abgegeben werden, somit hat auch in 85 % der Fälle einer Arzneimittelabgabe durch öffentliche Apotheken eine ärztliche Konsultation voranzugehen.

Im Erk. G 37/97, G 224-232/97 ua VfSlg. 15.103/1998 hat sich der Verfassungsgerichtshof umfangreich mit den gesundheitspolitischen Auswirkungen einer unbeschränkten Apothekenkonzessionsvergabe auseinandergesetzt und ist zum Schluss gekommen, dass *'Regelungen, die im Bereich der Heilmittelversorgung der Bevölkerung die Zulassung zur Erwerbsausübung (auch) von dem Umstand abhängig machen, ob eine Existenzgefährdung bestehender öffentlicher Apotheken eintritt, im öffentlichen Interesse liegen, zur Zielerreichung - nämlich der Sicherung einer bestmöglichen Heilmittelversorgung der Bevölkerung - geeignet sind und für sich allein auch nicht unverhältnismäßig in die Erwerbsausübungsfreiheit eingreifen.'*

Dieser Grundsatz hat wohl auch im Hinblick auf die generelle Gesundheitsversorgung zu gelten, von der die Heilmittelversorgung lediglich einen Teilaspekt betrifft.

Einer der bei der Heilmittelversorgung leitenden Gesichtspunkte bildet das in Österreich historisch gewachsene und bewährte Verhältnis zwischen öffentlichen Apotheken in Ballungsräumen und ärztlichen Hausapotheken in Regionen mit geringerer Bevölkerungsdichte. Ein forciertes Zurückdrängen der ärztlichen Hausapotheken durch öffentliche Apotheken, deren Standort nach (ausschließlich) wirtschaftlichen und verkehrstechnischen Aspekten ausgerichtet ist, führt - neben den längeren und zusätzlichen Anfahrtswegen für die Arzneimittelbeschaffung - auch zu einer Reduzierung der landärztlichen Versorgung insgesamt, wenn den in diesen Gemeinden tätigen Ärzten kein wirtschaftliches Auskommen mehr ermöglicht wird. Allein im Laufe des letzten Jahres sah sich die Bundesregierung mit vier parlamentarischen Anfragen konfrontiert, die eine drohende Verschlechterung der landärztlichen Versorgung durch die Schließung von Hausapotheken und die daraus resultierende mangelnde wirtschaftliche Attraktivität kleinerer Gemeinden für eine ärztliche Versorgung zum Inhalt hatten.

Bei der legislativen Gestaltung der im Interesse der Bevölkerung vorrangig gewünschten Sicherung der (gesamt-)medizinischen Versorgung in ländlichen Regionen ist dem Gesetzgeber entgegen der unter 4.3. geäußerten vorläufigen Auffassung des Verfassungsgerichtshofes auch ein rechtspolitischer Ermessensspielraum einzuräumen, wie dieses gerechtfertigte gesundheitspolitische Ziel bestmöglich umzusetzen ist.

In diesem Zusammenhang wird auf die in der öffentlichen Verhandlung des Verfassungsgerichtshofes zu Erk. G 37/97, G 224-232/97 ua VfSlg. 15.103/1998, aufgegriffenen Probleme verwiesen, die durch einen Trend zu wirtschaftlich nicht tragfähigen 'Ein-Mann-' und 'Zwerg-'Apotheken entstehen. Tatsächlich lässt sich auch in Österreich in jüngerer Zeit beobachten, dass öffentliche Apotheken in kleineren Landgemeinden aufgrund des zu geringen Versorgungspotentials nicht in der Lage sind, den vorgeschriebenen Nacht-, Feiertags- und Wochenenddienst aufrecht zu erhalten und folglich in einen turnusmäßigen Bereitschaftsdienst mit Nachbar-Apotheken eintreten müssen, was aufgrund der dann zu bewältigenden Wegstrecke zur diensthabenden Apotheke eine erhebliche Erschwernis für die heilmittelsuchende Bevölkerung zur Folge hat, ja diese bisweilen mangels öffentlicher Verkehrsverbindungen sogar unmöglich macht (beispielhaft die Region Bregenzwald, ebenfalls Gegenstand einer parlamentarischen Anfrage wegen unüberwindbarer Wegstrecken zur nächsten diensthabenden Apotheke).

Bei der gegenständlichen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 62a Abs. 1 Apothekengesetz aufgrund einer - indirekten - Einschränkung der in Art. 6 StGG gewährleisteten Erwerbsausübungsfreiheit ist zu berücksichtigen, dass im konkreten Fall in Bad Eisenkappel den wirtschaftlichen Interessen einer Apothekerin gleichartige wirtschaftliche Interessen von zwei Ärzten mit bestehender Hausapotheke gegenüber stehen.

Die Beschwerdeführerin hat ihren Antrag auf Konzessionserteilung am 31. Dezember 2008 eingebracht, somit in Ansehung und Kenntnis der Rechtslage gemäß § 62a Apothekengesetz; sie wurde nicht durch eine nachträgliche Gesetzesänderung in ihren Rechten beeinträchtigt. Die beantragte Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke wurde mit Bescheid vom 17. Mai 2010 erteilt.

Der Konzessionserteilung (stand und) steht keine gesetzliche Schranke entgegen, die der Betroffene, der alle subjektiven Voraussetzungen erfüllt, bei Antritt seiner Unternehmerischen Tätigkeit aus eigener Kraft nicht überwinden kann - eine Schranke, wie sie etwa eine Bedarfsprüfung darstellt. Somit liegt auch kein schwerwiegender Eingriff in die Grundrechte vor, der nur angemessen ist, wenn dafür besonders wichtige öffentliche Interessen sprechen und keine Alternativen bestehen, um den erstrebten Zweck in einer gleich wirksamen, aber die Grundrechte weniger einschränkenden Weise zu erreichen (vgl. z.B. VfSlg. 11483/1987, 12009/1989).

Die Beschwerdeführerin erachtet sich lediglich wirtschaftlich beeinträchtigt, da die von ihr kurzfristig erhoffte - jedoch im Apothekengesetz langfristig ausgelegte - Schließung der ärztlichen Hausapotheken für einen maximal zehnjährigen Zeitraum aufgeschoben ist. Es steht ihr jedoch frei, die Apotheke zu eröffnen und deren wirtschaftliche Tragfähigkeit am gewählten Standort zu entwickeln. Dies soll jedoch in Zusammenarbeit mit bereits bestehenden Einrichtungen der Gesundheitsversorgung erfolgen; eine voreilige Auflösung bewährter Strukturen hat nicht nur eine potentielle Beeinträchtigung der Gesundheitsversorgung der

betroffenen Bevölkerung zur Folge, es sind auch gravierende Rückwirkungen auf das Versorgungspotential der neu errichteten öffentlichen Apotheke zu erwarten.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich das bei zwei Vertragsärzten in einer Gemeinde vorerst attraktiv wirkende Versorgungspotential der öffentlichen Apotheke bei einer Abwanderung eines betroffenen hausapothekenführenden Arztes schlagartig halbiert und die öffentliche Apotheke damit nicht mehr wirtschaftlich zu führen ist. Erfolgt sodann deren Schließung aus wirtschaftlichen Gründen, ist nach den Wahrnehmungen der Bundesregierung das zuvor gegebene medizinische Versorgungsangebot in der Gemeinde nicht mehr herzustellen.

Den vorstehenden Ausführungen zur Folge erscheint uns die am Prüfstand des Höchstgerichtes stehenden Bestimmung des § 62a Abs.1 Apothekengesetz in seiner derzeitigen Form nicht als verfassungswidrig."

5. Die Apothekerkammer erstattete eine Stellungnahme zum Prüfungsbeschluss. Da die Apothekerkammer nicht vom Verfassungsgerichtshof eingeladen wurde, eine Äußerung zu erstatten, und auch keine Parteistellung im Verfahren hat, war darauf nicht einzugehen.

16

II. Rechtslage

1. Gemäß § 1 Apothekengesetz, RGBL. 5/1907, sind die für den allgemeinen Verkehr bestimmten Apotheken (öffentliche Apotheken) entweder konzessionierte oder Realapotheken. § 9 leg.cit. ordnet an, dass der Betrieb einer öffentlichen Apotheke, welche nicht auf einem Realrecht beruht, nur auf Grund einer besonderen behördlichen Bewilligung (Konzession) zulässig ist. Im Konzessionsbescheid ist als Standort der Apotheke "eine Gemeinde, eine Ortschaft, ein Stadtbezirk oder ein Teil eines solchen Gebiets zu bestimmen".

17

Die (aktuellen) Bestimmungen des Apothekengesetzes, RGBL. 5/1907, in der Fassung BGBl. I 135/2009, über die Voraussetzungen zur Konzessionserteilung für eine öffentliche Apotheke lauten:

18

"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 zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 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.

(3) Ein Bedarf gemäß Abs. 2 Z 1 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 Abs. 2 Z 1 entspricht und in der Gemeinde keine weitere Vertragsstelle nach § 342 Abs. 1 ASVG von einem Arzt für Allgemeinmedizin besetzt ist.

(3a) In einem Zeitraum, während dessen ein Gesamtvertrag gemäß § 341 ASVG nicht besteht, besteht ein Bedarf gemäß Abs. 2 Z 1 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.

(3b) Bei der Prüfung gemäß Abs. 2 Z 1 sind bloß vorübergehende Vertragsstellen, die einmalig und auf höchstens 3 Jahre befristet sind, nicht zu berücksichtigen.

(4) Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z 3 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 des Abs. 4 weniger als 5500, 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 Abs. 2 Z 2 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 Abs. 3 und 4 Ärzte betroffen sind, ist auch ein Gutachten der Österreichischen Ärztekammer einzuholen.

(8) Als bestehende Apotheken im Sinne des Abs. 2 Z 2 und 3 gelten auch alle nach der Kundmachung."

2. Ärzten ist nach Maßgabe der §§ 28 bis 31 Apothekengesetz, RGBl. 5/1907, in der Fassung BGBl. I 135/2009, die Abgabe von Arzneimitteln gestattet. Diese Bestimmungen lauten:

"Funktion ärztlicher Hausapotheken

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

(2) Sind in einer Gemeinde weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt, oder hat in einer Gemeinde nur eine Vertragsgruppenpraxis, die versorgungswirksam höchstens eineinhalb besetzten Vertragsstellen nach § 10 Abs. 2 Z 1 entspricht, ihren Berufssitz, so erfolgt die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung zur Sicherung der ärztlichen Versorgung in der Regel durch ärztliche Hausapotheken, sofern nicht Abs. 3 oder § 29 Abs. 1 Z 3 Anwendung findet.

(3) Ist in einer Gemeinde gemäß Abs. 2 eine Konzession für eine öffentliche Apotheke rechtskräftig erteilt worden, so kann eine Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke gemäß § 29 nicht erteilt werden.

(4) Durch Abs. 2 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 Abs. 1 entsprechenden Vertragsverhältnis steht, oder als Arzt für Allgemeinmedizin an einer Gruppenpraxis, die in einem Vertragsverhältnis nach § 342 Abs. 1 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 Z 1 keine Anwendung.

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

(3) Die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke ist nach Maßgabe des Abs. 4 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 Abs. 2 Z 1 noch in einer Gemeinde gemäß § 10 Abs. 3 befindet.

(4) Der Inhaber der neu errichteten öffentlichen Apotheke ist verpflichtet, den Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Apotheke der Behörde mitzuteilen. Die Behörde hat die Zurücknahme der Hausapothekenbewilligung auf Antrag des Inhabers der öffentlichen Apotheke mit Bescheid so rechtzeitig auszusprechen, dass die Einstellung des Hausapothekenbetriebes 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 Hausapothekenbewilligung so zurückzunehmen, dass die

Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke und die Einstellung des Hausapothekenbetriebes zum selben Zeitpunkt erfolgen.

(5) Der Inhaber der neu errichteten öffentlichen Apotheke ist bei Einstellung des Hausapothekenbetriebes gemäß Abs. 4 verpflichtet, die nach den jeweils geltenden arzneimittelrechtlichen Vorschriften verwendungsfähigen Vorräte der Hausapotheke auf Begehren des Arztes gemäß § 57 abzulösen.

(6) Die Verpflichtung zur Ablösung erstreckt sich nur auf solche Mittel, welche der Apotheker zufolge behördlicher Verfügung (§ 7) vorrätig halten muss, und nur auf solche Mengen, welche dem voraussichtlichen Betriebsumfang der neu errichteten Apotheke entsprechen.

(7) Wird zwischen den Beteiligten über den Übernahmepreis keine Einigung erzielt, so ist dieser Preis im Wege einer Schätzung unter behördlicher Leitung zu ermitteln. Wenn über den Umfang der Ablösung oder deren Bedingungen Streit besteht, so ist der Anspruch im ordentlichen Rechtsweg geltend zu machen.

(8) Durch die Eröffnung einer Filialapotheke werden Hausapothekenbewilligungen nicht berührt.

Befugnis beim Betrieb ärztlicher Hausapotheken

§ 30. (1) Die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke berechtigt einen praktischen Arzt zur Verabreichung von Arzneimitteln an die in seiner Behandlung stehenden Personen, sofern die Behandlung nicht an einem Ort, an dem eine öffentliche Apotheke vorhanden ist, oder im Umkreis von vier Straßenkilometern, gemessen von der Betriebsstätte einer öffentlichen Apotheke, stattfindet. Die zweitgenannte Einschränkung gilt nicht für innerhalb dieses Umkreises rechtmäßig bestehende ärztliche Hausapotheken.

(1a) Abs. 1 gilt für ärztliche Hausapotheken, die gemäß § 29 Abs. 4 noch in Betrieb bleiben dürfen, mit der Maßgabe, dass der zu ihrem Betrieb berechtigte Arzt auch zur Verabreichung von Arzneimitteln an die in seiner Behandlung stehenden Personen berechtigt ist, wenn sich der Sitz der Hausapotheke an einem Ort befindet, an dem eine öffentliche Apotheke vorhanden ist.

(2) Mit dem Arzneimittel ist dem Patienten stets das vorschriftsmäßig ausgefertigte und taxierte Rezept auszufolgen.

(3) Der hausapothekenführende Arzt ist berechtigt und verpflichtet, ein Arzneimittel aus der ärztlichen Hausapotheke zu verabfolgen, wenn es von einem anderen Arzt verordnet wurde und aus einer öffentlichen Apotheke nicht mehr rechtzeitig beschafft werden könnte.

Vorschriften für den Betrieb von ärztlichen Hausapotheken

§ 31. Die Hausapotheke muß von dem Arzte selbst geführt und darf daher nicht durch einen Dritten betrieben oder verpachtet werden.

In der Hausapotheke dürfen Hilfskräfte zum selbständigen Dispensieren von Arzneien nicht verwendet werden.

(3) Der Arzt darf die zur Einrichtung und Ergänzung seiner Hausapotheke erforderlichen Drogen, chemischen und pharmazeutischen Präparate sowie sonstige arzneiliche Zubereitungen nur aus einer öffentlichen Apotheke im Europäischen Wirtschaftsraum beziehen.

Die Bestimmungen der §§ 6, erster und dritter Absatz, und 7 finden auf ärztliche Hausapotheken analoge Anwendung."

3. Die §§ 62 und 62a Apothekengesetz enthalten Übergangsvorschriften für die Zurücknahme einer Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke. § 62 Apothekengesetz in der Fassung BGBl. I 16/2001 lautet:

20

"Übergangsvorschrift

§ 62. Wurde eine Konzession für eine öffentliche Apotheke nach dem 1. April 1998 und vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 16/2001 erteilt, so ist die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke, die im Umkreis von vier Straßenkilometern um diese öffentliche Apotheke besteht, mit Ablauf von zwei Jahren nach dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 16/2001 zurückzunehmen. Erfolgt die Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke aber nach diesem Zeitpunkt, so ist die Bewilligung zur Haltung der ärztlichen Hausapotheke mit Inbetriebnahme dieser öffentlichen Apotheke zurückzunehmen."

Die im Beschwerdefall relevante Übergangsvorschrift des § 62a Apothekengesetz in der Fassung BGBl. I 41/2006 lautet:

21

"§ 62a. (1) Wurde eine Konzession für eine öffentliche Apotheke nach dem Inkraft-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 Abs. 1, die von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, vorhanden waren, so ist abweichend von § 29 Abs. 3 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.

(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 Abs. 3 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.

(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.

(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 Abs. 2 Z 1 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 Abs. 1, die von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, bestehen.

(5) § 8 Abs. 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 41/2006 tritt mit 1. Jänner 2008 in Kraft.
[...]"

Mit BGBl. I 75/2008 wurde dem § 62a Apothekengesetz ein Abs. 6 angefügt, der im vorliegenden Zusammenhang bedeutungslos ist.

22

III. Erwägungen

1. Zur Zulässigkeit

Es haben sich keine Anhaltspunkte ergeben, die gegen die vorläufige Annahme des Verfassungsgerichtshofes hinsichtlich der Zulässigkeit der zu B 1060/11 protokollierten Beschwerde und der Präjudizialität der in Prüfung gezogenen Gesetzesbestimmung sprechen würden. Der im Anlassfall B 1060/11 angefochtene Bescheid des UVS Kärnten stützt sich auf die vom Verfassungsgerichtshof in Prüfung gezogene Bestimmung des § 62a Abs. 1 Apothekengesetz und auch der Verfassungsgerichtshof selbst hat diese Gesetzesbestimmung im Anlassfall B 1060/11 anzuwenden. Das Gesetzesprüfungsverfahren ist daher zulässig.

23

2. In der Sache

Die vom Verfassungsgerichtshof im Prüfungsbeschluss vom 5. März 2012 geäußerten Bedenken konnten im Zuge des Gesetzesprüfungsverfahrens nicht zerstreut werden.

24

2.1. Wie im Prüfungsbeschluss ausführlich dargestellt, sind die relevanten Bestimmungen des Apothekengesetzes vor folgendem Hintergrund zu sehen:

25

2.2. Im Erkenntnis VfSlg. 15.103/1998 hob der Verfassungsgerichtshof die in § 10 Apothekengesetz festgeschriebene Regelung betreffend die Bedarfsprüfung für die Errichtung neuer öffentlicher Apotheken in Bezug auf ein Mindestversorgungspotential von 5.500 Personen auf. Dabei merkte der Verfassungsgerichtshof an, dass dadurch die Reduzierung ärztlicher Hausapotheken bewirkt werden könnte, die Heilmittelversorgung der Bevölkerung aber besser durch öffentliche Apotheken als durch ärztliche Hausapotheken gewährleistet würde. 26

Die durch die Novelle BGBl. I 120/1998 in Reaktion auf das genannte Erkenntnis VfSlg. 15.103/1998 erlassene Übergangsvorschrift des § 62 Abs. 1 Apothekengesetz für den Betrieb ärztlicher Hausapotheken hob der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis VfSlg. 16.038/2000 mit der Begründung als verfassungswidrig auf, dass der Kreis der bevorrechteten Ärzte unsachlich festgelegt wurde (es wurden auch jene Ärzte begünstigt, die nicht ausschließlich durch die aus dem Erkenntnis VfSlg. 15.103/1998 resultierende Rechtslage in ihrem Vertrauen enttäuscht wurden). Darüber hinaus erachtete der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis VfSlg. 16.038/2000 auch die Dauer der Übergangsregelung im Ausmaß von zehn Jahren als überschießend lang. 27

Der Gesetzgeber änderte in der Folge mit der Novelle BGBl. I 16/2001 die §§ 10, 28 und 29 Apothekengesetz. Durch die genannten Bestimmungen wurde der Bedarf an der Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke ausgeschlossen, wenn sich im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte bereits eine ärztliche Hausapotheke befindet und die Zahl der von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke zu versorgenden Personen weniger als 5.500 beträgt. Diese Regelung betreffend ein Mindestversorgungspotential von 5.500 Personen hob der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis VfSlg. 17.682/2005 als verfassungswidrig auf, weil das Abstellen auf ein Mindestversorgungspotential aus den im Erkenntnis VfSlg. 15.103/1998 dargelegten Gründen verfassungswidrig war. 28

2.3. Der Verfassungsgerichtshof stellte im Erkenntnis VfSlg. 17.682/2005 auch fest (vgl. ebenso VfSlg. 18.513/2008), dass sich die Voraussetzungen für die Erteilung einer Konzession für öffentliche Apotheken einerseits und für ärztliche Hausapotheken andererseits seit der Apothekengesetz-Novelle 2001, BGBl. I 16/2001, geändert haben. Vor Inkrafttreten der Apothekengesetz-Novelle 2001 29

gab es einen durchgängigen Vorrang für öffentliche Apotheken gegenüber ärztlichen Hausapotheken; wurde die Konzession für eine neue öffentliche Apotheke erteilt, musste die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke zurückgenommen werden.

2.4. Nach der durch das Erkenntnis VfSlg. 17.682/2005 bewirkten Aufhebung mehrerer Bestimmungen des Apothekengesetzes regelte der Gesetzgeber in der Novelle BGBl. I 41/2006 das Verhältnis zwischen öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken neu: Die Konzession für eine öffentliche Apotheke darf nun nicht mehr erteilt werden, wenn "sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind" (§ 10 Abs. 2 Z 1 Apothekengesetz; vgl. weiters § 10 Abs. 3 Apothekengesetz, der die entsprechende Regelung für Vertragsgruppenpraxen festlegt). Komplementär bestimmt § 29 Abs. 1 Apothekengesetz, dass die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke einem Arzt für Allgemeinmedizin auf Antrag zu erteilen ist, wenn "1. dieser in einem dem § 342 Abs. 1 [ASVG] entsprechenden Vertragsverhältnis steht, oder als Arzt für Allgemeinmedizin an einer Gruppenpraxis, die in einem Vertragsverhältnis nach § 342 Abs. 1 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".

30

2.5. Lediglich in diesem (Sonder-)Fall hat der Gesetzgeber den Vorrang von ärztlichen Hausapotheken gegenüber einer öffentlichen Apotheke vorgesehen. Dies wird in den Materialien (AA-202, 22. GP, 5) einerseits mit der Sicherstellung der medizinischen Versorgung der Landbevölkerung und andererseits damit begründet, dass ärztliche Ordinationen in diesen Regionen oft nur in Verbindung mit einer ärztlichen Hausapotheke wirtschaftlich tragfähig sind.

31

2.6. Gemäß § 29 Abs. 3 Apothekengesetz ist die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke 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 Abs. 2 Z 1 noch in

32

einer Gemeinde gemäß § 10 Abs. 3 befindet". Daran anknüpfend regelt § 29 Abs. 4 Apothekengesetz, mit welcher zeitlichen Wirkung die Zurücknahme der Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke auszusprechen ist. Die über Antrag des Inhabers der neu errichteten öffentlichen Apotheke auszusprechende Zurücknahme der Bewilligung für die ärztliche Hausapotheke hat spätestens drei Jahre nach Rechtskraft des Konzessionsbescheids für die neue öffentliche Apotheke zu erfolgen; wird die öffentliche Apotheke erst nach diesem Zeitpunkt in Betrieb genommen, ist die Hausapothekenbewilligung so zurückzunehmen, dass die Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke und die Einstellung des Hausapothekenbetriebs zum selben Zeitpunkt erfolgen.

2.7. Der Vorrang der ärztlichen Hausapotheke gegenüber der öffentlichen Apotheke gilt somit (nur) für sogenannte "Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinden". In einer Gemeinde, in der entweder zwei oder mehrere Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind (vgl. auch die entsprechende Bestimmung in § 10 Abs. 3 Apothekengesetz für eine Vertragsgruppenpraxis), kann eine Konzession für eine öffentliche Apotheke auch dann erteilt werden, wenn es dort bereits Hausapothekenbewilligungen gibt.

33

2.8. Abweichend von § 29 Abs. 3 und Abs. 4 Apothekengesetz sieht nun § 62a Abs. 1 Apothekengesetz die Zurücknahme der Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke in bestimmten Fällen bei sogenannten "Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden" vor. Die (Sonder-)Regelung des § 62a Abs. 1 Apothekengesetz ist lediglich auf Konzessionen für öffentliche Apotheken anzuwenden, die nach Inkrafttreten der Novelle BGBl. I 41/2006 (das ist der 1. Jänner 2008) erteilt worden sind. Für ärztliche Hausapotheken ist § 62a Abs. 1 Apothekengesetz insoweit anzuwenden, als für diese bereits vor Inkrafttreten der Novelle BGBl. I 41/2006 eine rechtskräftige Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke erteilt wurde.

34

2.9. Der Verfassungsgerichtshof kann keinen sachlichen Grund dafür finden, dass gemäß § 62a Abs. 1 Apothekengesetz ärztliche Hausapotheken bzw. öffentliche Apotheken in sogenannten "Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden", je nach dem Zeitpunkt der Erteilung der Bewilligung bzw. Konzession, anders als im Regelfall des § 29 Abs. 3 und 4 leg.cit. behandelt werden. Es gab vor Inkrafttreten der Novelle BGBl. I 41/2006 – ungeachtet dessen, dass Hausapotheken zuvor in

35

Gestalt des Konzessionssystems einen gewissen Bestandschutz genossen haben – keinen Bestandschutz für ärztliche Hausapotheken, der mit jenem, der durch die Novelle BGBl. I 41/2006 eingeführt wurde, vergleichbar wäre. Der Verfassungsgerichtshof hat bereits mit VfSlg. 16.038/2000 eine bis zu zehnjährige Übergangsregelung zur Zurücknahme einer Hausapothekenbewilligung (vgl. § 29 Abs. 1 Apothekengesetz in der Fassung BGBl. I 120/1998) als überschießend lang und somit verfassungswidrig befunden. Auch im vorliegenden Fall kann keine sachliche Rechtfertigung für einen bis zu zehn Jahre dauernden Weiterbetrieb einer ärztlichen Hausapotheke neben einer bereits eröffneten öffentlichen Apotheke in "Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden" gefunden werden.

2.10. Darüber hinaus verstößt die unterschiedliche Behandlung ärztlicher Hausapothekenbewilligungen bzw. das Knüpfen an unterschiedlich lange Fristen in "Zwei-" und "Drei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden" gegen den Gleichheitssatz. Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine derart lange und weit in die Zukunft wirkende Behaltefrist für ärztliche Hausapotheken in "Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden" "für einen geordneten Übergang auf das nunmehrige System notwendig" (StenProtNR 22. GP, 139. Sitzung, 247) ist. Der Verfassungsgerichtshof kann dem Grunde nach keinen derart gravierenden Unterschied im Hinblick auf die tatsächlichen Umstände der Heilmittelversorgung der Bevölkerung in "Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden" im Vergleich zu "Drei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden" erkennen, der die bis zu zehnjährige Behaltefrist in "Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden" (§ 62a Abs. 1 Apothekengesetz) gegenüber der dreijährigen Behaltefrist für eine ärztliche Hausapotheke in "Drei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden" (§ 29 Abs. 4 Apothekengesetz) rechtfertigen würde.

2.11. § 62a Abs. 1 Apothekengesetz läuft erst mit dem Erlöschen der letzten vor der Novelle BGBl. I 41/2006 erteilten Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke aus. Es besteht somit ein sehr langer Zeitraum, in dem ärztliche Hausapotheken in "Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden" weiter betrieben werden dürfen. § 62a Abs. 1 Apothekengesetz gewährleistet daher für hausapothekenführende Ärzte in "Zwei-Kassenvertragsarzt-Gemeinden" weit mehr als für eine Übergangsbestimmung zum Zweck eines (möglicherweise notwendigen) geordneten Übergangs angemessen ist. In diesem Zusammenhang ist nochmals auf das – insoweit vergleichbare – Erkenntnis VfSlg. 16.038/2000 zu verweisen, in

36

37

dem der Verfassungsgerichtshof bereits eine Übergangsfrist für solche Fälle im Ausmaß von zehn Jahren als überschießend lang qualifizierte.

IV. Ergebnis und damit zusammenhängende Ausführungen

1. § 62a Abs. 1 Apothekengesetz, RGBl. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBl. I Nr. 41/2006, ist sohin als verfassungswidrig aufzuheben. 38
2. Die Bundesregierung hat beantragt, für das Außerkrafttreten eine Frist von einem Jahr zu bestimmen, um die erforderlichen legislativen Vorkehrungen treffen zu können. Die Bestimmung einer Frist für das Außerkrafttreten der aufgehobenen Gesetzesbestimmung gründet sich auf Art. 140 Abs. 5 dritter und vierter Satz B-VG. Die Länge der Frist (bis 31. Dezember 2013) trägt dem Umstand Rechnung, dass es hausapothekenführende Ärzte geben kann, die durch den Ausspruch des Verfassungsgerichtshofes über die Verfassungswidrigkeit des § 62a Abs. 1 Apothekengesetz und die anschließende – übergangslose – Anwendung der Dreijahresfrist des § 29 Abs. 4 Apothekengesetz unangemessen betroffen sein könnten. 39
3. Der Ausspruch, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten, beruht auf Art. 140 Abs. 6 erster Satz B-VG. 40
4. Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung und der damit im Zusammenhang stehenden sonstigen Aussprüche erfließt aus Art. 140 Abs. 5 erster Satz B-VG und § 64 Abs. 2 VfGG iVm § 3 Z 3 BGBIG. 41
5. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden. 42

Wien, am 30. Juni 2012

Der Präsident:
Dr. HOLZINGER

Schriftführerin:
Mag. TROFAIER-LESKOVAR