

Verfassungsgerichtshof
Judenplatz 11, 1010 Wien
G 13/05-14
G 37/05-15
G 46/05-13

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des
Präsidenten

Dr. K o r i n e k ,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. B i e r l e i n
und der Mitglieder

DDr. G r a b e n w a r t e r ,
Dr. H a l l e r ,
Dr. H e l l e r ,
Dr. H o l z i n g e r ,
Dr. K a h r ,
Dr. L a s s ,
Dr. M ü l l e r ,
Dr. O b e r n d o r f e r ,
DDr. R u p p e und
Dr. S p i e l b ü c h l e r

sowie der Ersatzmitglieder

Dr. F e l z m a n n und
Dr. S c h i c k

als Stimmführer, im Beisein des Schriftführers

Dr. P a u s e r ,

(14. Oktober 2005)

über die Anträge

1. des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 20. Jänner 2005, Zl. UVS 90.12-1/2005-1, § 10 Abs. 2 Z 1, Abs. 3, im Abs. 5 die Wortfolge "3 und" sowie § 28 Abs. 3 Apothekengesetz in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 16/2001, in eventu § 10 Abs. 2 Z 1, Abs. 3, im Abs. 5 die Wortfolge "3 und" sowie § 28 Abs. 2 und 3 Apothekengesetz in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 16/2001;

2. des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. Februar 2005, Zl. A 2005/0004-1 (2002/10/0179), in § 10 Apothekengesetz, RGrBl. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBl. I Nr. 16/2001: Abs. 2 Z 1, Abs. 3 und in Abs. 5 die Wortfolge "3 und", in § 28 Apothekengesetz, RGrBl. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBl. I Nr. 16/2001: Abs. 2 und 3, in § 29 Apothekengesetz, RGrBl. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBl. I Nr. 16/2001: im Abs. 4 die Wortfolge "und in dem rechtskräftigen Bescheid zur Konzessionierung der neuen öffentlichen Apotheke ein Versorgungspotential im Sinne des § 10 von zumindest 5500 Personen für die neue öffentliche Apotheke festgestellt wurde";

und 3. des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. März 2005, Zl. A 2005/0006-1 (2002/10/0174-5), in § 10 Apothekengesetz, RGrBl. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBl. I Nr. 16/2001: Abs. 2 Z 1, Abs. 3 und in Abs. 5 die Wortfolge "3 und", in § 28 Apothekengesetz, RGrBl. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBl. I Nr. 16/2001: Abs. 2 und 3, in § 29 Apothekengesetz, RGrBl. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBl. I Nr. 16/2001: im Abs. 4 die Wortfolge "und in dem rechtskräftigen Bescheid zur Konzessionierung der neuen öffentlichen Apotheke ein Versorgungspotential im Sinne des § 10 von zumindest 5500 Personen für die neue öffentliche Apotheke festgestellt wurde",

als verfassungswidrig aufzuheben, in seiner heutigen nicht-öffentlichen Sitzung gemäß Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

I. 1. In § 10 Apothekengesetz, RGBL. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBl. I Nr. 16/2001 werden Abs. 2 Z 1, Abs. 3 und in Abs. 5 die Wortfolge "3 und",

2. in § 28 Apothekengesetz, RGBL. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBl. I Nr. 16/2001 werden Abs. 2 und Abs. 3 sowie

3. in § 29 Abs. 4 Apothekengesetz, RGBL. Nr. 5/1907, in der Fassung BGBl. I Nr. 16/2001, wird die Wortfolge "und in dem rechtskräftigen Bescheid zur Konzessionierung der neuen öffentlichen Apotheke ein Versorgungspotential im Sinne des § 10 von zumindest 5500 Personen für die neue öffentliche Apotheke festgestellt wurde",

als verfassungswidrig aufgehoben.

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

III. Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.

IV. Die als verfassungswidrig aufgehobenen Bestimmungen sind auch auf jenen Sachverhalt nicht mehr anzuwenden, der der beim Verfassungsgerichtshof zu G 201/04 anhängigen Rechtssache (Antrag des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark (zu Zl. UVS 90.16-4/2004-2) zu Grunde liegt.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

I. 1. Beim Unabhängigen Verwaltungssenat für die Steiermark (im Folgenden: UVS) ist ein Berufungsverfahren betreffend die Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in St. Margarethen/Raab anhängig. Die Behörde erster Instanz hatte die beantragte Konzession erteilt, wobei sie - iSd § 10 Abs. 2 Z 1 Apothekengesetz - ein Versorgungspotential der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke von 5685 Personen annahm. Gegen diesen Bescheid hatten vier Ärzte für Allgemeinmedizin als Betreiber von Arztpraxen mit ärztlicher Hausapotheke in St. Margarethen/Raab berufen.

2. Aus Anlass dieses Verfahrens stellte der UVS gemäß Art. 129a Abs. 3 iVm Art. 89 Abs. 2 und Art. 140 Abs. 1 B-VG den zu G 13/05 protokollierten vorliegenden Antrag, § 10 Abs. 2 Z 1, Abs. 3, im Abs. 5 die Wortfolge "3 und" sowie § 28 Abs. 3 Apothekengesetz, RGBl. Nr. 5/1907 idF BGBI. I Nr. 16/2001, in eventu § 10 Abs. 2 Z 1, Abs. 3, im Abs. 5 die Wortfolge "3 und" sowie § 28 Abs. 2 und 3 leg. cit., als verfassungswidrig aufzuheben.

3. Nach den ergänzenden Ermittlungen im Berufungsverfahren zeichne sich ab, dass die Zahl von 5500 zu versorgenden Personen (im Sinne des § 10 Abs. 2 Z 1 und Abs. 5 Apothekengesetz) nicht erreicht werde. Unabhängig davon seien die angefochtenen Bestimmungen vom UVS anzuwenden und für seine Entscheidung jedenfalls präjudiziell.

II. 1. Des Weiteren sind beim Verwaltungsgerichtshof zwei Beschwerden gegen Bescheide des (damaligen) Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen anhängig, mit denen (jeweils) einer Apothekerin die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke erteilt wurde. Die Beschwerdeführer sind Ärzte für Allgemeinmedizin als Betreiber ärztlicher

Hausapotheken, die vorbringen, die Behörde habe zu Unrecht angenommen, dass der neuen öffentlichen Apotheke iSd § 10 Abs. 2 Z 1 Apothekengesetz (im Folgenden: ApG) ein Versorgungspotential von mehr als 5500 Personen zukäme.

2. Aus Anlass dieser Verfahren stellte der Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG die vorliegenden (zu G 37/05 und G 46/05 protokollierten) gleich lautenden Anträge,

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

Abs. 2 Z. 1, Abs. 3 und in Abs. 5 die Wortfolge '3 und';

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

Abs. 2 und Abs. 3;

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

im Abs. 4 die Wortfolge 'und in dem rechtskräftigen Bescheid zur Konzessionierung der neuen öffentlichen Apotheke ein Versorgungspotential im Sinne des § 10 von zumindest 5500 Personen für die neue öffentliche Apotheke festgestellt wurde',

als verfassungswidrig aufzuheben."

III. Zur Rechtslage:

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

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

"Sachliche Voraussetzungen der Konzessionserteilung

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

1. in der Gemeinde des Standortes der öffentlichen Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat und

2. ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

(2) Ein Bedarf besteht nicht, wenn

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

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

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

(3) Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z 1 sind die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern von der Betriebsstätte der in Aussicht genommenen öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse aus dieser öffentlichen Apotheke zu versorgen sein werden.

(4) Zu versorgende Personen gemäß 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 der Abs. 3 und 4 weniger als 5 500, so sind die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen.

(6) Die Entfernung gemäß 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. 4 und 5 Ärzte betroffen sind, ist auch ein Gutachten der Österreichischen Ärztekammer einzuholen."

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

"Dispensationsbefugnis der Ärzte im allgemeinen

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

(2) In Standorten, in denen im Umkreis von vier Straßenkilometern weniger als 5 500 Personen zu versorgen sind, wird die Arzneimittelabgabe durch ärztliche Hausapotheken besorgt, es sei denn, es ist in diesem Gebiet für eine öffentliche Apotheke bereits eine Konzession rechtskräftig erteilt worden oder es sind die Voraussetzungen des Abs. 3 gegeben.

(3) Eine neue Konzession für eine öffentliche Apotheke ist in Standorten im Sinne des Abs. 2 gemäß § 10 Abs. 2 Z 1 zu erteilen, wenn sich im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke keine ärztliche Hausapotheke befindet.

(4) In Standorten im Sinne des Abs. 2 darf ein Verfahren auf Erteilung einer Konzession für eine öffentliche Apotheke oder eine Bewilligung zur Haltung einer Hausapotheke nur durchgeführt werden, wenn noch kein Verfahren anhängig ist, das Einfluss auf das später begonnene Verfahren haben kann.

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

Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke

§ 29. (1) Die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke ist einem Arzt für Allgemeinmedizin auf Antrag zu erteilen, wenn sich in der Ortschaft, in welcher der Arzt seinen Berufssitz hat, keine öffentliche Apotheke befindet und der Berufssitz des Arztes von der Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke mehr als sechs Straßenkilometer entfernt ist.

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

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

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

(5) Der Inhaber der neu errichteten öffentlichen Apotheke ist verpflichtet, den Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Apotheke der Behörde mitzuteilen. Die Behörde hat die Zurücknahme der 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.

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

(7) - (9) ..."

IV. 1. Die Bedenken gegen die angefochtenen Bestimmungen legt der UVS in seinem zu G 13/05 protokollierten Antrag wie folgt dar:

"[...] Der Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark hegt das Bedenken, dass die angefochtenen Bestimmungen gegen das in Artikel 6 Abs. 1 StGG garantierte Recht auf freie Erwerbstätigkeit verstoßen, wobei namentlich das Recht auf freien Zutritt zum Beruf des selbständigen Apothekers durch Betrieb einer öffentlichen Apotheke beeinträchtigt scheint, wie im folgenden näher dargelegt wird.

[...] Die Bedenken konzentrieren sich in erster Linie auf § 10 Abs. 2 Z 1 Apothekengesetz, wonach ein Bedarf nicht besteht, wenn sich im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und die Zahl der von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen weniger als 5500 beträgt.

Der Gesetzgeber ging bei der Formulierung der Regelung so vor, dass er den Bedarf unter zwei Voraussetzungen verneint, wobei die Schranke zum freien Berufszugang für den Fall errichtet wurde, dass beide Voraussetzungen nicht vorliegen. Die beiden Halbsätze des § 10 Abs. 2 Z 1 sind durch 'und' verbunden, sie weisen aber im Übrigen keinen inneren Zusammenhang auf.

[...] Der zweite Halbsatz unterscheidet sich von § 10 Abs. 2 Z 1 in der Fassung BGBl. Nr. 362/1990 nur dadurch, dass die Worte 'künftigen Betriebsstätte' durch 'in Aussicht genommenen Betriebsstätte' ersetzt wurden. Mit der Neuregelung des § 10 Abs. 2 Z 1 durch BGBl. I Nr. 16/2001 hat der Gesetzgeber zwar eine weitere Voraussetzung mit jener des Mindestversorgungspotentials von 5500 Personen gekoppelt, im Übrigen aber die vom Verfassungsgerichtshof mit dem Erkenntnis VfSlg 15103 aufgehobene Regelung substantziell unverändert wieder in Kraft

gesetzt. Auch bei der Neufassung des dritten Absatzes änderte der Gesetzgeber der Novelle BGBl. I Nr. 16/2001 den Text des Abs. 3 gegenüber dessen vorhergehender Fassung nur unwesentlich, das heißt er setzte auch den Abs. 3 trotz dessen Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof wegen Verstoßes gegen Artikel 6 StGG aufs Neue in einer der aufgehobenen Fassung inhaltlich wesensgleichen Fassung in Kraft.

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

Der Antrag wurde schließlich in der Fassung eines Abänderungsantrages der Abgeordneten Dr. Günther Leiner und Dr. Alois Pumberger einstimmig angenommen, wobei der Bericht zu § 10 Abs. 2 ausführt:

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

Wenn der Bericht des Gesundheitsausschusses die Aussage des Verfassungsgerichtshofs zur unternehmerischen Entscheidung des Apothekers erwähnt, die nicht beeinträchtigt werden dürfe, wird der Anschein erweckt, damit dem Erkenntnis vom 2. März 1998

Rechnung zu tragen. Tatsächlich aber ist dem Bericht des Gesundheitsausschusses und den Debattenbeiträgen (56. Sitzung des Nationalrates, XXI. GP, 232 bis 238) kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass man sich der Problematik bewusst war, dass eine neuerliche Verfassungswidrigkeit zu vermeiden ist bzw wieso dies gerade mit dem vorgelegten Text, der in einem wesentlichen Teil eine Neuauflage der aufgehobenen Regelung darstellt, gewährleisten soll.

Jene Bedenken, die den Verfassungsgerichtshof zur Aufhebung des § 10 Abs. 2 Z 1 bewogen haben und im Erkenntnis VfSlg 15103 unter B 2. a) bis h) dargelegt sind, richten sich nach Ansicht des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark daher uneingeschränkt auch gegen den zweiten Halbsatz des § 10 Abs. 2 Z 1 in der angefochtenen Fassung.

[...] Zum 'Bedarfskriterium' des § 10 Abs. 2 Z 1 erster Halbsatz in der Fassung BGBl. I Nr. 16/2001: Diese Bestimmung ist jener des § 10 Abs. 2 Z 2 in der genannten Fassung vergleichbar, da es in beiden Fällen um die Entfernung zwischen zwei Apotheken bzw. einer öffentlichen Apotheke und einer ärztlichen Hausapotheke geht, nur dass im letztgenannten Fall die Entfernung mit 'Umkreis' umschrieben ist.

§ 10 Abs. 2 Z 2 bildet zusammen mit Z 3 die Existenzgefährdungsregelung bestehender öffentlicher Apotheken. Dazu hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 02.03.1998 unter B 1. c) folgendes ausgeführt:

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

[...] Den ärztlichen Hausapotheken ist zwar kein Mindest-Kundenkreis garantiert, hinsichtlich des Mindestabstandes zu öffentlichen Apotheken treffen die Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes aber auch auf § 10 Abs. 2 Z 1 erster Halbsatz zu: Damit eine Konzessionserteilung möglich ist, muss zwischen jeder in Aussicht genommenen Betriebsstätte einer öffentlichen Apotheke und der nächstgelegenen Hausapotheke ein

Mindestabstand von vier Straßenkilometern gewahrt werden bzw. die geplante Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke immer vier Straßenkilometer von der nächstgelegenen Hausapotheke entfernt sein. Die ärztliche Hausapotheke erhält damit eine Garantie, dass in einem Umkreis von vier Straßenkilometern keine neue öffentliche Apotheke eröffnet werden darf, sofern die Voraussetzung des zweiten Halbsatzes des § 10 Abs. 2 Z 1 vorliegt. Auch wenn dies als Bedarfsregelung eingekleidet bzw. getarnt ist, handelt es sich somit auch bei dieser Regelung um eine Schutznorm zugunsten bestehender ärztlicher Hausapotheken, die zwar mit dem Existenzschutz für bestehende öffentliche Apotheken im Sinn des § 10 Abs. 2 Z 2 und 3 nicht identisch ist, wohl aber eine Art von 'Gebietsschutz' und einen Konkurrenzschutz für ärztliche Hausapotheken darstellt. Die Eigenart der Regelung läuft auch darauf hinaus, dass mit dem Verfahren betreffend Konzessionserteilung für öffentliche Apotheken gewissermaßen eine Bedarfsprüfung für den weiteren Betrieb von bestehenden ärztlichen Hausapotheken verbunden ist. Es ist daher von entscheidender Bedeutung, welche Rangordnung nach dem Apothekengesetz zwischen öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken besteht.

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

einer öffentlichen Apotheke gewährt anzusehen. Es sei nur konsequent, wenn § 29 Abs. 3 bestimme, dass die Bewilligung zurückzunehmen sei, wenn die Hausapotheke infolge der Errichtung einer öffentlichen Apotheke am Standort der Hausapotheke oder in der Umgebung entbehrlich geworden sei.

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

[...] Die Errichtung einer Zugangsschranke im Sinne des § 10 Abs. 2 Z 1 erster Halbsatz liegt daher nicht nur nicht im öffentlichen Interesse der Heilmittelversorgung, sondern konterkariert die in der gesamten Konzeption des Apothekengesetzes zum Ausdruck kommende Vorrangstellung der öffentlichen Apotheken vor den ärztlichen Hausapotheken und durchlöchert das Grundrecht der Erwerbsfreiheit entscheidend, indem auf dem staatlichen Territorium ein aus ungefähr 50 km² großen Inseln ('Umkreisen') bestehender Archipel geschaffen wird, auf dem den Ärzten für Allgemeinmedizin die Haltung von ärztlichen Hausapotheken und damit der Zugang zur Erwerbsausübung exklusiv ermöglicht wird.

[...] Von der Verfassungswidrigkeit sind wegen des untrennbaren Zusammenhangs auch die Bestimmungen des Abs. 3 und der Wortfolge in Abs. 5 betroffen.

§ 28 Abs. 3 wiederholt sinngemäß nur § 10 Abs. 1 erster Halbsatz und § 10 Abs. 2 Z 1 ApG. Danach darf eine Konzession bei Unterschreiten eines Mindestkundenkreises von 5500 Personen im Umkreis von vier Straßenkilometern nur erteilt werden, wenn sich im relevanten Umkreis keine ärztliche Hausapotheke befindet. Diese Regelung, die der Gesetzgeber offenbar zur Klarstellung für erforderlich hält, erscheint im Hinblick auf die Definition der Bedarfsvoraussetzungen in § 10 Abs. 2 Z 1 überflüssig. Im Übrigen richten sich dagegen die zu § 10 Abs. 2 Z 1 geltend gemachten Bedenken.

[...] Der Abs. 2 des § 28 dürfte durch die Aufhebung der übrigen von diesem Antrag umfassten Bestimmungen keinen Anwendungsbereich mehr haben; daher wird in eventu auch die Aufhebung dieses Absatzes beantragt."

2. Die Bundesregierung legte in dem zu G 13/05 protokollierten Gesetzesprüfungsverfahren eine Äußerung vor, in der sie - wie bereits in dem zu G 201/04 protokollierten Verfahren - die Zulässigkeit des Antrags wegen zu engen Anfechtungsumfangs bestreitet, den Bedenken des UVS auch in der Sache entgegentritt und die Zurückweisung, in eventu die Abweisung des Antrags beantragt. Für den Fall der Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen beantragt sie, für das Außerkrafttreten eine Frist von einem Jahr zu setzen.

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

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

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

Diesem Schreiben schloss sie eine auf das hg. Verfahren zu G 201/04 bezogene Stellungnahme an, in der die Unzulässigkeit sowie eventualiter die Unbegründetheit des zur eben genannten Zahl protokollierten Antrags vorgetragen wird.

5. Die - gleichfalls zur Stellungnahme eingeladenen - Österreichische Apothekerkammer erstattete eine Stellungnahme, in der sie zunächst den Anfechtungsumfang des vorliegenden Antrags als zu eng erachtet und sodann in der Sache näher darlegt, dass sie "aus politischen Gründen im Jänner 2001 letztendlich den nunmehr angefochtenen Bestimmungen des Apothekengesetzes zuge-

stimmt [habe], um [...] noch weitergehende Eingriffe in das bestehende Apothekensystem durch den Gesetzgeber zu vermeiden."

V. 1. Zum Anfechtungsumfang führt der Verwaltungsgerichtshof in den Anträgen zu G 37/05 und G 46/05 Folgendes aus:

"Der Verwaltungsgerichtshof hat bei der Prüfung des angefochtenen, die Konzessionsvoraussetzungen auf Grund des § 10 ApG, insbesondere des § 10 Abs. 2 Z. 1 iVm Abs. 3 und Abs. 5 ApG idF BGBl. I Nr. 16/2001, bejahenden Bescheides die soeben zitierten Vorschriften jedenfalls anzuwenden. Diese sind im Beschwerdefall daher präjudiziell. Die weiteren angegriffenen Vorschriften können als Vorschriften gleichen Inhalts aufgefasst werden bzw. stehen sie - wie sogleich dargestellt wird - mit den soeben genannten Regelungen in einem untrennbaren Zusammenhang. Sie gehören daher im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl. z. B. das Erkenntnis vom 11. Dezember 2003, G 320/01, und die dort zitierte Vorjudikatur) im Anlassfall zu den Voraussetzungen der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes.

Zwar könnte betreffend § 28 Abs. 2 vertreten werden, die Vorschrift habe bloß 'programmatischen' bzw. tatsächliche Umstände beschreibenden Charakter, sie bilde bloß den 'Hintergrund' zur normativen Anordnung des § 10 Abs. 2 Z. 1 iVm Abs. 3 und Abs. 5. Nach Meinung des Verwaltungsgerichtshofes könnte in Abs. 2 und 3 des § 28 ApG, wonach 'in Standorten, in denen im Umkreis von vier Straßenkilometern weniger als 5500 Personen zu versorgen sind, die Arzneimittelabgabe durch ärztliche Hausapotheken besorgt wird', wenn nicht bereits eine rechtskräftige Apothekenkonzession erteilt wurde (Abs. 2 vorletzter Halbsatz) oder wenn keine ('im Umkreis von vier Straßenkilometer um die in Aussicht genommene Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke' gelegene) ärztliche Hausapotheke vorhanden ist (Abs. 3) in nicht denkunmöglicher Weise eine normative Anordnung des Inhalts entnommen werden, unter den soeben umschriebenen Voraussetzungen einen Antrag auf Erteilung der Konzession für eine öffentliche Apotheke abzuweisen. Solcher Art stellen sich die hier in Rede stehenden Vorschriften als Wiederholung der bereits in § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG enthaltenen Anordnung dar, auf die (in gleicher Weise wie auf § 10 Abs. 2 Z. 1 iVm Abs. 3 und 5) die Abweisung des vorliegenden Apothekenkonzessionsantrages gegründet werden könnte.

Die den Gegenstand des Antrages bildende Wortfolge im § 29 Abs. 4 ApG steht in untrennbarem Zusammenhang mit den angegriffenen Teilen des § 10 und des § 28 ApG. Sie nimmt dergestalt auf § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG Bezug, dass sie jene Voraussetzung der Erteilung einer Apothekenkonzession bei Vorhandensein einer Hausapotheke im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte der Apotheke, die § 10 Abs. 2 Z. 1 normiert (nämlich, dass die Zahl der von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Per-

sonen mindestens 5500 beträgt), zur Voraussetzung der Zurücknahme der ärztlichen Hausapotheke erhebt. Welche Rechtswirkungen mit dem gemäß § 10 ApG erlassenen Apothekenkonzessionsbescheid verbunden sind, richtet sich daher unter Anderem nach § 29 Abs. 4 ApG: Ein Apothekenkonzessionsbescheid, der die in der angegriffenen Wortfolge des § 29 Abs. 4 ApG normierte Feststellung enthält, hat zur Folge, dass die Bewilligungen für die im Einzugsbereich der neu errichteten öffentlichen Apotheke gelegenen Hausapotheken zurückgenommen werden; im Fall eines Apothekenkonzessionsbescheides, der die betreffende Feststellung nicht enthält, unterbleibt die Zurücknahme der Hausapothekenbewilligungen. Die angegriffene Wortfolge im § 29 Abs. 4 ApG bildet somit im Zusammenhalt mit den sonst angegriffenen Vorschriften ein untrennbar zusammenhängendes Regelungssystem, das die Voraussetzungen und Wirkungen der Errichtung einer öffentlichen Apotheke einschließlich der Auswirkungen derselben auf den Bestand der ärztlichen Hausapotheken im Einzugsbereich umfasst. Würden die angegriffenen Teile der §§ 10 und 28 durch Aufhebung aus dem Rechtsbestand beseitigt, die angegriffene Wortfolge in § 29 Abs. 4 ApG hingegen nicht, entstünde eine Regelung, deren Inhalt dem Gesetzgeber keinesfalls zusinnbar wäre, nämlich, dass es in keinem Fall der Errichtung einer öffentlichen Apotheke zur Zurücknahme der Hausapotheken käme. Im Hinblick darauf, dass öffentliche Apotheken in Konkurrenz mit ärztlichen Hausapotheken im unmittelbaren Nahbereich wirtschaftlich nicht lebensfähig wären, wäre eine solche Regelung ein Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit der Apotheker, der in seinem Gewicht noch über den in der bestehenden Regelung gelegenen Eingriff hinausginge. Dass eine solche Regelung, die die Errichtung öffentlicher Apotheken im Nahbereich ärztlicher Hausapotheken faktisch ausschließt, vom Gesetzgeber nicht gewollt war, zeigt der Umstand, dass der in eben diese Richtung gehende Initiativantrag (341 Blg. NR XXI. GP) nicht zum Gesetzesbeschluss erhoben wurde.

Hingegen besteht kein Anlass, den Antrag auf § 28 Abs. 1, 4 und 5 ApG auszudehnen. Zwar nimmt § 28 Abs. 1 ApG mit der Formulierung, wonach Ärzten das Dispensieren von Arzneimitteln 'nach Maßgabe der nachstehenden Bestimmungen' gestattet ist, (auch) auf Abs. 2 und 3 des § 28 ApG Bezug, aber nicht allein auf diese, sondern (wie vor der Novelle BGBl. I Nr. 16/2001) auch auf § 29 ApG. Ein untrennbarer Zusammenhang mit den angegriffenen Vorschriften besteht nicht.

§ 28 Abs. 4 würde nach allfälliger Aufhebung der angegriffenen Vorschriften inhaltsleer, weil in diesem Fall - nach Aufhebung von Abs. 2 - nicht von 'Standorten im Sinne des Abs. 2' gesprochen werden könnte und dem Abs. 4 somit die Grundlage entzogen wäre. Abs. 5 hat im Zusammenhang mit Abs. 2 bis 4 die Bedeutung, dass die rechtliche Position bestehender öffentlicher Apotheken von diesen Vorschriften unberührt bleibt. Auch dem Abs. 5 verbliebe nach allfälliger Aufhebung von Abs. 2 und 3 kein eigenständiger (normativer) Inhalt."

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

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

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

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

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

Nun hat der Verfassungsgerichtshof § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG alte Fassung nicht etwa deshalb aufgehoben, weil die Vorschrift nicht auf die soeben angesprochenen Fälle beschränkt war, sondern deshalb, weil er eine die Erwerbsausübungsfreiheit einschränkende Regelung wie die vorliegende insgesamt als nicht im Hinblick auf das öffentliche Interesse an der ordnungsgemäßen Heilmittelversorgung der Bevölkerung geboten ansah. Es liegt somit nahe, unter den für die Aufhebung der Vorgängervorschrift durch den Verfassungsgerichtshof maßgeblichen Gesichtspunkten Zweifel an der Übereinstimmung der nunmehr angegriffenen Vorschriften mit der Verfassung anzumelden.

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

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

Es kann nicht behauptet werden, der Verfassungsgerichtshof hätte sich im oben erwähnten Gesetzesprüfungsverfahren nicht mit der nunmehr in den Gesetzesmaterialien in den Vordergrund gerückten Frage der Auswirkungen der Zurücknahme ärztlicher Hausapotheken nach Inbetriebnahme einer öffentlichen Apotheke auseinander gesetzt. Es kann somit auch nicht gesagt werden, es liege nunmehr ein völlig neuer, im Gesetzesprüfungsverfahren über die Vorgängervorschrift nicht erörterter Gesichtspunkt vor. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Gesetzesprüfungsantrag den Umstand aufgezeigt hatte, dass 'mit der angegriffenen Vorschrift als Reflexwirkung der Schutz des Bestandes der ärztlichen Hausapotheken einhergeht'. Die österreichische Ärztekammer hatte im Gesetzesprüfungsverfahren vorgetragen, dass 'die Etablierung öffentlicher Apotheken in den wirtschaftlich noch interessanten ländlichen Gebieten die sofortige Schließung vorhandener ärztlicher Hausapotheken auf Grund der weiter bestehenden Bestimmungen des § 29 Abs. 4 ApG zur Folge hätte', wobei 'in manchen Talschaften darüber hinaus auch auf Grund der geographischen Lage (Streusiedlungen) die Existenz der ärztlichen Praxen gefährdet wäre'. Der Verfassungsgerichtshof sah sich durch die Ergebnisse des Gesetzesprüfungsverfahrens nicht veranlasst, den in Rede stehenden Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit als durch ein öffentliches Interesse an der Beibehaltung ärztlicher Hausapotheken an Stelle einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke oder etwa im Hinblick auf eine Gefährdung der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung, wie sie von der Ärztekammer wenigstens für 'einige Talschaften (Streusiedlungen)' in den Raum gestellt wurde, als gerechtfertigt anzusehen."

3. Die Bundesregierung legte zu diesen Verfahren (G 37/05 und G 46/05) nochmals die zu G 201/04 erstattete Äußerung vor, in der sie sowohl die Zulässigkeit der Anträge bestreitet als auch den in der Sache geäußerten Bedenken entgegentritt und die Zurückweisung, in eventu die Abweisung der Anträge beantragt. Für den Fall der Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen beantragt sie auch in dieser Äußerung, für das Außerkrafttreten eine Frist von einem Jahr zu setzen.

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

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

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

5. Die vom Verfassungsgerichtshof zur Stellungnahme eingeladenen Österreichische Ärztekammer legte eine Stellungnahme von Univ. Prof. Dr. Bernhard Raschauer vor, in der zunächst vorgebracht wird, dass der Antrag einerseits zu weit - weil er sich auch auf § 29 Abs. 4 ApG bezieht - und andererseits zu eng - weil er § 28 Abs. 4 und § 8a ApG nicht erfasst - sei. Sodann wird den Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes entgegengetreten und abschließend festgehalten, dass die Anträge zurückzuweisen, in eventu abzuweisen seien.

6. Die - gleichfalls zur Stellungnahme eingeladen - Österreichische Apothekerkammer erstattete eine inhaltlich gleich lautende Stellungnahme wie sie bereits zu G 13/05 wiedergegeben wurde.

VI. Der Verfassungsgerichtshof hat über die in sinngemäßer Anwendung der §§ 187 und 404 ZPO iVm. § 35 VfGG zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbundenen Anträge erwogen:

A. Zur Zulässigkeit:

1.1. Der Verfassungsgerichtshof ist nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichtes in der Hauptsache vorgeifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Antrag iS des Art. 140 B-VG nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denkumöglich) ist, dass die angefochtene generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bildet (zB VfSlg. 9811/1983, 10.296/1984, 11.565/1987, 12.189/1989).

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

2. Für den Verfassungsgerichtshof ist es denkmöglich, dass der Verwaltungsgerichtshof bei der Prüfung der bei ihm in Beschwerde gezogenen Bescheide (vgl. G 37/05 und G 46/05) die Bestimmungen des § 10 ApG, insbesondere des § 10 Abs. 2 Z 1 iVm. Abs. 3 und Abs. 5 ApG, die Gesetzesbestimmungen des § 28 Abs. 2

und Abs. 3 sowie die näher bezeichnete Wortfolge in § 29 Abs. 4 ApG, hingegen der Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark (vgl. G 13/05) lediglich die Bestimmungen des § 10 Abs. 2 Z 1 iVm. Abs. 3 und Abs. 5 ApG sowie des § 28 Abs. 2 und Abs. 3 ApG unmittelbar anzuwenden hat.

Der normative Gehalt des § 10 ApG - wonach ein Bedarf zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke jedenfalls dann nicht gegeben ist, wenn sich im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und die Zahl der von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen weniger als 5500 beträgt - ergibt sich nicht allein aus dem zitierten Gesetzeswortlaut des § 10 ApG, sondern jedenfalls auch in Zusammenschau mit den Regelungen des § 28 Abs. 2 und 3 iVm. § 29 Abs. 4 ApG, die ebenfalls das Verhältnis der öffentlichen Apotheken zu den ärztlichen Hausapotheken zum Gegenstand haben.

Indem § 28 Abs. 2 ApG die Anordnung des § 10 Abs. 2 Z 1 ApG aus Sicht der Dispensationsbefugnis der Ärzte widerspiegelt, würde diese Regelung nämlich im Ergebnis - auch unter der Annahme des Wegfalls des § 10 Abs. 2 Z 1 ApG - bewirken, dass die Arzneimittelabgabe in Standorten, in denen eine ärztliche Hausapotheke weniger als 5500 Personen zu versorgen hat, weiterhin (ausschließlich) durch die ärztlichen Hausapotheken besorgt wird. Da § 29 Abs. 4 ApG vorsieht, dass die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke zurückzunehmen ist, wenn unter anderem im Konzessionsbescheid der öffentlichen Apotheken festgestellt wurde, dass ein Versorgungspotential im Sinne des § 10 ApG von mindestens 5500 Personen für die neue öffentliche Apotheke besteht, ist dem Verwaltungsgerichtshof auch nicht entgegenzutreten, wenn er davon ausgeht, dass er auch diese Bestimmung anzuwenden hat und eine allenfalls bestehende Verfassungswidrigkeit sich nur durch den - weiten - Anfechtungsumfang gänzlich beseitigen lässt (zu den

Anforderungen zur Abgrenzung des Prüfungsgegenstandes vgl. zB VfSlg. 12.762/1991, 13.299/1992, 16.191/2001 sowie 16.801/2003).

3. Da auch die weiteren Prozessvoraussetzungen vorliegen, erweisen sich die zu G 13/05, G 37/05 und G 46/05 protokollierten Anträge als zulässig.

B. In der Sache:

1. Die anfechtenden Gerichte hegen das - im Wesentlichen gleich lautende - Bedenken, dass die angefochtenen Regelungen eine die Erwerbsausübungsfreiheit verletzende Vorschrift darstellt. Zusammenfassend wird - insbesondere unter Hinweis auf die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes, VfSlg. 15.103/1998 (betreffend die Surrogatfunktion der ärztlichen Hausapotheken) - die Auffassung vertreten, dass die angefochtenen Normen - selbst, wenn man davon ausginge, der Gesetzgeber sei durch die in Rede stehende Gesetzesänderung von seinem ursprünglichen Konzept abgegangen und habe es durch die "Gleichberechtigung" von ärztlichen Hausapotheken, die die "Landbevölkerung" in dünn besiedelten Gebieten versorge, mit öffentlichen Apotheken, denen die Versorgung der Bevölkerung in den übrigen Gebieten obliege, ersetzt - verfassungswidrig seien, da der gegenständliche "Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit" der Apotheker weder durch ein besonders wichtiges öffentliches Interesse geboten oder auch sonst sachlich zu rechtfertigen sei.

2. Demgegenüber vertritt die Bundesregierung in ihren Äußerungen die Auffassung, dass es im öffentlichen Interesse gelegen sei, "zur Sicherung der Heilmittelversorgung der Bevölkerung, aber auch zur langfristigen medizinischen Versorgung in dünn besiedelten Gebieten ein ausgewogenes Gesamtkonzept zu erstellen", was durch die Regelungen des Apothekengesetzes erreicht wurde. "Nach Ansicht der Bundesregierung hat der Gesetzgeber nach Abwägung der konkurrierenden Grundrechtspositionen der öffentlichen Apotheken und der hausapothekenführenden Ärzte im Rahmen seines rechtspolitischen Gestaltungs-

spielraums einen Ausgleich gefunden, ohne dabei die Grenze der Sachlichkeit zu überschreiten."

3. Nach der Konzeption des Apothekengesetzes vor der Apothekengesetz-Novelle 2001 (BGBl. I Nr. 16/2001) war die Heilmittelversorgung der Bevölkerung primär Aufgabe der öffentlichen Apotheken; die ärztlichen Hausapotheken hatten nur Surrogatfunktion für jene Fälle, in denen eine öffentliche Apotheke nicht vorhanden war (vgl. VfSlg. 5648/1967 und 15.103/1998). Bei Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke waren daher die im Umkreis von vier Straßenkilometern um die Apotheke bestehende Hausapotheken zu schließen (§ 29 Abs. 4 ApG in der alten Fassung).

Mit den in der Apothekengesetz-Novelle 2001 enthaltenen §§ 10, 28 und 29 ApG wurde die grundsätzliche Ausrichtung des Apothekengesetzes insofern geändert, als nunmehr in Gebieten, in denen im Umkreis von vier Straßenkilometern weniger als 5500 Personen zu versorgen sind, die Arzneimittelabgabe primär durch ärztliche Hausapotheken erfolgt, es sei denn, es besteht in diesem Gebiet bereits eine rechtskräftige Apothekenkonzession (§ 28 Abs. 2 ApG).

Konzessionen für neu zu errichtende öffentliche Apotheken dürfen in solchen Gebieten nach der neuen Rechtslage dann nicht erteilt werden, wenn sich im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke bereits eine ärztliche Hausapotheke befindet (§ 10 Abs. 2 Z 1 ApG).

Der Verwaltungsgerichtshof legt in seinem Antrag die Entstehungsgeschichte dieser Norm - zutreffend - wie folgt dar (Anm. diese Ausführungen entsprechen im Wesentlichen auch jenen des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark):

"Die Gesetzesänderung mit BGBl. I Nr. 16/2001 geht auf einen Initiativantrag der Abgeordneten Dr. Andreas Khol, Ing. Peter Westenthaler und Kollegen, 341 Blg. NR XXI. GP, zurück, der insbesondere darauf abzielte, die die Zurücknahme ärztlicher Hausapotheken bei Errichtung einer nicht mehr als 4 Straßenkilo-

meter entfernten öffentlichen Apotheke anordnende gesetzliche Regelung des § 29 Abs. 4 ApG ersatzlos zu streichen. Die Antragsteller legten unter anderem Folgendes dar:

'Mit dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 2. März 1998, G 37/97, kundgemacht am 1. April 1998, BGBl. I Nr. 53/1998, wurden die Erfordernisse zur Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke insofern verändert, als für die Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke nicht mehr ein Versorgungspotential von 5.500 Personen für diese neue Apotheke nachgewiesen werden muss, sondern die wirtschaftliche Tragfähigkeit vielmehr - ohne weitere Einschränkung - der Einschätzung des Apotheken-Konzessionswerbers überlassen bleibt.

Der Entfall der bis dahin geltenden Bedarfsregelung für öffentliche Apotheken hat jedoch Rückwirkungen auf die in ländlichen Regionen etablierten ärztlichen Hausapotheken, da gemäß der derzeit geltenden Regelung des § 29 Abs. 4 Apothekengesetz jede Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke zurückzunehmen ist, wenn die Wegstrecke zwischen Berufssitz des Arztes und Betriebsstätte der neu errichteten öffentlichen Apotheke vier Straßenkilometer nicht überschreitet. Da § 29 Abs. 4 Apothekengesetz im genannten Verfahren jedoch nicht präjudiziell war, beließ es der VfGH bei der Bemerkung, dass es nach der geltenden Gesetzeslage auf längere Sicht zu einer Reduzierung der Zahl ärztlicher Hausapotheken kommen werde.

Um dem sofortigen Eintritt dieser Auswirkungen entgegenzutreten, hat der Gesetzgeber in § 62 ApG eine entsprechend lange Übergangsfrist für den Eintritt der Rechtswirkungen des § 29 Abs. 4 statuiert, da auch Ärzte sowohl die Standortwahl der ärztlichen Ordination als auch die Einrichtung der ärztlichen Hausapotheke im Vertrauen auf einen gesicherten Rechtsbestand getroffen haben.

Allerdings wurde auch gegen diese Übergangsbestimmung wieder Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben, weshalb die unterfertigten Abgeordneten nunmehr eine eindeutige Regelung schaffen wollen, welche die Arzneimittelabgabe sowohl durch öffentliche Apotheken als auch durch ärztliche Hausapotheken sicherstellt.

Daher sollen in § 29 ApG die Bestimmungen der bisherigen Absätze 4 bis 9 ersatzlos gestrichen werden. Angesichts der weiter geltenden Einschränkungen des § 29 Abs. 1 und 3 bleibt eine zahlenmäßige Ausweitung ärztlicher Hausapotheken ausgeschlossen. Gleichzeitig könnte aber eine unsachliche und undifferenzierte Bevorzugung öffentlicher Apotheken hintan gehalten werden, welche

letztlich zu einer - für die medizinische Versorgung überaus risikanten - Existenzbedrohung der Landärzte mit ärztlichen Hausapotheken führen würde. Durch den Entfall der verpflichtenden Schließung im Sinne des derzeitigen § 29 Abs. 4 wird die Chancengleichheit beider Heilmittelabgabestellen hergestellt, womit nachhaltige Rechtssicherheit erzielt werden soll. Darüber hinaus wird die medizinische Versorgung der Landbevölkerung fortwährend sichergestellt, da ärztliche Ordinationen in diesen Regionen oft nur in Verbindung mit einer Hausapotheke wirtschaftlich tragfähig sind.'

Die in der Folge zum Gesetzesbeschluss erhobene Fassung ergab sich durch einen bei den Beratungen des Gesundheitsausschusses des Nationalrates eingebrachten, insbesondere auf § 10 Abs. 2 ApG bezogenen Abänderungsantrag, in dessen Begründung im Ausschussbericht (459 Blg. NR XXI. GP) unter anderem Folgendes dargelegt wurde:

'Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 2. März 1998 festgestellt, dass für bereits bestehende öffentliche Apotheken ein Versorgungspotential von 5 500 Personen erhalten bleiben soll. Er ist offenbar davon ausgegangen, dass es sich hierbei um die optimalen Voraussetzungen für den Betrieb einer öffentlichen Apotheke handelt. Er wollte aber die unternehmerische Entscheidung eines Apothekers nicht beeinträchtigen, auch unter diesem Versorgungspotential eine neue Apotheke zu errichten. Es bleibt daher dem Apotheker überlassen, sein unternehmerisches Risiko selbst zu beurteilen. Da das Apothekengesetz aber vom Grundsatz der gleichmäßigen bzw. bestmöglichen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung getragen ist, sollen in dünn besiedelten Gebieten eine oder mehrere ärztliche Hausapotheken die Versorgung der Patienten wahrnehmen. Auf diese Weise ist auch für diese Gebiete den Bedürfnissen der Bevölkerung bestmöglich Rechnung getragen.' "

4. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass seit dem Inkrafttreten der Apothekengesetz-Novelle 2001, BGBl. I Nr. 16/2001, grundsätzlich von folgendem Verhältnis zwischen öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken auszugehen ist:

Der Gesetzgeber schließt den Bedarf an der Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke nicht aus, wenn sich im Umkreis von vier Straßenkilometern (noch) keine ärztliche Hausapotheke befindet, selbst dann nicht, wenn die Anzahl der zu versorgenden

Personen 5500 unterschreitet. Diesfalls ist eine Konzession - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 10 ApG - zu erteilen.

Die Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke ist - dem Willen des Gesetzgebers entsprechend - aber jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn bereits eine ärztliche Hausapotheke im Umkreis von vier Straßenkilometern besteht und die zu versorgende Anzahl von Personen weniger als 5500 beträgt. Die angefochtenen Bestimmungen des Apothekengesetzes bewirken sohin, dass in diesen Fällen eine für den Zugang zur Erwerbsausübung notwendige Konzession (Bewilligung) für eine öffentliche Apotheke mangels Bedarfs nicht zu erteilen ist.

5. Eine Vorschrift, die die Erteilung einer Bewilligung (Konzession) vom Vorhandensein eines örtlichen Bedarfs abhängig macht, greift in die verfassungsgesetzlich gewährleistete Erwerbsfreiheit jener Personen ein, die um eine solche anzusuchen haben. Derartige Beschränkungen sind nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs grundsätzlich nur dann zulässig, wenn sie durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind (vgl. zB VfSlg. 11.276/1987, 12.098/1989, 15.103/1998 und 15.740/2000).

Sieht das Gesetz demnach eine (objektive) Schranke vor, die der Apotheker aus eigener Kraft nicht zu überwinden vermag, obgleich alle subjektiven und sonstigen Voraussetzungen des Apothekengesetzes erfüllt wären, liegt "grundsätzlich ein schwerer Eingriff in die verfassungsgesetzlich gewährleistete Erwerbsausübungsfreiheit vor, die nur angemessen ist, wenn dafür besonders wichtige Interessen sprechen und wenn keine Alternativen bestehen, um den erstrebten Zweck in einer gleich wirksamen aber die Grundrechte weniger einschränkenden Weise zu erreichen" (vgl. VfSlg. 11.483/1987).

6.1. Wenn nun der Gesetzgeber - mit Blick auf eine allgemeine gesundheitspolitische Zielsetzung (das kann sowohl die

Sicherung der Heilmittelversorgung als auch die Sicherung der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung sein) - eine Veränderung der Konzeption des Apothekengesetzes derart vornimmt, dass er für Gebiete, in denen weniger als 5500 Personen mit Heilmitteln zu versorgen sind, grundsätzlich einen "Lückenschluss" durch ärztliche Hausapotheken vorsieht, ist dies zunächst nicht zu beanstanden; der Verfassungsgerichtshof kann dem Gesetzgeber nur dann entgegentreten, wenn dieser Ziele verfolgt, die keinesfalls als im öffentlichen Interesse liegend anzusehen sind (vgl. etwa VfSlg. 11.483/1987 m.w.H.).

Der Verfassungsgerichtshof pflichtet in diesem Sinne den Argumenten der Bundesregierung bei, wenn sie die Auffassung vertritt, dass gerade in ländlichen Regionen auch das Führen ärztlicher Hausapotheken durch praktische Ärzte sowohl für die hausapothekenführenden Ärzte, aber auch für die mit Heilmitteln zu versorgende Bevölkerung - insbesondere an Standorten, an denen keine öffentlichen Apotheken bestehen - von (wirtschaftlichem) Vorteil sein kann.

6.2. Der Verfassungsgerichtshof hatte sich bereits im Erkenntnis VfSlg. 15.103/1998 mit einer - der nun angefochtenen Regelung vergleichbaren - Zugangsbeschränkung zu beschäftigen. In diesem Erkenntnis hatte er die Bestimmung des § 10 Abs. 2 Z 1 ApG, RGrBl. Nr. 5/1907, in der Fassung der Apothekengesetz-Novelle 1990, BGBl. Nr. 362, zu prüfen, die einen Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke schon dann verneinte, wenn die Zahl der von der künftigen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen weniger als 5500 betragen hat. Der Verfassungsgerichtshof stellte damals dazu fest, dass mit dieser Regelung primär eine Zutrittsschranke zu einer Erwerbstätigkeit errichtet wurde. Er führte wörtlich Folgendes aus:

"[...] Das ist nach der zitierten ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ein schwerer Eingriff in die verfassungsgesetzlich gewährleistete Erwerbsausübungsfreiheit, der nur angemessen ist, wenn dafür besonders wichtige öf-

fentliche Interessen sprechen und wenn keine Alternativen bestehen, um den erstrebten Zweck in einer gleich wirksamen, aber das Grundrecht weniger einschränkenden Weise zu erreichen. Schon im Erk. VfSlg. 10.386/1985 hat der Verfassungsgerichtshof die Auffassung vertreten, es sei davon auszugehen, daß es an sich im Interesse der Bevölkerung liegt, die Medikamente benötigt, wenn eine weitere Apotheke eröffnet und so der Weg zur nächsten Medikamentenverkaufsstelle verkürzt wird.

Es müßten daher besondere - streng zu prüfende - Umstände vorliegen, die diese Neueröffnung dennoch als dem öffentlichen Interesse widerstreitend erscheinen lassen. Der Gerichtshof ist damals davon ausgegangen, daß derartige Umstände nur darin liegen könnten, daß eine der Apotheken infolge wirtschaftlicher Schwierigkeiten außerstande wäre, die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung zu gewährleisten, weshalb es für die Bevölkerung günstiger wäre, wenn eine neue Apotheke nicht errichtet wird.

b) Der Verfassungsgerichtshof bleibt im Prinzip bei dieser Meinung. Er kann allerdings nicht erkennen, warum das öffentliche Interesse an der Heilmittelversorgung durch die Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke gefährdet sein könnte, wenn die ordnungsgemäße Heilmittelversorgung durch die bisher bestehenden öffentlichen Apotheken infolge der Neuerrichtung nicht beeinträchtigt wird. Bleibt der Versorgungsbereich der bestehenden öffentlichen Apotheken gesichert (und damit der bisherige Standard der Heilmittelversorgung gewährleistet), so kann die Zulassung weiterer öffentlicher Apotheken letztlich nur zu einer Verbesserung der Heilmittelversorgung führen. In jenen Bereichen, die derzeit nicht durch eine öffentliche Apotheke versorgt sind (und nach der gesetzlichen Lage durch eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke auch nicht versorgt werden können, weil die Zahl von 5.500 Personen nicht erreicht wird), wäre dann die Möglichkeit der Gründung einer neuen öffentlichen Apotheke gegeben.

[...]

Während nach der derzeit geltenden Rechtslage die Neuerrichtung einer Apotheke rechtlich gar nicht möglich ist, sofern ihr Versorgungspotential weniger als 5.500 Personen beträgt, und der Konzessionswerber in solchen Fällen niemals die Gleichstellung mit dem Konzessionär einer bestehenden Apotheke erreichen kann, hat er bei Wegfall dieses Mindestversorgungspotentials immerhin die Möglichkeit, die Konzession zu erhalten und dem Erwerb im erlernten Beruf nachzugehen. Nach der Errichtung sind hingegen die bestehende und die neu errichtete öffentliche Apotheke durchaus gleichgestellt. Auch die neu errichtete Apotheke, deren Versorgungspotential unter 5.500 Personen liegt, genießt insoweit Bestandsschutz, als in ihrem Bereich eine weitere Errichtung nicht in Betracht kommt. Sie hat damit die gleiche Stellung wie eine bestehende öffentliche Apotheke, deren Versorgungspotential aus irgendeinem Grund unter die Zahl von 5.500 Personen gesunken ist. Eine solche Entwicklung

berechtigt die Behörde nach der (offenbar erschöpfenden) Regelung des § 19 ApG nicht zur Zurücknahme der Konzession. Der Gesetzgeber selbst sieht daher diesen Umstand nicht als eine so schwerwiegende Gefährdung der klaglosen Heilmittelversorgung an, daß er die Schließung einer solchen Apotheke fordert, sondern überläßt es offenbar dem Konzessionär, für den ordnungsgemäßen Betrieb der Apotheke zu sorgen. Dann besteht aber auch kein Anlaß, die Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke, die von vornherein ein Versorgungspotential von weniger als 5.500 Personen aufweist, generell auszuschließen."

6.3. Ferner stellte der Verfassungsgerichtshof zu der damals geltenden Rechtslage - wonach die Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke die Schließung einer bereits bestehenden ärztlichen Hausapotheke zur Folge hatte - zum Verhältnis von öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken fest:

"Die verfassungsrechtlich relevante Frage ist daher nicht, ob die Heilmittelversorgung der Bevölkerung auch durch ärztliche Hausapotheken zufriedenstellend gesichert ist, sondern ob die die Errichtung neuer öffentlicher Apotheken beschränkenden Vorschriften durch das öffentliche Interesse geboten und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind.

Der Verfassungsgerichtshof kann nicht erkennen, daß die Substitution einer (oder auch mehrerer) ärztlicher Hausapotheken durch eine öffentliche Apotheke, mag diese auch ein Versorgungspotential von weniger als 5.500 Personen aufweisen, typischerweise eine Verschlechterung der Heilmittelversorgung insgesamt zur Folge haben müßte. Selbst wenn es sich dabei um eine kleinere Apotheke handelt, ist doch zu bedenken, daß diese allen für öffentliche Apotheken geltenden Verpflichtungen, speziell auch der Betriebspflicht und den Regelungen über Öffnungszeiten und den Bereitschaftsdienst unterliegt; Regelungen, die für ärztliche Hausapotheken nicht anwendbar sind (§ 31 ApG). Die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke berechtigt den Arzt überdies primär lediglich zur Verabreichung von Arzneimitteln an die in seiner Behandlung stehenden Personen, an andere Personen hingegen nur, wenn die Medikamente von einem anderen Arzt verordnet wurden und aus einer öffentlichen Apotheke nicht mehr rechtzeitig beschafft werden könnten (§ 30 ApG). Die gewiß nicht zu vernachlässigende Beschaffung von apotheken-, aber nicht rezeptpflichtigen Medikamenten ist damit nicht möglich."

6.4. Die verfassungsrechtliche Fragestellung, ob die Heilmittelversorgung der Bevölkerung auch durch ärztliche Hausapotheken zufriedenstellend gesichert werden konnte, stand somit auch bei der Entscheidung VfSlg. 15.103/1998 nicht im Vordergrund; vielmehr ging es darum, ob die die Errichtung neuer Apo-

theken beschränkende Vorschrift durch das öffentliche Interesse geboten und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sei. Damals kam der Verfassungsgerichtshof - wie dargelegt - zum Schluss, dass die auf den Existenzschutz bestehender öffentlicher Apotheken abzielende Regelung nicht gerechtfertigt werden kann.

6.5. Die nun zu beurteilende Frage, ob der Bedarf an der Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke ausgeschlossen werden darf, 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 aus zu versorgenden Personen weniger als 5500 beträgt, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht im Ergebnis nicht anderes als im Erkenntnis VfSlg. 15.103/1998 zu beurteilen. Lag dem Erkenntnis VfSlg. 15.103/1998 das Verhältnis von öffentlichen Apotheken untereinander - nämlich von Konzessionsinhabern und Konzessionswerbern - zugrunde, ist es nun das Verhältnis von ärztlichen Hausapotheken und Konzessionswerbern von neu zu errichtenden öffentlichen Apotheken.

Der Gesetzgeber hat nun für die an der Errichtung einer öffentlichen Apotheke interessierten Konzessionswerber eine Zutrittsschranke mit dem Ziel errichtet, bestehenden ärztlichen Hausapotheken ein Mindestversorgungspotential zu sichern; dabei stellt er wieder darauf ab, wie viele Personen zu versorgen sind.

Soweit eine Bestimmung das im öffentlichen Interesse gelegene Ziel verfolgt, die Heilmittelversorgung der Bevölkerung zu sichern, sieht der Verfassungsgerichtshof keinen Grund, von seiner bisherigen Rechtsprechung abzugehen; er ist weiterhin der Auffassung, dass eine Regelung, die einen Bedarf an einer öffentlichen Apotheke schon deshalb verneint, weil eine bestimmte Zahl von mit Heilmitteln zu versorgenden Personen nicht erreicht wird, wegen des Verstoßes gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Freiheit der Erwerbsausübung gemäß Art. 6 StGG verfassungswidrig ist.

An diesem Ergebnis vermag auch der Umstand, dass es sich nun um das Verhältnis zu ärztlichen Hausapotheken handelt, nichts zu ändern, zumal sich an den unterschiedlichen Verpflichtungen von öffentlichen Apotheken und Hausapotheken - etwa im Zusammenhang mit der Abgabe von Arzneimitteln - auch bei den rechtlichen Rahmenbedingungen keine Änderungen ergeben haben.

6.6. Aber auch das im öffentlichen Interesse gelegene Ziel der Versorgung der ländlichen Bevölkerung mit ärztlichen Leistungen vermag den Eingriff in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Freiheit der Erwerbsausübung nicht zu rechtfertigen, da er sich als unverhältnismäßig erweist. Schon aus diesem Grund konnte es dahingestellt bleiben, ob er überhaupt geeignet war, das damit verfolgte Ziel der Sicherung der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung zu erreichen und auch ob andere geeignete Möglichkeiten bestehen, dieses öffentliche Interesse zu sichern.

7. Den Anträgen der anfechtenden Gerichte, die im Spruch näher bezeichneten Bestimmungen im ApG als verfassungswidrig aufzuheben, war daher wegen Verstoßes gegen Art. 6 StGG stattzugeben.

VII. 1. Der Ausspruch, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten, beruht auf Art. 140 Abs. 6 erster Satz B-VG.

2. Der Ausspruch, dass die aufgehobenen Bestimmungen in den beim Unabhängigen Verwaltungssenat für die Steiermark zu Zl. UVS 90.16-4/2004-2 anhängigen Verfahren, nicht mehr anzuwenden sind, zielt darauf ab, dass diese nicht nur deshalb weiter anzuwenden sind, weil über den beim Verfassungsgerichtshof eingebrachten Antrag des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark (zu G 201/04) aus formalen Gründen nicht in der Sache zu entscheiden war.

3. 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 BGBLG.

4. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG erster Satz ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

Wien, am 14. Oktober 2005

Der Präsident:

Dr. K o r i n e k

Schriftführer:

Dr. P a u s e r