

Univ.-Prof. DDr. Michael Potacs

**WU Wien, Institut für Österreichisches und
Europäisches Öffentliches Recht**

Zur Versorgungssicherung durch ärztliche Hausapotheken in „ländlichen Gebieten“

1. Einleitung	26
2. Problematik	27
3. Verfassungsrechtliche Vorgaben	29
4. Weiterführende Überlegungen	31
5. Schlussfolgerung	34

Die Bedeutung ärztlicher Hausapotheken für die Versorgung ländlicher Gebiete ist seit jeher unbestritten. Hausapotheken haben immer schon eine wichtige Rolle bei der Heilmittelversorgung gespielt, die der VwGH und der VfGH mit dem Wort der „Surrogatfunktion“ ärztlicher Hausapotheken umschrieben haben. Mit der ApG-Novelle 2006 sollte nunmehr in „Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinden“ die Arzneimittelversorgung nicht durch öffentliche Apotheken, sondern durch ärztliche Hausapotheken erfolgen, um somit „besonderen ländlichen Strukturen“ Rechnung zu tragen. Es vollzog sich ein Wandel des Versorgungssystems des ApG von einem weitgehenden Primat öffentlicher Apotheken hin zu einem „dualen System“ (bestehend aus öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken). Der vorliegende Beitrag nimmt die damit verbundenen Probleme zum Anlass für einige Überlegungen zu einer Neuorientierung des Systems der Heilmittelversorgung im ApG. Dies könnte nicht nur zu einer Verbesserung der Heilmittelversorgung, sondern auch der ärztlichen Betreuung führen.

1. Einleitung

Die Bedeutung ärztlicher Hausapotheken für die Versorgung ländlicher Gebiete ist seit jeher unbestritten. Zwar ging das Apothekengesetz (ApG) schon in seiner Stammfassung aus dem Jahre 1906 davon aus, dass die Versorgung der Bevölkerung mit Heilmitteln primär durch öffentliche Apotheken zu erfolgen hat. Doch sind mit der Führung öffentlicher Apotheken auch kostspielige Verpflichtungen (z.B. ausreichendes Heilmittellager) verbunden, was rechtliche und faktische Konsequenzen nach sich zieht. In rechtlicher Hinsicht wird den öffentlichen Apotheken in gewissem Umfang eine ökonomische „Existenzsicherung“ durch Schutz vor anderen Apotheken gewährleistet. In faktischer Perspektive führt der mit einer öffentlichen Apotheke verbundene Kostenaufwand dazu, dass sie sich prinzipiell nur in Ertrag versprechenden Gebieten ansiedeln. Das wiederum sind eher Regionen mit einer ausreichenden Bevölkerungsdichte. Bei dieser Ausgangssituation haben ärztliche Hausapotheken immer schon eine wichtige Rolle bei der Heilmittelversorgung gespielt, die der VwGH und der VfGH mit dem Wort der „Surrogatfunktion“¹ ärztlicher Hausapotheken umschrieben haben.

Diese „Surrogatfunktion“ hat sich im ApG lange Zeit dadurch manifestiert, dass ärztliche Hausapotheken nur außerhalb eines bestimmten Umkreises von öffentlichen Apotheken (4 bis 6 km) zulässig waren. Mit der ApG-Novelle 2006² erfolgte allerdings eine beachtliche Neukonzeption: In „Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinden“³ sollte nunmehr „in der Regel“⁴ die Arzneimittelversorgung nicht durch öffentliche Apotheken, sondern durch ärztliche Hausapotheken erfolgen. Ein wesentlicher Aspekt dabei ist, dass seit dieser Novelle in solchen „Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinden“ die Bewilligung für die Errichtung einer öffentlichen Apotheke zu versagen ist. Damit wollte man „besonderen ländlichen Strukturen“⁵ Rechnung tragen. Mit einiger Berechtigung kann man insoweit einen Wandel des Versorgungssystems des ApG von einem weitgehenden Primat öffentlicher Apotheken hin zu einem „dualen System“ (bestehend aus öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken) sehen.⁶

1 VwSlg 4555(A)/1958; VfSlg 5648/1967.

2 BGBl I 2006/41.

3 Das sind Gemeinden mit „weniger als zwei Vertragsarztstellen“ oder einer Vertragsgruppenpraxis, die „versorgungswirksam höchstens eineinhalb besetzten Vertragsstellen“ von Ärzten für Allgemeinmedizin entspricht; näher Potacs/Scholz, Apothekenrecht, in: Resch/Wallner (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht 2 (2015), 858 f, Rz 33 f.

4 Abänderungsantrag 202, 22. GP, S 4.

5 Ebenda.

6 So bereits Potacs, Öffentliche Apotheken und ärztliche Hausapotheken – ein verfassungsrechtlicher Dauerbrenner?, RdM 2009, 243 (246). Relativierend allerdings VfSlg 18966/2009.

2. Problematik

Freilich ist auch nicht zu übersehen, dass die nunmehrige Rechtslage in mancher Hinsicht zu unbefriedigenden Ergebnissen führt, von denen hier nur einige hervorgehoben werden sollen:

- Auch in „Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinden“ darf eine ärztliche Hausapotheke nicht errichtet werden, wenn sie sich weniger als sechs Kilometer von einer öffentlichen Hausapotheke entfernt befindet („Sechskilometerregelung“).⁷ Der VfGH hat diese Bestimmung zwar für verfassungskonform erklärt⁸, doch liegt auf der Hand, dass damit die Nahversorgung in ländlichen Gebieten beeinträchtigt wird⁹.
- Unter diesem Aspekt diskussionswürdig ist auch die Bestimmung, wonach eine bereits erteilte Bewilligung für eine ärztliche Hausapotheke wieder zurückzunehmen ist, wenn die Wegstrecke zwischen dem Berufssitz des Arztes und der Betriebsstätte einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke vier Kilometer nicht überschreitet („Vierkilometerregelung“).¹⁰
- Gemeindegrenzen werden unter verschiedenen Gesichtspunkten gezogen, bei denen die Versorgung mit Arzneimitteln und Ärzten kaum im Vordergrund steht. Hinzu kommt, dass aus Gründen der Kostenersparnis und Verwaltungsökonomie eine Tendenz zur „Gemeindezusammenlegung“ zu verzeichnen ist, die zu großflächigeren Gemeinden führt. In dieser Situation ist sehr fraglich, ob das Abstellen auf „Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinden“ die Versorgung mit Heilmitteln „in besonderen ländlichen Strukturen“ auch wirklich optimal sicherzustellen vermag, weil es in solchen großflächigen Gemeinden wohl nicht selten mehrere Vertragsarztstellen gibt. Das bedeutet dann zunächst, dass in solchen großflächigen, aber dünn besiedelten Gemeinden auch öffentliche Apotheken zugelassen werden dürfen, obwohl diese die Bevölkerung vielleicht nicht immer optimal versorgen können. Zutreffend hat der EuGH als Gefahr des Systems der Existenzsicherung öffentlicher Apotheken in Österreich gesehen, „dass in Gebieten, die bestimmte demografische Besonderheiten aufweisen, ein angemessener Zugang zum pharmazeutischen Dienst nicht

7 § 29 Abs. 1 Z 3 ApG.

8 VfSlg 18966/2009.

9 Kritisch dazu Potacs, Sechskilometerregelung für ärztliche Hausapotheken verfassungskonform, RdM 2010, 61 f.

10 § 29 Abs. 3 ApG.

gewährleistet ist“¹¹. Hinzu kommt, dass ärztliche Hausapotheken in solchen Gemeinden schließen müssen, wenn in einem Umkreis von weniger als vier Kilometer eine öffentliche Apotheke neu errichtet wurde, was wiederum die Nahversorgung beeinträchtigt.

- Verstärkt wird die Problematik auch noch dadurch, dass es immer schwieriger wird, Ärzte für Vertragsarztstellen in ländlichen Gebieten zu gewinnen (Stichwort: „Landärztemangel“). Als wesentlicher Anreiz für die Bereitschaft zur Übernahme solcher Stellen haben sich dem Vernehmen nach ärztliche Hausapotheken erwiesen, weil diese einen attraktiven Zusatzverdienst erwarten lassen. Die geltende Rechtslage kann damit auch zu Problemen bei der ärztlichen Versorgung führen.

Diese Probleme sollen zum Anlass für einige Überlegungen zu einer Neuorientierung des Systems der Heilmittelversorgung im ApG genommen werden, die nicht nur zu einer Verbesserung der Heilmittelversorgung, sondern auch der ärztlichen Betreuung führen könnten.

11 EuGH Rs C-367/12 (Sokoll-Seebacher), Rz 41. Dazu auch etwa VwGH 30.9.2015, Ro 2014/10/0081.

3. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Dabei ist freilich zunächst bei den verfassungsrechtlichen Vorgaben anzusetzen, die wesentlich durch die Rechtsprechung des VfGH geprägt sind. Diese Judikatur kann hier freilich nicht in allen Details nachvollzogen werden¹², weshalb die folgenden Darlegungen auch nur auf einige für das Verhältnis von öffentlichen Apotheken zu ärztlichen Hausapotheken relevante Eckpunkte beschränkt bleiben. Ausgangspunkte dieser Rechtsprechung sind dabei das in Art. 6 StGG gewährleistete Grundrecht auf Erwerbsfreiheit und der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz auf der anderen Seite, wobei das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit im Vordergrund steht. Nach diesem Grundrecht wäre es weder für öffentliche Apotheken noch für ärztliche Hausapotheken geboten, irgendwelche Schranken vorzusehen.¹³ Vielmehr verhält es sich genau umgekehrt: Gesetzliche Schranken für die Niederlassung von öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken sind im Hinblick auf die Erwerbsfreiheit rechtfertigungsbedürftig und an den Anforderungen des Grundrechtes zu messen. Außerdem hat die konkrete Ausgestaltung dieser Beschränkungen auch dem Gleichheitssatz zu entsprechen und in Bezug darauf nur sachlich gerechtfertigte Differenzierungen vorzusehen.¹⁴ Davon ausgehend ist in der Judikatur zwischen den Anforderungen für Beschränkungen von öffentlichen Hausapotheken auf der einen und ärztlichen Hausapotheken auf der anderen Seite zu unterscheiden:

Dabei ist zunächst einmal in Rechnung zu stellen, dass der VfGH eine weitgehende Einschränkung von ärztlichen Hausapotheken zugunsten von öffentlichen Apotheken für zulässig erachtet. Dies erscheint dem VfGH deshalb gerechtfertigt, weil öffentliche Apotheken bestimmten Verpflichtungen (wie Arzneimittelvorrat, Betriebspflicht und Bereitschaftsdienst) unterliegen, die für ärztliche Hausapotheken nicht gelten.¹⁵ Im Hinblick darauf erachtet der VfGH sowohl die „Vierkilometerregelung“¹⁶ als auch die „Sechskilometerregelung“¹⁷ für verfassungskonforme Beschränkungen von ärztlichen Hausapotheken.

12 Dazu näher Potacs (FN 6), 247 ff.

13 Siehe in diesem Zusammenhang etwa die Rechtslage in Deutschland, wo auf Grund der Judikatur des deutschen BVerfG ein Konkurrenzschutz für Apotheken verfassungsrechtlich unzulässig und daher auch nicht vorgesehen ist; dazu grundlegend BVerfG E 7, 377.

14 Siehe dazu etwa die Ausgestaltung von Übergangsfristen für die Rücknahme von Konzessionen für ärztliche Hausapotheken VfSlg 19667/2012.

15 VfSlg 17682/2005.

16 VfSlg 15103/1998.

17 VfSlg 18966/2009.

Umgekehrt erachtet der VfGH aber auch eine Einschränkung öffentlicher Apotheken zugunsten ärztlicher Hausapotheken für prinzipiell zulässig. Im öffentlichen Interesse gelegene Ziele, die einen solchen Eingriff grundsätzlich zu rechtfertigen vermögen, sind nach der Judikatur des VfGH „die Sicherung der Heilmittelversorgung einerseits und die Sicherung der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung andererseits“¹⁸. Dabei betont der VfGH, 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 öffentliche Apotheken bestehen – von (wirtschaftlichem) Vorteil sein kann“¹⁹. Allerdings muss die Einschränkung öffentlicher Apotheken verhältnismäßig sein, was der VfGH bisher in zwei Entscheidungen verdeutlicht hat:

- Für verfassungsrechtlich unzulässig erachtete der VfGH eine Regelung, wonach eine öffentliche Apotheke nicht errichtet werden dürfte, wenn sich im Umkreis von vier Kilometer bereits eine Hausapotheke befindet und die Zahl der von der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke zu versorgenden Personen weniger als 5500 beträgt. Der VfGH sah die Verletzung der Erwerbsfreiheit in dem Umstand begründet, dass die Bewilligung zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke schon deshalb zu verweigern ist, weil „eine bestimmte Zahl von mit Heilmitteln zu versorgenden Personen nicht erreicht wird“²⁰. Damit knüpfte der VfGH an seine vorangegangene Judikatur an, wonach die Bewilligungserteilung nicht „dem Schutz des Konzessionswerbers vor unrentablen Investitionen“²¹ dienen dürfe. Für den VfGH dürfte aber auch ausschlaggebend gewesen sein, dass die fragliche Regelung die Versorgung mit öffentlichen Apotheken außerhalb „ländlicher Gebiete“ (z.B. in städtischen Randlagen) ebenfalls behindern konnte, was sich aber weder unter dem Gesichtspunkt der optimalen ärztlichen Versorgung noch der bestmöglichen Heilmittelversorgung rechtfertigen lässt.
- Auf dieser Linie liegt es, dass der VfGH in weiterer Folge die nunmehr geltende Dominanz von ärztlichen Hausapotheken in „Ein-Kassenvertrags-Gemeinden“ und die damit verbundene Beschränkung öffentlicher Apotheken für verfassungsrechtlich zulässig erachtete. Der VfGH erinnerte in diesem Zusammenhang daran, dass er die Führung von ärztlichen Hausapotheken „gerade in ländlichen Regionen“ (wegen ihrer Bedeutung für die apothekenführenden Ärzte sowie die Heilmittelversorgung der Bevölkerung) als im öffentlichen Interesse

18 VfSlg 18513/2008. Ebenso VfSlg 17682/2005.

19 VfSlg 17682/2005.

20 Ebenda.

21 VfSlg 15103/1998.

liegend anerkannte. Diesem Interesse diene auch das durch die ApG-Novelle 2006 geschaffene System, dem der Gedanke zugrunde liege, „dass eine Trennung von ärztlicher Tätigkeit und Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln in bestimmten ländlichen Gebieten aus ökonomischen Gründen nicht sinnvoll und gesundheitspolitischen Zielen abträglich ist“. Anders als die (eben dargelegte) Vorgängerregelung verfolge der Gesetzgeber diese Zielsetzung aber nicht durch „die zahlenmäßige Festsetzung eines Mindestversorgungspotenzials“. Vielmehr knüpfe der Gesetzgeber an das im ASVG verankerte System der Vergabe von Kassenplanstellen an, das auch auf die – allerdings „zahlenmäßig nicht festgelegte“ – Bevölkerungsdichte und -struktur Bedacht nehme, wodurch aber nicht unverhältnismäßig in die Erwerbsfreiheit eingegriffen werde.²² Für den VfGH war also ausschlaggebend, dass die nunmehrige Rechtslage weit weniger dem Schutz vor unrentablen Investitionen, sondern vielmehr der klaglosen Heilmittelversorgung in „ländlichen Gebieten“ dient.

4. Weiterführende Überlegungen

Was folgt nun aus dieser Judikatur des VfGH für das Verhältnis zwischen öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken? Es sind im Wesentlichen drei Aspekte, die diese Rechtsprechung charakterisieren:

- Der VfGH anerkennt, dass Beschränkungen von öffentlichen Apotheken zugunsten ärztlicher Hausapotheken im Interesse der ärztlichen Versorgung und der Heilmittelversorgung zulässig sind.
- Der VfGH sieht unter diesen Gesichtspunkten den Vorteil ärztlicher Hausapotheken für „ländliche Regionen“. Er anerkennt, dass hier eine Trennung von ärztlicher Versorgung und Versorgung mit Heilmitteln nicht sinnvoll und gesundheitspolitisch abträglich ist. Beschränkungen öffentlicher Apotheken zugunsten ärztlicher Hausapotheken sind daher in „ländlichen Regionen“ prinzipiell zulässig.
- Der VfGH verneint aber, dass ein Abstellen auf ein rein zahlenmäßiges Versorgungspotenzial öffentlicher Apotheken diesen Anforderungen adäquat Rechnung zu tragen vermag.

²² VfSlg 18513/2008.

Die derzeitige „Ein-Kassenvertrags-Gemeinde“-Regelung entspricht nach der Judikatur all diesen Anforderungen an eine verfassungskonforme Regelung. Das bedeutet freilich nicht, dass den der Judikatur des VfGH zu entnehmenden Aspekten für eine verfassungskonforme Kompetenzaufteilung zwischen öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken *nur* durch die derzeit in Geltung stehende „Ein-Kassenvertrags-Gemeinde“-Regelung Rechnung getragen werden kann. Entscheidend ist vielmehr, dass eine Regelung getroffen wird, die den Anforderungen der Rechtsprechung des VfGH gerecht wird. Das ist vor allem deshalb zu betonen, weil die derzeitige Rechtslage nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen führt, mag sie sich nach der Judikatur des VfGH auch im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum der verfassungsrechtlichen Vorgaben bewegen. Es erscheint daher durchaus lohnend, auch andere Überlegungen für eine verfassungskonforme Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken anzustellen.

Solche Überlegungen könnten dabei an einer Typologie anknüpfen, die sich derzeit bereits im ApG abzeichnet und sich mit Blickrichtung auf eine noch bessere Versorgung mit Heilmitteln und ärztlichen Leistungen weiterentwickeln lässt. Nach der im ApG verankerten Typologie erscheint die öffentliche Apotheke für relativ dicht besiedelte Gebiete besonders adäquat. Denn in solchen Gebieten ist auch eine tragfähige ökonomische Basis für die Apotheken am ehesten gesichert und die Nahversorgung der Bevölkerung am besten gewährleistet. Im Hinblick darauf erscheint auch der relativ enge Mindestabstand von 500 Metern zur nächstgelegenen öffentlichen Apotheke im ApG angemessen. Vor allem aber ist im dicht besiedelten Gebiet das im ApG öffentlichen Apotheken gewährleistete Versorgungspotenzial von 5500 Personen ohne nennenswerte Beeinträchtigung der Nahversorgung möglich. Im dünn besiedelten ländlichen Raum kann sich ein solches Versorgungspotenzial dagegen auf einen sehr weiten Raum erstrecken und lange Anfahrtszeiten für die Kunden mit sich bringen. In solchen „ländlichen Regionen“ vermögen dagegen ärztliche Hausapotheken die Versorgung eher besser sicherzustellen und überdies einen Anreiz zur Besetzung von für die medizinische Versorgung sehr wichtigen Kassenarztstellen zu bieten. Sind diese doch mit Kassenvertragsarztstellen verbunden, deren Anzahl sich gemäß § 342 Abs. 1 Z 1 ASVG auch an der Bevölkerungsdichte und Bevölkerungsstruktur orientiert. Eine verfassungskonforme Weiterentwicklung der schon derzeit im ApG angelegten Typologie könnte also in Richtung einer auch vom VfGH grundsätzlich anerkannten Aufgabenteilung der Versorgung mit Arzneimitteln gehen: Öffentliche Apotheken sind prinzipiell für die Versorgung „dicht besiedelter Gebiete“, ärztliche Aufgabenteilung grundsätzlich für die Versorgung „ländlicher Regionen“ zuständig.

Freilich müssten dafür adäquate Definitionen für „dicht besiedelte Gebiete“ und „ländliche Gebiete“ gefunden werden. Einen Ansatz dafür könnte vielleicht das Postmarkgesetz bieten, nach dessen § 9 Postbriefkästen in „zusammenhängend bebauten Gebieten“ ausreichend vorhanden sein müssen. Die Anforderungen für die Versorgung mit Postbriefkästen sind zwar zweifellos andere als für die Versorgung mit Arzneimitteln und ärztlichen Dienstleistungen, doch könnte die Wendung „zusammenhängend bebaute Gebiete“ zum Ausgangspunkt für die angedachte Aufgabenteilung zwischen öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken gemacht werden. Daran anknüpfend müssten (wohl mit Hilfe von Landschaftsforschern) angemessene Parameter dafür entwickelt werden, ab wann „zusammenhängend bebaute Gebiete“ zu „dicht besiedelten Gebieten“ werden, die von öffentlichen Apotheken zu versorgen wären. Dabei müsste wohl auch eine gewisse Bevölkerungsanzahl eine Rolle spielen (z.B. 4000 Personen), doch wäre die Eröffnung einer öffentlichen Apotheke nicht schon allein deshalb verwehrt, weil ein bestimmtes Versorgungspotenzial nicht erreicht wird. Vielmehr würde es auf die Bevölkerungszahl in „zusammenhängend bebauten Gebieten“ und damit auf die Abgrenzung zu „ländlichen Regionen“ ankommen, deren Versorgung durch ärztliche Hausapotheken auch nach der Judikatur des VfGH (wirtschaftlich) vorteilhaft ist. Der vom VfGH verpönte „Schutz vor unrentablen Investitionen“ würde dagegen überhaupt keine Rolle spielen.

Eine solche Teilung der Versorgung zwischen öffentlichen Apotheken („dicht besiedelte Gebiete“) und ärztlichen Hausapotheken („ländliche Regionen“) würde bei entsprechender Ausgestaltung wohl nicht nur den Anforderungen der Judikatur des VfGH entsprechen. Es ließen sich auch Probleme vermeiden, die vor allem durch die derzeitigen Regelungen des ApG aufgeworfen werden: Die „starren“ Vier- und Sechskilometerregelungen würden keine Rolle mehr spielen. In großflächigen „dünn besiedelten“ Gemeinden könnten mehrere ärztliche Hausapotheken die Versorgung übernehmen, ohne von öffentlichen Apotheken in ihre Schranken verwiesen zu werden. Nicht zuletzt würde eine solche Aufteilung für Kassenstellen in ländlichen Gebieten eine klare Perspektive (keine Gefahr des Entzuges auf Grund der Vierkilometerregelung) bieten. Das wiederum könnte ein weiterer maßgeblicher Anreiz sein, um dem anstehenden „Landärztemangel“ wirksam entgegenzutreten.

5. Schlussfolgerung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die derzeitige „Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinde“-Regelung eine wichtige Errungenschaft zur Versorgung ländlicher Regionen darstellt. Die Judikatur des VfGH würde wohl auch noch eine weitere Verlagerung des Versorgungsauftrages hin zu ärztlichen Hausapotheken in ländliche Regionen erlauben. Da solche Schritte auch dem „Landärztemangel“ entgegenzuwirken vermögen, sollten sie zumindest ernsthaft in Betracht gezogen werden.