



## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Stöberl sowie die Hofräte Dr. Lukasser, Dr. Hofbauer, Dr. Fasching und die Hofrätin Dr. Leonhartsberger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Uhlir, über die Revision des Bürgermeisters der Stadt Graz in 8011 Graz, Europaplatz 20, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark vom 27. Februar 2014, Zl. LVwG 48.19-1441/2014-3, betreffend Genehmigung der Betriebsanlage einer öffentlichen Apotheke (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bürgermeister der Stadt Graz; mitbeteiligte Partei: E KG in Graz), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

### Entscheidungsgründe:

I.

- 1 1. Mit Bescheid der belangten Behörde (des nunmehrigen Revisionswerbers) vom 24. Oktober 2013 wurde der mitbeteiligten Partei gemäß §§ 6 und 56 Apothekengesetz iVm §§ 25 bis 33 und 67 Apothekenbetriebsordnung 2005 - ABO 2005 die Bewilligung für die Neuerrichtung der Betriebsanlage der „R-Apotheke“ in Graz unter Vorschreibung verschiedener Bedingungen und Beschränkungen erteilt.
- 2 Punkt 13. dieser Nebenbestimmungen lautete wie folgt:  
„Die Nutzung des ‚Beratungsraumes‘ zu **gewerblichen** Nebentätigkeiten in Verbindung mit Mineralstoffberatungen, Ernährungs-, Rauch-, Mundhygiene-, Darmgesundheits- einerseits bzw. andererseits Hebammensprechstunden, ‚Hörwelt‘ und ärztliche Beratung, Dermokosmetik, Massagen, Ayurveda usw. durch Subunternehmen/Apothekenfremde ist **unzulässig**.“
- 3 Dem entsprechend wurde unter Spruchpunkt II. des Bescheides des Revisionswerbers vom 24. Oktober 2013 der ‚Ansuchensteil ‚Nutzung des Beratungsraumes‘ von 14,88 m<sup>2</sup>, gelegen zwischen ‚Offizin‘ und ‚Dienstzimmer‘ gegenüber dem Eingang zur Apotheke von der



Mall ‚Center West‘ zur Außenwand des Centers hin, zu gewerblichen Nebentätigkeiten in Verbindung mit Mineralstoffberatungen, Ernährungs-, Rauch-, Mundhygiene-, Darmgesundheits- einerseits bzw. andererseits Hebammensprechstunden, Hörwelt und ärztliche Beratungen, Thermokosmetik, Massagen, Ayurveda usw. durch Subunternehmer/Apothekenfremde, als nicht bewilligungsfähige Mischnutzung eines zur Apotheke gehörenden, mittig gelegenen Raumes **abgewiesen**“.

- 4 2. Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 27. Februar 2014 gab das Landesverwaltungsgericht Steiermark einer Beschwerde der mitbeteiligten Partei gegen diesen Bescheid - unter Berufung auf die §§ 6 und 56 Apothekengesetz iVm § 1 Abs. 2 und 4 sowie § 27 ABO 2005 - Folge, behob den wiedergegebenen Punkt 13. der Bedingungen und Beschränkungen des Bescheides sowie dessen Spruchpunkt II. und schrieb eine weitere (die Gestaltung der Dusche in der Apotheke betreffende) Bedingung zusätzlich vor.
- 5 Zu dem von dem zur Genehmigung vorgelegten Projekt umfassten „Beratungsraum“ führte das Verwaltungsgericht aus, dass dieser im hinteren Bereich der Apothekenbetriebsanlage etwa gegenüber dem Eingangsbereich zur Apotheke liege und allseitig durch Wände und Türen von den übrigen der Apotheke zugehörigen Räumlichkeiten abgetrennt bzw. abtrennbar sei. Die Mindestfläche der Apotheke (120 m<sup>2</sup> gemäß § 27 Abs. 2 ABO 2005) sei auch ohne diesen Raum gewahrt. Der Zugang zu dem Beratungsraum erfolge über die Offizin; dort sollten während der Öffnungszeiten der Apotheke Kundengespräche, Beratungen und Sprechstunden durchgeführt, weiters solle der Raum Apothekenfremden für Dermokosmetik, Massagen, Ayurvedabehandlungen usw. zur Verfügung gestellt werden; in dem Raum sollten somit Tätigkeiten mit einem Gesundheitsbezug ausgeübt werden.
- 6 In rechtlicher Hinsicht verwarf das Verwaltungsgericht die Auffassung der belangten Behörde, dass die mit dem mittig in der gesamten Apothekenanlage liegenden „Beratungsraum“ gegebene Mischnutzung unzulässig sei, insbesondere mit der Begründung, dass der Beratungsraum zur Gänze von den übrigen zur Apothekenbetriebsanlage gehörenden Räumlichkeiten abtrennbar





sei. Selbst bei Ausübung von Tätigkeiten durch apothekenfremde Personen im Beratungsraum bleibe der Gesamteindruck der Anlage als Apothekenbetriebsanlage gewahrt, sodass im Ergebnis davon auszugehen sei, dass der beantragte Beratungsraum (auch) nach dem Apothekengesetz zu bewilligen sei. Das Verwaltungsgericht enthielt sich ausdrücklich einer Aussage darüber, ob der Beratungsraum für die in diesem durchgeführten Tätigkeiten nach anderen rechtlichen Bestimmungen (etwa jenen der Gewerbeordnung 1994) zulässig sei.

7 Die Revision gegen dieses Erkenntnis ließ das Verwaltungsgericht insbesondere deshalb zu, weil „zur Frage der Mischnutzung eines Raumes in einer Apothekenbetriebsanlage“ Rechtsprechung fehle.

8 3. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende Revision der belangten Behörde. Revisionsbeantwortungen wurden nicht erstattet.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

9 1. Die vorliegend in den Blick zu nehmenden Bestimmungen lauten wie folgt:

10 „Apothekengesetz (RGBl. Nr. 5/1907 idF BGBl. I Nr. 135/2009):

„§ 6.

**Betriebsanlage und Einrichtung.**

Die zur Bereitung, zum Verkaufe und zur Aufbewahrung von Heilmitteln, sowie für die Dienstbereitschaft bestimmten Räume einer öffentlichen Apotheke oder einer Filiale einer solchen, sowie die Einrichtungen derselben müssen den Anforderungen entsprechen, welche mit Rücksicht auf die Bedeutung eines klaglosen Betriebes der Apotheken für die öffentliche Sanitätspflege geboten sind.

Vor der Inbetriebnahme einer öffentlichen Apotheke ist die behördliche Genehmigung für die Betriebsanlage derselben zu erwirken. Eine Änderung der Betriebsanlage bedarf gleichfalls der behördlichen Genehmigung.

[...]

§ 56.

**Verfahren bei der Genehmigung von Betriebsanlagen.**



Die Genehmigung der Betriebsanlage einer öffentlichen Apotheke oder einer Filiale einer solchen sowie einer Anstaltsapotheke ist unter Beibringung der erforderlichen Beschreibungen und planlichen Darstellungen bei der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde erster Instanz anzusuchen.

Die Behörde hat über das Ansuchen die erforderlichen Erhebungen zu pflegen und nach Maßgabe des Ergebnisses dieser Erhebungen zu entscheiden.

Die Entscheidung hat im Falle der Genehmigung der Anlage die bezüglich der Einrichtung und des Betriebes der Apotheke etwa notwendigen Bedingungen und Beschränkungen zu enthalten.“

11 Apothekenbetriebsordnung 2005 - ABO 2005 (BGBl. II Nr. 65/2005 idF BGBl. II Nr. 474/2010):

### **„Öffentliche Apotheken**

#### **Aufgaben**

§ 1. (1) Der öffentlichen Apotheke obliegt die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung.

(2) Die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung durch öffentliche Apotheken umfasst insbesondere

1. die Abgabe von Arzneimitteln im Kleinen,
2. die Anfertigung von Arzneimitteln nach ärztlicher, zahnärztlicher oder tierärztlicher Verschreibung,
3. die Überprüfung der ärztlichen, zahnärztlichen und tierärztlichen Verschreibung auf Eindeutigkeit und Übereinstimmung mit gesetzlichen Vorschriften,
4. die selbständige Zubereitung von Arzneimitteln für Verbraucher/Verbraucherinnen oder Anwender/Anwenderinnen,
5. die Beratung des Kunden/der Kundin im Rahmen der Selbstmedikation,
6. das Herstellen und In-Verkehr-Bringen von Arzneyspezialitäten nach Maßgabe der rechtlichen Bestimmungen,
7. die Information und Beratung von Patienten/Patientinnen und Anwendern/Anwenderinnen über Arzneimittel,
8. die gelegentliche Lieferung von Arzneimitteln an andere Apotheken,
9. die Überprüfung von Arzneimittelvorräten in Krankenanstalten [...] und
10. den Import von Arzneimitteln gemäß den Bestimmungen des Arzneiwareneinfuhrgesetzes.

[...]



(4) Der Apotheker/die Apothekerin ist berechtigt, Dienstleistungen zu erbringen, insbesondere

1. die Beratung in Gesundheits- und Ernährungsfragen,
2. die Informationsvermittlung im Bereich Gesundheitserziehung und -aufklärung mit dem Ziel einer Verbesserung einer gesunden Lebensführung,
3. die Durchführung von Vorsorgemaßnahmen und deren Überwachung,
4. die Einbeziehung in Gesundheitsaktionen in Zusammenarbeit mit anderen Gesundheitsberufen,
5. die Vermittlung von Gesundheitsdienstleistungen,
6. die Mitwirkung in Gesundheitssprengeln und in der Hauskrankenpflege,
7. die Laborpharmazie,
8. die Durchführung von Umweltests und
9. die Herstellung, den Handel und die Vermietung von gesundheitsbezogenen Informationsmedien, soweit dadurch nicht in den Vorbehaltsbereich gesetzlich geregelter Gesundheitsberufe eingegriffen wird.

[...]

#### **Beschaffenheit und Einrichtung der Betriebsräume**

§ 26. (1) Die Betriebsräume müssen nach Art, Größe, Zahl, Lage und Einrichtung geeignet sein, einen ordnungsgemäßen Apothekenbetrieb, insbesondere die ordnungsgemäße Abgabe der Arzneimittel und die Information und Beratung über Arzneimittel, die einwandfreie Entwicklung, Herstellung, Prüfung, Lagerung, Verpackung von Arzneimitteln einschließlich apothekeneigener Arzneyspezialitäten sowie alle anderen dem Apothekenbetrieb zugehörigen Tätigkeiten zu gewährleisten.

(2) Bei der Gestaltung der Offizin muss darauf geachtet werden, dass der Eindruck einer Apotheke gegeben ist.

[...]

#### **Betriebsräume**

§ 27. (1) Die Betriebsräume haben mindestens aus einer Offizin, einem Lagerraum, einem Laboratorium, einem Dienstzimmer und einer sanitären Anlage (Toilette, Waschgelegenheit) und Dusche zu bestehen.

[...]

(5) Die Betriebsräume müssen für die jeweilige Zweckwidmung geeignet sein, so dass eine dem Stand der Wissenschaften entsprechende Herstellung, Vorrathaltung und Kontrolle der Arzneimittel gewährleistet ist.



[...]

(8) Die Betriebsräume müssen von anderweitig gewerblich genutzten sowie von öffentlichen Verkehrsflächen und Ladestraßen durch Wände oder Türen abgetrennt sein.

[...]

### **Offizin**

**§ 28.** (1) Die Offizin dient zur Lagerung und Abgabe von Arzneimitteln und sonstigen Apothekenwaren, zur Beratung und Information der Kunden/Kundinnen und zur Erbringung von Dienstleistungen.

(2) Die Vertraulichkeit des Beratungsgesprächs muss gewährleistet sein.

(3) Offizin und Lagerraum können einen Raum bilden. Es müssen zweckdienliche Einrichtungen zur ordnungsgemäßen Lagerung und Abgabe vorhanden sein.

(4) Es ist zulässig, die als Postagentur für den Kundenkontakt erforderlichen Einrichtungen in der Offizin zu betreiben und die damit in Zusammenhang stehenden Dienstleistungen in der Offizin zu erbringen, wenn der ordnungsgemäße Apothekenbetrieb dadurch nicht beeinträchtigt wird und der Eindruck einer Apotheke gewahrt bleibt.

[...]

### **Genehmigung der Betriebsanlage; Überprüfungen von öffentlichen Apotheken, Krankenhausapotheken, ärztlichen und tierärztlichen Hausapotheken**

**§ 67.** (1) Die Betriebsräume und Einrichtungen einer neu errichteten Apotheke sowie wesentliche räumliche Veränderungen und Umwidmungen von Betriebsräumen sind vor Inbetriebnahme behördlich zu genehmigen. [...]"

- 12 2. Die Revision bringt im Wesentlichen vor, bei dem von der mitbeteiligten Partei zur Bewilligung beantragten „Beratungsraum“ gehe es um die Nutzung eines apothekenzugehörigen Raumes für nicht mit der Apotheke zu vereinbarende gewerbliche Nutzungen. Die beabsichtigten Nutzungen „Hebammensprechstunde“, „Hörwelt“, „ärztliche Beratungen“, „Dermokosmetik“, Massagen und Ayurveda-Behandlungen würden wohl nicht durch den Apotheker vorgenommen; die dazu nötigen „Subunternehmer“ - auch Apothekenfremde - kämen diesen Tätigkeiten in nicht öffentlich zugänglichen Apothekenräumen nach.



- 13 Die von der mitbeteiligten Partei beabsichtigte Nutzung zunächst der Offizin in Form einer Mischnutzung eines eigenen „Beratungsraumes“ neben der Offizin und weit weg vom Apothekenzugang lasse - insofern in Widerspruch zu § 26 Abs. 2 ABO 2005 - einen nicht einer Apotheke gleichzuhaltenden Eindruck entstehen, weshalb eine solche Nutzung auch mit Blick auf die besonderen Aufgaben einer öffentlichen Apotheke unzulässig sei.
- 14 3. Die Revision ist, wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, zulässig. Sie ist im Ergebnis auch berechtigt.
- 15 3.1. Vorauszuschicken ist, dass der öffentlichen Apotheke nach dem in § 1 Abs. 1 ABO 2005 formulierten Grundsatz die „ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung obliegt“ (zum Umfang der Aufgabe der Arzneimittelversorgung vgl. näher die demonstrative Aufzählung des § 1 Abs. 2 ABO 2005).
- 16 Darüber hinaus ist der Apotheker/die Apothekerin berechtigt, weitere Dienstleistungen zu erbringen, wobei die Zulässigkeit der Erbringung solcher Dienstleistungen im Rahmen des Betriebs einer öffentlichen Apotheke nach § 1 Abs. 4 ABO 2005 zu bestimmen ist. Zwar nimmt auch diese Bestimmung eine bloß demonstrative Aufzählung der zulässigerweise im Rahmen des Betriebs einer öffentlichen Apotheke zu erbringenden Dienstleistungen vor, doch zielt die Norm im Wesentlichen auf Beratung und Information in Gesundheits- und Ernährungsfragen und sonstigen Fragen einer gesunden Lebensführung ab. Ein bloß auf irgendeine Weise gegebener „Gesundheitsbezug“ einer Tätigkeit ist somit nicht ausreichend, um diese Tätigkeit mit Blick auf § 1 ABO 2005 dem Betrieb einer öffentlichen Apotheke zu unterstellen.
- 17 Soweit der im vorliegenden Fall gegenständliche „Beratungsraum“ nach dem von der mitbeteiligten Partei zur apothekenrechtlichen Genehmigung eingereichten Projekt der Erbringung von Dienstleistungen der Dermokosmetik und von Ayurveda sowie der Durchführung von Massagen gewidmet ist, liegen keine zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke nach den erwähnten Vorschriften gehörenden Tätigkeiten vor, sodass insofern eine Betriebsanlagengenehmigung nach § 56 Apothekengesetz und § 67



Abs. 1 ABO 2005 von vornherein nicht in Betracht kommt. Insoweit hätte der Genehmigungsantrag der mitbeteiligten Partei daher zurückgewiesen werden müssen.

- 18 3.2. Darüber hinaus sollen in dem „Beratungsraum“ die etwa in Spruchpunkt II. des Bescheides des Revisionswerbers (vgl. oben Rz 3) umschriebenen Kundengespräche, Beratungen und Sprechstunden stattfinden.
- 19 Nach § 26 Abs. 1 ABO 2005 müssen die Betriebsräume der Apotheke (u.a.) nach deren Lage geeignet sein, einen ordnungsgemäßen Apothekenbetrieb, insbesondere die ordnungsgemäße Abgabe der Arzneimittel und die Information und Beratung über Arzneimittel, zu gewährleisten.
- 20 Bei der Gestaltung der Offizin, welche gemäß § 28 Abs. 1 ABO 2005 zur Lagerung und Abgabe von Arzneimitteln und sonstigen Apothekenwaren, zur Beratung und Information der Kunden/Kundinnen sowie zur Erbringung von Dienstleistungen dient, muss nach § 26 Abs. 2 ABO 2005 darauf geachtet werden, dass der Eindruck einer Apotheke gegeben ist. Nach § 28 Abs. 2 ABO 2005 muss die Vertraulichkeit des Beratungsgesprächs gewährleistet sein. § 28 Abs. 4 ABO 2005 lässt die Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Betrieb einer Postagentur in der Offizin nur dann zu, „wenn der ordnungsgemäße Apothekenbetrieb dadurch nicht beeinträchtigt wird und der Eindruck einer Apotheke gewährleistet bleibt“.
- 21 Die Zulässigkeit der im vorliegenden Fall zur Genehmigung beantragten Einrichtung eines „Beratungsraumes“ für bestimmte Kundengespräche, Beratungen und Sprechstunden, ist mit Blick darauf, dass dieser Raum über die Offizin (gewissermaßen als Zugangsbereich des Beratungsraumes) zu betreten wäre, und ausgehend von der Systematik des § 28 ABO 2005 ebenfalls danach zu beurteilen, ob durch die Einrichtung eines derartigen Beratungsraumes der ordnungsgemäße Apothekenbetrieb nicht beeinträchtigt wird und der Eindruck einer Apotheke gewährleistet bleibt. Dabei hat sich die Verwaltungsbehörde bzw. - im Beschwerdeverfahren - das Verwaltungsgericht insbesondere auch damit zu befassen, inwieweit der Zustrom von Kunden, die im Beratungsraum



zulässigerweise im Rahmen des Betriebs der öffentlichen Apotheke (vgl. dazu oben unter Punkt 3.1.) angebotene Dienstleistungen in Anspruch nehmen, die Vertraulichkeit der Beratungsgespräche in der Offizin (vgl. § 28 Abs. 2 ABO 2005) und den von der Offizin nach § 26 Abs. 2 ABO 2005 zu vermittelnden „Eindruck einer Apotheke“ beeinträchtigt oder nicht.

- 22 4. Das Verwaltungsgericht hat dies außer Acht gelassen und damit das angefochtene Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet, weshalb dieses gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war.

W i e n , am 25. Jänner 2017

