OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-050120/2/Gf/Mu

Datum:
Linz, 5. Oktober 2018

B E S C H L U S S

Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich hat durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter Dr. Grof aus Anlass der Beschwerde des Mag. H. O., vertreten durch RA Dr. E. B.-O., gegen den Bescheid des Bezirkshauptmannes von Ried im Innkreis vom 14. August 2018, Zl. BHRISanR-2018-58689/22-H (Mitbeteiligte Partei: Dr. A. D., vertreten durch RA Mag. G. E.), wegen Erteilung einer Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke nach dem Apothekengesetz

b e s c h l o s s e n :

I. Aus Anlass der Beschwerde wird der angefochtene Bescheid gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG aufgehoben und die Angelegenheit an die Behörde zur Erlassung eines neuen Bescheides zurückverwiesen.

II. Gegen diesen Beschluss ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig.

B e g r ü n d u n g

I.

Verfahren der Behörde

1. Mit Schriftsatz vom 18. Jänner 2016 hat die Mitbeteiligte Partei – ein Vertragsarzt i.S.d. § 342 Abs. 1 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (im Folgenden auch: ASVG) – einen Antrag auf Erteilung der Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke mit dem Standort (Berufssitz) X, X, gestellt.

Darin wurde vorgebracht, dass sie beabsichtige, dort ab dem 4. April 2016 eine Ordination für Allgemeinmedizin zu eröffnen, wobei sich die nächstgelegene öffentliche Apotheke in mehr als 6 Straßenkilometer Entfernung – nämlich die „X-Apotheke“ in der X-str. – befinde.

2. Dagegen hat der Beschwerdeführer (im Folgenden auch: Bf. bzw. Rechtsmittelwerber) als Konzessionär einer (ca. 7,5 Straßenkilometer vom beabsichtigten Standort entfernt gelegenen) öffentlichen Apotheke mit Schreiben vom 4. März 2016 eingewendet, dass die Mitbeteiligte Partei derzeit de facto noch nicht über einen Berufssitz verfüge und nur deshalb das Gebäude des Katholischen Pfarramtes als künftigen Standort für ihre Ordination in Aussicht genommen habe, weil dieses weiter als 6 Straßenkilometer von der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke entfernt sei.

Außerdem werde die Mitbeteiligte Partei diesen Standort auch nur als Zweitberufssitz neben ihrer bereits bestehenden Hauptordination in X betreiben.

3. In der Folge wurde von der Österreichischen Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Oberösterreich) mit Schreiben vom 7. März 2016, Zl. III-5/2/22-49/10/16, eine Stellungnahme zum Antrag der Mitbeteiligten Partei abgegeben.

Darin wird darauf hingewiesen, dass die zum beabsichtigten Ordinationssitz nächstgelegene öffentliche Apotheke zwar ca. 6,8 Straßenkilometer entfernt sei.

Ob allerdings das Schwergewicht der ärztlichen Tätigkeit der Mitbeteiligten Partei tatsächlich an diesem Standort liege, sei deshalb zu bezweifeln, weil sich die diesbezüglichen Ordinationszeiten (künftig insgesamt 12 Stunden an 4 Halbtagen) von

ihrer Ordination in X (künftig insgesamt 11 Stunden an 5 Halbtagen), die bisher als alleiniger Berufssitz diente, nur geringfügig unterscheiden würden.

Dazu komme, dass die Stadt X 11.381 Einwohner (≈ 1.423 Einwohner pro Allgemeinmediziner), die Gemeinde E. jedoch nur 770 Einwohner zähle.

Mangels Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen sei der Antrag der Mitbeteiligten Partei sohin abzuweisen.

4. Mit Schreiben vom 18. April 2016 gab die Mitbeteiligte Partei bekannt, dass die aktuelle Anzahl an Patienten aus der Stadt R. und den dazugehörigen umgebenden Gemeinden insgesamt 1.395 und jener Patienten, die nicht aus diesem Gebiet – sondern z.B. aus E., M., A. – stammen, insgesamt 1.299 betrage.

Außerdem würden ab Mai 2016 die Ordinationszeiten am Zweitberufssitz auf insgesamt $13^1/_2$ Stunden an 5 Halbtagen pro Woche ausgeweitet.

5. Mit Bescheid des Bezirkshauptmannes von R. vom 21. April 2016, Zl. SanRB01-2-2016, wurde der Mitbeteiligten Partei die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke in X E. erteilt.

Begründend wurde dazu in der Sache ausgeführt, dass die von ihr festgesetzten Ordinationszeiten im Gegensatz zur Annahme der Österreichischen Apothekerkammer nicht willkürlich, sondern vielmehr als der Anzahl der künftig zu behandelnden Patienten entsprechend festgelegt erscheinen würden. Im Übrigen sei zu erwarten, dass sich die in E. und umgebenden Gemeinden zu versorgende Personenzahl deshalb noch weiter erhöhen werde, weil für die Nachbargemeinde A. (2.996 Einwohner) seit dem 1. April 2013 nur mehr 1 Allgemeinmediziner zur Verfügung stehe und in der Nachbargemeinde M. (2.290 Einwohner) der Arzt für Allgemeinmedizin seine Praxis mit 1. Oktober 2015 geschlossen habe, wobei dessen Nachfolger ab 1. Juli 2016 seinen Berufssitz nach R. (5,6 km vom Ortskern in M. entfernt) verlegen werde; und auch in der Gemeinde S. (785 Einwohner) ordiniere kein Arzt für Allgemeinmedizin.

6. Gegen diesen dem Rechtsmittelwerber am 25. April 2016 zugestellten Bescheid wurde rechtzeitig Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich (im Folgenden auch: LVwG OÖ) erhoben.

Darin wurde zunächst eingewendet, dass die Erteilung einer Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke nach der Judikatur des VwGH nur an jenem Berufssitz in Frage komme, an dem das Schwergewicht der ärztlichen Tätigkeit entfaltet wird. In diesem Zusammenhang komme es aber nicht ausschließlich auf den Umfang der jeweiligen Ordinationsöffnungszeiten oder auf die allgemeine Le-

benserfahrung, sondern vielmehr auf das objektive Verhältnis zwischen Einwohnerzahl und Anzahl von Ärzten für Allgemeinmedizin an; daraus ergebe sich hier aber, dass das künftige Schwergewicht der ärztlichen Tätigkeit der Mitbeteiligten Partei nicht in der Gemeinde E., sondern in der Stadt R. liegen werde.

Außerdem sei mit Bescheid der belangten Behörde vom 2. Mai 2016, Zl. SanRB01-136-2015, bereits einem anderen Arzt für Allgemeinmedizin eine Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke in X M. erteilt worden.

Daher wurde beantragt, den angefochtenen Bescheid aufzuheben.

7. Mit Erkenntnis des LVwG OÖ vom 25. November 2016, LVwG-050071/16/Gf/Mu, wurde dieser Beschwerde stattgegeben und der Bescheid des Bezirkshauptmannes von R. i. I. vom 21. April 2016, Zl. SanRB01-2-2016, aufgehoben.

Begründend wurde dazu Folgendes ausgeführt:

7.1. Gemäß § 28 Abs. 2 des Apothekengesetzes, RGBl 5/1907 i.d.g.F. BGBl I 30/2016 (im Folgenden: ApG), erfolgt die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung u.a. dann, wenn in einer Gemeinde weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, – um zugleich auch die ärztliche Versorgung in solchen Gemeinden zu sichern – in der Regel, d.h.: sofern nicht § 28 Abs. 3 ApG oder § 29 Abs. 1 Z. 3 ApG Anwendung findet, durch ärztliche Hausapotheken.

Ist in einer solchen Gemeinde bereits eine Konzession für eine öffentliche Apotheke rechtskräftig erteilt worden, so kann nach § 28 Abs. 3 ApG eine Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke dann erteilt werden, wenn die Entfernung zwischen dem Berufssitz des hausapothekenführenden Arztes und der Betriebsstätte der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke mehr als 6 Straßenkilometer beträgt.

Nach § 29 Abs. 1 Z. 3 ApG ist einem Arzt für Allgemeinmedizin die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke dann zu erteilen, wenn der Berufssitz des Arztes von der Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke mehr als 6 Straßenkilometer entfernt ist.

Insgesamt ergibt sich aus diesen apothekenrechtlichen Bestimmungen, dass ein Arzt für Allgemeinmedizin mit Kassenvertrag i.S.d. § 342 ASVG – insbesondere wenn dieser in einer sog. „Ein-Arzt-Gemeinde“ ordiniert – dann einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Hausapothekenbewilligung hat, wenn sein Berufssitz von (einer in dieser oder in einer anderen Gemeinde, d.h. von) der nächstgelegenen bereits bestehenden öffentlichen Apotheke mehr als 6 Straßenkilometer entfernt ist.

7.2. Gemäß § 45 Abs. 1 des Ärztegesetzes, BGBl I 169/1998 i.d.g.F. BGBl I 75/2016 (im Folgenden: ÄrzteG), hat jeder Arzt das Recht, seinen Beruf im ganzen Bundesgebiet auszuüben.

Nach § 45 Abs. 2 ÄrzteG hat ein Arzt für Allgemeinmedizin, der seinen Beruf (nicht in einem Angestelltenverhältnis, sondern) als freien Beruf auszuüben beabsichtigt, anlässlich der Anmeldung bei der Österreichischen Ärztekammer frei seinen Berufssitz oder seine Berufssitze im Bundesgebiet zu bestimmen; als Berufssitz gilt der Ort, an dem sich die Ordinationsstätte befindet, in der und von der aus der Arzt für Allgemeinmedizin seine freiberufliche Tätigkeit ausübt.

Gemäß § 45 Abs. 3 ÄrzteG darf ein Arzt für Allgemeinmedizin nur zwei Berufssitze im Bundesgebiet haben; die freiberufliche Ausübung des ärztlichen Berufes ohne bestimmten Berufssitz (Wanderpraxis) ist verboten (§ 45 Abs. 4 ÄrzteG).

7.3. Im gegenständlichen Verfahren steht – was auch von den Verfahrensparteien allseits unbestritten geblieben ist – fest, 1.) dass die Mitbeteiligte Partei ein Arzt für Allgemeinmedizin ist und diese (zwar noch nicht zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides, aber zumindest gegenwärtig) sowohl in Bezug auf die Gemeinde R.i. I. als auch in Bezug auf die Gemeinde E. in einem Vertragsverhältnis gemäß § 342 Abs. 1 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (BGBl 189/1955 i.d.g.F. BGBl II 260/2016) zur OÖGKK steht; 2.) dass die Gemeinde E. eine sog. „Ein-Arzt-Gemeinde“ i.S.d. § 28 Abs. 2 ApG ist und sich in dieser keine öffentliche Apotheke befindet; sowie 3.) dass die am X etablierte Ordination der Mitbeteiligten Partei sowohl von der Betriebsstätte der hierzu nächstgelegenen öffentlichen Apotheke – d.i. die „X-Apotheke“ in der X – als auch von jener des Beschwerdeführers (X) jeweils mehr als 6 Straßenkilometer entfernt ist.

Insoweit liegen also hier die gemäß § 28 Abs. 2 i.V.m. § 29 Abs. 1 ApG geforderten Voraussetzungen zur Erteilung einer ärztlichen Hausapothekenbewilligung an die Mitbeteiligte Partei vor.

7.4. Strittig ist allerdings zwischen den Verfahrensparteien, ob gegenständlich auch das in § 29 Abs. 1 Z. 2 und 3 ApG jeweils normierte Kriterium des „Berufssitzes“ erfüllt ist bzw. anders gewendet: ob die am X von der Mitbeteiligten Partei geführte Ordination (nicht nur als ein Berufssitz i.S.d. § 45 ÄrzteG, sondern auch) als ein Berufssitz im Sinne des § 29 ApG zu qualifizieren ist.

7.4.1. In diesem Zusammenhang hat der Verwaltungsgerichtshof (im Folgenden auch: VwGH) in seinem Erkenntnis vom 3. Juli 1990, 86/08/0125 (= VwSlg 13248 A/1990), unter Hinweis auf Vorjudikatur festgehalten, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Regelung der Hausapotheken von einem typischen

Berufsbild des niedergelassenen praktischen Arztes ausgegangen sei. Insbesondere könne bei einer solchen Durchschnittsbetrachtung nämlich nur von einem Arzt, der das Schwergewicht seiner ärztlichen Tätigkeit an dem betreffenden Ordinationssitz entfaltet, auch erwartet werden, dass er – zumal er die ärztliche Hausapotheke selbst führen müsse und Hilfskräfte zum selbständigen Dispensieren von Arzneien nicht verwenden dürfe – den gesetzlichen Anforderungen an die Betriebsanlage, die Betriebseinrichtung und die ordnungsgemäße Führung des Betriebes in vollem Umfange nachkommen wird. Von daher besehen seien somit Befürchtungen, dass ärztliche Hausapotheken am Sitz der Zweitordination, an dem der Arzt nicht seine Haupttätigkeit (sondern im Extremfall etwa nur eine geringfügige Tätigkeit von wenigen Stunden pro Woche) entfaltet, Risiken für eine ordnungsgemäße Heilmittelgebarung mit sich bringen oder dass zur Vermeidung dieser Risiken die vorgebliche Hausapotheke in Wahrheit vom ersten Berufssitz aus (an dem sich voraussetzungsgemäß keine ärztliche Hausapotheke befinden dürfe) versorgt werden könnte, nicht ganz von der Hand zu weisen. Vor diesem Hintergrund würde zwar allein das Vorhandensein von zwei ärztlichen Berufssitzen die Bewilligung einer ärztlichen Hausapotheke nicht hindern, weil ja auch eine bestehende Hausapothekenbewilligung am ersten Berufssitz wegen einer hinzutretenden Zweitordination von geringem Umfang nicht verloren gehe. Allerdings komme es in einem solchen Zusammenhang auf das Schwergewicht bzw. auf das Übergewicht der entfalteten ärztlichen Tätigkeit an dem für die ärztliche Hausapotheke in Aussicht genommenen Berufssitz an. Dafür, auf welchen der Berufssitze der Arzt das Schwergewicht seiner beruflichen Tätigkeit verlagert hat, würden die verbindlich festgesetzten Ordinationszeiten zwar ein grundsätzlich taugliches Indiz bilden; dies jedoch nur, solange sich nicht sachverhaltsbezogen ergebe, dass die Ordinationszeiten willkürlich und nicht der Zahl der behandelten Patienten entsprechend gewählt wurden. Auf die tatsächliche Patientenanzahl käme es sohin bei der Beurteilung des Schwergewichtes einer ärztlichen Tätigkeit entscheidend an.

Mit seinem nahezu gleichzeitig ergangenen Erkenntnis vom 9. Juli 1990, 90/10/0038, hat der VwGH diese Rechtsansicht dann weiter dahin präzisiert, dass bei gleich langen Ordinationszeiten – nämlich im Anlassfall: jeweils 12 Stunden wöchentlich – ein Verhältnis von 3:2 (bzw. von 60% zu 40%) geeignet sei, zu erweisen, dass das Schwergewicht der beruflichen Tätigkeit in jener Ordination liege, in der vergleichsweise um 20% mehr Patienten behandelt würden.

Schließlich lässt sich aus dem Erkenntnis vom 26. Juni 1995, 91/10/0169, noch ableiten, dass nach Ansicht des VwGH feste Ordinationszeiten in einem Ausmaß von $18^1/_2$ Stunden pro Woche jedenfalls geeignet sind, die gesetzlich geforderte fachlich ordnungsgemäße Heilmittelzubereitung, -lagerung und -abgabe zu gewährleisten.

7.4.2. Abweichend von der gegenwärtig maßgeblichen, oben referierten Bestimmung des § 45 ÄrzteG lauteten die analogen, den vorgenannten Erkenntnissen des

VwGH zu Grunde liegenden Anordnungen in § 19 des Ärztegesetzes 1984, BGBl 373/1984 (im Folgenden: ÄrzteG 1984):

> "(2) Der praktische Arzt oder Facharzt, der seinen Beruf als freien Beruf auszuüben beabsichtigt, hat anlässlich der Anmeldung bei der Österreichischen Ärztekammer (§ 11) frei seinen Berufssitz zu bestimmen. Berufssitz ist der Ort, an dem sich die Ordinationsstätte befindet, in der und von der aus der praktische Arzt bzw. der Facharzt seine freiberufliche Tätigkeit ausübt.
>
> (3) Der praktische Arzt bzw. der Facharzt darf grundsätzlich nur einen Berufssitz haben. Die freiberufliche Ausübung des ärztlichen Berufes ohne bestimmten Berufssitz (Wanderpraxis) ist verboten.
>
> (4) Ein praktischer Arzt oder ein Facharzt, der seine freiberufliche Tätigkeit regelmäßig wiederkehrend an bestimmten Wochentagen oder für eine kalendermäßig bestimmte Zeitdauer auch an einem zweiten Berufssitz auszuüben beabsichtigt, bedarf hierzu einer Bewilligung der Österreichischen Ärztekammer. Eine solche Bewilligung ist zu erteilen, wenn eine ausreichende allgemeinärztliche oder fachärztliche Betreuung der Bevölkerung in dem für den zweiten Berufssitz in Aussicht genommenen Ort und dessen Einzugsgebiet nicht gewährleistet ist. Die Bewilligung ist zurückzunehmen, wenn der für ihre Erteilung maßgebend gewesene Bedarf nicht mehr besteht. .....".

Aus Anlass einer – wegen Verstoßes der damit festgelegten Bedarfsprüfung gegen das Grundrecht der Erwerbsfreiheit – erfolgten Aufhebung von Teilen dieser Bestimmung durch den Verfassungsgerichtshof (vgl. VfGH vom 2. Oktober 1992, G 338/91 = VfSlg 13184/1992) erfolgte durch die (am 1. Jänner 1995 in Kraft getretene) Novelle BGBl 100/1994 eine inhaltliche Neugestaltung des ÄrzteG 1984 dahin, dass seither eine freiberufliche ärztliche Tätigkeit schon von Gesetzes wegen – und ohne Bewilligung durch die Ärztekammer – an zwei (statt zuvor bloß an einem) Berufssitz(en) möglich ist (vgl. 1361 BlgNR, 18. GP, S. 40).

Ein wesentlicher Unterschied zwischen § 19 Abs. 2 bis 4 ÄrzteG 1984 in jener den vorangeführten Entscheidungen des VwGH zu Grunde liegenden Fassung einerseits und § 45 Abs. 2 bis 4 ÄrzteG andererseits besteht somit darin, dass ein freiberuflich tätiger praktischer Arzt damals „*grundsätzlich nur einen Berufssitz*“ und einen zweiten Berufssitz nur mit Bewilligung der Ärztekammer haben durfte, während ein solcher Arzt seit dem 1. Jänner 1995 schon von vornherein „*zwei Berufssitze*“ etablieren darf.

7.4.3. Daraus, dass auf gesetzlicher Ebene eine zeitgleich-parallele Fortentwicklung des Apothekengesetzes unterblieben ist bzw. (erst) mit der am 29. März 2006 in Kraft getretenen ApG-Novelle BGBl I 41/2006 eine Aufwertung der Versorgungsfunktion von ärztlichen Hausapotheken als Anreiz zur Aufrechterhaltung der ärztlichen Versorgung in ländlichen Gebieten erfolgte (wobei hierzu „reguläre“ Gesetzesmaterialien fehlen; vgl. StenProt der 139. Sitzung des NR, 22. GP, S. 241), lässt sich insgesamt ableiten, dass sich zwar aus der Sicht der ärztlichen Berufsausübung die Bindung des Arztes an bloß einen Standort entsprechend gelockert hat, dass Gleiches jedoch nicht für die für eine ärztliche Hausapotheke geforderte

Gewährleistung einer fachlich ordnungsgemäßen Heilmittelzubereitung, -lagerung und -abgabe gilt.

Weil bzw. solange keine dementsprechend explizite gesetzliche Modifikation erfolgt(e), besteht somit nach Ansicht des LVwG Oberösterreich auch kein Grund, die zuvor wiedergegebene Judikatur des VwGH zur Auslegung des § 29 Abs. 1 ApG als obsolet zu erachten, bzw. anders gewendet: Die seit der Novelle BGBl 100/1994 erfolgte Bedeutungsänderung des Begriffes „Berufssitz“ im ÄrzteG hat keine Auswirkungen auf den synonymen, nunmehr aber inhaltlich nicht mehr (völlig) deckungsgleichen Begriff in § 29 Abs. 1 Z. 2 und 3 ApG nach sich gezogen.

Insgesamt lässt sich sohin aus diesen Entscheidungen für die gegenwärtig maßgebliche Rechtslage (weiterhin) ableiten, dass bei zwei Berufssitzen eine Hausapothekenbewilligung nur für jenen erteilt werden darf, an dem tatsächlich signifikant mehr Patienten behandelt werden. Dabei kommt es auf prognostische Entwicklungen – wie etwa ein künftiges Patientenpotential – nicht an; vielmehr kann, wenn ein deutliches Überwiegen für den in Aussicht genommenen Berufssitz vorerst nicht gegeben ist, ein (neuer) Antrag jederzeit gestellt werden, sobald sich das Verhältnis anforderungsgemäß eingestellt hat.

7.4.4. Vor diesem Hintergrund ist daher im gegenständlichen Fall zu untersuchen, ob es sich bei der in X situierten Ordination um einen Berufssitz (nicht im Sinne des ÄrzteG, sondern) im Sinne des § 29 Abs. 1 Z. 2 und 3 ApG in jener Bedeutung, die diesem Terminus nach der Judikatur des VwGH zukommt, handelt, d.h. ob die Mitbeteiligten Partei dort das anhand von Patientenzahlen zu messende Schwergewicht ihrer beruflichen Tätigkeit ausübt.

7.4.4.1. Selbst wenn man davon ausgehend die diesbezüglich für die Mitbeteiligte Partei günstigste Variante, nämlich nur die von ihr jeweils angegebenen (aktuellsten) „Regelfälle“ des 3. Quartals 2016 heranzieht (vgl. oben, IV.3.) und dieses Vorbringen auch als tatsächlich zutreffend erachtet, ergäbe sich lediglich ein Patientenzahlenverhältnis von 45% (Ordination R) zu 55% (Ordination E).

Damit entspricht aber die Patientenzahl der Zweitordination nicht dem vom VwGH in seinem Erkenntnis vom 9. Juli 1990, 90/10/0038, als maßgeblich erachteten Richtwert von 60%.

7.4.4.2. Dieses Defizit wird aber auch durch den relativen Überhang an wöchentlichen Ordinationszeiten nicht aufgewogen:

Denn abgesehen davon, dass diese jene der Ordination in R. (insgesamt 11 Stunden) nur geringfügig, nämlich um $2^1/_2$ Stunden, überlagern, bleiben sie ebenfalls deutlich unter dem Ausmaß, das der VwGH in seinem Erkenntnis vom 26. Juni 1995, 91/10/0169, – nämlich $18^1/_2$ Stunden – als akzeptabel festgelegt hat.

7.4.4.3. Im Ergebnis bildet die Ordination der Mitbeteiligten Partei in X sohin keinen „Berufssitz“ i.S.d. § 29 Abs. 1 Z. 2 und 3 ApG.

Weil aber sämtliche Voraussetzungen dieser Bestimmung kumulativ erfüllt sein müssen, lagen bzw. liegen somit insofern die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bewilligung zur Führung einer ärztlichen Hausapotheke an diese nicht vor.

8. Mit Schreiben vom 19. Februar 2018 hat die Mitbeteiligte Partei neuerlich die Erteilung einer Bewilligung zur Führung einer ärztlichen Hausapotheke am Berufssitz X beantragt.

9. Dazu hat die Ärztekammer in ihrer Stellungnahme vom 27. Februar 2018 ausgeführt, dass nicht nur auf Grund des Überwiegens an verbindlichen Ordinationszeiten, sondern auch zufolge eines vergleichbar signifikanten Überwiegens der Patientenzahl der in Aussicht genommene Hausapothekenstandort als Berufssitz anzusehen sei, wobei insoweit nunmehr auch die in der Judikatur geforderten Richtwerte erreicht würden.

10. Dem gegenüber hat der Bf. in seiner Stellungnahme vom 10. April 2018 vorgebracht, dass sich der entscheidungsrelevante Sachverhalt nicht maßgeblich verändert habe, zumal das Schwergewicht der beruflichen Tätigkeit der Mitbeteiligten Partei weiterhin in R. liege.

11. Auch die Österreichische Apothekerkammer betont in ihrer Stellungnahme vom 12. April 2018 insbesondere, dass die Ordinationszeiten an beiden Berufssitzen gleich geblieben seien, was ein untrügliches Indiz dafür bilde, dass auch die jeweiligen Patientenzahlen keine ins Gewicht fallenden Änderungen erfahren haben könnten.

12. Dazu replizierte die Mitbeteiligte Partei in ihrem Schreiben vom 5. Juni 2018, dass die Öffnungszeiten ihrer Ordination in X $13^1/_2$ Stunden wöchentlich, jene der Ordination in R. hingegen bloß 11 Stunden wöchentlich betragen würden.

Zudem ergebe sich aus ihren eigenen Aufzeichnungen, dass im Zeitraum von Oktober 2017 bis März 2018 in ihrer Ordination in X nunmehr (mehr als) 60% aller seiner Patienten behandelt worden seien, wobei insoweit zudem eine steigende Tendenz zu erkennen sei.

13. In einer ergänzenden Stellungnahme vom 3. August 2018 weist die Mitbeteiligte Partei insbesondere darauf hin, dass eine allgemein-gegenteilige Bevölkerungsentwicklung schon deshalb kein Argument gegen die Richtigkeit der von ihr angegebenen Patientenzahlen bilden könne, weil sie in ihrer Ordination in R. schon seit Anfang 2017 keine neuen Patienten mehr aufgenommen habe.

14. Mit Bescheid des Bezirkshauptmannes von R. vom 14. August 2018, Zl. BHRI-SanR-2018-58689/22-H, wurde der Mitbeteiligten Partei die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke in X erteilt.

Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass das Vorbringen der Mitbeteiligten Partei dahin, dass in seiner Ordination in X mehr als 60% seiner Patienten behandelt und sohin ein entsprechend signifikantes Überwiegen vorliege, als glaubwürdig zu qualifizieren sei. Außerdem werde noch im laufenden Kalenderjahr eine Verlegung der Ordination in neue Räumlichkeiten eines Wohnprojektes erfolgen, sodass auch dieser Umstand darauf schließen lasse, dass sich hier tatsächlich der Schwerpunkt der beruflichen Tätigkeit befindet.

15. Gegen diesen dem Bf. am 17. August 2018 zugestellten Bescheid richtet sich die vorliegende, am 13. September 2018 – und damit rechtzeitig – zur Post gegebene Beschwerde.

Darin wird zunächst vorgebracht, dass die von der Mitbeteiligten Partei auf einer reinen Selbstschätzung basierende Verteilung der Patientenzahlen auf ihre beiden Ordinationen objektiv nicht nachvollziehbar sei und der behördlichen Entscheidung ohne diesbezügliche weitere Ermittlungen schon deshalb nicht zu Grunde hätten gelegt werden dürfen, weil die Mitbeteiligte Partei aus eigenem eingestanden habe, dass eine derartige Zuteilung im Wege des von ihr verwendeten EDV-Programmes gar nicht möglich sei.

Außerdem hätten sich die dem rechtskräftigen Erkenntnis des LVwG OÖ vom 25. November 2016, LVwG-050071, zu Grunde gelegenen Umstände zwischenzeitlich de facto weder in sachverhaltsmäßiger noch in rechtlicher Hinsicht entscheidungswesentlich geändert, sodass die angefochtene Bescheid gegen das Wiederholungsverbot des § 68 AVG verstoße.

Daher wird die Zurück- bzw. die Abweisung des Antrages der Mitbeteiligten Partei, in eventu die Aufhebung des angefochtenen Bescheides beantragt.

16. Mit Schreiben vom 20. September 2018, Zl. BHRISanR-2018-58689/24-H, hat die belangte Behörde – ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung – dem Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich den Bezug habenden Verfahrensakt vorgelegt.

II.

Zuständigkeit des LVwG Oberösterreich

Gemäß Art. 131 Abs. 1 B-VG i.V.m. Art. 130 Abs. 1 Z. 1 B-VG erkennen über Beschwerden (sofern nicht ein Fall des Art. 132 Abs. 6 B-VG – nämlich eine Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde – vorliegt, was jedoch gegenständlich nicht zutrifft) die Verwaltungsgerichte der Länder.

Da hier die Bestimmungen des Art. 131 Abs. 2 bis 4 B-VG über von diesem Grundsatz abweichende Anordnungen nicht zum Tragen kommen, ist nach der Generalklausel des Art. 131 Abs. 1 B-VG die funktionelle und örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich gegeben.

Die vorliegende, auf Art. 130 Abs. 1 Z. 1 B-VG gegründete Beschwerde richtet sich gegen einen Bescheid einer Verwaltungsbehörde und wurde innerhalb der Vier-Wochen-Frist des § 7 Abs. 4 VwGVG bei der belangten Behörde eingebracht; da der Inhalt dieser Beschwerde den Anforderungen des § 9 VwGVG entspricht und auch sonstige Prozesshindernisse nicht vorliegen, ist sie insgesamt als zulässig anzusehen.

Weil diesbezüglich weder im Apothekengesetz noch im VwGVG Abweichendes angeordnet ist, hatte das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich hierüber gemäß Art. 135 Abs. 1 B VG durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

III.

Ergänzende Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung durch das LVwG Oberösterreich

1. Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt des Bezirkshauptmannes von Ried i.I. zu Zl. SanRB01-2-2016 sowie im Wege der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung am 14. September 2016, an der die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers, die Mitbeteiligte Partei und J. H. als Vertreter der belangten Behörde sowie Mag. C. V. als Vertreter der Amtspartei (Österreichische Ärztekammer) teilgenommen haben.

2. Im Zuge dieser Beweisaufnahme wurden ergänzend zu dem bereits oben unter I. dargestellten Sachverhalt folgende entscheidungswesentliche Fakten festgestellt:

2.1.1. Die Mitbeteiligte Partei führt gegenwärtig nicht nur in X, sondern auch am Standort X, eine Ordination für Allgemeinmedizin. In der Letzteren betreibt sie seit dem 2. Mai 2016 auch die ihr behördlich bewilligte Hausapotheke.

Die wöchentlichen Öffnungszeiten für die Ordination in X (insgesamt 11 Stunden) stellen sich konkret wie folgt dar:

Montag, Mittwoch, Freitag	von 9.00 bis 11.00 Uhr und
Dienstag und Donnerstag	von 15.30 bis 18.00 Uhr

Die Versorgungszahl (= Kassen- und Privatpatienten) in dieser Ordination beträgt ca. 1.395 Patienten pro Quartal.

Dem gegenüber bestehen für die Ordination in X folgende wöchentliche Öffnungszeiten (insgesamt $13^1/_2$ Stunden):

Montag und Mittwoch	von 15.30 Uhr bis 18.00 Uhr
Dienstag und Donnerstag	von 8.30 Uhr bis 12.00 Uhr sowie
Freitag	von 15.30 Uhr bis 17.00 Uhr

In dieser Ordination liegt die Versorgungszahl zwischen 1.299 (Stand: 18. April 2016) und ca. 1.400 pro Quartal (subjektive Schätzung der Mitbeteiligten Partei im September 2016).

Nach Einschätzung der Mitbeteiligten Partei stellt X nicht nur wegen der längeren Öffnungszeiten, sondern auch deshalb die Hauptordination dar, weil dort zusätzliches künftiges Patientenpotenzial besteht, während die Patientenzahlen in X schon seit längerer Zeit stagnieren.

2.1.2. Dass in der Gemeinde X weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, ist ebenso allseits unstrittig wie die Tatsache, dass die Entfernung zwischen der Hausapotheke der Mitbeteiligten Partei und der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke mehr als 6 Kilometer beträgt; dass die Mitbeteiligte Partei über einen Kassenvertrag gemäß § 342 Abs. 1 ASVG verfügt, in dem mit Wirksamkeit seit 1. Juli 2016 als

„Berufssitz	a) R
	b) E“

eingetragen ist (vgl. den „Anhang zum Einzelvertrag vom 1.1.2015“ vom 1. Juni 2016), d.h., dass sich dieser sowohl auf die Gemeinde X als auch auf die Gemeinde X bezieht (ob bzw. unter welchen Voraussetzungen es rechtlich zulässig ist, den Geltungsbereich eines Einzelvertrages über das örtliche Gebiet einer Gemeinde hinaus zu erstrecken, ist im gegenständlichen Verfahren nicht zu beurteilen); der Umstand, dass die Gemeinde X eine eigenständige Gemeinde mit ca. 770 Einwohnern bildet und in dieser keine öffentliche Apotheke situiert ist; sowie, dass die zuvor unter III.2.1.1. festgestellten Ordinationszeiten von der OÖGKK genehmigt wurden und eine künftige Änderung derselben nicht einseitig durch die Mitbeteiligte Partei, sondern nur mit Zustimmung der Ärztekammer und der OÖGKK erfolgen könnte.

2.2. Diese Sachverhaltsfeststellungen gründen sich auf den Akteninhalt und auf die glaubwürdigen, in sich widerspruchsfreien und wechselseitig jeweils unbestritten gebliebenen Aussagen der in der öffentlichen Verhandlung einvernommenen Parteien(vertreter).

Ergänzend wird das Verhandlungsprotokoll (ONr. 4 des hg. Aktes) zum integrierenden Bestandteil dieses Erkenntnisses erklärt.

IV.

Nachfolgende Stellungnahmen der Verfahrensparteien

1. Mit e-mails vom 14. und vom 22. September 2016 hat die Mitbeteiligte Partei dem LVwG Oberösterreich ihren mit der OÖGKK i.S.d. §§ 342 ff ASVG abgeschlossenen Einzelvertrag übermittelt.

2. In ihrem Schreiben vom 20. September 2016 weist die Vertreterin des Beschwerdeführers darauf hin, dass sich den beigelegten Ausdrucken (e-mail der OÖGKK vom 9. Februar 2016 bzw. Screenshot der Internetseite der Ärztekammer OÖ vom 14. September 2016) jeweils zweifelsfrei entnehmen lasse, dass der Hauptordinationssitz der Mitbeteiligten Partei in X liegt.

3. Mit e-mail vom 12. Oktober 2016 gab die Mitbeteiligte Partei bekannt, dass eine Auswertung ihrer Patientenzahlen des 3. Quartals ergeben habe, dass in der Ordination in X insgesamt 486, in jener in X hingegen 587 Regelfälle zu behandeln gewesen seien.

Dieses Verhältnis von 45% zu 55% belege wiederum, dass die Patientenzahlen in der Ordination in X stagnieren, jene in der X Ordination hingegen kontinuierlich steigen würden.

4. In ihrer ergänzenden Äußerung vom 15. Oktober 2016 wies die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers insbesondere darauf hin, dass die Gemeinde X lediglich über 770 ständige Einwohner verfüge und die in M wohnhaften Patienten bereits durch eine mit Bescheid der belangten Behörde vom 2. Mai 2016 bewilligten Hausapotheke des dort ansässigen Allgemeinmediziners versorgt würden.

5. Mit weiterer Stellungnahme vom 22. November 2016 vertrat der Beschwerdeführer die Ansicht, dass die von der Mitbeteiligten Partei am 12. Oktober 2016 bekannt gegebenen Patientenzahlen – ganz abgesehen davon, dass deren Herkunft nicht belegt worden und deren tatsächliches Zutreffen sohin zweifelhaft sei – bloß ein geringfügiges Überwiegen erweisen würden. Außerdem erscheine die Vorgangsweise, den für die Ordination in X bestehenden Kassenvertrag dadurch zu umgehen, dass einseitig die Zweitordination in X zum Hauptberufssitz umfunktioniert wird, aus rechtlicher Sicht unzulässig.

V.

Rechtliche Beurteilung

Über die vorliegende Beschwerde hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

1. Im gegenständlichen Fall ist ausschließlich das Faktum strittig, ob und bejahendenfalls in welchem Ausmaß die von der Mitbeteiligten Partei in deren Ordination in X behandelte Anzahl von Patienten die Patientenzahl der Ordination in X. überwiegt.

2. Diesbezüglich erweist sich der Einwand des Bf. und der Österreichischen Apothekerkammer, dass in diesem Zusammenhang nicht ausschließlich auf Angaben der Mitbeteiligten Partei, die einer objektiven Nachvollziehbarkeit nicht zugänglich sind, abgestellt werden kann, als zutreffend. Andernfalls wäre nämlich die Gefahr zu groß, dass ein solches Vorbringen nicht der objektiven Wahrheit, sondern vielmehr den Interessen desjenigen entspricht, der daraus einen entsprechenden Nutzen zu ziehen vermag.

Da die Behörde gemäß § 37 AVG zur Ermittlung der objektiven Wahrheit verpflichtet ist, wäre sie nach § 39 Abs. 1 AVG dazu verhalten gewesen, von Amts wegen zweckentsprechende Feststellungen zu treffen. In diesem Zusammenhang könnten etwa unangekündigte stichprobenartige Kontrollen der Patientenzahlen durch

Behördenorgane jeweils am Ende unterschiedlicher Wochentage über einen Zeitraum von zwei Monaten hinweg ein einigermaßen repräsentatives Ergebnis liefern.

Jedenfalls konnte in der vorliegenden Situation aber weder der Grundsatz der freien Beweiswürdigung – der jeweils „*erst nach vollständiger Beweiserhebung einsetzen darf*“ (vgl. VwGH vom 21. Dezember 2010, 2007/05/0231) – ins Treffen geführt noch vom Vorliegen eines „non liquet“ ausgegangen werden (vgl. z.B. VwGH vom 21. März 2007, 2006/05/0034).

3. Eigene Erhebungsorgane stehen dem LVwG OÖ ebenso wenig zur Verfügung wie die Möglichkeit einer entsprechenden Beauftragung von behördlichen Exekutivorganen; Letzteres ist vielmehr vor dem Hintergrund des Art. 94 Abs. 1 B-VG nach § 17 VwGVG i.V.m. § 66 Abs. 1 AVG folgerichtig explizit ausgeschlossen.

4. Daher war der angefochtene Bescheid aus Anlass der gegenständlichen Beschwerde nach § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides zurückzuverweisen.

V I.

Revision an den Verwaltungsgerichtshof

Gegen diesen Beschluss ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig, weil bisher – soweit ersichtlich – eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der Frage fehlt, ob eine Zurückverweisung gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG zulässig ist, wenn auf Grund organisationsrechtlicher Rahmenvorschriften für das Verwaltungsgericht keine Möglichkeit zur Vornahme von solchen Ermittlungsschritten besteht, zu denen es Exekutivorgane bedarf (s.o., V.2. und V.3.).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Eine solche Beschwerde ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Beschlusses– von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen – durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und einzubringen. Für die Beschwerde ist eine Eingabegebühr von 240 Euro zu entrichten.

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb derselben Frist auch eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, die durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und beim Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich einzubringen ist; die Eingabegebühr von 240 Euro ist hingegen unmittelbar an den Verwaltungsgerichtshof zu entrichten.

Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich

Dr. G r o f