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-050133/22/Gf/RoK

Datum:
Linz, 22. Dezember 2020

I M N A M E N D E R

R E P U B L I K

Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich erkennt durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter Dr. Grof über die Beschwerde des Mag. H O, S x, x R, vertreten durch RA Dr. E B, B x, x W, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Ried vom 18. März 2019, Zl. BHRISanR-2018-58689/42-H (Mitbeteiligte Partei: Dr. A D, M x, x M, vertreten durch RA Mag. G E, R x, x W), wegen Erteilung einer Bewilligung nach dem Apothekengesetz

z u R e c h t :

I. Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

Verfahrensgang

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) E x, x E, gestellt.

Dazu 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 – d.i. die „R-Apotheke“ in der K. x in x R – befinde.

2. Dagegen hat der Beschwerdeführer (im Folgenden auch: Bf. bzw. Rechtsmittelwerber) als Konzessionär einer (ca. 7,5 Straßenkilometer von diesem beabsichtigten Standort entfernt gelegenen) öffentlichen Apotheke mit Schreiben vom 4. März 2016 eingewendet, dass die Mitbeteiligte Partei derzeit de facto am beantragten Standort noch nicht über einen Berufssitz verfüge und nur deshalb das Gebäude des K P dort 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 R betreiben.

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

In dieser wird darauf hingewiesen, dass die zum beabsichtigten Ordinationssitz nächstgelegene öffentliche Apotheke zwar ca. 6,8 Straßenkilometer entfernt gelegen 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 R (künftig insgesamt 11 Stunden an 5 Halbtagen), die bisher als alleiniger Berufssitz diente, nur geringfügig unterscheiden würden. Dazu komme, dass die Stadt R 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 Ried vom 21. April 2016, Zl. SanRB01-2-2016, wurde der Mitbeteiligten Partei die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke am Berufssitz x E, E x, erteilt.

Begründend wurde dazu ausgeführt, dass die von ihr festgesetzten Ordinationszeiten im Gegensatz zur Annahme der ÖAPK 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 ein einziger Arzt für Allgemeinmedizin zur Verfügung stehen werde und auch in der Nachbargemeinde M (2.290 Einwohner) der alleinige 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 schließlich ordiniere auch in der Gemeinde S (785 Einwohner) 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 Verwaltungsgerichtshofes (im Folgenden auch: 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 Lebenserfahrung, sondern vielmehr auf das objektive Verhältnis zwischen Einwohnerzahl und Anzahl von Ärzten für Allgemeinmedizin an; daraus ergebe sich aber für den gegenständlichen Fall, 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, R x, 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 Ried 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.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 (nur) dann erteilt werden, wenn die Entfernung zwischen dem Berufssitz des hausapothekenführenden Arztes und der Betriebsstätte der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke mehr als 6 Straßenkilometer beträgt. Andererseits ist einem Arzt für Allgemeinmedizin nach § 29 Abs. 1 Z. 3 ApG 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.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 (im Folgenden auch: ÖÄK) 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 als auch in Bezug auf die Gemeinde E in einem Vertragsverhältnis gemäß § 342 Abs. 1 ASVG 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 E Nr. x in x E etablierte Ordination der Mitbeteiligten Partei sowohl von der Betriebsstätte der hierzu nächstgelegenen öffentlichen Apotheke – d.i. die „R-Apotheke“ in der K. x in x R – als auch von jener des Beschwerdeführers (S x, x R) 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. Uneinigkeit besteht allerdings (auch) zwischen den Verfahrensparteien dahin, ob gegenständlich das in § 29 Abs. 1 Z. 2 und 3 ApG jeweils normierte Kriterium des „Berufssitzes“ erfüllt ist bzw. anders gewendet: ob die am E Nr. x in x E 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 VwGH bereits 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 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 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 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 (nur) 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 ApG 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 ordnungsgemäßen Heilmittelzubereitung, -lagerung und -abgabe gilt.

Weil bzw. solange keine dementsprechend explizite gesetzliche Modifikation erfolgt(e), besteht somit nach Ansicht des LVwG OÖ 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 war daher im gegenständlichen Fall zu untersuchen, ob es sich bei der in x E situierten Ordination um einen Berufssitz (nicht bloß im Sinne des ÄrzteG, sondern auch) 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 Mitbeteiligte 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 und dieses Vorbringen auch als tatsächlich zutreffend erachtet, ergäbe sich aber 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 (Mindest-)Richtwert von 60%.

7.4.4.2. Dieses Defizit wird 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 bildete die Ordination der Mitbeteiligten Partei in x E 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 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 E Nr. x, x E, beantragt.

9. Dazu hat die Oö. Ärztekammer (im Folgenden auch: OÖÄK) 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 des VwGH 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 ÖAPK 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 E 13 1/2 Stunden wöchentlich, jene der Ordination in R hingegen nur mehr 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 E nunmehr (mehr als) 60% aller ihrer Patienten behandelt worden seien, wobei diesbezüglich außerdem eine steigende Tendenz zu erkennen sei.

13. In einer ergänzenden Stellungnahme vom 3. August 2018 wies 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 Ried im Innkreis vom 14. August 2018, Zl. BHRISanR-2018-58689/22-H, wurde der Mitbeteiligten Partei die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke in x E, E Nr. x, erteilt.

Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass das Vorbringen der Mitbeteiligten Partei dahin, dass in der Ordination in E mehr als 60% ihrer Patienten behandelt würden 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 ihm am 17. August 2018 zugestellten Bescheid hat der Bf. rechtzeitig Beschwerde erhoben.

Darin wurde vorgebracht, dass die von der Mitbeteiligten Partei im Zuge einer reinen Selbstschätzung behauptete 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, zumal sogar die Mitbeteiligte Partei 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 der angefochtene Bescheid gegen das Wiederholungsverbot des § 68 AVG verstoße.

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

16. Mit Beschluss vom 5. Oktober 2018, LVwG-050120/2/Gf/Mu, hat das LVwG OÖ dieser Beschwerde stattgegeben, den angefochtenen Bescheid gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG aufgehoben und die Angelegenheit an die Behörde zur Erlassung eines neuen Bescheides zurückverwiesen.

Begründend wurde dazu ausgeführt, dass im gegenständlichen Verfahren ausschließlich das Faktum strittig sei, ob und bejahendenfalls in welchem Ausmaß nunmehr die von der Mitbeteiligten Partei in deren Ordination in E behandelte Anzahl von Patienten die Patientenzahl der Ordination in R überwiegt.

Diesbezüglich erweise sich der Einwand des Bf. und der ÖAPK, dass in diesem Zusammenhang nicht ausschließlich auf Angaben der Mitbeteiligten Partei, die einer objektiven Nachvollziehbarkeit nicht zugänglich sind, abgestellt werden kann, als zutreffend. Andernfalls bestünde nämlich die Gefahr, 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).

Da dem LVwG OÖ eigene Erhebungsorgane ebenso wenig zur Verfügung stünden wie die Möglichkeit einer entsprechenden Beauftragung von behördlichen Exekutivorganen – Letzteres sei vielmehr vor dem Hintergrund des Art. 94 Abs. 1 B-VG nach § 17 VwGVG i.V.m. § 66 Abs. 1 AVG folgerichtig explizit ausgeschlossen –, sei daher der angefochtene Bescheid aus Anlass der gegenständlichen Beschwerde nach § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen gewesen.

17. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Ried vom 18. März 2019, Zl. BHRI-SanR-2018-58689/42-H, wurde der Mitbeteiligten Partei die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke am Berufssitz x E, A x, erteilt.

Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass seit dem 18. Oktober 2018 die Öffnungszeiten der Ordination in E laut Einzelvertrag der Mitbeteiligten Partei mit der OÖGKK nunmehr insgesamt 16 Stunden, jene in R hingegen insgesamt nur mehr $10^1/_2$ Wochenstunden betragen würde. Außerdem seien in ersterer Ordination im November und Dezember 2018 insgesamt 2.259 Patienten, in Zweiterer hingegen im selben Zeitraum lediglich 1.357 Patienten behandelt worden, was einem Verhältnis von 62,47% zu 37,53% entspreche und durch die Mitarbeiterinnen der Mitbeteiligten Partei auch zeugenschaftlich bestätigt worden sei.

18. Gegen diesen ihm am 20. März 2019 zugestellten Bescheid hat er Bf. eine am 16. April 2019 – und damit rechtzeitig – zur Post gegebene Beschwerde erhoben. Darin wird vorgebracht, dass die von der Mitbeteiligten Partei bekannt gegebenen Patientenzahlen lediglich auf dessen eigenen Angaben beruhen würden und somit nicht objektiv nachvollziehbar seien. Davon abgesehen hätten deren beide Mitarbeiterinnen auch nur bezeugt, dass die Mitbeteiligte Partei gewisse Patientenkontakte in Administrationslisten eingetragenen habe, nicht aber auch, dass die in diesen Listen erfassten Patientenkontakte tatsächlich mit jener der Behörde vorgelegten Verteilung auf beide Ordinationen übereinstimmen. Angesichts dessen hätte die Behörde vielmehr durch eigene Ermittlungsorgane stichprobenartige Erhebungen und Kontrollen der jeweiligen Patientenzahlen vornehmen müssen.

Da in Wahrheit keine entscheidungswesentliche Änderung des maßgeblichen Sachverhalts vorliege, hätte der Antrag der Mitbeteiligten Partei im Hinblick auf die rechtskräftige Entscheidung des LVwG OÖ vom 25. November 2016, LVwG-050071/16/Gf/Mu, als unzulässig zurückgewiesen werden müssen.

19. Das LVwG OÖ hat am 19. Juni 2019, am 12. September 2019 und am 7. Oktober 2019 eine öffentliche Verhandlung durchgeführt.

19.1. In deren Zuge wurde seitens der Mitbeteiligten Partei vorgebracht, dass sie für den Zeitraum November und Dezember 2018 Aufzeichnungen geführt habe, aus denen sich ein Patientenzahlen-Verhältnis von über 60% (Ordination E zu knapp unter 40% (Ordination R) ergebe. Dabei handle es sich um eine tageweise Erfassung sämtlicher Patienten, die – getrennt nach Ordinationsstandorten – entweder per e-card registriert oder als Privatpatienten bzw. in Form von Hausbesuchen betreut worden seien; soweit es diese beiden Monate betreffe, habe diese Übersicht auch bereits der belangten Behörde vorgelegen. Die in die Liste eingetragenen Zahlen würden jeweils die Anzahl der Patientenkontakte pro Tag wiederspiegeln; wenn also z.B. ein Patient mehrmals pro Woche in die Ordination kam, dann sei er an jedem dieser Tage gesondert erfasst worden, während ein Patient, der am selben Tag mehrmals die Ordination aufgesucht hat, für diesen Tag nur einmal gezählt worden sei.

Gesamthaft betrachtet ergebe sich daraus Folgendes:

Monat	Gesamtpatientenzahl E	Gesamtpatientenzahl R	Verhältnis

November 2018	1.038	679	60,5% : 39,5%
Dezember 2018	1.121	678	63,3% : 37,7%
Jänner 2019	1.394	890	61,0% : 38,9%
Februar 2019	1.414	924	60,5% : 39,5%
März 2019	1.091	695	61,1% : 38,9%
April 2019	922	598	60,7% : 39,3%
Mai 2019	1.370	868	61,2% : 38,8%

19.2. Dagegen wurde seitens des Bf. eingewendet, dass diese Aufstellung nicht „Patientenzahlen“, sondern lediglich die Anzahl von Patientenkontakten pro Zeiteinheit wiedergebe; Letztere sage jedoch nichts über die Anzahl der tatsächlich behandelten Personen aus. Denn nach der Judikatur des VwGH komme es allein darauf an, wie viele Personen jeweils an einem Ordinationssitz behandelt werden, und nicht darauf, wie oft eine Ordination von Patienten – bei denen es sich vielfach auch um jeweils dieselben Personen handeln könne – aufgesucht wird.

Bei Zugrundelegung dieses Verständnisses ergebe sich, dass von der Mitbeteiligten Partei in den Monaten November und Dezember 2018 insgesamt 1.183 Personen behandelt worden seien – davon 373 Patienten in beiden Ordinationen, 481 Patienten ausschließlich in der Ordination in E und 329 Patienten nur in der Ordination in R. Bei neutraler Zählung der in beiden Ordinationen behandelten Patienten resultiere ein Personenverhältnis von 54,88% (Ordination E) zu 45,12% (Ordination R), sodass die nach der Judikatur des VwGH erforderlichen Kriterien nicht als erfüllt anzusehen seien.

19.3. Die Mitbeteiligte Partei brachte hierzu – ergänzt mit nachfolgendem Schriftsatz vom 15. Oktober 2019 – vor, dass eine nach der tatsächlichen Anzahl der Konsultationen einerseits und jener Patienten, die lediglich eine einzige Behandlung in Anspruch genommen haben (gleichsam: Patientenzahl nach Köpfen), andererseits getrennte Auswertung für die Monate November 2018, Dezember 2018 und Mai 2019 folgendes Bild ergebe:

November 2018				
	Tatsächliche Konsultationen		Patienten mit lediglich einer Konsultation (= Patientenzahl nach Köpfen)	
Ordination E	1.038	61%	611	56%
Ordination R.	679	39%	488	44%
Summe	1.717	100%	1.099	100%
Dezember 2018				
Ordination E	1.121	62%	679	59%
Ordination R.	678	38%	477	41%
Summe	1.799	100%	1.156	100%
Mai 2019				
Ordination E	1.370	61,22%	766	58,3%
Ordination R	868	38,78%	548	41,7%
Summe	2.238	100%	1.314	100%

Dazu komme, dass in der Ordination in E vergleichsweise mehr ärztliche Therapiemöglichkeiten (insbesondere Laserbehandlung).

19.4. Zur Problematik des notorischen Ärztemangels wurde seitens des Vertreters der OÖÄK darauf hingewiesen, dass in diesem Zusammenhang gegenwärtig vor allem die Nachbesetzung von offenen Kassenplanstellen – vorwiegend im ländlichen Raum, aber auch im städtischen Bereich – große Schwierigkeiten bereite, wobei insoweit die Berechtigung zur Führung einer Hausapotheke eine maßgebliche Rolle spiele: Wo infolge des Vorhandenseins einer öffentlichen Apotheke eine ärztliche Hausapotheke nicht betrieben werden könne, ließe sich eine offene Kassenplanstelle oft jahrelang nicht nachbesetzen, während mit Hausapothekenbewilligungen verbundene Planstellen signifikant rascher und einfacher vergeben werden könnten.

20. Auf Basis dieser Sachverhaltsfeststellungen hat das LVwG OÖ der vorliegenden Beschwerde insoweit stattgegeben, als Spruchpunkt 1. des angefochtenen Bescheides mit der Maßgabe bestätigt wurde, dass der Mitbeteiligten Partei die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke in x E, A. x, unter der Bedingung erteilt wird, dass die Anzahl der an diesem Berufssitz vorgenommenen Behandlungen gegenüber der Anzahl der in ihrer Zweitordination R Nr. x, x R, vorgenommenen Behandlungen ein Verhältnis von 3:2 nicht unterschreitet, wobei die Mitbeteiligte Partei dieses Faktum durch monatlich aufeinanderfolgende Übermittlung einer nach Ordinationsstandorten getrennten Übersicht über die dort jeweils für Fälle der Inanspruchnahme von Leistungen aus der Sozialversicherung vorgenommenen Auslesevorgänge (e-card-Abbuchungen) an die belangte Behörde zu belegen hat und dem Bf. diesbezüglich jeweils Akteneinsicht zu gewähren ist.

Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen.

Begründend wurde dazu Folgendes ausgeführt:

> „1. Gemäß § 29 Abs. 1 des Apothekengesetzes, RGBl 5/1907 i.d.g.F. BGBl I 59/2018, ist einem Arzt für Allgemeinmedizin die Bewilligung zur Haltung einer Hausapotheke zu erteilen, wenn dieser u.a. in einem dem § 342 Abs. 1 ASVG entsprechenden Vertragsverhältnis steht (Z. 1), sich in der Gemeinde, in welcher der Arzt seinen Berufssitz hat, keine öffentliche Apotheke befindet (Z. 2), und der Berufssitz des Arztes von der Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke mehr als sechs Straßenkilometer entfernt ist (Z. 3).
>
> 2. Im gegenständlichen Fall steht fest, dass die Mitbeteiligte Partei (auch) hinsichtlich ihrer Ordination in x E, A. x, gemäß § 342 Abs. 1 ASVG in einem Vertragsverhältnis zur OÖGKK steht und sich in dieser Gemeinde keine öffentliche Apotheke befindet; zudem ist auch allseits unbestritten, dass diese Ordination mehr als sechs Straßenkilometer von der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke entfernt liegt und 16 Stunden in der Woche (die Zweitordination in R x, x R, hingegen bloß $10^1/_2$ Stunden pro Woche) geöffnet ist.

Divergenz besteht lediglich hinsichtlich der Rechtsfrage, ob diese Ordination deshalb, weil in ihr das Schwergewicht der Tätigkeit der Mitbeteiligten Partei liegt, als Berufssitz i.S.d. § 29 Abs. 1 Z. 3 ApG anzusehen ist.

2.1. In diesem Zusammenhang hat der VwGH in seinem Erkenntnis vom 3. Juli 1990, 86/08/0125 (= VwSlg 13248 A/1990), festgestellt, dass insoweit von einem typischen Berufsbild des niedergelassenen praktischen Arztes auszugehen ist, vor dessen Hintergrund erwartet werden kann, dass insgesamt den gesetzlichen Anforderungen an die Betriebsanlage, die Betriebseinrichtung und die ordnungsgemäße Führung des Betriebes in vollem Umfang entsprochen wird. Ist ein Arzt (gemäß § 45 Abs. 3 ÄrzteG in zulässiger Weise) in zwei Ordinationen tätig, kommt es insoweit auf das Schwergewicht bzw. Übergewicht der entfalteten ärztlichen Tätigkeit an; diese Frage ist vornehmlich anhand der verbindlich festgesetzten Ordinationszeiten sowie der tatsächlichen Patientenanzahl zu beurteilen, wobei einerseits feste Ordinationszeiten in einem Ausmaß von $18^1/_2$ Stunden pro Woche jedenfalls geeignet sind, eine ordnungsgemäße Heilmittelzubereitung, -lagerung und -abgabe zu gewährleisten (vgl. VwGH vom 26. Juni 1995, 91/10/0169) und andererseits im Falle annähernd gleicher Ordinationszeiten ein Patientenverhältnis von 3:2 (bzw. von 60% zu 40%) hinreicht, um zu erweisen, dass das Schwergewicht der beruflichen Tätigkeit in jener Ordination liegt, in der vergleichsweise um 20% mehr Patienten behandelt werden.

2.2. Allein der Umstand, dass zum damaligen Zeitpunkt ein praktischer Arzt nach § 19 Abs. 3 des Ärztegesetzes 1984, BGBl 373/1984, grundsätzlich nur einen Berufssitz haben durfte, während nunmehr gemäß § 45 Abs. 3 ÄrzteG schon von Gesetzes wegen zwei Berufssitze zulässig sind, hat an der fortdauernden Maßgeblichkeit dieser Judikatur nichts geändert (vgl. dazu bereits näher oben, I.7.4.).

Hinsichtlich der Anwendung dieser Rechtsprechung in einem konkreten Einzelfall ist jedoch zunächst vorweg allgemein darauf hinzuweisen, dass diese prinzipiell nicht gleichsam schablonenhaft, sondern vielmehr stets einzelfalladäquat zu erfolgen hat. Denn eine essentielle Konsequenz des mit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 eingeführten Revisionsmodells besteht darin, dass im Regelfall dem VwGH nunmehr lediglich die Klärung von grundsätzlichen Rechtsfragen zukommt, während die Sicherung der Einzelfallgerechtigkeit den Verwaltungsgerichten obliegt (vgl. z.B. statt vieler VwGH vom 22. Juli 2019, Ra 2019/01/0248). Dies bedeutet, dass die Verwaltungsgerichte die Judikatur der Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts als – in Abhängigkeit von deren Stringenz jeweils mehr oder weniger bindende – Rahmenvorgabe heranzuziehen und innerhalb derselben eine die Einzelfallproblematik adäquat lösende Norm (im Wege einer Sachentscheidung einerseits bzw. in Form der Erlassung eines Erkenntnisses andererseits) zu setzen haben; diese singulär-normative Kompetenz kann gegebenenfalls auch darin bestehen, zweckentsprechende Nebenbestimmungen (wie z.B. Bedingungen und Auflagen) vorzuschreiben.

2.3. Vor diesem Hintergrund ist mit Blick auf die gegenständliche Fallkonstellation im Besonderen auch zu beachten, dass die Intention des § 29 ApG darin besteht, einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen von niedergelassenen Ärzten einerseits und den Betreibern von öffentlichen Apotheken andererseits zu schaffen, und zwar insbesondere auch mit dem Ziel, dem seit geraumer Zeit – vor allem im ländlichen Raum – notorischen Ärztemangel, der sich primär darin zeigt, dass Kassenplanstellen kaum bzw. nur sehr schwer nachbesetzt werden können, effektiv entgegenzuwirken (vgl. StenProt der 139. Sitzung des NR, 22. GP, S. 241).

2.4.1. All dies berücksichtigend ist im vorliegenden Fall zunächst zu konstatieren, dass die wöchentlichen Öffnungszeiten der Ordination, für die der Mitbeteiligten Partei seitens der belangten Behörde die Hausapothekenbewilligung erteilt wurde, zwar jene ihrer Zweitordination überwiegen, jedoch auch in Ersterer lediglich 16 Stunden betragen, sodass damit das im Erkenntnis des VwGH vom 26. Juni 1995,

91/10/0169, festgelegte Mindestausmaß von $18^1/_2$ Stunden – was auch seitens der Mitbeteiligten Partei selbst unbestritten blieb – nicht erreicht wird.

2.4.2. Es bedarf somit der Feststellung, in welcher ihrer beiden Ordinationen die Mitbeteiligte Partei das Übergewicht der ärztlichen Tätigkeit entfaltet, wobei es das LVwG OÖ als eine insoweit taugliche und – weil entsprechend objektivierbar – zugleich auch grundsätzlich hinreichende Methode erachtet, die Anzahl der am jeweiligen Ordinationsstandort erfolgten e-card-Buchungen zu ermitteln. Darüber hinausgehende Erhebungen erscheinen hingegen lediglich dann erforderlich, wenn sich nicht bereits auf diesem Weg ein klares Bild gewinnen lässt.

Soweit es nun davon ausgehend die Folgefrage betrifft, ob es bei der Ermittlung dieser e-card-Buchungen auf die Gesamtzahl der Patientenkontakte oder nicht vielmehr darauf ankommt, wie viele Personen pro Zeiteinheit jeweils an einem Ordinationssitz behandelt wurden, ist dem Bf. zwar zuzugestehen, dass der VwGH diesbezüglich in seinem Erkenntnis vom 9. Juli 1990, 90/10/0038, wohl explizit den Begriff „*Patientenzahl*“ (bzw. „*Anzahl der behandelten Patienten*“) verwendet hat (vgl. ebenso auch VwGH vom 26. Juni 1995, 91/10/0169). Im Kontext mit der Frage besehen, ob im Fall der Führung einer ärztlichen Hausapotheke mit gutem Grund eine ordnungsgemäße Heilmittelgebarung erwartet werden kann, ergibt sich jedoch insgesamt, dass für den VwGH in erster Linie die zeitliche Beanspruchung des Arztes bzw. dessen persönliche Anwesenheit in der jeweiligen Ordination von ausschlaggebender Bedeutung ist. Darauf abstellend liegt es aber auf der Hand, dass der Arzt umso häufiger tatsächlich vor Ort sein wird, je mehr Behandlungen konkret in einer Ordination vorgenommen werden. Wenngleich dort gewisse untergeordnete oder rein administrative Tätigkeiten faktisch jeweils auch vom sonstigen medizinischen und nichtmedizinischen Personal ausgeübt werden, erweist sich somit die mittels e-card-Abbuchung festgestellte Anzahl der tatsächlichen Behandlungen gegenüber einer (ebenfalls darauf basierenden) bloßen Patientenzahl nach Köpfen hinsichtlich der Frage der persönlichen Anwesenheit des Arztes als vergleichsweise aussagekräftiger.

Dem entsprechend war daher im gegenständlichen Fall auf die Anzahl der vorgenommenen Behandlungen – wenngleich solche gelegentlich an ein und demselben Patienten gelegentlich auch öfter vorgenommen werden mussten – abzustellen.

Diesbezüglich ergibt sich aus den von der Mitbeteiligten Partei beigebrachten Unterlagen für die Monate November 2018, Dezember 2018 und Mai 2019 jeweils ein Verhältnis von knapp mehr als 60 % gegenüber knapp weniger als 40 % zugunsten jener Ordination, für die ihr seitens der belangten Behörde die Bewilligung zur Führung einer ärztlichen Hausapotheke erteilt wurde, wobei in diesem Zusammenhang anzumerken ist, dass auch nach der vom Bf. vertretenen Berechnungsmethode[1] ebenfalls ein Verhältnis von 59,39% zu 40,61% resultiert, wenn – wie von ihm selbst vorgebracht – jene Patienten, die in diesem Zeitraum beide Ordinationen aufgesucht haben, als gleichsam „aufkommensneutral“ unberücksichtigt bleiben.

Weil damit aber das vom VwGH in dessen Erkenntnis vom 9. Juli 1990, 90/10/0038, aufgestellte Kriterium erfüllt ist, folgt sohin insgesamt, dass sich die Beschwerde des Rechtsmittelwerbers insoweit als im Ergebnis unbegründet erweist.

---

[1] Insoweit ist daher die vom Bf. gezogene Schlussfolgerung, dass insgesamt (d.h. als Ausgangsbasis) 1.183 Personen behandelt worden seien – und zwar 373 in beiden Ordinationen, 481 nur in E und 329 nur in R. –, sodass „*unter neutraler Zählung jener Personen, die sich in beiden Ordinationen behandeln ließen*“ – d.h.: unter Zugrundelegung einer Ausgangsbasis von bloß 1.183 minus 373 =) 810 Personen – „*das Verhältnis zwischen den Personen, die in E behandelt wurden und jenen, die in R behandelt wurden, 54,88 % zu 45,12 %*“ (vgl. BEILAGE 1 zum Verhandlungsprotokoll vom 7. Oktober 2019 [ONr. 11 des hg. Aktes], S. 2), missverständlich, denn zu diesem Ergebnis gelangt man nur dann, wenn man jene Patienten, die in beiden Ordinationen behandelt wurden, gerade nicht als neutral behandelt, sondern jeder Ordination jeweils entsprechend hinzuzählt (und sich somit als Ausgangsbasis [1.183 plus 373 =] 1.556 Personen ergibt).

> 3. Allerdings ist im gegenständlichen Fall zu berücksichtigen, dass das gerade dieses Kriterium eines Verhältnisses von 3:2 bzw. 60%:40% seitens der Mitbeteiligten Partei auch nach den von ihr selbst beigebrachten Unterlagen stets nur äußerst knapp, und zwar zuletzt auch in einem Zeitraum (Mai 2019), für den die bereits ein halbes Jahr zuvor in Angriff genommene Ausweitung der Öffnungszeiten schon ihre volle Wirksamkeit entfaltet haben musste, erreicht wird.
>
> In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass nicht nur aus der präsentischen Formulierung des Gesetzestextes, sondern insbesondere auch daraus, dass in § 29 ApG – ungeachtet dessen rechtspolitisch beabsichtigter Zielsetzung der Bekämpfung des Ärztemangels durch eine einfachere Erlangung von Bewilligungen zur Führung von Hausapotheken – zahlreiche Gründe für eine Entziehung bzw. ein Erlöschen der Hausapothekenbewilligung bei Wegfall entsprechender Genehmigungsvoraussetzungen statuiert sind, in rechtssystematischer Hinsicht insgesamt nur eine vergleichsweise schwache Bestandskraft solcher Berechtigungen resultiert. Nicht nur der Normtext, sondern auch dieses systematische Argument verhält demnach die Vollziehung im Besonderen dazu, zu gewährleisten, dass jene in § 29 Abs. 1 ApG festgelegten Parameter nicht bloß im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung – und damit quasi „punktuell“ –, sondern vielmehr jederzeit, also gleichsam dauerhaft, erfüllt sind, wobei der zur Führung einer öffentlichen Apotheke berechtigten Person zugleich ein Rechtsanspruch darauf korreliert, dass die Behörde das permanente Bestehen dieser Voraussetzungen periodisch überprüft.
>
> Zwecks Sicherstellung dieser objektiv- und subjektiv-öffentlichen Interessen war es daher geboten, die dem Bf. seitens der belangten Behörde erteilte Bewilligung zweckentsprechend einzuschränken.“

21. Gegen diese Entscheidung hat der Rechtsmittelwerber eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben.

22. Mit Erkenntnis vom 9. November 2020, Ra 2019/10/0196, hat der VwGH dieser Revision stattgegeben und die angefochtene Entscheidung hinsichtlich der Vorschreibung von Nebenbestimmungen (Bedingung und Auflage) aufgehoben.

Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass die Beisetzung von Nebenbestimmungen nur insoweit zulässig sei, als dies im Gesetz vorgesehen sei. Dem § 29 ApG könne jedoch weder eine Basis für die im Spruch des Erkenntnisses des LVwG OÖ vom 16. Oktober 2019, LVwG-050133, festgelegte auflösende Bedingung noch dafür entnommen werden, dass deren Zutreffen monatlich nachzuweisen wäre.

II.

Rechtliche Beurteilung

1. Nach § 63 Abs. 1 VwGG sind die Verwaltungsgerichte dann, wenn der Verwaltungsgerichtshof einer Revision stattgegeben hat, dazu verpflichtet, umgehend

den der Rechtsanschauung des VwGH entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

2. Demgemäß war im Lichte des Erkenntnisses des VwGH vom 9. November 2020, Ra 2019/10/0196, der vorliegenden Beschwerde ohne die Vorschreibung einer Beding oder Auflage stattzugeben.

3. Wie auch aus RN 11 des angeführten Erkenntnisses deutlich wird, bedeutet dies allerdings nicht, dass die belangte Behörde künftig nicht dazu verpflichtet wäre, darüber zu wachen, dass die Mitbeteiligte Partei die nach § 29 ApG erforderlichen Voraussetzungen auch weiterhin erfüllt, im Gegenteil: Würde eine der Bewilligungsvoraussetzungen nachträglich entfallen, wäre die erteilte Bewilligung wieder zu entziehen.

Revision an den Verwaltungsgerichtshof

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision nicht zulässig, weil keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu klären war.

Rechtsmittelbelehrung

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

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

Es besteht auch die Möglichkeit, auf eine Revision beim Verwaltungsgerichtshof und/oder eine Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat jedoch zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und/oder eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Der Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verfahrenshilfe

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten

und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr bzw. ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, das bzw. der für eine Vermögensmasse auftritt, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen.

Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich

Dr. G r o f