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

LVwG-050169/3/Gf/RoK **Linz, 27. April 2020**

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich erkennt durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter Dr. Grof über die Beschwerde der Mag. B. P., H., vertreten durch RA Dr. A. S., gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 16. Jänner 2020, Zl. SanRB01-45-30-VM, wegen der Zurückweisung eines Antrages auf Zurücknahme einer ärztlichen Hausapothekenbewilligung nach dem **Apothekengesetz** (Mitbeteiligte Partei: Dr. U. F., vertreten durch die RAe Dr. W. und Mag. P.)

z u R e c h t :

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

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß § 25a VwGG zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

Gang des Behördenverfahrens

1.1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (im Folgenden auch: belangte Behörde) vom 9. April 2019, Zl. BHLLSanR-2019-20127/43, wurde einer Ärztin für Allgemeinmedizin, die ab 1. Juli 2019 den Ordinationssitz der Mitbeteiligten Partei übernommen hat (im Folgenden auch: Ordinationssitznachfolgerin), für den Standort „*X*", gemäß § 29 Abs. 1a des Apothekengesetzes (so explizit S. 4 der Begründung: „*Die Bewilligung kann nur auf Grund des § 29 Abs. 1a Apothekengesetz ... erteilt werden.*") eine sog. „Nachfolgebewilligung" zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke erteilt.

1.2. Dagegen hat u.a. auch die Beschwerdeführerin (im Folgenden auch: Bf. bzw. Rechtsmittelwerberin) als Konzessionärin einer neu errichteten öffentlichen Apotheke mit der Betriebsstätte „*X*", eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich (im Folgenden auch: LVwG OÖ) erhoben.

1.3. Mit Beschluss des LVwG OÖ vom 21. Oktober 2019, LVwG-050135, wurde dieses Beschwerdeverfahren mit der Begründung gemäß § 38 AVG ausgesetzt, dass die Bf. im Zuge des Rechtsmittelverfahrens, nämlich in der öffentlichen Verhandlung am 16. September 2019, den Antrag gestellt habe, die ärztliche Hausapothekenbewilligung der Mitbeteiligten Partei zurückzunehmen. Denn über einen solchen Antrag könne nicht das LVwG OÖ im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen die der Ordinationssitznachfolgerin erteilte Bewilligung, sondern nur die belangte Behörde im Wege eines gesonderten erstinstanzlichen Administrativverfahrens entscheiden.

2.1. Parallel dazu hat die Rechtsmittelwerberin mit e-mail vom selben Tag (16. September 2019) auch begehrt, dass die Behörde die der Mitbeteiligten Partei als Vorgängerin am Ordinationssitz „*X*" bescheidmäßig zuerkannte Hausapothekenbewilligung zurücknehmen möge.

2.2. Dazu erwiderte die Mitbeteiligte Partei in der Folge mit Schreiben vom 4. November 2019, dass sie im Zuge der Zurücklegung ihres Kassenvertrages mit Wirkung vom X. X 2019 für ihren früheren Ordinationssitz zugleich auch hinsichtlich der Hausapothekenbewilligung für diesen Standort einen Verzicht abgeben habe.

Mangels aufrechter Genehmigung komme daher deren Zurücknahme nicht mehr in Betracht.

2.3. Davon ausgehend hat Bezirkshauptmannschaft Linz-Land den Antrag der Bf. vom 16. September 2019 mit Bescheid vom 16. Jänner 2020, Zl. SanRB01-45-30-VM, als unzulässig zurückgewiesen.

Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass auf Grund der Verzichtserklärung der Mitbeteiligten Partei eine Berechtigung, die zurückgenommen werden könne, nicht mehr aufrecht sei und auch ein entsprechendes Feststellungsinteresse der Rechtsmittelwerberin nicht bestehe.

3. Gegen diesen ihr am 21. Jänner 2020 zugestellten Bescheid richtet sich die vorliegende, am 18. Februar 2020 – und damit rechtzeitig – zur Post gegebene Beschwerde.

Darin wird eingewendet, dass der Verzicht der Mitbeteiligten Partei auf deren öffentlich-rechtliche Bewilligung gesetzlich nicht vorgesehen und somit unwirksam gewesen sei, weshalb die behördliche Zurücknahme der Hausapothekenbewilligung nach wie vor zulässig und nach § 29 Abs. 4 des Apothekengesetzes i.d.F. vor dem Inkrafttreten der Novelle BGBl I 41/2006 auch geboten sei. Denn zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke durch die Rechtsmittelwerberin habe deren Versorgungspotential mehr als 5.500 Personen und die Entfernung zur Ordination der Mitbeteiligten Partei weniger als vier Straßenkilometer betragen.

Davon abgesehen bestehe ein rechtliches Interesse der Bf. auf die Feststellung, dass die bestehende Hausapothekenbewilligung zurückzunehmen ist, weil damit auch die Grundlage für die Erteilung einer Nachfolgebewilligung gemäß § 29 Abs. 1a Apothekengesetz wegfällt.

4. Die belangte Behörde hat dem LVwG OÖ diese Beschwerde mit Schreiben vom 14. April 2020, Zl. SanRB01-45-30, samt ihrem Bezug habenden Akt vorgelegt; unter einem wurde von der Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung abgesehen.

II.

Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich
und Zulässigkeit der Beschwerde

1. Die vorliegende, auf Art. 130 Abs. 1 Z. 1 B-VG gegründete Beschwerde richtet sich gegen den 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 zu qualifizieren.

2. Weil diesbezüglich Abweichendes im Apothekengesetz nicht angeordnet ist, hatte das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich im vorliegenden Fall gemäß Art. 135 Abs. 1 B-VG durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

III.

Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung
durch das Verwaltungsgericht

Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land zu Zl. SanRB01-45-30; da sich bereits aus diesem der entscheidungswesentliche, oben unter I. dargestellte Sachverhalt klären ließ und dieser insoweit auch zwischen den Verfahrensparteien unstrittig ist, konnte im Übrigen von der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung abgesehen werden – dies ganz abgesehen davon, dass eine solche insbesondere auch angesichts der gegenwärtigen CoViD-19-Pandemie nicht angezeigt war (vgl. § 2 Z. 1 des CoViD-19-Maßnahmengesetzes, BGBl I 12/2020, i.V.m. § 1 der VO BGBl II 96/2020).

IV.

Rechtliche Beurteilung

Über die vorliegende Beschwerde hat das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich erwogen:

1. Gemäß § 29 Abs. 3 des Apothekengesetzes, RGBl 5/1907 in der **derzeit geltenden Fassung** BGBl I 16/2020 (im Folgenden: ApG), hat die Behörde die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke nach Maßgabe des § 29 Abs. 4 ApG bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke zurückzunehmen, wenn die Wegstrecke zwischen dem Berufssitz des Arztes und der Betriebsstätte der neu errichteten öffentlichen Apotheke vier Straßenkilometer nicht überschreitet und sich die ärztliche Hausapotheke weder in einer Gemeinde gemäß § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG noch in einer Gemeinde gemäß § 10 Abs. 3 ApG (sog. „Ein-Arzt-Gemeinde" bzw. Gemeinde mit Gruppenpraxis mit weniger als zwei Vertragsstellen für Ärzte für Allgemeinmedizin) befindet.

2. Aus im Folgenden darzustellenden Gründen ist in diesem Zusammenhang allerdings weiterhin zu beachten, dass die **ApG-Novelle BGBl I 41/2006** zwar bereits am 29. März 2006 in Kraft getreten ist; diese war jedoch mit – teilweise bis in die Gegenwart hereinwirkenden – **Übergangsvorschriften** hinsichtlich vor und nach diesem Zeitpunkt rechtskräftig erteilter Konzessionen einerseits sowie in Bezug auf noch anhängige Konzessionsverfahren andererseits versehen. Unter einem war in diesem Zusammenhang auch die Aufhebung der seinerzeitigen Bedarfsprüfungsregelung des § 10 Abs. 2 Z. 1 und Abs. 3 ApG sowie der damit verbundenen Vorgängerbestimmung des § 29 Abs. 4 ApG durch den VfGH mit Wirkung vom 31. Oktober 2006 (vgl. BGBl I 1/2006) berücksichtigt worden.

Vor diesem Hintergrund legt(e) konkret hinsichtlich der Zurücknahme von ärztlichen Hausapothekenbewilligungen die Bestimmung des § 62a Abs. 1 ApG zum einen für **nach** dem Inkrafttreten der ApG-Novelle BGBl I 41/2006 (**29. März 2006**), jedoch noch **vor** dem **1. Jänner 2016** erfolgte Konzessionserteilungen für öffentliche Apotheken mit Betriebsstätten in einer Gemeinde, in der zum Zeitpunkt der Antragstellung zwei von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzte Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG vorhanden waren, fest, dass – sofern die Bewilligung zur Haltung der ärztlichen Hausapotheke **am 29. März 2006 bereits rechtskräftig erteilt war** – abweichend von § 29 Abs. 3 und 4 ApG diese Bewilligung mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Bewilligungsinhaber das 65. Lebensjahr vollendet hatte, spätestens jedoch mit Ablauf des 31. Dezember 2018 zurückzunehmen war.

Dem gegenüber ordnet(e) zum anderen § 62a Abs. 2 ApG in Bezug auf **vor** dem **29. März 2006** einerseits **oder** (u.a.) gemäß § 62a Abs. 3 ApG – d.s. **bis zum**

30. Oktober 2006 – andererseits **rechtskräftig erteilte** Konzessionen für öffentliche Apotheken an, dass hinsichtlich der Rücknahme der Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke die **Rechtslage vor dem Inkrafttreten der ApG-Novelle BGBl I 41/2006 weiterhin maßgeblich** war (bzw. ist).

Im Hinblick auf diese Übergangsregelungen steht im gegenständlichen Fall allseits unbestritten fest, dass der Bf. die Konzession zum Betrieb ihrer öffentlichen Apotheke mit Bescheid der Bundesministerin für Frauen und Gesundheit vom 27. Oktober 2006, Zl. BMGF-262494-0007-I-8-2006, erteilt wurde.

Da ihr dieser – letztinstanzliche – Bescheid am 30. Oktober 2006 zugestellt worden und dementsprechend an diesem Tag auch unmittelbar in Rechtskraft erwachsen war, war hier in Bezug auf die Rücknahme ärztlicher Hausapothekenbewilligungen entsprechend § 62a Abs. 2 und 3 ApG – und weil sich in diesen Bestimmungen anders als in § 62a Abs. 1 ApG keine zeitliche Befristung findet: ist **auch gegenwärtig noch** – die Rechtslage vor der ApG-Novelle BGBl I 41/2006 maßgeblich.

3. Davon ausgehend ordnet(e) § 29 ApG in der Fassung BGBl I 5/2004 (bzw. 1/2006) diesbezüglich auszugsweise an:

> „**§ 29.** (1) Die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke ist einem Arzt für Allgemeinmedizin auf Antrag zu erteilen, wenn sich in der Ortschaft, in welcher der Arzt seinen Berufssitz hat, keine öffentliche Apotheke befindet und der Berufssitz des Arztes von der Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke mehr als sechs Straßenkilometer entfernt ist.
>
> (2) Die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke ist auf Antrag dem Nachfolger eines Arztes für Allgemeinmedizin mit Hausapothekenbewilligung zu erteilen, wenn die Entfernung zwischen dem Berufssitz des hausapothekenführenden Arztes und der Betriebsstätte der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke mehr als vier und weniger als sechs Straßenkilometer beträgt.
>
> (3) Verlegt ein Arzt für Allgemeinmedizin seinen Berufssitz in eine andere Ortschaft, so erlischt die für den vorherigen Berufssitz erteilte Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke.
>
> (4) Die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke ist bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke zurückzunehmen, wenn die Wegstrecke zwischen Berufssitz des Arztes und Betriebsstätte der neu errichteten öffentlichen Apotheke vier Straßenkilometer nicht überschreitet und in dem rechtskräftigen Bescheid zur Konzessionierung der neuen öffentlichen Apotheke ein Versorgungspotential im Sinne des § 10 von zumindest 5.500 Personen für die neue öffentliche Apotheke festgestellt wurde.
>
> (5) Der Inhaber der neu errichteten öffentlichen Apotheke ist verpflichtet, den Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Apotheke der Behörde mitzuteilen. Die Behörde hat die Zurücknahme der Hausapothekenbewilligung auf Antrag des Inhabers der öffentlichen Apotheke mit Bescheid so rechtzeitig auszusprechen, dass die Einstellung des Hausapothekenbetriebes drei Jahre nach Rechtskraft des Bescheides erfolgt, mit dem die Konzession für die öffentliche Apotheke erteilt wurde. Wird die öffentliche Apotheke nach diesem Zeitpunkt in Betrieb genommen, ist die Hausapothekenbewilligung so zurückzunehmen, dass die Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke und die Einstellung des Hausapothekenbetriebes zum selben Zeitpunkt erfolgen.
>
> (6) ...".

4. Weiters ist im vorliegenden Fall unstrittig, dass die Mitbeteiligte Partei ihre Ordination (ihren ärztlichen Berufssitz) mit Wirkung vom **1. Juli 2019** von zuvor „*X*" nach nunmehr „*Y*" – und damit in eine **andere Ortschaft** (vgl. dazu z.B. VwGH vom 3. Oktober 2008, 2007/10/0266) – verlegt hat.

In rechtlicher Hinsicht bedeutet dies, dass die Mitbeteiligte Partei ab diesem Tag für ihren früheren – hier maßgeblichen – Standort über keine ärztliche Hausapothekenbewilligung mehr verfügte, weil § 29 Abs. 3 ApG – der rechtssystematisch als lex specialis zu § 29 Abs. 2 ApG anzusehen ist (vgl. in diesem Sinne wohl auch VwGH vom 31. März 1988, 88/08/0188) – diesbezüglich unmissverständlich vorsah (bzw. vorsieht), dass bei einer Verlegung der Ordination die mit diesem Berufssitz verbundene ärztliche Hausapothekenbewilligung ex lege untergeht. Einer Zurücknahme bedarf es in der Sonderkonstellation der Ordinationssitzverlegung somit schon von vornherein nicht.

Davon ausgehend kam der belangten Behörde im Zeitpunkt der Antragstellung der Bf. (16. September 2019) keine rechtliche Befugnis zu einer Zurücknahme der verfahrensgegenständlichen, seit 1. Juli 2019 nicht mehr bestehenden Hausapothekenbewilligung zu.

5. Deshalb und auch, weil neben dem ohnehin bereits ex lege normierten Erlöschen der ärztlichen Hausapothekenbewilligung ein gesondertes rechtliches Feststellungsinteresse der Bf. an diesem Umstand nicht erkennbar ist, erweist sich die Zurückweisung der Anträge der Rechtsmittelwerberin durch die belangte Behörde zumindest im Ergebnis als rechtmäßig.

6. Für das bei der belangten Behörde parallel (nämlich zu Zl. BHLLSanR-2019-20127-30) anhängige Verfahren auf Erteilung einer ärztlichen Hausapothekenbewilligung zugunsten der Ordinationssitznachfolgerin für die Betriebsstätte „*X*" ergibt sich aus der zuvor dargestellten Sichtweise, dass dieses nicht als ein „Nachfolgeverfahren" i.S.d. (§ 29 Abs. 2 ApG i.d.F. vor der Novelle BGBl I 41/2006 bzw.) § 29 Abs. 1a ApG i.d.g.F. betrachtet werden kann. Vielmehr ist dieses als ein Verfahren für eine Ersterteilung nach § 29 Abs. 1 ApG i.d.g.F. zu qualifizieren, weil die Mitbeteiligte Partei ab dem Zeitpunkt der Aufgabe ihres Ordinationssitzes (1. Juli 2019) rechtlich gesehen eben nicht mehr über eine aufrechte ärztliche Hausapothekenbewilligung verfügte, die als Grundlage für eine(n) Nachfolger(in) i.S.d. § 29 Abs. 1a ApG i.d.g.F. dienen könnte.

Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Ordinationssitznachfolgerin ihren Antrag noch vor dem effektiven Verlegungszeitpunkt (1. Juli 2019), nämlich bereits am 9. April 2019, gestellt hat, weil die lex-specialis-Regelung des § 29 Abs. 3 ApG (i.d.F. vor der Novelle BGBl I 41/2006) der generellen Norm des

§ 29 Abs. 2 ApG jedenfalls vorgeht, sobald die Voraussetzungen der ersteren Bestimmung de facto erfüllt sind. Dazu kommt, dass sich weder aus dem Gesetzestext noch aus den Materialien (vgl. 395 BlgNR, 16. GP) ableiten lässt, dass eine Ordinationssitzverlegung gleichsam unter der Bedingung vorgenommen werden könnte, dass eine für diesen Standort bestehende ärztliche Hausapothekenbewilligung auf den Nachfolger übertragen wird.

7. Aus den zuvor genannten Gründen war daher die gegenständliche Beschwerde gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG abzuweisen.

V.

Revision an den Verwaltungsgerichtshof

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision zulässig, weil sich aus der bisherigen Rechtsprechung des VwGH (vgl. z.B. 27.3.2019, Ro 2019/10/0003; 3.10.2008, 2007/10/0266; 22.4.2002, 99/10/0067; und 31.3.1989, 88/08/0188) nicht entnehmen lässt, in welchem rechtssystematischen Verhältnis die Bestimmungen des § 29 Abs. 3 ApG und des § 29 Abs. 2 ApG i.d.F. BGBl I 5/2004 (bzw. 1/2006) zueinander stehen (insbesondere, ob es sich hierbei um ein Verhältnis „lex generalis – lex specialis" handelt).

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 einzubringen. Für die Beschwerde ist eine Eingabegebühr von 240 Euro zu entrichten.

Beachte: Gemäß § 1 Abs. 1 COVID-19-VwBG, BGBl I 16/2020 i.d.g.F. BGBl. I 24/2020, beginnt diese Frist ab 1. Mai 2020 zu laufen.

Gegen dieses Erkenntnis kann innerhalb derselben Frist auch eine ordentliche 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.

Hinweis

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 Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich

Dr. G r o f