

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seinen Richter Mag. Kitzberger über die Beschwerde der Mag. pharm. S W, x, x, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Ried vom 07.01.2021, GZ: BHRISanR-2020-593598/16-H, (mitbeteiligte Partei: Dr.med.univ. B S, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. M L, x, x) betreffend die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke den

## BESCHLUSS

- I. Die Beschwerde wird als unzulässig zurückgewiesen.
  
- II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

## Entscheidungsgründe

### I. Verfahrenschronologie, Sachverhalt:

I.1. Mit Eingabe vom 27.10.2020 beantragte Dr.med.univ. B S, Ärztin für Allgemeinmedizin, (in der Folge: mitbeteiligte Partei) gemäß § 29 Apothekengesetz die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke in x, x.

Dieses Ansuchen wurde von der Bezirkshauptmannschaft Ried (in der Folge: belangte Behörde) in der Amtlichen Linzer Zeitung vom 16.11.2020 verlautbart, wonach Einsprüche bis einschließlich 28.12.2020 zulässig waren.

I.2. Mit Schreiben der Ärztekammer Oberösterreich vom 04.11.2020 sowie der Marktgemeinde X vom 16.11.2020 wurde angesichts der fehlenden Arzneimittelversorgung im Gemeindegebiet um rasche positive Erledigung des Antrags ersucht.

I.3. Mit Eingabe vom 23.12.2020 erhob Mag. pharm. S W (in der Folge: Beschwerdeführerin – kurz: Bf) Einspruch gegen das Ansuchen der mitbeteiligten Partei. Begründend wurde darin ausgeführt, dass sie – ebenso am 23.12.2020 – die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke mit Betriebsstätte in x beantragt habe und sich diese Betriebsstätte jedenfalls weniger als 4 Straßenkilometer vom künftigen Berufssitz der mitbeteiligten Partei befinden werde. Da für die Abstandsregelung bereits der rechtliche Bestand der öffentlichen Apotheke ausreiche, könne die Hausapothekenbewilligung nach Konzessionserteilung gemäß § 29 Abs. 1 Z 3 Apothekengesetz nicht mehr bewilligt werden. Sollte die Hausapothekenbewilligung davor erteilt werden, sei diese nach Konzessionserteilung gemäß § 29 Abs. 3 leg. cit. zurückzunehmen. Im Lichte dieser Ausführungen wurde die Abweisung des Antrags der mitbeteiligten Partei begehrt. Darüber hinaus wies die Bf auch darauf hin, dass im – für ihre Konzession entscheidungswesentlichen – Zeitpunkt der Antragstellung keine Hausapotheke bestanden habe und daher keine „Ein-Kassenvertragsarzt-Gemeinde“ iSd § 10 Abs. 2 Z 1 und § 10 Abs. 3 Apothekengesetz vorliege.

I.4. Mit beinahe wortgleichem Inhalt sprach sich auch die Österreichische Apothekerkammer, Landesgeschäftsstelle Oberösterreich, in ihrem Schreiben vom 23.12.2020 „unter Annahme der Konzessionserteilung“ gegen das Ansuchen der mitbeteiligten Partei aus.

I.5. Mit Eingabe vom 31.12.2020 nahm die mitbeteiligte Partei zu diesen Einsprüchen dahingehend Stellung, dass der Einspruch der Bf mangels Parteistellung zurückzuweisen sei, zumal nur Inhabern rechtskräftig bewilligter

und tatsächlich betriebener öffentlicher Apotheken eine solche zukomme. Die Hausapothekenbewilligung sei unabhängig vom – infolge der Bedarfsgutachtenserstellung voraussichtlich für einen längeren Zeitraum – anhängigen Konzessionsverfahren zu erteilen; die Frage der Zurücknahme nach § 29 Abs. 3 Apothekengesetz stelle sich erst nach allfälliger rechtskräftiger Konzessionserteilung. Zudem sei ohnehin nicht absehbar, wo konkret die Betriebsstätte der beantragten öffentlichen Apotheke situiert werde.

I.6. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 07.01.2021, GZ: BHRISanR-2020-593598/16-H, erteilte die belangte Behörde die beantragte Bewilligung zur Haltung einer Hausapotheke gemäß § 29 Abs. 1 Apothekengesetz (Spruchpunkt 1.) und wies den Einspruch der Bf gemäß § 29 iVm §§ 48 Abs. 2 und 53 leg. cit. zurück (Spruchpunkt 3.). Die Bewilligung wurde zusammengefasst mit dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 Apothekengesetz begründet. Zum Einspruch der Bf führte die Behörde aus, dass nach der höchstgerichtlichen Judikatur (VwGH 24.10.2018, Ro 2017/10/0010) der Einspruch eines Konzessionswerbers einer öffentlichen Apotheke gegen eine Hausapothekenbewilligung nur bei Erfüllung der sachlichen Voraussetzungen zulässig sei; da zum Zeitpunkt der Antragstellung für die Konzession die sachliche Voraussetzung des § 10 Abs. 1 Z 1 leg. cit. nicht vorgelegen habe (erst seit 01.01.2021 habe eine Ärztin, und zwar die mitbeteiligte Partei, ihren ständigen Berufssitz in der Gemeinde), sei der Einspruch unzulässig. Die Unzulässigkeit ergebe sich zudem aus dem Umstand, dass die beantragte Konzession noch nicht erteilt worden, die Bf sohin keine Inhaberin einer öffentlichen Apotheke iSd § 48 Abs. 2 Apothekengesetz sei. Eine allfällige Zurücknahme der Hausapothekenbewilligung des § 29 Abs. 3 leg. cit. sei im derzeitigen Verfahrensstadium rechtlich irrelevant.

I.7. Gegen diesen Bescheid erhob die Bf mit Schreiben vom 04.02.2021 rechtzeitig Beschwerde und brachte darin im Wesentlichen vor, dass ihr ein rechtliches Interesse an der Nichterteilung der Hausapothekenbewilligung und damit ein Beschwerderecht zukommen würde, zumal für die Einspruchsberechtigung nur der rechtliche Bestand der öffentlichen Apotheke maßgeblich sei. Zudem verwies sie auf höchstgerichtliche Judikatur zur Rechtzeitigkeit der Einspruchserhebung nach Konzessionserteilung sowie zur Konvalidation eines vor Konzessionserteilung erhobenen Einspruchs. Abgesehen davon habe die belangte Behörde verkannt, dass bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung für die Konzession ein Arzt, Dr. F T, seinen Berufssitz in der Gemeinde gehabt habe und die sachliche Voraussetzung des § 10 Abs. 1 Z 1 Apothekengesetz vorgelegen habe. Im Übrigen wurden die Ausführungen im Einspruch vom 23.12.2020 wiedergegeben.

Die Bf beantragte die Abänderung des angefochtenen Bescheids dahingehend, dass der Antrag der mitbeteiligten Partei abgewiesen werde, in eventu die

Aufhebung des angefochtenen Bescheids und die Zurückverweisung der Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung.

I.8. Mit Schreiben vom 10.02.2021 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt zugehörigem Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

I.9. Mit Eingabe vom 23.02.2021 erstattete die mitbeteiligte Partei eine Beschwerdebeantwortung. Darin wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Bf mangels Verfahrensgemeinschaft und mangels rechtskräftig genehmigter öffentlicher Apotheke keine Parteistellung zukomme. Die Frage, ob die beantragte Konzession erteilt werde, sei in casu rechtlich irrelevant. Zudem sei die Situierung der Betriebsstätte der neu zu errichtenden Apotheke nicht konkretisiert. Im Übrigen wurde mit ausführlichen Darlegungen vorgebracht, dass der Antrag der Bf auf Konzessionserteilung unzulässig bzw. abzuweisen sei.

I.10. Das Verfahren betreffend die von der Bf beantragte Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke in x ist noch nicht abgeschlossen.

II. Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt. Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG entfallen, da diese keine weitere Klärung des Sachverhalts hätte bewirken können und der, für die Lösung der gegenständlichen Rechtsfrage relevante Sachverhalt bereits aufgrund der Aktenlage feststeht. Abgesehen davon wurde eine Verhandlung von keiner Partei beantragt.

II.2. Der festgestellte entscheidungswesentliche Sachverhalt ergab sich schlüssig und widerspruchsfrei aus den aufgenommenen Beweismitteln.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Rechtsgrundlagen:

III.1.1. In der Sache:

Nach § 48 Abs. 2 Apothekengesetz können (wie dies in der Verlautbarung einer Neuerrichtung ausdrücklich einzuräumen ist) die Inhaber öffentlicher Apotheken sowie gemäß § 29 Abs. 3 und 4 betroffene Ärzte, welche den Bedarf an der neuen öffentlichen Apotheke als nicht gegeben erachten, etwaige Einsprüche gegen die

Neuerrichtung innerhalb längstens sechs Wochen, vom Tage der Verlautbarung an gerechnet, bei der Bezirksverwaltungsbehörde, in deren Bezirk der Standort der neuen öffentlichen Apotheke in Aussicht genommen ist, geltend machen; später einlangende Einsprüche werden nicht in Betracht gezogen.

Gemäß § 51 Abs. 3 Apothekengesetz steht gegen eine Entscheidung der Bezirksverwaltungsbehörde, mit welcher die Konzession zum selbständigen Betriebe einer öffentlichen Apotheke verweigert wird, dem Antragsteller, gegen die Erteilung der Konzession aber denjenigen Inhabern öffentlicher Apotheken und gemäß § 29 Abs. 3 und 4 betroffenen Ärzten, welche gemäß § 48 Abs. 2 rechtzeitig einen Einspruch erhoben haben, die Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes zu.

Nach § 53 Apothekengesetz sind für das Verfahren bei Anträgen auf Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke im Sinne des § 29 die Bestimmungen der §§ 47 bis 51 *leg. cit.* sinngemäß anzuwenden.

### III.1.2. Verfahren vor dem Verwaltungsgericht:

Gemäß § 24 Abs. 4 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) kann das Verwaltungsgericht, sofern durch Bundes- oder Landesgesetz nichts anderes bestimmt ist, ungeachtet eines Parteiantrages von der Durchführung einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegenstehen.

Nach § 28 Abs. 1 iVm § 31 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Beschluss zu erledigen, wenn die Beschwerde zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

### III.2. Rechtliche Beurteilung:

III.2.1. Im gegenständlichen Fall wurde bereits mehrfach die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 24.10.2018, Ro 2017/10/0010, zitiert (soweit im Folgenden Randnummern in Klammern angegeben werden, beziehen sie sich auf dieses Erkenntnis). Darin hat der Verwaltungsgerichtshof die – auch in casu entscheidende – Rechtsfrage geklärt, ob bzw. ab wann einem Antragsteller zum Erwerb einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke im Verfahren über einen Antrag zur Erlangung der Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke in einer Ein-Arzt-Gemeinde Parteistellung zukommt (Rn 14).

III.2.2. Dabei wurde in einem ersten Schritt geprüft, ob zwischen der Bf und der mitbeteiligten Partei eine Verwaltungsverfahrensgemeinschaft besteht. Eine solche liegt nämlich nach ständiger Rechtsprechung bei Mitbewerbern um eine Apothekenkonzession, die die persönlichen und – für sich gesehen – die sachlichen Voraussetzungen erfüllen, deren Ansuchen jedoch einander im Hinblick auf die Bedarfslage ausschließen, vor (Rn 16; siehe auch die dort zitierte Judikatur). Dies lässt sich jedoch auf die gegenständliche Konstellation nicht übertragen. Da die Möglichkeit der Zurücknahme der Hausapothekenbewilligung nach § 29 Abs. 3 Apothekengesetz ein Nebeneinander einer Hausapothekenbewilligung und einer Apothekenkonzession geradezu voraussetzt, folgt daraus, dass hinsichtlich gleichzeitig laufender Verfahren zur Erteilung einer Hausapothekenbewilligung einerseits (mitbeteiligte Partei) und einer Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke andererseits (Bf) kein Konkurrenzverhältnis dahingehend besteht, dass die Erteilung einer Bewilligung die Nichterteilung der Bewilligung im anderen Verfahren zur Folge hätte. Daher ist das Vorliegen einer Verwaltungsverfahrensgemeinschaft im Verhältnis eines Konzessionsverfahrens zur Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke zu einem Verfahren zur Erteilung der Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapothek in einer Ein-Arzt-Gemeinde zu verneinen (Rn 18).

Im Lichte dieser Judikatur besteht zwischen der Bf und der mitbeteiligten Partei keine Verwaltungsverfahrensgemeinschaft, weshalb sich Ermittlungen bzw. Ausführungen zu den persönlichen und sachlichen Voraussetzungen zum Konzessionsansuchen der Bf zur Feststellung der „Mitbewerber“-Eigenschaft erübrigten. Zusammengefasst kann der Bf aus dem Grund der (nicht bestehenden) Verwaltungsverfahrensgemeinschaft keine Parteistellung zukommen.

III.2.3. In einem zweiten Schritt bleibt zu prüfen, ob eine Parteistellung nach § 51 Abs. 3 iVm § 48 Abs. 2 Apothekengesetz vorliegt. In (nach § 53 leg. cit gebotener) sinngemäßer Anwendung des § 51 Abs. 3 leg. cit. wird das Beschwerderecht gegen die Erteilung einer Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapothek in zweierlei Hinsicht beschränkt: Zum einen steht es nur einspruchsberechtigten Inhabern öffentlicher Apotheken zu, zum anderen müssen diese Inhaber auch gemäß § 48 Abs. 2 leg. cit. rechtzeitig einen Einspruch erhoben haben.

In ständiger Rechtsprechung vertritt der Verwaltungsgerichtshof dazu die Auffassung, dass für die Einspruchsberechtigung nach § 48 Apothekengesetz (anders formuliert: für die Wertung als Inhaberin einer öffentlichen Apotheke) der rechtliche Bestand der Apotheke maßgeblich ist, nicht (erst) die faktische Ausübung der verliehenen Apothekenkonzession (Rn 23; vgl. auch VwGH 19.03.2002, 2001/10/0114, mwN; VwGH 27.03.2019, Ro 2019/10/0003). Die Bf selbst hat diesen Rechtssatz begründend für ihr Vorbringen herangezogen, dabei jedoch verkannt, dass ein rechtlicher Bestand nicht schon mit dem Antrag auf Erteilung der Konzession vorliegt, sondern erst mit der rechtskräftig

erteilten Apothekenkonzession (Rn 24; siehe auch VwGH 27.03.2019, Ro 2019/10/0003). Im gegenständlichen Fall wurde das mit Eingabe vom 23.12.2020 anhängig gemachte Konzessionsverfahren noch nicht abgeschlossen und wird dieses erfahrungsgemäß auch noch mehrere Monate in Anspruch nehmen. Die Bf ist daher mangels rechtskräftig erteilter Apothekenkonzession, somit mangels rechtlichen Bestands der Apotheke keine Inhaberin einer öffentlichen Apotheke iSd § 48 Abs. 2 Apothekengesetz, weshalb ihr keine Einspruchsberechtigung zukommt.

Vor diesem Hintergrund erübrigt sich die Prüfung der nach § 51 Abs. 3 leg. cit. geforderten zweiten Voraussetzung, ob ein rechtzeitig erhobener Einspruch vorlag. Dazu soll nur angemerkt werden, dass der Einspruch der Bf unstrittig binnen der sechswöchigen Frist des § 48 Abs. 2 Apothekengesetz erhoben wurde. Ob ein solcher Einspruch mit der allfälligen Konzessionserteilung konvalidiert, konnte jedoch zum Zeitpunkt dieser Entscheidung mangels Relevanz außer Betracht bleiben; ebenso die von der Bf zitierten Ausführungen zur Rechtzeitigkeit der Einspruchserhebung nach Ablauf der sechswöchigen Frist des § 48 Abs. 2 leg. cit. nach Konzessionserteilung (Rn 21, 24).

Zusammengefasst kommt der Bf (auch) nach §§ 51 Abs. 3 iVm 48 Abs. 2 Apothekengesetz keine Parteistellung zu.

III.2.4. Abschließend bleibt festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht der äußerste Rahmen für die Prüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts die Sache des angefochtenen Bescheides ist (vgl. VwGH 01.07.2020, Ro 2017/06/0030, mwN). Dies ist im vorliegenden Fall die Erteilung der Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke (mit den vorab zu prüfenden Prozessvoraussetzungen).

Im Lichte der zitierten Judikatur ist daher auf die Ausführungen zur Zurücknahme der (im laufenden Konzessionsverfahren erteilten) Hausapothekenbewilligung sowie zum, bei der belangten Behörde anhängigen Konzessionsverfahren der Bf nicht inhaltlich einzugehen.

Wiewohl die Beschwerde der Bf mangels Parteistellung zurückzuweisen ist, sei an dieser Stelle jedoch angemerkt, dass die belangte Behörde zutreffend – und insoweit ohnehin unstrittig – vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 Apothekengesetz ausgegangen ist. Angesichts der bisher fehlenden Arzneimittelversorgung in der Marktgemeinde X dient dieses Ergebnis der mit dem Apothekengesetz bezweckten Schaffung bzw. Gewährleistung einer medizinischen Versorgungssicherheit der Bevölkerung. Sollte der Bf in weiterer Folge die Apothekenkonzession erteilt werden, werden (erst zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke) die Voraussetzungen für die Zurücknahme der Hausapothekenbewilligung nach § 29 Abs. 3 leg. cit. zu prüfen

sein. Die Zurücknahme darf nämlich – im Sinne der ununterbrochenen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln – erst mit der Neuerrichtung, worunter nach der höchstgerichtlichen Judikatur die Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke zu verstehen ist, erfolgen (vgl. VwGH 27.03.2019, Ro 2019/10/0003). Dabei stellt die Inbetriebnahme insbesondere auch für die Beurteilung der 4-Kilometer-Entfernung den maßgeblichen Zeitpunkt dar (vgl. VwGH 05.04.2004, 2004/10/0006-0007).

Im Ergebnis war spruchgemäß zu entscheiden.

#### IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein 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 die Partei 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/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, die für eine Vermögensmasse auftreten, 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kitzberger