

# TE Lvwg Erkenntnis 2019/5/3 LVwG-AV-1112/004-2017

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.05.2019

## Entscheidungsdatum

03.05.2019

## Norm

ApG 1907 §10 Abs2 Z1

ApG 1907 §10 Abs3

ApG 1907 §29 Abs3 Z2

ApG 1907 §62a Abs1

ASVG §342 Abs1

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch Mag. Wimmer als Einzelrichter über die Beschwerde der Mag. pharm. A KG, \*\*\*, \*\*\*, vertreten durch die B Rechtsanwälte GmbH, \*\*\*, \*\*\*, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten vom 20. Juli 2017, Zl. \*\*\*, mit welchem ein Antrag auf Zurücknahme der Herrn C erteilten Hausapothekenbewilligung als unbegründet abgewiesen wurde, zu Recht:

1. Der Beschwerde wird Folge gegeben und die C, \*\*\*, \*\*\*, mit Bescheid vom 6.10.1993, Zl. \*\*\*, erteilte ärztliche Hausapothekenbewilligung zurückgenommen
2. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§ 28 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) und

§ 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG)

Entscheidungsgründe:

1. Zum verwaltungsbehördlichen Verfahren:

Mit Schreiben vom 23. Februar 2017 beantragte die A KG, vertreten durch die B Rechtsanwälte GmbH, die Zurücknahme der Herrn C erteilten Hausapothekenbewilligung in \*\*\*, \*\*\*.

Dieser Antrag wurde mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten vom 20. Juli 2017, Zl. \*\*\*, als unbegründet abgewiesen. Der Begründung dieses Bescheides ist insbesondere Nachstehendes zu entnehmen.

„[...]“

Diesem Antrag liegt folgendes Vorverfahren zugrunde:

Am 22.10.2012 wurde von D der Antrag auf Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke im Standort des Gemeindegebietes von \*\*\* und der Betriebsstätte in \*\*\*, \*\*\* eingebracht.

In dieser Angelegenheit hat die Bezirkshauptmannschaft St. Pölten mit Bescheid vom 28.1.2015 abgesprochen und den Antrag mangels Bedarfes abgewiesen.

Dagegen richtete sich die rechtzeitig erhobene Beschwerde der Konzessionswerberin an das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich.

Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 23.7.2015 hat das Landesverwaltungsgericht mit Erkenntnis vom 1.9.2015., Zl. LVwG-AV-230/002-2015, der Beschwerde gemäß § 28 VwGVG stattgegeben, den angefochtenen Bescheid aufgehoben und Frau D die Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in \*\*\* mit dem Standort „Das Gemeindegebiet von \*\*\* im Norden begrenzt durch die Autobahn \*\*\*, im Westen und Süden durch die Gemeindegrenze und im Osten begrenzt durch die \*\*\* bzw. deren gedachten Verlängerung bis zur Gemeindegrenze und in nordwestlicher Richtung folgend bis zur Kreuzung \*\*\*/Landesstraße \*\*\* - von dort die gedachte Verlängerung der \*\*\* (inklusive der Hausnummern \*\*\* und \*\*\*) nach Norden bis zur Autobahn \*\*\*; sämtliche Straßenzüge beidseitig.“, und der voraussichtlichen Betriebsstätte in \*\*\*, \*\*\*, erteilt.

Dagegen richtete sich die rechtzeitig eingebrachte außerordentliche Revision des Herrn C, Inhaber einer ärztlichen Hausapotheke in \*\*\*, an den Verwaltungsgerichtshof. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 28.10.2015, Zl. \*\*\*, die Revision zurückgewiesen, da in der Revision keine vom Revisionswerber geltend zu machenden Rechtsfragen aufgeworfen werden.

Die Behandlung der Beschwerde des Herrn C gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes NÖ vom 1.9.2015 an den Verfassungsgerichtshof hat dieser mit Beschluss vom 19.11.2015 abgelehnt.

Im Zuge des Ermittlungsverfahrens wurde folgender Sachverhalt festgestellt:

C, geb. \*\*\*, ist Arzt für Allgemeinmedizin und hat seinen Berufssitz in \*\*\*. Für diesen Berufssitz in \*\*\*, \*\*\*, steht Herr C in einem Vertragsverhältnis mit Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau, Krankenfürsorgeanstalt für Bedienstete der Gemeinde Wien, Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, §2-Gebietskrankenkasse und der Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (Kassenverträge), sodass er eine Vertragsstelle nach § 342 Abs. 1 ASVG als Arzt für Allgemeinmedizin besetzt. Dies ist aus dem Ärzteverzeichnis der Ärztekammer von Niederösterreich, abrufbar unter \*\*\*, ersichtlich.

Herr C besitzt eine aufrechte Bewilligung für die Haltung einer Hausapotheke in seinem Berufssitz in \*\*\*. Diese Hausapothekenbewilligung wurde am 6.10.1993 durch das Amt der NÖ Landesregierung unter der Zahl \*\*\* rechtskräftig erteilt.

Herr E war bis zum Jahr 2016 in \*\*\* Arzt für Allgemeinmedizin und war auch Inhaber einer Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke in seiner Ordination in \*\*\*, welche mit Bescheid vom 06.10.1993 durch das Amt der NÖ Landesregierung unter der Zahl \*\*\* erteilt wurde. Seit Juli 2016 ist Herr E in Pension. Dies ist aus der Gemeindezeitung der Marktgemeinde \*\*\* vom Dezember 2016 ersichtlich.

Laut einem Patientenbrief von C vom Dezember 2016 findet sich kein Nachfolger für diese Kassenplanstelle, auch ergibt sich dies aus dem Ärzteverzeichnis der Ärztekammer von Niederösterreich, abrufbar unter \*\*\*. Die Abfrage hat zum Zeitpunkt der Erlassung dieses Bescheides ergeben, dass in diesem Ärzteverzeichnis bloß ein Arzt für Allgemeinmedizin mit Kassenvertrag in \*\*\* eingetragen ist (C).

Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 1.9.2015., Zl. LVwG-AV-230/002-2015, wurde der A KG die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in \*\*\* erteilt. Am 17.10.2016 wurde die öffentliche Apotheke in \*\*\* eröffnet, was sich aus dem Antrag der Antragstellerin vom 24.2.2017 ergibt.

Die noch in Betrieb stehende ärztliche Hausapotheke des Herrn C befindet sich in einer Entfernung von ca. 850 m zu der neuen öffentlichen Apotheke.

Mit Schreiben vom 11.5.2017 wurde die Verständigung vom Ergebnis der Beweisaufnahme an die Antragstellerin sowie an Herrn C als betroffenen Hausapothekeninhaber übermittelt. Darin wurde unter Darlegung der Rechtslage und der angenommenen Gründe mitgeteilt, dass die Bezirkshauptmannschaft St. Pölten beabsichtigt, den Antrag der A KG auf

Zurücknahme der Hausapothekenbewilligung des Herrn C als unbegründet abzuweisen und auch derzeit von Amts wegen keinen Zurücknahmebescheid im Hinblick auf die Hausapotheke der Herrn C zu erlassen.

Hierzu hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 11.5.2017, eingelangt bei der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten am 12.5.2017, folgende Stellungnahme abgegeben:

„In umseits bezeichneter Angelegenheit erstattet die Antragstellerin zur Mitteilung der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten vom 11.5.2017 nachstehende STELLUNGNAHME:

1. Auf den gegenständlichen Sachverhalt ist die aktuelle geltende Rechtslage und keinesfalls eine – nicht mehr In Kraft stehende – Rechtslage aus dem Jahr 1984 (!) anwendbar.

2. Die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke ist bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke zurückzunehmen, wenn (1) die Wegstrecke zwischen dem Berufssitz des Arztes und der Betriebsstätte der neu errichteten öffentlichen Apotheke vier Straßenkilometer nicht überschreitet, und (2) sich die ärztliche Hausapotheke weder in einer Gemeinde gemäß § 10 Abs 2 Z 1 noch in einer Gemeinde gemäß § 10 Abs 3 befindet (§ 29 Abs 3 ApG).

Eine Gemeinde iSd § 10 Abs 2 Z 1 ApG ist eine Gemeinde in der sich zum Zeitpunkt der Antragstellung eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind.

Wurde nach dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I Nr 41/2006, jedoch vor dem 1. Jänner 2016 eine Konzession einer öffentlichen Apotheke für eine Betriebsstätte erteilt, in deren Gemeinde zum Zeitpunkt der Antragstellung gemäß § 9 zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs 1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, vorhanden waren, so ist — sofern die Bewilligung zur Haltung der ärztlichen Hausapotheke am 29. März 2006 bereits rechtskräftig erteilt war - abweichend von § 29 Abs 3 und 4 die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Inhaber der Bewilligung zur Haltung der ärztlichen Hausapotheke das 65. Lebensjahr vollendet hat, spätestens jedoch mit Ablauf des 31. Dezember 2018 zurückzunehmen (§ 62a Abs 1 ApG).

Sowohl § 29 Abs 3 iVm § 10 Abs 2 Z 1 ApG als auch die hier - nach aktuell geltendem Recht - allein maßgebliche Übergangsbestimmung des § 62a Abs 1. ApG nehmen ausschließlich Bezug auf den Zeitpunkt der Antragstellung.

3. Zum Zeitpunkt der Antragstellung im Jahr 2012 waren in \*\*\* zwei Allgemeinmediziner (volle Planstellen) mit Hausapotheke niedergelassen. Die Voraussetzungen des § 29 Abs 3 iVm § 10 Abs 2 Z 1 ApG und insbesondere der hier — nach aktuell geltendem Recht - allein maßgeblichen Übergangsbestimmung des § 62a Abs 1 ApG sind somit unzweifelhaft erfüllt.

4. Die in der Mitteilung der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten vom 11.5.2017 dargelegte Rechtsansicht, die sich einerseits auf eine nicht mehr in Geltung befindliche Norm stützt und andererseits entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes nicht auf den Zeitpunkt der Antragstellung abstellt, ist vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen — nicht nur iSd § 1 Amtshaftungsgesetz - absolut unvertretbar und qualifiziert rechtswidrig.

Bereits jetzt behält sich die Antragstellerin die Geltendmachung von Schadenersatz für Nachteile, die Ihr aus einem allfälligen Festhalten der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten an ihrer (unvertretbaren) Rechtsansicht gemäß Mitteilung vom 11.5.2017 entstehen, ausdrücklich vor.

Es wird beantragt, über den Schließungsantrag vom 23.2.2017 gemäß § 73 Abs 1 AVG nunmehr ohne unnötigen Aufschub zu entscheiden. Alle Anträge und alles Vorbringen bleiben unverändert aufrecht.“

Von C ist keine Stellungnahme zum Parteiengehör vom 11.5.2017 bei der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten eingegangen.

Die Österreichische Apothekerkammer und die Ärztekammer für NÖ wurden mit Schreiben der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten vom 26.6.2017 über das Verfahren zur Zurücknahme der Hausapotheke von C in \*\*\* informiert. Eine Stellungnahme hierzu ist nicht eingelangt.

Rechtsgrundlagen:

§ 29 Abs. 3 und 4 ApG lauten:

(3) Die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke ist nach Maßgabe des Abs. 4 bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke zurückzunehmen, wenn

1. die Wegstrecke zwischen dem Berufssitz des Arztes und der Betriebsstätte der neu errichteten öffentlichen Apotheke vier Straßenkilometer nicht überschreitet, und
2. sich die ärztliche Hausapotheke weder in einer Gemeinde gemäß § 10 Abs. 2 Z 1 noch in einer Gemeinde gemäß § 10 Abs. 3 befindet.

(4) 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.

§ 10 Abs. 2 Z. 1 lautet:

Ein Bedarf besteht nicht, wenn sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, oder [...]

§ 10 Abs. 3 lautet:

(3) Ein Bedarf gemäß Abs. 2 Z 1 besteht auch dann nicht, wenn sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der

öffentlichen Apotheke

1. eine ärztliche Hausapotheke und
2. eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die versorgungswirksam höchstens eineinhalb besetzten Vertragsstellen nach Abs. 2 Z 1 entspricht und in der Gemeinde keine weitere Vertragsstelle nach § 342 Abs. 1 ASVG von einem Arzt für Allgemeinmedizin besetzt ist.

§ 62a Abs. 1 ApG lautet:

Wurde nach dem Inkraft-Treten dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 41/2006, jedoch vor dem 1. Jänner 2016 eine Konzession einer öffentlichen Apotheke für eine Betriebsstätte erteilt, in deren Gemeinde zum Zeitpunkt der Antragstellung gemäß § 9 zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, vorhanden waren, so ist – sofern die Bewilligung zur Haltung der ärztlichen Hausapotheke am 29. März 2006 bereits rechtskräftig erteilt war – abweichend von § 29 Abs. 3 und 4 die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Inhaber der Bewilligung zur Haltung der ärztlichen Hausapotheke das 65. Lebensjahr vollendet hat, spätestens jedoch mit Ablauf des 31. Dezember 2018 zurückzunehmen.

Artikel III (Übergangsbestimmungen) Abs. 2 des ApG lautet:

(Anm.: aus BGBl. Nr. 502/1984, zu den §§ 12 und 47, RGBl. Nr. 5/1907)

(2) Die beim Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes rechtskräftig erteilten Bewilligungen zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke bleiben weiterhin aufrecht. Eine solche Bewilligung erlischt, wenn die Entfernung zwischen dem Berufssitz dieses Arztes und der Betriebsstätte der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke vier Straßenkilometer nicht überschreitet, mit dem Zeitpunkt, in dem der Arzt die Bewilligung zurücklegt oder seine ärztliche Berufsausübung aufgibt.

Rechtliche Erwägungen:

Gemäß den Bestimmungen des ApG ist die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke zurückzunehmen, wenn

1. die öffentliche Apotheke eine rechtswirksame Konzessionserteilung erwirkt hat,

2. die Entfernung der ärztlichen Hausapotheke zu öffentlicher Apotheke vier Straßenkilometer nicht überschreitet,
3. die öffentliche Apotheke tatsächlich ihren Betrieb aufgenommen hat und
4. mind. zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind.

Zu 1.: Zeitpunkt der Rechtskraft des Konzessionsbescheides der öffentlichen Apotheke:

Zur Klärung des Zeitpunktes, an dem die Konzession zur Haltung der ärztlichen Hausapotheke von C zurückgenommen werden müsste, ist die Rechtskraft der Konzession der öffentlichen Apotheke von Frau D relevant. Die rechtskräftige Konzession der öffentlichen Apotheke hat Tatbestandswirkung für die Rücknahme der Hausapothekenbewilligung (vgl. VwGH 22.11.1984, 84/08/0217; 24.09.1990, 90/10/0087; 24.1.1994, 93/10/0173).

Das der Beschwerde stattgebende und den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten aufhebende Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich ist mit 1.9.2015 datiert. Die außerordentliche Revision des Herrn C gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes NÖ vom 1.9.2015 hat der VwGH mit Beschluss vom 28.10.2015 zurückgewiesen, der Verfassungsgerichtshof hat die Behandlung der Beschwerde des Herrn C gegen dieses Erkenntnis mit Beschluss vom 19.11.2015 abgelehnt.

Somit ist der Instanzenzug jedenfalls ausgeschöpft und die Konzessionserteilung unwiderrufbar, unabänderlich und unwiederholbar, sodass eine rechtskräftige Erteilung der Apothekenkonzession vorliegt.

Die Rechtskraft der Konzession zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke der A KG ist daher jedenfalls vor dem 1.1.2016 eingetreten, sodass die Übergangsbestimmung des § 62a Abs. 1 ApG grundsätzlich zum Tragen kommt. Bei Vorliegen aller weiteren erforderlichen Voraussetzungen hätte die Zurücknahme der Konzession somit mit Ablauf des 31. Dezember 2018 zu erfolgen.

Zu 2.: Entfernung der ärztlichen Hausapotheke zu öffentlicher Apotheke

Die ärztliche Hausapotheke des Herrn C befindet sich in einer Entfernung von ca. 850 m zu der öffentlichen Apotheke. Somit ist die Voraussetzung, dass die Entfernung der ärztlichen Hausapotheke zu der neuen öffentlichen Apotheke vier Straßenkilometer nicht überschreitet, gegeben.

Zu 3.: tatsächliche Aufnahme des Betriebs der öffentlichen Apotheke:

Die öffentliche Apotheke wurde am 17.10.2016 eröffnet, sodass zu diesem Zeitpunkt die tatsächliche Betriebsaufnahme erfolgte.

Zu 4.: Anzahl der Vertragsstellen von Ärzten für Allgemeinmedizin in der Gemeinde

\*\*\*:

E war bis 2016 in \*\*\* Arzt für Allgemeinmedizin und ist nun in Pension. Diese Kassenplanstelle ist aktuell noch unbesetzt, es konnte noch kein Nachfolger für E gefunden werden.

Gemäß Art III (Übergangsbestimmung) Abs. 2 ApG bleiben die beim Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes rechtskräftig erteilten Bewilligungen zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke weiterhin aufrecht. Eine solche Bewilligung erlischt, wenn die Entfernung zwischen dem Berufssitz dieses Arztes und der Betriebsstätte der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke vier Straßenkilometer nicht überschreitet, mit dem Zeitpunkt, in dem der Arzt die Bewilligung zurücklegt oder seine ärztliche Berufsausübung aufgibt.

Die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke von E wurde im Jahr 1980 erteilt, sodass die Übergangsbestimmung des Art III des ApG zur Anwendung kommt. Mit dem Zeitpunkt, an dem E in Pension gegangen ist hat er iS dieses Artikels seine ärztliche Berufsausübung aufgegeben, wodurch seine Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke erloschen ist, da die nächstgelegenen öffentlichen Apotheke weniger als vier Straßenkilometer von seiner Betriebsstätte entfernt war.

Mit Aufgabe der ärztlichen Berufsausübung des E im Juli 2016 handelt es sich beim Vertragsarzt C nunmehr um den einzigen Vertragsarzt für

Allgemeinmedizin in der Marktgemeinde \*\*\*. Auch in der Ärzteliste der Ärztekammer für Niederösterreich (cms.arztnoe.at) findet sich bloß ein Eintrag eines Allgemeinmediziners für die Gemeinde \*\*\*, jener des Herrn C.

Im Ergebnis handelt es sich bei der Marktgemeinde \*\*\* aktuell um eine Gemeinde, in der bloß eine Vertragsstelle nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt ist.

Somit handelte es sich bei der Gemeinde zum Zeitpunkt der Antragstellung auf

Zurücknahme der Hausapothekenbewilligung um eine Ein-Arzt-Gemeinde, iSd § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG („weniger als zwei Vertragsstellen von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind“), in der gemäß § 29 Abs. 3 Z. 2 ApG die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke nicht zurückzunehmen ist.

Zum maßgeblichen Zeitpunkt im Verfahren zur Zurücknahme der ärztlichen Hausapothekenbewilligung:

Zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke durch Frau D im Jahr 2012 waren in der Marktgemeinde \*\*\* noch zwei Vertragsstellen von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt, sodass die Voraussetzungen zur Konzessionserteilung zu diesem Zeitpunkt erfüllt waren.

Zum Zeitpunkt der Antragsstellung auf Zurücknahme der Bewilligung zur Haltung der ärztlichen Hausapotheke handelte es sich hingegen bei der Marktgemeinde \*\*\* um eine Ein-Arzt-Gemeinde, iSd § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG (siehe Erörterung oben).

Im vorliegenden Verfahren ist somit von Bedeutung, zu welchem Zeitpunkt die Tatbestandsvoraussetzungen zur Zurücknahme der ärztlichen Hausapotheke vorzuliegen haben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zum Zeitpunkt, in welchem die Unterschreitung der 4-km-Entfernung als Tatbestandselement der Hausapothekenzurücknahme verwirklicht sein muss, bereits mehrfach ausgesprochen, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die Tatbestandsvoraussetzungen für die Rücknahme einer Hausapothekenbewilligung erfüllt sind, der Zeitpunkt der Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke ist (vgl. VwGH 5.4.2004, 2004/10/0006; 22.12.2003, 2003/10/0263; 10.7.1992, 90/10/0031). Nichts anderes kann daher auch für die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen gelten.

Der maßgebliche Zeitpunkt ist somit der Zeitpunkt der Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke, die im vorliegenden Fall am 17.10.2016 stattgefunden hat.

Herr E ist im bereits Juli 2016, somit vor Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke in \*\*\*, in Pension gegangen.

Somit handelt es sich bei der Gemeinde zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke um eine Ein-Arzt-Gemeinde, iSd § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG („weniger als zwei Vertragsstellen von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind“), in der gemäß § 29 Abs. 3 Z. 2 ApG die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke grundsätzlich nicht zurückzunehmen ist.

Verhältnis zwischen § 62a Abs. 1 ApG und § 29 Abs. 3 ApG:

Wesentlich für die Beantwortung der Frage, ob die Bewilligung zur Haltung der ärztlichen Hausapotheke des Herrn C zurückzunehmen ist, ist das Verhältnis der Bestimmungen des § 62a Abs. 1 ApG und des § 29 Abs. 3 und 4 ApG zueinander. Hierbei bestehen zwei Möglichkeiten:

i. Bei § 62a Abs. 1 ApG handelt es sich um die *lex specialis*, die bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen für sich alleine steht und unabhängig vom Norminhalt des § 29 Abs. 3 und 4 ApG anwendbar ist.

ii. § 62a Abs. 1 ApG regelt in Ergänzung zu § 29 Abs. 3 und 4 ApG lediglich den Zeitpunkt der Zurücknahme der Hausapothekenbewilligung abweichend zu § 29 Abs. 3 und 4 ApG.

Welchen Norminhalt der Bestimmung des § 62a Abs. 1 ApG zukommt, lässt sich nur durch Interpretation bestimmen.

In der Begründung des Abänderungsantrags, mit dem § 62a ApG eingefügt wurde, heißt es zu § 62a Abs. 1 ApG auszugsweise (StenProtNR 22. GP, 139. Sitzung, 247):

„§62a enthält die notwendigen Übergangsregelungen. Abs1 sieht im Hinblick auf die Sicherstellung der ärztlichen Versorgung und zur Verwirklichung der in §342 Abs1 Z1 ASVG vorgesehenen Wahlmöglichkeit zwischen zwei in angemessener Zeit erreichbaren Vertragsärzten für bestehende Hausapothekenbewilligungen eine Verlängerung des in §29 Abs4 vorgesehenen Zeitraums vor, ohne gleichzeitig eine Zutrittsschranke für öffentliche Apotheken zu errichten. Dadurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass bei der Ausgestaltung des ärztlichen Versorgungsnetzes im ländlichen Raum bisher auch die Führung einer ärztlichen Hausapotheke in die Planung miteinbezogen wurde. Es ist daher für einen geordneten Übergang auf das nunmehrige System notwendig, diesen Hausapotheken eine längere Umstellungsfrist zu gewähren. In Gemeinden, in denen sich schon jetzt mehr als zwei Kassenvertragsärzte befinden, ist davon auszugehen, dass die notwendige Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsdienstleistungen auch gewahrt bleibt, wenn die bestehenden ärztlichen Hausapotheken innerhalb einer 3-Jahresfrist zurückgenommen werden müssen. Bei nach dem In-Kraft-Treten dieser Novelle besetzten Kassenplanstellen oder bewilligten Hausapotheken kann hingegen bereits das neue System entsprechend berücksichtigt werden. Durch diese Regelung soll ausschließlich für einen begrenzten Zeitraum eine Übergangslösung geschaffen werden, nach wie vor wird aber am Grundsatz festgehalten, dass es keine dauerhafte Parallelstruktur zwischen öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken geben soll.“

Würde man von der ersten Auslegungsvariante ausgehen, sodass § 62a Abs. 1 ApG für sich alleine anwendbar wäre, würde dies zu Ergebnissen führen, die so vom Gesetzgeber nicht intendiert gewesen sein können: da § 62a Abs. 1 alleine auf die Gemeinde abstellt, in der sich die neue öffentliche Apotheke befindet, würde eine isolierte Betrachtung der Übergangsbestimmung beispielsweise dazu führen, dass auch Hausapotheken geschlossen werden müssten, die zwar mehr als 4km entfernt sind, sich aber in der selben Gemeinde wie die öffentliche Apotheke befinden. Eine solch isolierte Betrachtung des § 62a Abs. 1 ApG kann aufgrund der zu erwartenden Auswirkungen dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden.

Auch aus der Begründung des Abänderungsantrags, mit dem § 62a ApG eingefügt wurde, kann dem Wortlaut entnommen werden, dass § 62a Abs. 1 ApG lediglich den Zeitpunkt der Zurücknahme der Hausapothekenbewilligung abweichend zu § 29 Abs. 3 und 4 ApG regeln soll (arg „Verlängerung des in §29 Abs4 vorgesehenen Zeitraums“).

Zwar ist diesen Materialien ebenso zu entnehmen, dass den Regelungen auf Zurücknahme von Hausapothekenbewilligungen der Grundsatz zugrunde liegt, dass es keine dauerhafte Parallelstruktur zwischen öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken geben soll, doch ist diese Intention allein nicht Grund zur Annahme, dass die Regelung des § 62a Abs. 1 ApG für sich alleine stehen soll und unabhängig von den Voraussetzungen des § 29 Abs. 3 und 4 ApG anzuwenden sei.

Die Bezirkshauptmannschaft St. Pölten kommt daher zu dem Ergebnis, dass die Übergangsbestimmung § 62a Abs. 1 ApG nicht bloß für sich alleine besteht, sondern im Zusammenhang mit der „Grundregel“ des § 29 Abs. 3 iVm § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG steht. Die Übergangsbestimmung regelt lediglich den Zeitpunkt der Zurücknahme der Hausapotheke abweichend von der Grundregel, inhaltliche Änderungen der sonstigen Voraussetzungen sind in dieser Übergangsbestimmung nicht enthalten.

Dies führt zum Ergebnis, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 62a Abs. 1 ApG grundsätzlich erfüllt sind (insbesondere die rechtskräftige Konzessionserteilung der öffentlichen Apotheke vor dem 1.1.2016), sodass der Zeitpunkt der Zurücknahme der Hausapotheke grundsätzlich nach der Übergangsbestimmung des § 62a Abs. 1 ApG zu beurteilen wäre. Bei Vorliegen aller weiteren Voraussetzungen zur Zurücknahme der Hausapotheke wäre der Zeitpunkt der Zurücknahme somit mit 31.12.2018 festzulegen (siehe bereits die Ausführungen zu 1.).

Im vorliegenden Fall ist jedoch die nach § 29 Abs. 3 Z 2 ApG notwendige Tatbestandsvoraussetzung zur Zurücknahme der Hausapothekenbewilligung, dass sich die ärztliche Hausapotheke nicht in einer Gemeinde gemäß § 10 Abs. 2 Z 1 befindet (Gemeinde, in der sich eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind), nicht erfüllt, da es sich – wie bereits ausgeführt wurde – bei Herrn C um den einzigen Arzt für Allgemeinmedizin mit Kassenplanstelle handelt, der in der Gemeinde \*\*\* seinen Berufssitz hat.

Zwar führt die Auslegung, dass § 62a Abs. 1 ApG in Ergänzung zu § 29 Abs. 3 und 4 ApG lediglich den Zeitpunkt der

Zurücknahme der Hausapothekenbewilligung regelt, im vorliegenden, konkreten Einzelfall zu dem Ergebnis, dass mangels Erfüllung aller Tatbestandsvoraussetzungen des § 29 Abs. 3 die Hausapothekenbewilligung nicht zurückzunehmen wäre und dadurch eine öffentliche Apotheke und eine Hausapotheke nebeneinander bestehen; dies ist allerdings der Tatsache geschuldet, dass zur Beurteilung der selben Tatbestandsvoraussetzung (Nicht-Vorliegen einer Ein-Arzt-Gemeinde) im Verfahren auf Erteilung der Apothekenkonzession und im Verfahren zur Zurücknahme der Hausapothekenbewilligung unterschiedliche Zeitpunkte relevant sind, und zwar der Zeitpunkt der Antragstellung auf Erteilung der Apothekenkonzession sowie der Zeitpunkt der Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke. Ausschließlich in diesem konkreten Einzelfall, in dem zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Erteilung der Apothekenkonzession nicht weniger als zwei Vertragsstellen von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind und zum späteren Zeitpunkt der Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke allerdings dann doch weniger als zwei Vertragsstellen von Ärzten für Allgemeinmedizin in der betreffenden Gemeinde besetzt sind, kommt es zu der nun vorliegenden Situation, dass eine Apothekenkonzession erteilt werden kann, die Hausapothekenbewilligung jedoch nicht zurückzunehmen ist.

Mangels Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen der der Übergangsbestimmung § 62a Abs. 1 ApG zugrunde liegenden Bestimmung des § 29 Abs. 3 Z 2 iVm § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG (weniger als zwei Vertragsstellen besetzt) ist somit die Hausapothekenbewilligung von C nicht zurückzunehmen.

[...]"

2. Zum Beschwerdevorbringen:

Dagegen wurde von der A KG, \*\*\*, \*\*\*, vertreten durch die B GmbH, („Beschwerdeführerin“) fristgerecht Beschwerde erhoben.

Dieser Beschwerde ist insbesondere Nachstehendes zu entnehmen:

„I. Erklärung über den Umfang der Anfechtung

Der Bescheid der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten vom 20.7.2017, GZ: \*\*\*, wird seinem gesamten Umfang nach bekämpft.

II. Beschwerdepunkte

Als Beschwerdepunkt wird Rechtswidrigkeit wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und unrichtiger Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht.

III. Begründung

1. Sachverhalt

1.1. Mit Erkenntnis vom 1.9.2015 (zugestellt am 2.9.2015), GZ: LVwG-AV-230/002-2015,

hat das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich der Beschwerdeführerin für \*\*\* die Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke erteilt. Die Apotheke wurde am 17.10.2016 eröffnet.

C, geboren am \*\*\*, besitzt für \*\*\* eine Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke. Diese Hausapothekenbewilligung wurde ihm am 6.10.1993 durch das Amt der niederösterreichischen Landesregierung, Zahl GZ \*\*\*, erteilt.

Die Entfernung von der Betriebsstätte der Beschwerdeführerin zum Sitz der Praxis/Hausapotheke von C beträgt ca 850 m.

1.2. Mit Eingabe vom 23.2.2017 hat die Beschwerdeführerin vor dem Hintergrund des obigen Sachverhalts beantragt, die Zurücknahme der Hausapothekenbewilligung von C auf den 31.12.2018 hin auszusprechen.

Die belangte Behörde hat diesen Antrag im hier bekämpften Bescheid vom 20.7.2017 mit der Begründung abgewiesen, \*\*\* sei im Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Apotheke der Beschwerdeführerin (17.10.2016) eine Ein-Arzt-Gemeinde gewesen und ein Schließung daher nicht zulässig.

Wie die nachstehenden Ausführungen zeigen, ist diese rechtliche Beurteilung unrichtig und nicht vertretbar.

2. Gründe

2.1. Die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke ist bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke

zurückzunehmen, wenn (1) die Wegstrecke zwischen dem Berufssitz des Arztes und der Betriebsstätte der neu errichteten öffentlichen Apotheke vier Straßenkilometer nicht überschreitet, und (2) sich die ärztliche Hausapotheke weder in einer Gemeinde gemäß § 10 Abs 2 Z 1. noch in einer Gemeinde gemäß § 10 Abs 3 befindet (§ 29 Abs 3 ApG).

Eine Gemeinde iSd § 10 Abs 2 Z 1 ApG ist eine Gemeinde in der sich zum Zeitpunkt der Antragstellung eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind.

Wurde nach dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I Nr 41/2006, jedoch vor dem 1. Jänner 2016 eine Konzession einer öffentlichen Apotheke für eine Betriebsstätte erteilt, in deren Gemeinde zum Zeitpunkt der Antragstellung gemäß § 9 zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs 1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, vorhanden waren, so ist - sofern die Bewilligung zur Haltung der ärztlichen Hausapotheke am 29. März 2006 bereits rechtskräftig erteilt war — abweichend von § 29 Abs 3 und 4 die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Inhaber der Bewilligung zur Haltung der ärztlichen Hausapotheke das 65. Lebensjahr vollendet hat, spätestens jedoch mit Ablauf des 31. Dezember 2018 zurückzunehmen (§ 62a Abs 1 ApG).

Sowohl § 29 Abs 3 iVm § 10 Abs 2 Z 1 ApG als auch die hier — nach aktuell geltendem Recht — allein maßgebliche Übergangsbestimmung des § 62a Abs 1 ApG nehmen ausschließlich Bezug auf den Zeitpunkt der Antragstellung.

Zum Zeitpunkt der Antragstellung im Jahr 2012 waren in \*\*\* zwei Allgemeinmediziner (volle Planstellen) mit Hausapotheke niedergelassen. Die Voraussetzungen des § 29 Abs 3 iVm § 10 Abs 2 Z 1 ApG und insbesondere der hier — nach aktuell geltendem Recht — allein maßgeblichen Übergangsbestimmung des § 62a Abs 1 ApG sind somit erfüllt.

2.2. Die belangte Behörde geht von Anfang an (Seite 8) - und grundlegend falsch - davon aus, dass für die Beurteilung des Tatbestandsmerkmals des § 29 Abs 2 Z 2 ApG der Zeitpunkt der Inbetriebnahme der neuen öffentlichen Apotheke maßgeblich sein soll; die dafür ins Treffen geführte Judikatur ist nicht einschlägig und betrifft ausschließlich das Tatbestandsmerkmal des § 29 Abs 2 Z 1 ApG, das eine völlig andere Aus- und Zielrichtung hat.

Dass § 29 Abs 2 Z 1 ApG nach ständiger Rechtsprechung auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme abstellt, ist konsequent und richtig, weil ansonsten Hausapotheken schließen müssten, obwohl sie weiter als vier Straßenkilometer von der neuen öffentlichen Apotheke entfernt sind, was ein, nicht den Intentionen des ApG entsprechendes Defizit in der Heilmittelversorgung der Bevölkerung zur Folge hätte.

2.3. Daraus, dass § 29 Abs 2 Z 2 ApG ausdrücklich auf § 10 Abs 2 Z 1 bzw § 10 Abs 3 ApG verweist — wo jeweils wiederum ausdrücklich auf den Zeitpunkt der Konzessions-Antragstellung (gemäß § 9 ApG) Bezug genommen wird - muss und kann nur der Schluss gezogen werden, dass auch für das Tatbestandsmerkmal des § 29 Abs 2 Z 2 ApG allein der Zeitpunkt der Konzessions-Antragstellung (gemäß § 9 ApG) maßgeblich ist.

Richtig ist in diesem Zusammenhang, dass die Regelung des § 62a Abs 1 ApG nicht

für sich alleine stehen soll und nicht unabhängig von den Voraussetzungen des § 29 Abs 3 und 4 ApG, sondern gemeinsam mit diesen, anzuwenden ist. Aber gerade diese Zusammenschau erfolgt seitens der belangten Behörde — in Verkennung der Rechtslage - nicht bzw unrichtig:

Erklärt nämlich § 29 Abs 2 Z 2 ApG — (noch indirekt) über § 10 Abs 2 Z 1 bzw § 10 Abs 3 ApG — den Zeitpunkt der Konzessions-Antragstellung (gemäß § 9 ApG) für maßgeblich, stellt auch § 62a Abs 1 ApG dann im Hinblick auf die Ein-Arzt-Gemeinde ausdrücklich, ausschließlich und unmissverständlich auf den

„Zeitpunkt der Antragstellung gemäß § 9“

ab. Selbst wenn man daher im reinen Anwendungsbereich des § 29 ApG zu dessen Abs 2 Z 2 darüber philosophieren könnte, auf welchen Zeitpunkt dort abzustellen ist, nimmt der hier anzuwendende § 62a Abs 1 ApG eine an Klarheit nicht zu überbietende, ausdrückliche Festlegung vor, nämlich: auf den Zeitpunkt der Antragstellung gemäß § 9.

Wie die belangte Behörde im bekämpften Bescheid vor diesem Hintergrund zu einem anderen Ergebnis kommen konnte, ist für die Beschwerdeführerin nicht einmal im Ansatz nachvollziehbar.

2.4. Im österreichischen Apothekenrecht gilt im Verhältnis zwischen öffentlicher Apotheke und ärztlicher Hausapotheke das Primat der Heilmittelversorgung durch öffentliche Apotheken. Dieses Primat der Heilmittelversorgung durch öffentliche Apotheken findet ungeachtet der weitgehend formalisierten Trennung der

beiden Versorgungsteilsysteme noch immer im § 29 Abs 4 bis 8 Apothekengesetz seinen normativen Niederschlag (VwGH 3.7.1990. 86/08/0125).

Der VfGH hat zuletzt in seinem Beschluss vom 16.12.2009, B 990/09-5, neuerlich das Primat der Heilmittelversorgung der Bevölkerung durch öffentliche Apotheken ausführlich betont. Dieser grundsätzlichen Systementscheidung entspricht es, dass bei Erteilung einer Konzession für eine öffentliche Apotheke die benachbarten ärztlichen Hausapotheken innerhalb eines Umkreises von vier Straßenkilometern zurückzunehmen sind.

Dem Primat der Heilmittelversorgung der Bevölkerung durch öffentliche Apotheken liegt der Kerngedanke zugrunde, dass die Heilmittelversorgung durch öffentliche Apotheken der zu versorgenden Bevölkerung ua höhere Standards (inkl rund um die Uhr Wochenend- und Bereitschaftsdienste), ein größeres Sortiment und eine bessere Beratung gewährleistet.

Demgemäß würde es dem Primat der Heilmittelversorgung der Bevölkerung durch öffentliche Apotheken sowie dem geltenden Apothekenrecht offenkundig widersprechen, wenn bestehende ärztliche Hausapotheken über die absolute Grenze des § 29 Abs 3 und 4 ApG iVm § 62a Abs 1 ApG hinaus länger als bis 31.12.2018 bestehen bleiben dürften.

2.5. Oberstes Ziel des österreichischen Apothekenrechts ist die optimale Heilmittelversorgung der Bevölkerung. Dies erfolgt nach geltendem Recht in der Regel durch (gesunde) öffentliche Apotheken und nur ausnahmsweise — ausschließlich in Ein-Arzt-Gemeinden gemäß § 10 Abs 2 Z 1 bzw § 10 Abs 3 ApG — durch ärztliche Hausapotheken.

Besteht im Zeitpunkt der Antragstellung in einer Ein-Arzt-Gemeinde eine Hausapotheke, ist eine Konzessions-Antragstellung unzulässig.

In allen anderen Fällen ist eine Konzessions-Antragstellung zulässig und müssen die

Hausapotheken der öffentlichen Apotheke nach deren Inbetriebnahme bzw einer gewissen Übergangsfrist, längstens jedoch bis 31.12.2018, weichen, damit die öffentliche Apotheke ihre Leistungskraft voll entfalten und erhalten kann.

Jeder Konzessionswerber muss daher im Zeitpunkt seiner Antragstellung (vor allem auch wirtschaftlich) darauf vertrauen dürfen, dass, wenn sein Antrag zulässig ist, § 29 Abs 3 und 4 ApG iVm § 62a Abs 1 ApG — entsprechend dem Primat der Heilmittelversorgung der Bevölkerung durch öffentliche Apotheken — im Falle der Konzessionserteilung von der Behörde auch tatsächlich vollzogen wird. Dieses Vertrauen kann denkunmöglich durch nachfolgende (zwar von den „Hausapothekern“), nicht vom Konzessionswerber beeinflussbare Ereignisse konterkariert werden. Gerade dies widerspricht völlig der Intention des Gesetzgebers. Auch aus diesem Grund hätte die belangte Behörde nicht zu der von ihr getroffenen Entscheidung und den darin gezogen Schlüssen gelangen dürfen.

2.6. Auf den gegenständlichen Sachverhalt ist die aktuell geltende Rechtslage und keinesfalls eine — nicht mehr in Kraft stehende — Rechtslage aus dem Jahr 1984 (!) anwendbar. Ein weiteres Eingehen auf die entsprechenden Ausführungen im bekämpften Bescheid kann daher unterbleiben.

2.7. \*\*\* ist keine Gemeinde iSd § 10 Abs 2 Z 1 bzw § 10 Abs 3 ApG. In \*\*\* sind zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt; dies ergibt sich aus Beilage./1 dieser Beschwerde, wonach F neue Ärztin für Allgemeinmedizin in \*\*\* ist. Die diesbezüglichen Nachforschungen der belangten Behörde waren somit unvollständig.

Entgegen den Feststellungen der belangten Behörde im bekämpften Bescheid ist die

Voraussetzung des § 29 Abs 2 Z 2 ApG somit — unabhängig von den obigen Ausführungen - jedenfalls erfüllt.

Beweis: Auszug aus dem Gemeindeblatt \*\*\*, Ausgabe \*\*\* (/1).

2.8. Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen sind die Überlegungen und Schlussfolgerungen der belangten Behörde im bekämpften Bescheid, insbesondere auf den Seiten 8 ff, grundlegend falsch und abzulehnen. Die belangte Behörde räumt demgemäß auf Seite 10 des bekämpften Bescheid auch selbst ein, dass ihr Auslegungsergebnis und somit auch ihre Entscheidung den Grundsätzen des ApG widerspricht.

Der bekämpfte Bescheid ist daher mehrfach mit Rechtswidrigkeit infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung und Rechtswidrigkeit infolge unrichtiger Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts behaftet.

IV. Anträge

Es werden daher gestellt die folgende

ANTRÄGE:

das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge

1. eine mündliche Verhandlung anberaumen;
2. der Beschwerde Folge geben, den bekämpften Bescheid gemäß Artikel 130 Abs 4 B-VG und § 28 Abs 2 VwGVG aufheben und die C, \*\*\*, \*\*\*, mit Bescheid vom 6.10.1993 erteilte Hausapothekenbewilligung zurückzunehmen, sodass eine Ausübung dieser Bewilligung spätestens am 31.12.2018 zu enden hat;
3. die Vertreterin der Beschwerdeführerin von der Ergebnissen des weiteren Ermittlungsverfahrens (im Rahmen des rechtlichen Gehörs unter Einräumung einer angemessenen Frist zur Stellungnahme) verständigen.“

Die Bezirkshauptmannschaft St. Pölten legte die gegenständliche Beschwerde mit Schreiben vom 29. August 2017 samt Verwaltungsverfahrensakt mit dem Ersuchen um Entscheidung vor. Auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde verzichtet.

3. Zum durchgeführten Ermittlungsverfahren:

Vom Landesverwaltungsgericht Niederösterreich wurde mit Schreiben vom 19. September 2017 Herrn C die gegenständliche Beschwerde mitgeteilt und ihm Gelegenheit gegeben vom Inhalt dieser Kenntnis zu nehmen und sich dazu allenfalls schriftlich zu äußern.

Herr C, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt G, äußerte sich zur Beschwerde wie folgt:

„[...]“

dies verbunden mit dem

Antrag,

der Beschwerde der Antragstellerin keine Folge zu geben.

Dies aus nachstehenden Erwägungen:

1.)

Wie die BH St.Pölten im angefochtenen Bescheid rechtsrichtig ausführt, ist es ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs, dass die Rücknahmevoraussetzungen für eine erteilte Hausapothekenkonzession im Zeitpunkt der Eröffnung der neu bewilligten öffentlichen Apotheke vorliegen müssen:

So führt das Höchstgericht aus wie folgt:

Amtlicher Rechtssatz VwGH GZl 2004/ 10/0006 vom 5.4.2004 (mwN):

„Der Zeitpunkt der Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke ist aber nach wie vor der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die Tatbestandsvoraussetzungen für die Rücknahme einer Hausapothekenbewilligung erfüllt sind.“

2.)

Die BH St.Pölten hat im angefochtenen Bescheid tatsächlich festgestellt, dass die öffentliche Apotheke der Antragstellerin am 17.10.2016 eröffnet worden ist, welcher Umstand in der Beschwerde auch gar nicht weiter bestritten wird.

3.)

Die BH St.Pölten hat weiter tatsächlich festgestellt, dass der Antrag auf Erteilung der Konzession zum Betrieb der gegenständlichen öffentlichen Apotheke im Jahr 2012 gestellt worden ist und dass diese Konzession jedenfalls vor dem 1.1.2016 rechtskräftig erteilt worden ist.

4.)

Die BH St.Pölten hat weiter tatsächlich festgestellt, dass im Zeitpunkt der Eröffnung der gegenständlichen öffentlichen Apotheke nur die mitbeteiligte Partei eine volle Kassenplanstelle für Allgemeinmedizin in \*\*\* besetzt hat; eine zwar im Stellenplan vorgesehene weitere Kassenplanstelle für Allgemeinmedizin war am 17.10.2016 nicht besetzt,

weil der seinerzeitige Stelleninhaber Mitte 2016 in Pension gegangen ist, womit auch seine Konzession zur Führung einer ärztlichen Hausapotheke erloschen ist.

5.)

Damit steht fest, dass im — wie oben ausgeführten — maßgeblichen Zeitpunkt, nämlich am 17.10.2016 nur eine Kassenplanstelle für Allgemeinmedizin in \*\*\* besetzt war. Dass die weitere wie in der Beschwerde ausgeführt, nunmehr, nämlich seit 4.9.2017, mit Frau F besetzt ist, schadet nicht.

6.)

§ 10 Abs 2 Z 1 Apothekengesetz (und der hier nicht maßgebliche § 10 Abs 3 Z 2 Apothekengesetz) stellen bei der Beurteilung, ob eine sogenannte „Ein-Arzt-Gemeinde“ vorliegt oder nicht, nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut darauf ab, ob die Kassenplanstelle für Allgemeinmedizin mit einem kurativen Einzelvertrag mit der ortszuständigen Gebietskrankenkasse besetzt ist:

§ 10 Abs 2 Z 1 Apothekengesetz lautet:

Ein Bedarf besteht nicht, wenn 1.) sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, oder

7.)

Der belangten Behörde ist auch zuzustimmen, dass die Übergangsbestimmung des § 62a Apothekengesetz nicht von § 29 Abs 3 und 4 Apothekengesetz isoliert zu betrachten ist, sondern dass neben den Voraussetzungen des § 62a Abs 1 Apothekengesetz auch die Voraussetzungen des § 29 Abs 3 und 4 Apothekengesetz vorliegen müssen, wenn eine Konzession für eine ärztliche Hausapotheke zurückgenommen werden soll.

Man stelle sich vor: während der Dauer eines Apothekenkonzessionsverfahrens ändern die Gesamtvertragsparteien (also gegenständlich die NÖ Ärztekammer sowie die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse mit dem Hauptverband) den Stellenplan und streichen in einer „Zwei-Arzt-Gemeinde“ eine der Stellen für Allgemeinmedizin, sodass eine „Ein-Arzt-Gemeinde“ verbleibt. Es kann diesfalls doch nicht strittig sein, dass zwar die Konzession für eine öffentliche Apotheke erteilt werden würde, die verbleibende ärztliche Hausapotheke aber wegen Vorliegens einer „Ein-Arzt-Gemeinde“ nicht zu schließen wäre.

8.)

Wenn die Beschwerdeführerin mit dem Vertrauen darauf argumentiert, davon ausgegangen zu sein, dass beide in \*\*\* bestehenden ärztlichen Hausapotheken im Fall der Eröffnung der Öffentlichen Apotheke schließen müssen, ist ihr entgegen zu halten, dass sie darauf eben nicht vertrauen durfte, weil — wie unter Pkt I.) ausgeführt — nach der ständigen Judikatur des

VwGH die Rücknahmevoraussetzungen im Zeitpunkt der Eröffnung der sodann bewilligten Apotheke vorliegen müssen. Hätte daher die mitbeteiligte Partei ihren Ordinationsort auf über 4 Straßenkilometer zwischen Rechtskraft der Apothekenkonzession und Eröffnung der öffentlichen Apotheke verlegt, wäre die ärztliche Hausapotheke der mitbeteiligten Partei auch nicht zu schließen. Ein wie auch immer gearteter Vertrauensschutz besteht daher nicht.

9.)

Der Apothekengesetzgeber garantiert auch nicht jeder öffentlichen Apotheke ein wie auch immer geartetes Einkommen. Nach einer Mitteilung (zwischenzeitlich offenbar vom Netz genommen) auf der Homepage des Apothekenverbandes wirtschaftet bereits jede dritte öffentliche Apotheke negativ, und muss von den positiv wirtschaftenden Apotheken „gestützt“ werden, ein Umstand, den sich in Hinkunft wohl auch diese positiv wirtschaftenden öffentlichen Apotheken nicht mehr gefallen lassen werden.

10.)

Aus einem — angeblichen, die hiezu zitierten Entscheidungen des VfGH betreffen nicht mehr die aktuelle Rechtslage — Primat der Heilmittelversorgung durch öffentliche Apotheken ist für die Beschwerdeführerin nichts zu gewinnen.

Dem Apothekengesetz ist eindeutig zu entnehmen, dass die Medikamentenversorgung der Bevölkerung in dünn besiedelten, ländlichen Gebieten vorrangig durch ärztliche Hausapotheken zu erfolgen hat. Dies betrifft insbesondere

sogenannte „Ein-Arzt-Gemeinden“, also Gemeinden, in denen nach dem Stellenplan nur ein Kassenvertragsarzt für Allgemeinmedizin ordiniert. Dies ist auch folgerichtig: Kassenvertragsärzte haben nicht nur Ordinationszeiten, son

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreich, <http://www.lvwg.noe.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)