

TE Vwgh Erkenntnis 2008/1/28 2003/10/0206

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.01.2008

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
82/04 Apotheken Arzneimittel;

Norm

ApG 1907 §10 Abs1 Z2;
ApG 1907 §10 Abs2 Z1;
ApG 1907 §10 Abs2 Z2;
ApG 1907 §10 Abs2 Z3;
ApG 1907 §10;

VwRallg;

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):2004/10/0011

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Mizner sowie den Senatspräsidenten Dr. Novak und die Hofräte Dr. Stöberl, Dr. Köhler und Dr. Schick als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Petritz, über die Beschwerden des Mag. pharm. BÖ in Wien, 1.) vertreten durch Siemer-Siegl-Füreder & Partner Rechtsanwälte (OEG) in 1010 Wien, Dominikanerbastei 10, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 16. Juni 2003, Zl. 262.386/1-I/B/7/03 (zur Zl. 2003/10/0206), betreffend Apothekenkonzession (mitbeteiligte Parteien: Mag. pharm. SB in Rohrbach und Mag. pharm. WS in Mattersburg, beide vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien, Tuchlauben 17), und 2.) vertreten durch Dr. Wolfgang Völkl, Rechtsanwalt in 1090 Wien, Nussdorferstraße 10-12, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 18. Dezember 2003, Zl. 262.386/6-I/B/8/03 (zur Zl. 2004/10/0011), betreffend Bescheidzustellung, zu Recht erkannt:

Spruch

Die angefochtenen Bescheide werden wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von je EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.

1. Der Beschwerdeführer beantragte am 2. Juni 1997 beim Landeshauptmann von Burgenland die Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen (zweiten) öffentlichen Apotheke in Mattersburg mit der voraussichtlichen Betriebsstättenadresse Bahnstraße 36 und einem näher umschriebenen Standort.

Dagegen haben der Konzessionär der öffentlichen Apotheke in Rohrbach, Mag. pharm. SB. und der Konzessionär der öffentlichen "Salvator-Apotheke" in Mattersburg, Mag. pharm. WS. (mitbeteiligte Parteien), Einspruch erhoben. Mag. pharm. SB. brachte im Wesentlichen vor, laut rechtskräftigem Konzessionserteilungsbescheid des Landeshauptmannes von Burgenland vom 7. Oktober 1997 sei für die in Rohrbach zu errichtende Apotheke ein Versorgungspotenzial von 5.874 Personen ermittelt worden (2.730 Einwohner Rohrbach, 1.986 Einwohner Marz und 600 Einwohner Loipersbach teilweise, somit 5.316 gesamt, zu denen noch 558 Einfluter zu zählen seien). Wegen des Verlustes von zumindest der Hälfte der Einwohner von Marz durch die Errichtung einer zweiten Apotheke in Mattersburg würde das Versorgungspotenzial auf unter 5.500 Personen sinken. Mag. pharm. WS. brachte vor, dass das Versorgungspotenzial der "Salvator-Apotheke" in Mattersburg auf unter 5.500 Personen sinken würde, da für die nach Mattersburg einflutenden Personen die in Aussicht genommene Betriebsstätte des Beschwerdeführers verkehrstechnisch leichter zu erreichen sei.

Mit Bescheid vom 6. Juli 2000 wies der Landeshauptmann von Burgenland das Ansuchen des Beschwerdeführers unter Berufung auf die §§ 9, 10 und 51 des Apothekengesetzes, RGBI. Nr. 5/1907 idF BGBl. I Nr. 53/1998 (in der Folge: ApG), mangels Bedarfes ab.

Nach der Begründung habe die Österreichische Apothekerkammer, Landesgeschäftsstelle Burgenland, für die bestehende öffentliche "Salvator-Apotheke" in Mattersburg ein Versorgungspotenzial von insgesamt 5.660 Personen und für die rechtskräftig bewilligte Apotheke in Rohrbach von (nur) 3.858 Personen ermittelt (2.704 Einwohner Rohrbach, 644 Einwohner Loipersbach, 498 Einwohner Schattendorf teilweise sowie für Personen mit Zweitwohnsitz 12 Einwohnergleichwerte). Im Gutachten sei auch ausdrücklich auf noch anhängige Konzessionsverfahren verwiesen worden.

Der Beschwerdeführer habe im Wesentlichen unter Vorlage eines Luftbildes die Auffassung vertreten, dass zwischen Marz und Rohrbach zwei asphaltierte Güterwege bestünden, die auch im Winter geräumt würden, weshalb die Einwohner von Marz dem Versorgungsbereich der bewilligten Apotheke in Rohrbach zuzurechnen seien.

Diesem Einwand habe der betroffene Konzessionär von Rohrbach erwidert, dass es sich bei den erwähnten "asphaltierten Güterwegen" um keine regelrechten Verkehrsverbindungen handle. Während bei einem der beiden Güterwege lediglich die Zufahrt gestattet sei und die Durchfahrt auf Grund von fortlaufenden Bodenschwellen erheblich erschwert werde, handle es sich beim zweiten Güterweg nur um einen normalen Feldweg. Auf beiden Wegen finde im Winter keine Schneeräumung statt. Neben diesen beiden Güterwegen bestehe zwar noch ein weiterer Güterweg, doch sei dieser lediglich 2,5 m breit und mit einem Fahrverbot (mit Ausnahme für Anrainer) versehen. Es könne daher keine Rede von einer verkehrstauglichen Verbindung zwischen Marz und Rohrbach sein.

Nach Auffassung des Landeshauptmannes seien die Einwohner von Marz nicht der öffentlichen Apotheke in Rohrbach, sondern der neu zu errichtenden Apotheke in Mattersburg zuzurechnen. Da die Einwohner von Marz die Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke in Rohrbach in der Loipersbacher Straße 2 vorrangig über die Loipersbacher Landesstraße erreichen könnten, sei bei einer Gegenüberstellung dieser Wegstrecke zur Wegstrecke, die die Einwohner von Marz zur in Aussicht genommenen Betriebsstätte des Beschwerdeführers in Mattersburg zurückzulegen hätten, die Feststellung der Österreichischen Apothekerkammer richtig, dass der Entfernungshalbierungspunkt zwischen der Apotheke in Rohrbach und der (beantragten) Apotheke des Beschwerdeführers in Mattersburg im Bereich der Gemeindegrenze zwischen Marz und Rohrbach liege. Die Einwohner von Marz wären daher der Apotheke des Beschwerdeführers zuzurechnen. Der Verlust der Einwohner von Marz würde aber das Versorgungspotenzial der öffentlichen Apotheke in Rohrbach deutlich unter die gesetzlich geschützte

5.500 Personen-Grenze fallen lassen. Im Hinblick auf die - näher dargestellten - Verkehrsverhältnisse in Mattersburg seien der bestehenden "Salvator-Apotheke" (in Mattersburg) nur maximal

4.569 Personen zuzuordnen.

Der Beschwerdeführer erhob Berufung, in der er u. a. vorbrachte, die Eigentümerin der Liegenschaft Bahnstraße 36 habe ihm mitgeteilt, wegen der langen Verfahrensdauer nicht mehr gewillt zu sein, ihm "weiter im Wort zu bleiben". Er

habe sich daher um eine neue Betriebsstätte umsehen müssen und eine solche an der Adresse Dr. Ludwig Leser-Straße 1 gefunden.

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 16. Juni 2003 traf die

belangte Behörde folgenden Ausspruch:

"Bescheid

Mag. pharm. (Beschwerdeführer) beantragte am 2. Juni 1997 die Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Mattersburg mit der voraussichtlichen Betriebsstätte '7210 Mattersburg, Bahnstraße 36', und dem Standort

'Gebiet der Stadt Mattersburg im Süden begrenzt durch die Gemeindegrenze im Südwesten bis zum Schnittpunkt mit der gedachten Verlängerung der Bergstraße - J.N. Bergerstraße - Kirchengasse - Bahnstraße - Judengasse - Michael Koch Straße - die unbekannte Gasse zur Hirtengasse - deren gedachte Verlängerung bis zur Gemeindegrenze im Osten, diese bis zum Ausgangspunkt.'

Mit Bescheid vom 6. Juli 2000, Zl. ..., wies der Landeshauptmann von Burgenland gemäß den §§ 9, 10, 51 Apothekengesetz, RGBl Nr. 5/1907, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 53/1998, die beantragte Apothekenkonzession ab.

Gegen diesen Bescheid erhob Mag. pharm. (Beschwerdeführer)

fristgerecht Berufung.

Hierüber ergeht nachstehender

SPRUCH

Die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen weist die Berufung von Mag. pharm. (Beschwerdeführer) gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1991 in Verbindung mit § 51 Abs. 3 und § 10 Apothekengesetz, RGBl Nr. 5/1907, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl I Nr. 33/2002, als unbegründet ab und bestätigt den angefochtenen Bescheid des Landeshauptmannes von Burgenland."

Nach Wiedergabe des bisherigen Verfahrensgeschehens und der angewendeten Rechtsgrundlagen verwies die belangte Behörde zunächst darauf, dass der Beschwerdeführer als neue Betriebsstättenadresse die Anschrift Dr. Ludwig Leser-Straße Nr. 1, welche weiter im Norden liege, bekannt gegeben habe. Der Beschwerdeführer habe auch eingeräumt, dass es sich bei einem der von ihm genannten Güterwege lediglich um einen nicht asphaltierten Feldweg handle. Er habe aber bestritten, dass der zweite (asphaltierte) Güterweg mit einem Fahrverbot belegt sei und im Winter keine Schneeräumung stattfinde. Dort bestehe seinem Vorbringen nach lediglich eine 30 km/h-Beschränkung, wobei der Weg ganz sicher geräumt werde, da sich in dessen Verlauf etwa ein Gestüt befinde.

Die Recherchen der belangten Behörde beim Gemeindeamt hätten jedoch ergeben, dass es sich bei dem letztlich vom Beschwerdeführer beschriebenen Güterweg lediglich um einen Zufahrtsweg zu dem erwähnten Gestüt handle, der mit 30 km/h beschränkt und tatsächlich nicht ganzjährig befahrbar sei, da die Schneeräumung im Winter von Marz nur bis zum Gestüt, von Rohrbach her aber überhaupt nicht erfolge. Dieses Untersuchungsergebnis sei vom damaligen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers am 17. Juli 2002 fernmündlich bestätigt worden.

In der weiteren Folge ihrer Begründung vertrat die belangte Behörde die Auffassung, die Einwohner von Marz könnten trotz der nun geringfügig nach Norden verschobenen Betriebsstättenadresse des Beschwerdeführers nicht in dem von diesem gewünschten Maß (nämlich nahezu zur Gänze) der Apotheke von Rohrbach zugeordnet werden. Auch wenn einige wenige Einwohner es tatsächlich näher (nach Rohrbach) hätten, würde die in erster Instanz ermittelte Bedarfzahl von 3.858 Personen für die nun bestehende Apotheke in Rohrbach kaum signifikant erhöht werden. Dem Vorbringen des Beschwerdeführers, dass laut Amtsleiter des Gemeindeamtes der besagte Güterweg mangels relevanter Schneefälle praktisch ohnehin das ganze Jahr befahrbar sei, sei zu erwidern, dass der Zufall, ob schneearme oder schneereiche Winter herrschten, rechtlich nicht fassbar sei. Der genannte Güterweg könne daher nicht als ganzjährig befahrbar beurteilt werden. Auch das Argument des Beschwerdeführers, dass durch die Verschiebung seiner Betriebsstättenadresse ein Großteil der Marzer Bevölkerung (von ihm zuletzt mit 1.889 Einwohnern dargestellt) zu Rohrbach zähle, sei auf Grund der vorliegenden Pläne falsch und nicht nachvollziehbar. Selbst wenn sich die Entfernung über die Loipersbacher Landesstraße gering verkürze, treffe es infolge der planlich eindeutig sichtbaren

Streuung bzw. Verteilung der Gemeindeglieder von Marz nicht zu, dass sich für die Apotheke in Rohrbach gegenüber dem ermittelten Versorgungspotenzial von

3.858 Personen nunmehr ein Versorgungspotenzial von

5.761 Einwohner ergebe. Auf Grund der vorliegenden Unterlagen sei vielmehr davon auszugehen, dass das weiterhin verbleibende Versorgungspotenzial für die öffentliche Apotheke in Rohrbach weit unter 5.500 Personen liege. Bezüglich der Einwohner von Schattendorf, die durch drei Hausapotheken versorgt würden, sei auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach solche Einwohner eigentlich gar nicht als zu versorgende anzusehen seien. Die von der Behörde erster Instanz erfolgte Zurechnung zu einem Fünftel der Einwohner sei daher ohnehin als hoch anzusehen. Da die Apothekenkonzession schon aus dem Grund zu versagen sei, da die Bedarfszahl von 5.500 Personen für die Apotheke in Rohrbach nicht erreicht werde, erübrige sich eine tiefere Betrachtung des öffentlichen Versorgungspotenziales. Auf Grund des sich ohnehin klar ergebenden Sachverhaltes hätten die Versorgungspotenziale der Nachbarapotheken nicht näher mittels Gutachten überprüft werden müssen, zumal sich auch eine weitere Sachverhaltsänderung in Form der am 11. September 2000 bewilligten und am 1. September 2002 eröffneten öffentlichen Apotheke in Forchtenstein durch Mag. pharm. BW. ergeben hätte. Schon in dem von der Behörde erster Instanz eingeholten Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer sei dezidiert auf diese mögliche Apothekenbewilligung und folglich auch andere Zuordnung der zu versorgenden Personen für die beantragte zweite Apotheke in Mattersburg hingewiesen worden. Der Beschwerdeführer habe bezüglich seines vom Landeshauptmann von Burgenland nicht erledigten Antrages auf Zustellung des Apothekenkonzessionsbescheides von Mag. pharm. BW. einen Devolutionsantrag zwecks nachträglicher Berufungsmöglichkeit gestellt. Nach Auffassung des Beschwerdeführers sei auch der Konzessionswerber um Forchtenstein als Mitbewerber zu werten, denn es könnte bei gleicher Sachlage nur einem der beiden Konzessionswerber eine Konzession erteilt werden. Das Ansuchen des Beschwerdeführers sei dabei aber zeitlich prioritär.

In diesem Zusammenhang sei nach Ansicht der belangten Behörde anzumerken, dass zum einen schon das Begehren um Bescheidzustellung eines rechtskräftig erledigten Falles, in welchem der Konzessionswerber bereits anlässlich der Kundmachung Einspruch erheben hätte können, rechtlich verfehlt sei. Zum anderen sei mangels gleichartigen Sachverhaltes auch gar keine Mitbewerbereigenschaft vorgelegen: Selbst wenn das Ansuchen des Beschwerdeführers vom Juni 1997 - für sich gesehen - zeitlich vor dem Ansuchen des Mag. pharm. BW. im Dezember 1998 liege, sei für eine zweite Apotheke in Mattersburg die Bedarfsprüfung negativ verlaufen, wohingegen für eine neue Apotheke in Forchtenstein eine positive Bedarfsentscheidung hätte getroffen werden können. Es stelle sich letztlich somit nicht die Frage, wer von zwei Konzessionswerbern bei gleich positiv bewertetem Sachverhalt die Konzession erhalten könne. Beim Verfahren um eine Konzession in Forchtenstein habe das Ermittlungsverfahren nach dem Bescheid des Landeshauptmannes vom 11. September 2000 keine existenzgefährdete Nachbarapotheke ergeben, bei Mattersburg sei das Konzessionsgesuch hingegen negativ zu bescheiden gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die zur Zl.2003/10/0206 erhobene Beschwerde, in der beantragt wird, den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und - ebenso wie die mitbeteiligten Parteien - eine Gegenschrift erstattet, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

2. Mit Schreiben vom 30. August 2000 hat der Beschwerdeführer beim Amt der Burgenländischen Landesregierung den Antrag gestellt, das Verfahren zur Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer Apotheke in Forchtenstein zu unterbrechen, da eine Bewilligung "automatisch" zu einer Abweisung seines Antrages führen müsste. Er habe einen Antrag auf Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer zweiten Apotheke in Mattersburg gestellt, der mit Bescheid des Landeshauptmannes vom 6. Juli 2000 abgewiesen worden sei. Dagegen habe er Berufung an das Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen erhoben. Nach dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer seien die negativen Bedarfsvoraussetzungen hinsichtlich der bestehenden öffentlichen Apotheke in Mattersburg nicht gegeben, allerdings hinsichtlich der Apotheke in Rohrbach. Forchtenstein sei als Versorgungsgebiet der bestehenden öffentlichen Apotheke in Mattersburg angenommen worden. Im Sinne der

Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes lägen daher konkurrierende Anträge vor, wobei es bei der Entscheidung darauf ankomme, welcher Antrag als erster eingebracht worden sei. Der Beschwerdeführer stelle ferner den Antrag auf Zustellung des Bescheides, mit dem der Antrag von Mag. pharm. BW. erledigt werde.

Mit Schreiben vom 18. September 2000 teilte der Landeshauptmann dem Beschwerdeführer mit, dass der positive Konzessionsbescheid für Mag. pharm. BW. (Forchtenstein) bereits in Rechtskraft erwachsen sei. Das Ansuchen des Beschwerdeführers sei schon allein im Hinblick auf die (nunmehr) bestehende öffentliche Apotheke in Rohrbach nicht bewilligungsfähig gewesen. Dem Beschwerdeführer komme daher nicht die Stellung eines Mitbewerbers zu.

Mit Schreiben vom 26. September 2000 stellte der Beschwerdeführer neuerlich den Antrag, ihm den positiven Konzessionsbescheid (bezüglich der Apotheke in Forchtenstein) zuzustellen.

Mit Eingabe vom 12. April 2001 beantragte der Beschwerdeführer beim Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen, dass dieser gemäß § 73 Abs. 2 AVG in der Sache selbst entscheiden möge. Ferner ersuchte er, "das Verfahren über die von (ihm) gegen den Bescheid des Landeshauptmannes vom 6. Juli 2000, ..., eingebrachte Berufung bis zur Rechtskraft des über diesen Antrag bzw. einer allfälligen Berufung gegen den Bescheid, mit dem Herrn Mag. pharm. BW. die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Forchtenstein erteilt wurde, zu unterbrechen".

Mit dem vorliegend angefochtenen Bescheid wurde dem Devolutionsantrag des Beschwerdeführers gemäß den §§ 8, 56 und 73 Abs. 2 AVG Folge gegeben. Der Antrag auf Zustellung des Bescheides des Landeshauptmannes von Burgenland vom 11. September 2000 betreffend Apothekenkonzessionserteilung an Mag. pharm. BW. (Forchtenstein) wurde jedoch abgewiesen.

Nach der Begründung habe der Beschwerdeführer mehrere Apothekenkonzessionsverfahren betrieben. Sein Verfahren bezüglich Mattersburg sei letztlich rechtskräftig mit Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 16. Juni 2003 abgewiesen worden. Zur Konzessionsangelegenheit in Forchtenstein habe das Amt der Burgenländischen Landesregierung mitgeteilt, dass mit Bescheid vom 11. September 2000 Mag. pharm. BW. die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke für den Standort Forchtenstein erteilt worden sei. Im Zuge des dem genannten Bescheid zu Grunde liegenden Ermittlungsverfahrens habe der Beschwerdeführer keinen Einspruch erhoben. Der Bescheid sei am 18. September 2000 in Rechtskraft erwachsen und dem Beschwerdeführer mangels Parteistellung nicht zugestellt worden. Dem Beschwerdeführer sei mitgeteilt worden, dass die von ihm beantragte und nicht bewilligte Apotheke in Mattersburg schon allein im Hinblick auf die bestehende öffentliche Apotheke in Rohrbach nicht bewilligungsfähig gewesen sei, weshalb daher kein Fall konkurrierender Anträge im Sinne der verwaltungsgerichtlichen Judikatur vorliege. Dem Beschwerdeführer komme somit nicht die Stellung eines Mitbewerbers im Sinne des § 49 Abs. 1 ApG zu. Mit Eingabe vom 15. Mai 2001 habe der Beschwerdeführer ferner die Konzessionserteilung zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Neudörfel beantragt. (Dieser Antrag wurde vom Beschwerdeführer nach der Aktenlage mit Schreiben vom 5. August 2002 zurückgezogen.) Infolge der Verkettung dieses Sachverhaltes sei der Landeshauptmann der Auffassung gewesen, dass über die Anträge des Beschwerdeführers erst dann zu entscheiden sein werde, wenn eine Berufungsentscheidung über den in erster Instanz abweisend ergangenen Konzessionsbescheid des Beschwerdeführers erfolgt sei. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass die Anträge um Konzessionserteilung des Beschwerdeführers und Mag. pharm. BW. nahezu zeitgleich (2. Juni 1997 bzw. 23. Oktober 1997) eingelangt seien. Nach Auffassung des Landeshauptmannes stellten diese - wie bereits erwähnt - keine konkurrierenden Anträge dar. Die beantragte Aussetzung des Verfahrens sei daher nicht geboten erschienen.

Die belangte Behörde vertrat in weiterer Folge die Auffassung, beim Ansuchen um eine Apothekenkonzession in Forchtenstein bzw. beim Ansuchen um eine (zweite) Apothekenkonzession in Mattersburg handle es sich nicht um konkurrierende Verfahren. Die Apothekenkonzession in Mattersburg sei wegen einer zu geringen Anzahl zu versorgender Personen der Apotheke in Rohrbach jedenfalls zu versagen gewesen, wogegen dies bei der Apothekenkonzessionserteilung in Forchtenstein ein nicht ein zu berücksichtigender Faktor gewesen sei. Ein konkurrierender Antrag bzw. Mitbewerbereignis gründeten sich grundlegend auf einen gleichen Sachverhalt, wobei die Entscheidung, ob die eine oder die andere Apothekenkonzession zu bevorzugen wäre, in der Beachtung der Prioritätsregel liege. Der Landeshauptmann habe daher zu Recht das Vorliegen einer Mitbewerbereignis verneint. Der Landeshauptmann habe jedoch verabsäumt, dies mit Bescheid auszusprechen. Die Absprache über die Zustellung

oder Nichtzustellung eines Bescheides bzw. die Aussage über eine Parteistellung bzw. Mitbewerbereigenschaft hätte jedenfalls besonders im Hinblick auf die gleichzeitigen Verfahren bescheidmäßig erfolgen müssen. Wer in einem konkreten Verfahren Partei zu sein behauptet oder Parteienrechte für sich in Anspruch nimmt, habe einen Rechtsanspruch darauf, dass die Behörde darüber abspreche. Da dies nicht geschehen sei, sei der Devolutionsantrag an sich zu Recht gestellt worden. In der Sache selbst komme ihm allerdings keine Berechtigung zu.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die zur Zl. 2004/10/0011 protokollierte Beschwerde, in der beantragt wird, den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat beschlossen, die beiden Beschwerdeverfahren wegen des persönlichen und sachlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung zu verbinden und hat darüber erwohnen:

1. Zur Zl. 2003/10/0206:

Gemäß § 10 Abs. 1 ApG ist die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen, wenn

1. in der Gemeinde des Standortes der öffentlichen Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat und
2. ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

Ein Bedarf besteht u.a. gemäß § 10 Abs. 2 Z 3 ApG nicht, wenn die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen sich infolge der Neuerrichtung verringert und weniger als

5.500 betragen wird.

Zu versorgende Personen gemäß § 2 Z 3 sind gemäß § 10 Abs. 4 ApG die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern von der Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse aus dieser bestehenden öffentlichen Apotheke weiterhin zu versorgen sein werden.

Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner im Sinne des Abs. 4 weniger als 5.500, so sind die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen.

Im Spruch des angefochtenen Berufungsbescheides wird der - unter Anderem die voraussichtliche Betriebsstätte mit "7210 Mattersburg, Bahnstraße 36" bezeichnende - Antrag des Beschwerdeführers wörtlich wiedergegeben, auf den (diesen Antrag abweisenden) Bescheid des Landeshauptmannes verwiesen und dieser Bescheid - die Berufung abweisend - "bestätigt". Es unterliegt somit keinem Zweifel, dass mit dem angefochtenen Bescheid der auf die Konzession für die Errichtung einer Apotheke mit der Betriebsstätte in 7210 Mattersburg, Bahnstraße 36, gerichtete Antrag abgewiesen wurde. Zwar nimmt die Begründung des angefochtenen Bescheides unter Anderem - wenngleich, wie noch darzulegen sein wird, in unzulänglicher Weise - auf die "geringfügige Verschiebung der Betriebsstätte nach Norden" Bezug; im Hinblick auf die oben wiedergegebene Fassung des Spruches des angefochtenen Bescheides ist dieser jedoch einer Deutung in der Richtung, dass damit über den (in der Berufung enthaltenen) Antrag auf Erteilung der Konzession für die Errichtung einer Apotheke mit der Betriebsstätte in 7210 Mattersburg, Dr. Ludwig Leser-Straße 1 (der im vorliegenden Fall keine Änderung der Sache im Sinne des § 66 Abs. 4 AVG bedeutete; vgl. hiezu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. September 1994, Zl. 92/10/0459) abgesprochen worden wäre, nicht zugänglich.

Der Berufung war jedoch zweifelsfrei zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer seine Absicht, die geplante Apotheke in 7210 Mattersburg, Bahnstraße 36, zu errichten, aufgegeben hatte; vielmehr sei die Errichtung einer Apotheke mit der Betriebsstätte in 7210 Mattersburg, Dr. Ludwig Leser-Straße 1 beabsichtigt.

Bei dieser Sachlage entsprach der über den Antrag des Beschwerdeführers, ihm die Konzession für die Errichtung einer Apotheke mit der Betriebsstätte in 7210 Mattersburg, Bahnstraße 36, zu erteilen, ergangene Bescheid nicht dem Gesetz; er war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Ergänzend wird bemerkt, dass die Begründung des angefochtenen Bescheides, soweit sie sich auf die Ermittlung des Kundenpotentials einer Apotheke mit der Betriebsstätte in 7210 Mattersburg, Dr. Ludwig Leser-Straße 1 bezieht, einen über den entsprechenden Antrag ergangenen Bescheid nicht tragen könnte.

Dem Vorbringen des Beschwerdeführers, dass durch die "Verschiebung der Betriebsstättenadresse" (gemeint: an die neue Anschrift) ein "Großteil" der Marzer Bevölkerung (vom Beschwerdeführer mit 1.889 Einwohner beziffert) zu Rohrbach zu zählen sei, begegnete die belangte Behörde lediglich mit dem Hinweis, dass diese Auffassung "auf Grund der vorliegenden Pläne falsch und nicht nachvollziehbar" sei. Selbst wenn die Entfernung sich über die Loipersbacher Landesstraße geringfügig verkürze, treffe es infolge der "planlich eindeutig sichtbaren Streuung bzw. Verteilung der Gemeindeglieder von Marz nicht zu, dass von den bis dato ermittelten insgesamt 3.858 Personen nunmehr 5.761 Einwohner zugeordnet werden können".

Mit dem bloßen Hinweis auf "vorliegende Pläne" bzw. die "planlich eindeutig sichtbare Streuung bzw. Verteilung" der Gemeindeglieder lässt es die belangte Behörde aber an einer nachvollziehbaren Begründung für ihre Auffassung fehlen. Dazu hätte es vielmehr - unter Mitwirkung der Parteien - der Einholung entsprechend fachkundiger Gutachten bedurft. Dieser Verfahrensmangel ist wesentlich, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die belangte Behörde bei Vermeidung dieses Mangels zu einem anderen Bescheid hätte kommen können.

Da die Aufhebung wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes einer Aufhebung wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vorgeht (vgl. zB das Erkenntnis vom 29. Juni 1995, Zl. 94/18/0936), war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

Der Ausspruch über den Kostenersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003.

2. Zur Zl. 2004/10/0011:

Dem angefochtenen Bescheid liegt die Auffassung zu Grunde, der Beschwerdeführer als Antragsteller um Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer zweiten öffentlichen Apotheke in Mattersburg und Mag. pharm. BW. als Konzessionär der neu errichteten öffentlichen Apotheke in Forchtenstein seien keine Mitbewerber im Sinne des § 49 Abs. 1 ApG. Dem Beschwerdeführer sei daher der Bescheid des Landeshauptmannes vom 11. September 2000, mit dem Mag. pharm. BW. die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb der Apotheke in Forchtenstein erteilt worden sei, nicht zuzustellen.

Dagegen wendet der Beschwerdeführer im Wesentlichen ein, sein Antrag auf Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer zweiten öffentlichen Apotheke in Mattersburg sei deshalb abgewiesen worden, weil das Versorgungspotenzial der öffentlichen Apotheke in Rohrbach durch den Verlust der Einwohner von Marz auf unter 5.500 Personen absinken würde. Dabei sei die belangte Behörde seiner Auffassung nach von falschen Voraussetzungen ausgegangen, da die im Zuge des Berufungsverfahrens vom Beschwerdeführer vorgenommene Verlegung der Betriebsstätte nunmehr wesentlich weiter von Marz entfernt sei. Weiters habe sich die belangte Behörde auf ein "total veraltetes Gutachten" der Österreichischen Apothekerkammer aus dem Jahre 1999 gestützt, das unrichtigerweise die Einwohner von Marz nicht dem Versorgungspotenzial der öffentlichen Apotheke in Rohrbach zugerechnet habe. Für den Fall, dass diese Umstände berücksichtigt worden wären, wären der öffentlichen Apotheke in Rohrbach auch im Falle der Erteilung der Konzession an den Beschwerdeführer deutlich mehr als 5.500 zu versorgende Personen verblieben. Hätte die belangte Behörde richtigerweise angenommen, dass die Einwohner von Marz dem Versorgungspotenzial der öffentlichen Apotheke in Rohrbach zuzurechnen seien, würden die negativen Bedarfsvoraussetzungen hinsichtlich der bestehenden öffentlichen Apotheke in Mattersburg im Falle der Erteilung der beantragten Konzession an den Beschwerdeführer dann nicht eintreten, wenn in Forchtenstein keine weitere öffentliche Apotheke errichtet würde. Da sohin die Frage der Zurechnung der Einwohner von Forchtenstein - unter Vernachlässigung der Frage des Versorgungspotenzials der öffentlichen Apotheke in Rohrbach - wesentlich für die Frage der Erteilung der beantragten Konzession in Mattersburg an den Beschwerdeführer gewesen sei, handle es sich seines Erachtens beim Antrag von Mag. pharm. BW. und dem Antrag des Beschwerdeführers um konkurrierende Anträge im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Die Bewilligung des einen müsste nämlich konsequenterweise die Abweisung des anderen nach sich ziehen. Da außer Streit stehe, dass der Antrag des Beschwerdeführers am 2. Juni 1997, der von Mag. pharm. BW. jedoch erst am 23. Oktober 1997 bei der Verwaltungsbehörde erster Instanz eingelangt sei, wäre dem Antrag des Beschwerdeführers Priorität zugekommen.

Dieser Auffassung des Beschwerdeführers kommt aus folgenden Erwägungen Berechtigung zu:

Zunächst ist hervorzuheben, dass der zweitangefochtene Bescheid schon wegen der aus den oben dargelegten Gründen erfolgten Aufhebung des erstangefochtenen Bescheides nicht rechtens auf die Auffassung gegründet werden kann, dem Beschwerdeführer könne die beantragte Konzession zum Betrieb einer zweiten Apotheke in Mattersburg schon deshalb nicht erteilt werden, weil in Ansehung der Apotheke in Rohrbach die negative Bedarfsvoraussetzung nach § 10 Abs. 2 Z 3 ApG vorläge (und es erübrige sich daher - im Ergebnis -, den Beschwerdeführer am Verfahren über die Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke in Forchtenstein zu beteiligen).

Der Verwaltungsgerichtshof vertritt seit dem Erkenntnis vom 30. August 1994, VwSlg. 14.103/A in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass zwischen zwei oder mehreren Konzessionswerbern, die die persönlichen und - für sich gesehen - die sachlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke erfüllen, deren Ansuchen einander jedoch im Hinblick auf die Bedarfslage ausschließen, eine Verfahrensgemeinschaft besteht. Unter Anderem legte der Gerichtshof dar, die Berechtigung, im Apothekenkonzessionsverfahren als Partei geltend zu machen, dass der Lokalbedarf durch ihn und nicht durch einen anderen Bewerber erfüllt werde, käme sowohl dem Mitbewerber um denselben Standort und seine Umgebung zu, als auch jedem Konzessionswerber, dessen Antrag deswegen abzuweisen wäre, weil er die gesetzlichen Bedarfsvoraussetzungen infolge der Erteilung der Konzession an den letztlich zum Zug kommenden Bewerber nicht mehr erfüllt.

Diese Rechtsprechung wurde im Erkenntnis vom 4. November 1996, Zl.96/10/0008, für die Rechtslage vor dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes Slg. 15.103/1998 und in den Erkenntnissen vom 15. Februar 1999, Zl. 98/10/0356, vom 28. Februar 2000, VwSlg. 15.356/A, und vom 13. Oktober 2004, Zl.2004/10/0138, für die durch das erwähnte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes bereinigte Rechtslage fortgeführt und präzisiert. Danach sind (eine Verfahrensgemeinschaft bildende) Mitbewerber jene Bewerber um eine Apothekenkonzession, deren Anträge im Hinblick auf ein Überschneiden des potentiellen Kundenkreises derart konkurrieren, dass bei Erteilung einer Konzession ein Bedarf an einer weiteren Konzession im Sinne des § 10 Abs. 1 Z 2 ApG dann nicht besteht, wenn das Kundenpotential des zum Zug kommenden Bewerbers infolge der Erteilung einer weiteren Konzession absinken und weniger als 5.500 zu versorgende Personen betragen würde.

Den genannten Erkenntnissen lagen durchwegs Sachverhaltskonstellationen zu Grunde, in denen die Mitbewerbereignschaft aus der Bewerbung mehrerer Apothekenwerber um idente oder nahezu deckungsgleiche Standorte und Betriebsstätten folgte; es handelte sich somit - im Sinne des eingangs erwähnten Erkenntnisses vom 30. August 1994, VwSlg. 14.103/A - um Mitbewerber um denselben Standort und seine Umgebung oder um einen bzw. mehrere Konzessionswerber, dessen Antrag (deren Anträge) deswegen abzuweisen gewesen wäre(n), weil er (sie) die gesetzlichen Bedarfsvoraussetzungen infolge der Erteilung der Konzession an den letztlich zum Zug kommenden Bewerber nicht mehr erfüllt (erfüllen).

Dem ist die Konstellation gleichzuhalten, in der mehrere Konzessionsverfahren anhängig sind und eine - die Erteilung einer (weiteren) Apothekenkonzession im Sinne des § 10 Abs. 3 Z 2 ApG hindernde - Verringerung des Kundenpotentials einer bestehenden Apotheke zwar nicht die Folge der Erteilung einer der angestrebten Apothekenkonzessionen, wohl aber - im Zusammenwirken damit - Folge der Erteilung einer weiteren beantragten Konzession wäre (die sodann im Hinblick auf § 10 Abs. 3 Z 2 ApG nicht erteilt werden dürfte). Auch in diesen Fällen ist das Bestehen einer Verfahrensgemeinschaft der mehreren Bewerber zu bejahen, weil - im Sinne des ersterwähnten Erkenntnisses VwSlg. 14.103/A - Ansuchen vorliegen, bei denen es im Hinblick auf die Bedarfslage ausgeschlossen ist, dass allen Bewerbern die beantragte Bewilligung erteilt werden könnte.

Im Beschwerdefall kann das Vorliegen einer solchen Konstellation - nämlich, dass das Kundenpotential der bestehenden Apotheke in Mattersburg sich zwar weder infolge der Neuerrichtung einer Apotheke in Forchtenstein alleine noch infolge der Neuerrichtung der vom Beschwerdeführer beantragten zweiten Apotheke in Mattersburg alleine verringern und weniger als 5500 Personen betragen würde, wohl aber (im Zusammenwirken) der Neuerrichtung dieser beiden Apotheken - an Hand des festgestellten Sachverhaltes nicht ausgeschlossen werden.

Mit der Frage, welcher der im vorliegenden Zusammenhang in Rede stehenden Bewerbungen (betreffend die Erteilung einer zweiten Apothekenkonzession in Mattersburg und einer Apothekenkonzession in Forchtenstein) die zeitliche

Priorität zukommt, hat sich die belangte Behörde nicht beschäftigt. Sollte es sich dabei um das Ansuchen des Beschwerdeführers handeln, so hätte sie dieses - sofern es nicht schon wegen der Bedarfssituation in Ansehung der Apotheke in Rohrbach rechtens abzuweisen wäre - in Ansehung der Bedarfssituation der (zur Zeit einzigen) Apotheke in Mattersburg ohne Bedachtnahme auf allfällige Verringerungen von deren Kundenpotential durch die allfällige Errichtung einer Apotheke in Forchtenstein prüfen müssen. Daraus folgt auch das Recht des Beschwerdeführers, am Konzessionsverfahren betreffend die Apotheke in Forchtenstein, das nach der Aktenlage im Zeitpunkt der Antragstellung des Beschwerdeführers jedenfalls nicht abgeschlossen war, beteiligt zu werden.

Dies hat die belangte Behörde verkannt, weshalb sie den angefochtenen Bescheid gleichfalls mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet hat; dieser war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

Der Ausspruch über den Kostenersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003.

Wien, am 28. Jänner 2008

Schlagworte

Verwaltungsverfahrensgemeinschaft VwRallg13

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2003100206.X00

Im RIS seit

14.02.2008

Zuletzt aktualisiert am

08.01.2013

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at