

TE Vwgh Erkenntnis 2000/2/28 98/10/0081

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.02.2000

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
40/01 Verwaltungsverfahren;
82/04 Apotheken Arzneimittel;

Norm

ApG 1907 §10 Abs1 Z2;
ApG 1907 §10 Abs2 Z3;
ApG 1907 §10 Abs4;
ApG 1907 §10 Abs5;
ApG 1907 §10 Abs6;
ApG 1907 §49 Abs1;
ApG 1907 §9 Abs2;
AVG §8;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Novak, Dr. Mizner, Dr. Bumberger und Dr. Stöberl als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Killian, über die Beschwerde der Mag.pharm. U in Purkersdorf, vertreten durch Schönherr Barfuss Torggler & Partner, Rechtsanwälte in 1014 Wien, Tuchlauben 13, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit und Konsumentenschutz vom 17. Juli 1996, Zi. 262.675/1-II/A/4/96, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Purkersdorf bzw. Gablitz (mitbeteiligte Partei: Mag.pharm. G in Enzesfeld - Lindabrunn, vertreten durch Dr. Michael Krüger, Rechtsanwalt in 4020 Linz, Marienfeldstraße 4), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen von S 12.920,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.1. Am 17. Mai 1993 beantragte die Beschwerdeführerin beim Landeshauptmann von Niederösterreich die Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit dem Standort "Stadtgemeinde Purkersdorf" und der Betriebsstätte in Purkersdorf, Linzerstraße 45. Am 1. Juni 1993 schränkte die Beschwerdeführerin

den beantragten Standort auf ein durch bestimmte Straßenzüge umschriebenes, einen Teil des Gemeindegebietes von Purkersdorf darstellendes Gebiet ein.

1.2. Am 29. Juni 1993 beantragte der Mitbeteiligte, der Landeshauptmann von Niederösterreich möge ihm "die Konzession zur Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke mit dem Standort 3003 Gablitz erteilen". Am 5. Juli 1993 nannte er als Standort das Gebiet der Katastralgemeinde Gablitz (Markt); die Betriebsstätte befindet sich in 3003 Gablitz, Dr. Franz J. Brandfellnerplatz 1.

1.3. Am 11. Jänner 1994 beantragte die Beschwerdeführerin beim Landeshauptmann von Niederösterreich die Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Gablitz mit der in Aussicht genommenen Betriebsstätte in der Hauptstraße 18 und dem Standort der Katastralgemeinde Gablitz.

1.4. Am 10. August 1994 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass "als Betriebsstätte auch die Anschrift

Friedrich Lintner-Platz 1, 3003 Gablitz, in Frage käme; dies alternativ zu der bereits im Konzessionsantrag in Aussicht genommenen Betriebsstätte in der Hauptstraße 18". Am 22. August 1994 erklärte die Beschwerdeführerin, die Erklärung vom 10. August 1994 sei als Antrag auf Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke mit dem Standort der Katastralgemeinde Gablitz und der Betriebsstätte in Friedrich Lintner-Platz 1 zu verstehen.

2. Gegen die unter 1.1. bis 1.4. genannten Anträge erhoben die Inhaber von Apotheken in Purkersdorf Einspruch, gegen die zu 1.2. und 1.3. genannten Anträge auch eine hausapothenführende Ärztin. Die Beschwerdeführerin erhob gegen den Antrag des Mitbeteiligten und dieser gegen die Anträge der Beschwerdeführerin Einspruch.

3.1. Mit Bescheid vom 5. Mai 1995 erteilte der Landeshauptmann von Niederösterreich der Beschwerdeführerin über ihren zu 1.4. bezeichneten Antrag die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit der Betriebsstätte in Gablitz, Friedrich Lintner-Platz 1 (Linzerstraße 1) und einem näher umschriebenen Standort, der einen Teil des Gemeindegebietes von Gablitz umfasst. Begründend wurde unter anderem dargelegt, die beantragte Apotheke werde weit mehr als 5.500 Personen versorgen; das Versorgungspotential der bestehenden Apotheken werde nicht unter 5.500 fallen. Hingegen seien betreffend die vom Mitbeteiligten beantragte Apotheke (vgl. 1.2.) mit der Betriebsstätte in Gablitz, Dr. Franz Brandfellnerplatz 1, die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 ApG nicht erfüllt.

3.2. Mit Bescheid vom 5. Mai 1995 wies der Landeshauptmann von Niederösterreich den zu 1.3. genannten Antrag der Beschwerdeführerin (Betriebsstätte Hauptstraße 18) ab. Begründend wurde unter anderem dargelegt, das geforderte Versorgungspotential von 5.500 Personen werde nicht erreicht.

3.3. Mit Bescheid vom 5. Mai 1995 wies der Landeshauptmann den zu 1.2. genannten Antrag des Mitbeteiligten (Betriebsstätte Dr. Franz J. Brandfellnerplatz 1) ab. Begründend wurde unter anderem dargelegt, das geforderte Versorgungspotential von 5.500 Personen werde nicht erreicht.

3.4. Mit Bescheid vom 23. August 1995 wies der Landeshauptmann den zu 1.1. genannten Antrag der Beschwerdeführerin vom 17. Mai 1993 (Betriebsstätte Linzerstraße 45) ab. Die Bedarfsvoraussetzungen lägen nicht vor, weil sich infolge der Neuerrichtung die Zahl der von der Betriebsstätte der Apotheke "Zum Schutzenkel" in Purkersdorf aus weiterhin zu versorgenden Personen verringern und weniger als 5.500 betragen werde. Es sei festzuhalten, dass "im Gemeindegebiet von Gablitz gleichzeitig drei Konzessionsansuchen für die Errichtung einer öffentlichen Apotheke gestellt" worden seien. Auf Grund der Tatsache, dass eine öffentliche Apotheke mit Betriebsstätte in Gablitz für einen Großteil der zu versorgenden Bevölkerung der Gemeinde Gablitz auf Grund der daraus resultierenden kürzeren Wegstrecke günstiger sei als eine zweite öffentliche Apotheke in Purkersdorf, sei der Beschwerdeführerin, die ebenfalls ein Konzessionsansuchen zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke in Gablitz gestellt habe, mit Bescheid vom 5. Mai 1995 die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke in Gablitz erteilt worden. Abgesehen vom mangelnden Bedarf sei die Erteilung der beantragten Konzession somit auch wegen des Kumulierungsverbotes des § 2 ApG ausgeschlossen.

4.1. Die Beschwerdeführerin erhob Berufung gegen die zu 3.2. und 3.4. genannten Bescheide.

4.2. Der Mitbeteiligte und die Inhaberin der Apotheke "Zum Schutzenkel" in Purkersdorf erhoben Berufung gegen den zu 3.1. genannten Bescheid.

4.3. Der Mitbeteiligte erhab Berufung gegen den zu 3.3. genannten Bescheid.

5.1. Die belangte Behörde führte ein ergänzendes Ermittlungsverfahren durch; unter anderem holte sie ergänzend Befund und Gutachten der Apothekerkammer ein. Diese legte (zusammengefasst) dar, für das Einzugsgebiet "Großraum Gablitz" seien vier Konzessionsverfahren anhängig; es sei aber (unter Gesichtspunkten des § 10 Abs. 2 Z. 1 bis 3 ApG) nur Bedarf nach einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke. Das Vorliegen der Bedarfsvoraussetzungen sei (auf Grund des näher dargelegten, jeweils gesondert erhobenen Befundes) bei einer von der jeweils geplanten Betriebsstätte ausgehenden Ermittlung des Versorgungspotentials der beteiligten Apotheken für jede der vier beantragten Apotheken zu bejahen.

6.1. Mit Spruchpunkt 1 des angefochtenen Bescheides wies die belangte Behörde die Berufung der Beschwerdeführerin gegen den zu

3.4. erwähnten Bescheid ab. Begründend wurde hiezu nach Wiedergabe des Verfahrensgeschehens unter anderem dargelegt, die sachlichen Voraussetzungen der Konzessionerteilung seien gegeben. Es sei gesichert, dass die im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer genannten zu versorgenden Personen für die beantragte öffentliche Apotheke vorhanden wären und auch der Nachbarapotheke in Purkersdorf die gesetzlich geforderte ausreichende Personenanzahl weiterhin zur Verfügung stünde. Jedoch ergäben sich in der sachlichen Betrachtung der Gemeinden Purkersdorf und Gablitz sonstige erhebliche Unterschiede für die Bedarfsfrage. Der Großteil der zu versorgenden Personen bestehe aus der Wohnbevölkerung von Gablitz. Aus einem städtebaulichen Gutachten ergebe sich, dass "für Gablitz selbst sich die Wohnbevölkerung rund um das sogenannte Ortszentrum rekrutiert", und daher eine Betriebsstätte, die von diesem Zentrum weiter entfernt sei, für die Nahversorgung, die das Apothekengesetz im Auge habe, nicht von Vorteil sei. Auch für die Purkersdorfer Bevölkerung ergebe sich kein Vorteil, weil die Arzneimittelversorgung einerseits schon bisher von der bestehenden öffentlichen Apotheke in Purkersdorf wahrgenommen werde und kaum anzunehmen sei, dass sich die Purkersdorfer Bevölkerung gegen den Verkehrsstrom Richtung Wien in Richtung Gablitz an die Gemeindegrenze zur beantragten Betriebsstätte bewegen werde. Es sei somit einer Betriebsstätte in Gablitz der Vorzug zu geben. Die in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entwickelte Prioritätsregel sei hier nicht anzuwenden, weil die beantragten Standorte in verschiedenen Gemeinden gelegen seien. Die Gemeinde stelle einen wesentlichen Anknüpfungspunkt bei der Bedarfsprüfung dar, wie sich aus §§ 10 Abs. 1 und 9 Abs. 2 ApG ergebe. Für das gemeinsame Versorgungsgebiet zweier Gemeinden könne daher die Prioritätsregel nicht zur Anwendung gelangen. Es würde der Intention des Apothekengesetzes einer gleichmäßigen Verteilung von Apotheken geradezu widersprechen, für Purkersdorf zwei öffentliche Apotheken vorzusehen, um den bestehenden Bedarf in Gablitz zu decken, für Gablitz aber dadurch eine öffentliche Apotheke auszuschließen.

6.2. Mit Spruchpunkt 2 des angefochtenen Bescheides gab die belangte Behörde der Berufung des Mitbeteiligten gegen den zu 3.3. erwähnten Bescheid Folge und erteilte dem Mitbeteiligten die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Gablitz mit der in Aussicht genommenen Betriebsstätte Dr. Franz J. Brandfellnerplatz 1 und einem näher umschriebenen Standort im Gemeindegebiet von Gablitz. Mit Spruchpunkt 3 wurden die gegen den Antrag des Mitbeteiligten erhobenen Einsprüche ab- bzw. zurückgewiesen. Begründend wurde nach Wiedergabe des Verfahrensgeschehens dargelegt, die beantragte Apotheke werde 4.014 ständige Einwohner der Gemeinde Gablitz und 827 Zweitwohnungsbesitzer versorgen. Auch seien die 58.000 Nächtigungen ein Indiz für regen Fremdenverkehr und als Bedarfssfaktor zu berücksichtigen. Ferner sei der Baubeginn von 26 Wohneinheiten gesichert. Es stehe fest, "dass bei einer Gesamtzahl von

4.841 Einwohnern aus Gablitz, resultierend aus 4.014 ständigen Einwohnern und auch nur 827 Zweitwohnungsbewohnern bei bloßer Hälfteanrechnung die optimale Arzneimittelversorgung im Sinne der Nahversorgung dieser Bevölkerung nach den Intentionen des Apothekengesetzes Vorrang genießt". Nach dem städtebaulichen Gutachten wohnten 70 % der Gablitzer Bevölkerung innerhalb von einem Kilometer Entfernung vom "primären Zentrum", in dem sich auch die beantragte Betriebsstätte befindet, und innerhalb von 2 km 95 % der Gesamtbevölkerung von Gablitz. Dies bilde eindeutig ein Argument dafür, dass sich eine öffentliche Apotheke in Gablitz selbst, insbesondere vorteilhafterweise im alten Ortszentrum von Gablitz, zu etablieren habe und nicht in einer Nachbargemeinde, in der zum einen sich bereits eine öffentliche Apotheke befindet, und zum anderen die gesamte Gablitzer Bevölkerung gezwungen wäre, sich in ein anderes Gemeindegebiet zur Arzneimittelversorgung zu begeben. Auch die von der Beschwerdeführerin zu 1.1. beantragte Apotheke mit der Betriebsstätte in der Linzerstraße 45 hätte

hauptsächlich die ständigen Einwohner der Gemeinde Gablitz und auch deren Zweitwohnungsbewohner zu versorgen. Diesfalls sei aber aus den oben genannten Gründen auf jeden Fall eine öffentliche Apotheke in Gablitz selbst nicht nur gerechtfertigt, sondern auch unumgänglich notwendig. Es sei daher dem Ansuchen um eine öffentlichen Apotheke in Gablitz aus sachlichen Gründen der Vorzug zu geben. Gemäß dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. August 1994, 90/10/0129, seien die vier verschiedenen Verfahren miteinander zu verbinden, zumal die Bewilligung einer Konzession zwangsläufig zur Abweisung der drei übrigen Anträge führe. Bei der Betrachtung, ob eine Konzession für Purkersdorf oder für Gablitz zu erteilen sei, ergäben sich die oben genannten sachlichen Differenzierungen. Eine sachliche Differenzierung ergebe sich auch für den Spruchpunkt 6, weil die Betriebsstätte

Friedrich Lintner-Platz 1 ähnlich wie die Betriebsstätte in Purkersdorf für die eigentliche zu versorgende Bevölkerung von Gablitz im Vergleich wesentlich ungünstiger liege als eine der beantragten Betriebsstätten in Gablitz im primären alten Ortskern. Bei der Bewertung, welchem Konzessionswerber die Apothekenkonzession in Gablitz-Ortsmitte zu erteilen sei, sei die oben genannte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes maßgeblich. Insoweit entscheide die zeitliche Priorität; es sei unbestritten, dass das Konzessionsansuchen des Mitbeteiligten vor jenem der Beschwerdeführerin eingebracht worden sei.

6.3. Mit Spruchpunkt 5 des angefochtenen Bescheides wies die belangte Behörde die Berufung der Beschwerdeführerin gegen den zu

3.2. erwähnten Bescheid ab. Begründend wurde nach Wiedergabe des Verfahrensgeschehens insbesondere dargelegt, die Betriebsstätte Hauptstraße 18 sei praktisch ident mit der Betriebsstätte des Mitbeteiligten Dr. Franz J. Brandfellnerplatz 1. Die Bedarfsfrage sei daher vollkommen gleich zu lösen wie unter Spruchpunkt 2. Die Bedarfsvoraussetzungen nach § 10 ApG seien auch hier gegeben. Mangels der Möglichkeit einer sachlichen Differenzierung auf Grund der Lage der Betriebsstätten sei nach Maßgabe der (zeitlichen) Priorität dem Ansuchen des Mitbeteiligten der Vorzug zu geben.

6.4. Mit Spruchpunkt 6 des angefochtenen Bescheides gab die belangte Behörde den Berufungen des Mitbeteiligten und der Inhaberin der Apotheke "Zum Schutzengel" in Purkersdorf gegen den zu 3.1. erwähnten Bescheid Folge, behob den Bescheid und wies den zu 1.4. erwähnten Antrag der Beschwerdeführerin ab. Begründend wurde nach Wiedergabe des Verfahrensgeschehens dargelegt, das hauptsächliche Versorgungspotential für die neu zu errichtende Apotheke bestehe zur Gänze aus der ständigen Wohnbevölkerung von Gablitz, und zwar 4.014 Personen. Lediglich 520 Personen aus dem Randbereich von Purkersdorf hätten es näher zur neu zu errichtenden Apotheke als zur bestehenden öffentlichen Apotheke in Purkersdorf. Maßgeblich für die Entscheidung sei der Umstand, dass ganz Gablitz von einer Apothekenbetriebsstätte aus zu versorgen sein würde, die am Ortsrand von Gablitz in Richtung Purkersdorf liege. Nach dem städtebaulichen Gutachten sei eine Apotheke am Ortsrand nicht geeignet, die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung von Gablitz in der Weise wahrzunehmen wie eine Apotheke im alten primären Zentrum. Wenn am Ortsrand lediglich 11 Betriebe etabliert und in 1 km Entfernung nur 10 % der Bevölkerung von Gablitz wohnhaft seien, im Vergleich zum alten Zentrum jedoch in einer Entfernung von 1 km 70 % der Bevölkerung, weiters eine Apotheke am Ortsrand nur mittels PKW oder öffentlichen Verkehrsmittel, eine Apotheke im alten primären Zentrum jedoch unmittelbar fußläufig erreichbar sei, so ergebe sich eindeutig, dass aus sachlichen Gründen die Bedarfsfrage für die unter Spruchpunkt 2 genannte Betriebsstätte eher zu bejahen sei als für die gegenständliche Betriebsstätte. Generell sei festzustellen, dass die Anzahl an zu versorgenden Personen von 5.500 auf Grund der vorliegenden Ermittlungsergebnisse wohl gegeben sei, jedoch im Sinne der Nahversorgungsfunktion einer öffentlichen Apotheke und der wesentlich leichteren Erreichbarkeit für einen Großteil der Gablitzer Bevölkerung die Lage der Betriebsstätte einen wesentlichen Faktor für die Entscheidung bilde. Abgesehen von den sachlichen Unterschieden infolge der verschiedenen Betriebsstätten ergebe sich weiters eindeutig, dass das Ansuchen des Mitbeteiligten vom 29. Juli 1993 gegenüber dem Ansuchen der Beschwerdeführerin vom 22. August 1994 Priorität genieße.

7. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend macht. Die Beschwerdeführerin erachtet sich im Recht auf Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke und auf Nichterteilung der Konzession an ihren zeitlich nachgereichten Konkurrenten verletzt.

8. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die mitbeteiligte Partei eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

9. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

9.1. Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 2. März 1998, G 37/97-47 u.a., in § 10 des Apothekengesetzes, RGBI. Nr. 5/1907, in der Fassung der Apothekengesetz-Novelle 1990, BGBI. Nr. 362 (ApG) im Abs. 2 die Z. 1, den Abs. 3 zur Gänze und im Abs. 5 die Wortfolge "3 oder" als verfassungswidrig aufgehoben. Der Verfassungsgerichtshof sprach aus, dass die verfassungswidrigen Vorschriften nicht mehr anzuwenden sind; frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Wirksamkeit.

Die vorliegende Beschwerdesache bildete einen Anlassfall im Sinne des Art. 140 Abs. 7 B-VG. Gemäß Art. 140 Abs. 7 B-VG ist eine vom Verfassungsgerichtshof aufgehobene Vorschrift im Anlassfall nicht mehr anzuwenden. Der Verwaltungsgerichtshof hat daher den angefochtenen Bescheid so zu beurteilen, als ob im Zeitpunkt seiner Erlassung die aufgehobenen Vorschriften nicht gegolten hätten.

Dies ist im vorliegenden Zusammenhang insofern von Bedeutung, als der Begriff des "Mitbewerbers" um eine Apothekenkonzession auf Grund der durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes bereinigten Rechtslage zu erfassen ist. Danach sind als Mitbewerber jene Bewerber um eine Apothekenkonzession anzusehen, deren Anträge im Hinblick auf ein Überschreiten 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 insofern nicht besteht, als die Erteilung einer weiteren Konzession ein Absinken des Potentials des zum Zug kommenden Bewerbers im Sinne des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG unter die Zahl von 5.500 zu versorgende Personen zur Folge hätte (vgl. die Erkenntnisse vom 15. Februar 1999, 98/10/0356, und vom 31. Jänner 2000, 98/10/0084, 0087).

9.2. Die belangte Behörde geht - im Beschwerdeverfahren unwidersprochen - davon aus, dass hier eine solche Konstellation vorliege; in der Begründung zum Spruchpunkt 2 des angefochtenen Bescheides legt sie dar, dass die Erteilung einer Konzession (über einen der verschiedenen Anträge) "zwangsläufig" - offenbar wegen Absinkens des Versorgungspotentials des zum Zug gekommenen Bewerbers unter 5.500 zu versorgende Personen bei Errichtung einer weiteren beantragten Apotheke - zur Abweisung der übrigen Anträge führe.

Davon gehen erkennbar auch die Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligte aus, die für sich jeweils die Stellung als Mitbewerber im über die verschiedenen Anträge gemeinsam geführten Verfahren in Anspruch genommen haben.

9.3. Der Verwaltungsgerichtshof vertritt ferner seit dem Erkenntnis vom 30. August 1994, Slg. 14.103/A, in nunmehr bereits 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, die Priorität des Einlangens ihres Konzessionsantrages bei der Behörde entscheidet (vgl. auch hiezu die oben bereits erwähnten Erkenntnisse vom 15. Februar 1999 und 31. Jänner 2000).

9.4. Es ist nicht strittig, dass die Priorität des Einlangens im Beschwerdefall dem am 17. Mai 1993 bei der Behörde eingelangten Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke mit dem Standort "Stadtgemeinde Purkersdorf" und der Betriebsstätte in Purkersdorf, Linzerstraße 45, zukam (vgl. oben 1.1., 3.4., 6.1.).

9.5. In der Frage der sachlichen Voraussetzungen vertrat die belangte Behörde zu dem unter 9.4. erwähnten Antrag die Auffassung, diese seien gegeben; insbesondere sei gesichert, dass der Nachbarapotheke in Purkersdorf "Zum Schutzen" die gesetzlich geforderte ausreichende Personenanzahl weiterhin zur Verfügung stünde. Davon ausgehend wäre die Sache (eine mängelfreie Ermittlung dieser Sachverhaltsgrundlage vorausgesetzt) in Richtung der Erteilung der Konzession an die Beschwerdeführerin über deren zu

1.1. genannten Antrag, dem die Priorität des Einlangens bei der Behörde zukam, und der Abweisung aller anderen Anträge spruchreif gewesen.

9.6. Für die Auffassung der belangten Behörde, die in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entwickelte Prioritätsregel sei hier nicht anzuwenden, weil die beantragten Standorte in verschiedenen Gemeinden liegen, ist dem Gesetz keine Grundlage zu entnehmen. Zur Begründung dieser Auffassung beruft sich die belangte Behörde auf § 9 Abs. 2 ApG, wonach als Standort der Apotheke eine Gemeinde, eine Ortschaft, ein Stadtbezirk oder ein Teil eines solchen Gebietes zu bestimmen sei, und auf § 10 Abs. 1 Z. 1 ApG, wonach die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen sei, wenn in der Gemeinde des Standortes der öffentlichen Apotheke ein Arzt seinen

ständigen Berufssitz hat. Diese Regelungen können aber in keiner Weise als Beleg dafür dienen, dass es dem Gesetzgeber in der Frage der Auswahl zwischen konkurrierenden Bewerbern um eine Apothekenkonzession auf "gemeindebezogene" Gesichtspunkte angekommen wäre. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt darauf hingewiesen, dass das Gesetz für die Bedarfsermittlung nicht auf die Gemeindegrenzen bzw. auf die Versorgung durch eine in einer bestimmten Gemeinde gelegene Apotheke anknüpft (vgl. z.B. die Erkenntnisse vom 15. Dezember 1988, 86/08/0174, und vom 26. September 1994, 92/10/0459). Der belannten Behörde ist somit nicht in ihrer Auffassung zu folgen, wonach die in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entwickelte Prioritätsregel wegen der Lage der beantragten Standorte in verschiedenen Gemeinden nicht anzuwenden wäre.

9.7. Die Darlegungen des angefochtenen Bescheides, wonach sich "eine öffentliche Apotheke in Gablitz selbst, insbesondere vorteilhafterweise im alten Ortszentrum von Gablitz, zu etablieren habe und nicht in einer Nachbargemeinde", gehen zum einen von der - nach dem Gesagten im Gesetz keine Grundlage findenden - Auffassung aus, der Behörde sei die Aufgabe gestellt, den für die Versorgung der Einwohner einer bestimmten Gemeinde "günstigsten" Standort zu finden oder wenigstens bei der Auswahl zwischen mehreren Bewerbern nach Gesichtspunkten der Versorgung der Einwohner einer bestimmten Gemeinde vorzugehen. Für diese Auffassung fehlt aber - sowohl was die Bezugnahme auf die Einwohner einer bestimmten Gemeinde als auch die Heranziehung von Gesichtspunkten der Optimierung der Versorgung im Allgemeinen betrifft - eine Grundlage im Gesetz. Ebensowenig können dem Gesetz Anhaltspunkte für eine dem Determinierungsgebot des B-VG entsprechende Regelung eines Maßstabes entnommen werden, der bei der belannten Behörde offenbar als Auswahlkriterium vorschwebenden "Standortoptimierung" anzulegen wäre.

9.8. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 30. September 1994, Slg. 14.103/A, dargelegt, dass sich die zeitliche Priorität als das dem ApG jedenfalls seit dem Inkrafttreten von B-VG und AVG innenwohnende Kriterium für eine rasche und einfache Entscheidung bei gegebener Bewerbermehrheit erweist, das dem Antragsteller, in dessen Hand die Initiative zur Allokation der neuen öffentlichen Apotheke liege, eine positive Entscheidung gewährleistet, auf die er bei Erfüllung aller gesetzlichen Voraussetzungen vertrauen darf und einen Rechtsanspruch hat.

An dieser Auffassung ist auch unter den Umständen des Beschwerdefalles festzuhalten.

Der nicht an der zeitlichen Priorität orientierte, sondern ohne hinreichende gesetzliche Grundlage andere Auswahlkriterien zugrunde legende angefochtene Bescheid war daher wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

10. Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. Nr. 416/1994.

Wien, am 28. Februar 2000

Schlagworte

Verfahrensgrundsätze im Anwendungsbereich des AVG Allgemein VwRallg10/1

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2000:1998100081.X00

Im RIS seit

11.07.2001

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