jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 1994/8/30 90/10/0129

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 30.08.1994

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);
10/10 Grundrechte;
40/01 Verwaltungsverfahren;
82/04 Apotheken Arzneimittel;

Norm

ApG 1907 §10 idF 1984/502;
ApG 1907 §29 Abs4 idF 1984/502;
ApG 1907 §29 Abs4;
ApG 1907 §29 Abs5 idF 1984/502;
ApG 1907 §29 Abs5;
ApG 1907 §3 idF 1984/502;
ApG 1907 §48 Abs2 idF 1984/502;
ApG 1907 §48 Abs2;
ApG 1907 §49 Abs1 idF 1984/502;
ApG 1907 §51 Abs1 idF 1984/502;
ApG 1907 §51 Abs3 idF 1984/502;
ApG 1907 §51 Abs3;
AVG §63 Abs1;
AVG §8;
B-VG Art18 Abs1;
B-VG Art7 Abs1;
StGG Art6 Abs1;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde der Mag. G in W, vertreten durch Dr. V, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit und öffentlicher Dienst vom 11. Juni 1990, Zl. 562.139/3-VI/14a/90, betreffend Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in W an einen Mitbewerber (mitbeteiligte Partei: Mag. S in W, vertreten durch Dr. E, Rechtsanwalt in W), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund (Bundesminister für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz) Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- und dem Mitbeteiligten Aufwendungen in der Höhe von S 13.070,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.1. Mit Spruchpunkt I des Bescheides vom 13. Februar 1990 erteilte der Landeshauptmann von Wien der Beschwerdeführerin gemäß den §§ 9 und 51 des Apothekengesetzes, RGBl. Nr. 5/1907 in der Fassung BGBl. Nr. 502/1984 (im folgenden: ApG), die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in Wien 23, Draschegründe, Kolbegasse 44, unter Festsetzung eines im einzelnen umschriebenen Standortes.

Gleichzeitig wurde der Gesellschaftsvertrag vom 17. Februar 1986, der einen Bestandteil dieses Bescheides bildet, gemäß § 12 Abs. 4 ApG genehmigt.

Ferner wurden die Apothekenkonzessionstaxe (unter Bezugnahme auf § 52 Abs. 4 ApG - richtig wohl: § 51 Abs. 4 ApG) und Verwaltungsabgaben vorgeschrieben.

Mit Spruchpunkt II des Bescheides wurden Einsprüche von Nachbarapothekern abgewiesen.

Nach Spruchpunkt III wurde dem Mitbeteiligten gemäß §§ 9 und 51 im Zusammenhalt mit § 10 Abs. 1 Z. 2 ApG die Erteilung der Konzession zum selbständigen Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke mit dem unter Spruchpunkt I genannten und identen Standort "mangels an Bedarf verweigert".

Die ausführliche Begründung des Bescheides in der Frage des Bedarfes und der Existenzgefährdung zusammenfassend wurde das Bestehen eines zwingenden Bedarfes der Bevölkerung an der Errichtung einer neuen Apotheke auf den Draschegründen gemäß § 10 Abs. 4 ApG festgestellt.

Zu den Spruchpunkten I und III heißt es in der Begründung, für die Erteilung dieser EINEN Konzession seien zwei im wesentlichen gleichwertige Bewerber vorhanden, weshalb die Behörde auszuwählen gehabt habe, welcher der Bewerber ihr nach der Sachlage als der geeignetere erscheine. Die Behörde habe sich für die Beschwerdeführerin entschieden, da sie eine wesentlich längere Dienstzeit aufweise, mehr als 6 Jahre als Leiterin der Anstaltsapotheke im Psychiatrischen Krankenhaus der Stadt Wien - Baumgartner Höhe tätig gewesen sei und daher mehr Berufserfahrung in der Leitung einer Apotheke besitze als der Mitbewerber, der bisher nur fallweise als Urlaubsvertreter eine Apotheke geleitet habe. Sie habe weiters bereits im Mai 1987 ein Konzept für den Betrieb der neu zu errichtenden Apotheke ausgearbeitet und dem Bezirksvorsteher für den

23. Bezirk vorgelegt. Aus dem Schreiben der Landesgeschäftsstelle Wien der Österreichischen Apothekerkammer gehe hervor, daß dieses Konzept die Erfahrung erkennen lasse, die sie sich als Apothekenleiterin erworben habe. Da somit die im Apothekengesetz geforderten persönlichen und fachlichen Voraussetzungen der Beschwerdeführerin erfüllt seien, ein zwingender Bedarf bestehe und die Einsprüche der Inhaber der Nachbarapotheken nicht berechtigt seien, habe die Konzession an die Beschwerdeführerin erteilt werden können.

Das Konzessionsansuchen des Mitbeteiligten habe daher wegen mangelnden Bedarfes abgewiesen werden müssen.

Gegen diesen Bescheid erhob der Mitbeteiligte Berufung und brachte vor, die Behörde erster Instanz habe es unterlassen, seine Qualifikation und die seiner Mitbewerberin nach den gesetzlichen Kriterien zu prüfen. Der Mitbeteiligte habe 17 Jahre Berufserfahrung in einer öffentlichen Apotheke, 10 Jahre davon als stellvertretender Leiter. Er habe mitverantwortlich das Apothekenunternehmen geführt, in dem der gesamte Bereich der Pharmazie, einschließlich des Herstellens von magistralen Zubereitungen etc. bei einem durchschnittlichen Kundenverkehr von 300 bis 400 Personen täglich abgewickelt worden sei. Er habe im Volldienst inklusive Nachtdienst gearbeitet. Die Beschwerdeführerin hingegen habe hauptsächlich Erfahrung in einer Anstaltsapotheke. Anstaltsapotheken seien Verwaltungsstellen für die Abwicklung von Großbestellungen der Anstalten mit spezifisch klinischem Bedarf ohne Patienten- bzw. Parteienverkehr, ohne Nachtdienst und ohne Verpflichtung zur Beurteilung und Entscheidung in Notfällen (§ 4 Abs. 5 RezeptpflichtG). Überdies sei die Beschwerdeführerin 64 Jahre alt und seit 4 Jahren bereits in Pension.

1.2. Mit Bescheid vom 11. Juni 1990 gab der Bundesminister für Gesundheit und öffentlicher Dienst im Spruchpunkt I

der Berufung des Mitbeteiligten Folge und änderte den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien in der Weise ab, daß dem Mitbeteiligten die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Wien 23, Draschegründe, mit einem im einzelnen bestimmten Standort erteilt werde, wobei als Betriebsstättenadresse 1230 Wien, Kolbegasse 44, in Aussicht genommen sei.

Im Spruchpunkt II wurde für die Erteilung der Konzession die Verpflichtung zur Entrichtung bestimmter Abgaben und Gebühren sowie der Konzessionstaxe ausgesprochen.

Gemäß Spruchpunkt III wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke im selben Standort und mit derselben Betriebsstätte gemäß § 66 Abs. 4 AVG in Verbindung mit §§ 10, 3 und 51 ApG abgewiesen.

Nach Spruchpunkt IV wurde dem Gesellschaftsvertrag vom 17. Februar 1986 zwischen der Beschwerdeführerin und Mag. U die Zustimmung gemäß § 12 ApG versagt.

Gemäß Spruchpunkt V bleibe im übrigen der Bescheid des Landeshauptmannes von Wien als unbekämpft aufrecht.

Nach der Begründung dieses Bescheides sei der zwingende Bedarf nach der beantragten Apotheke unbestritten. Hinsichtlich dieses Teiles des Bescheides des Landeshauptmannes erfolge keine Abänderung, da die sachlichen Voraussetzungen für die Konzessionserteilung vorlägen und der Bescheid auch nicht angefochten worden sei.

Der Verwaltungsgerichtshof habe in seinem Erkenntnis vom 16. März 1909, Budw. 6611/A, festgestellt, daß die Behörde bei mehreren Gesuchen um eine Apothekenkonzession für denselben Standort denjenigen unter den entsprechend qualifizierten Bewerbern zu wählen habe, der ihr nach der Sachlage am geeignetsten erscheine.

Nach dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer seien beide Konzessionswerber geeignet, eine öffentliche Apotheke zu betreiben. Beide Konzessionswerber erfüllten die im § 3 Abs. 1 und 2 ApG genannten Bedingungen. Weitere Kriterien zur Beurteilung, welcher Bewerber der geeignetste sei, seien dem Apothekengesetz nicht zu entnehmen. Daher müsse die Behörde nach ihrem Ermessen entscheiden, welchen sie als den geeigneteren ansehe. Dabei habe die Behörde den Sachverhalt in den für ihre Ermessensübung maßgeblichen Punkten in einem Ermittlungsverfahren klarzustellen. Die Sachverhaltsermittlung habe sich am Sinn des Gesetzes, welches das Ermessen einräume, zu orientieren. Unter dem "Sinn des Gesetzes" sei nur der Sinn der jeweils anzuwendenden Rechtsnorm, nicht aber etwa der Geist der gesamten Rechtsordnung zu verstehen (VwSlg. 1573 A/1950).

Sinn des Apothekengesetzes sei die Gewährleistung der bestmöglichen Arzneimittelversorgung Österreichs, in erster Linie durch pharmazeutisch geschultes Personal. Dabei ergebe sich weiters aus § 3 ApG, daß für die eigenverantwortliche und selbständige Führung eines Apothekenbetriebes noch zusätzlich besondere Qualifikationen und Erfahrungen sowie körperliche und gesundheitliche Eignung als erforderlich angesehen würden. Wenn nun bei den verschiedenen Bewerbern die im Gesetz aufgezählten Eigenschaften in verschieden großem Ausmaß vorlägen, so müsse die Behörde demjenigen die Konzession erteilen, der im höheren Maß den Anforderungen entspreche.

Die Erfahrung des Mitbeteiligten, die dieser in jahrelanger Tätigkeit in öffentlichen Apotheken gewonnen habe, wiege schwerer als die Erfahrung, die die Beschwerdeführerin fast ausschließlich in Anstaltsapotheken habe machen können. Zuletzt müsse im Zusammenhang mit der körperlichen und gesundheitlichen Eignung auch das Alter berücksichtigt werden, wobei auch hier der Unterschied zwischen beiden Bewerbern - der Mitbeteiligte sei im Jänner 1939, die Beschwerdeführerin im August 1926 geboren - zugunsten des Mitbeteiligten zu werten sei. Aus der von der Beschwerdeführerin vorgelegten Dienstzeitbestätigung gehe jedenfalls eindeutig hervor, daß sie - wenn überhaupt - nur mehr in sehr eingeschränktem Ausmaß in einer Apotheke tätig sei bzw. tätig sein möchte. Das vom Landeshauptmann zugunsten der Beschwerdeführerin ins Treffen geführte "Konzept für den Betrieb der Apotheke Inzersdorf" vom 12. Mai 1987 lasse keinerlei Schluß zu, daß sie die geeignetere Bewerberin sei. In dem Konzept seien letztlich nur Absichtserklärungen enthalten, die einschlägigen Vorschriften betreffend die Errichtung und den ordnungsgemäßen Betrieb einer Apotheke einhalten zu wollen. Dies werde aber von beiden Bewerbern als selbstverständlich angenommen. Somit sehe der Bundesminister für Gesundheit und öffentlicher Dienst den Mitbeteiligten als den geeigneteren Bewerber an, den Betrieb der beantragten Apotheke in Wien 23 zu führen.

1.3. Gegen diesen Bescheid wendet sich die vorliegende Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden. Die Beschwerdeführerin erachtet sich in ihrem mit dem erstinstanzlichen Bescheid zuerkannten Recht auf

Ausübung der ihr erteilten Apothekenkonzession sowie auch in ihrem nach dem AVG zustehenden Recht auf Ausschließlichkeit ihrer Parteistellung in einem Apothekenkonzessionsverfahren verletzt.

1.4. Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete eine Gegenschrift. Auch der Mitbeteiligte brachte eine Gegenschrift ein.

2.0. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1. § 3 ApG in der hier anzuwendenden Fassung BGBl. Nr. 502/1984 (VOR der ApGNov 1990), betreffend die persönliche

Eignung des Konzessionswerbers, lautete auszugsweise:

"(1) Zur Erlangung der Berechtigung zum selbständigen

Betrieb einer öffentlichen Apotheke ist erforderlich:

1.

die österreichische Staatsbürgerschaft;

2.

die Eigenberechtigung;

3.

der an einer Universität in der Republik Österreich erworbene akademische Grad eines Magisters der Pharmazie oder ein gleichartiger im Ausland erworbener und in Österreich nostrifizierter akademischer Grad;

4.

die Vertretungsberechtigung auf Grund der praktischen Ausbildung als Aspirant der Pharmazie und der hierüber erfolgreich abgelegten Prüfung für den Apothekerberuf gemäß § 3a;

5.

die Leitungsberechtigung auf Grund einer nach Erfüllung der in Z. 3 und 4 angeführten Erfordernisse zurückgelegten fachlichen Tätigkeit der in Abs. 2 bis 4 bezeichneten Art und Dauer;

6.

die Verläßlichkeit mit Beziehung auf den Betrieb einer Apotheke. Hiebei ist die körperliche und gesundheitliche Eignung durch ein amtsärztliches Zeugnis nachzuweisen.

(2) ..."

§ 3 Abs. 6 und 7 ApG enthalten bestimmte Ausschlußgründe.

§ 2 ApG enthält ein Kumulierungsverbot, demzufolge niemand mehr

als eine Konzession zum Betriebe einer öffentlichen Apotheke besitzen oder den Betrieb von mehr als einer öffentlichen Apotheke selbst führen darf.

Gemäß § 9 Abs. 1 ApG ist der Betrieb einer öffentlichen Apotheke, welche nicht auf einem Realrechte beruht (radizierte, verkäufliche Apotheken), nur auf Grund einer besonderen behördlichen Bewilligung (Konzession) zulässig.

§ 10 ApG betrifft die sachlichen Voraussetzungen der Konzessionserteilung und bestimmte in der Fassung BGBl. Nr. 502/1984 auszugsweise:

"(1) Die Konzession für eine neu zu errichtende Apotheke ist zu erteilen, wenn

1.

in der Gemeinde des Standortes der Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat,

2.

ein Bedarf für eine Apotheke besteht und

3.

durch die Neuerrichtung die Existenzfähigkeit bestehender öffentlicher Apotheken nicht gefährdet wird.

...

(4) Besteht ein zwingender Bedarf der Bevölkerung nach Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke, so ist die Konzession trotz Gefährdung der Existenzfähigkeit einer bestehenden öffentlichen Apotheke zu erteilen."

Gemäß § 48 Abs. 1 ApG hat der Landeshauptmann die Bewerbung um die Bewilligung für eine neue öffentliche Apotheke in der für amtliche Bekanntmachungen bestimmten Zeitung zu verlautbaren.

§ 48 Abs. 2 ApG in der Fassung BGBl. Nr. 502/1984 lautete:

"(2) In diese Verlautbarung ist eine Bestimmung aufzunehmen, daß die Inhaber von öffentlichen Apotheken, welche den Bedarf an der neuen öffentlichen Apotheke als nicht gegeben oder die Existenzfähigkeit ihrer Apotheke durch die Errichtung der neuen Apotheke gemäß § 10 als gefährdet erachten, etwaige Einsprüche gegen die Neuerrichtung innerhalb längstens sechs Wochen, vom Tage der Verlautbarung an gerechnet, bei der Bezirksverwaltungsbehörde, in deren Bezirk der Standort der neuen öffentlichen Apotheke in Aussicht genommen ist, geltend machen können, daß später einlangende Einsprüche aber nicht in Betracht gezogen werden."

Gemäß § 49 Abs. 1 ApG hat der Landeshauptmann jedes Gesuch um die Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke, welches nicht im Sinne der Bestimmungen des § 47 ohne weiteres Verfahren zurückgewiesen worden ist, ungesäumt an die politische Behörde erster Instanz, in deren Bezirk der Standort der Apotheke gelegen oder in Aussicht genommen ist, zu leiten. Die letztere Behörde hat sämtliche für die Entscheidung maßgebenden Verhältnisse ohne Verzug von Amts wegen zu erheben.

§ 51 ApG lautete in der Fassung vor der Novelle 1990 auszugsweise:

"(1) Über Gesuche um die Erteilung der Konzession zum Betriebe einer öffentlichen Apotheke entscheidet die politische Landesbehörde, in deren Verwaltungsgebiet der Standort der Apotheke gelegen oder in Aussicht genommen ist.

(2) ...

(3) Gegen die Entscheidung der Landesbehörden, mit welcher die Konzession zum selbständigen Betriebe einer Apotheke verweigert wird, steht dem Gesuchsteller, gegen die Erteilung der Konzession aber denjenigen Inhabern öffentlicher Apotheken, welche gemäß § 48, zweiter Absatz, rechtzeitig einen Einspruch erhoben haben, die Berufung an das Ministerium des Inneren" (Bundesminister für Gesundheit und öffentlicher Dienst) "zu. Die Entscheidungen sind ohne allen Verzug zu treffen.

..."

2.2.1. In der Beschwerde wird zunächst ausgeführt, der Mitbeteiligte habe am 27. November 1985 beim Landeshauptmann von Wien die Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Wien 23 beantragt. Die Beschwerdeführerin habe ihren Antrag auf Konzessionserteilung für dieselbe in Aussicht genommene Betriebsstätte mit praktisch identem Standort am 17. Jänner 1986 - und zwar noch vor der Kundmachung des Konzessionsansuchens des Mitbeteiligten - beim Landeshauptmann eingebracht.

Die belangte Behörde habe dem Mitbeteiligten zu Unrecht Parteistellung in dem über Antrag der Beschwerdeführerin durchgeführten Verfahren eingeräumt, da das Institut der Verwaltungsverfahrensgemeinschaft dem österreichischen Verwaltungsverfahrensrecht fremd sei. Aus dem Apothekengesetz könne ein Recht auf Teilnahme am Verwaltungsverfahren über den Antrag eines Mitbewerbers bei konkurrierenden Anträgen nicht abgeleitet werden. Dementsprechend sei auch die Rechtsprechung nicht einheitlich; die Erkenntnisse, die den konkurrierenden Bewerbern die Parteistellung zu- oder absprächen, hielten einander in etwa die Waage.

In die Serie dieser Erkenntnisse fügten sich allerdings als zeitlich letzte die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 5. Oktober 1986, Zl. 86/03/0135, vom 14. Mai 1986, Zl. 86/03/0054, und vom 23. März 1988, Zl. 87/03/0271, in denen es um die Bedarfsprüfung im Rahmen des Kraftfahrliniengesetzes gehe; auch dort schließe die Erteilung der Konzession an einen der Bewerber nach der Gesetzeslage die Erteilung einer weiteren Konzession mangels Bedarfes aus. In diesen Erkenntnissen habe der Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich ausgesprochen, daß mangels gesetzlicher Regelung - wie auch im ApG - die Parteistellung eines konkurrierenden Mitbewerbers im Verfahren des jeweils anderen ausgeschlossen sei.

2.2.2. Der Verwaltungsgerichtshof hat zunächst zu prüfen, ob § 51 Abs. 3 ApG in der Fassung BGBl. Nr. 502/1984 eine abschließende Regelung des Berufungsrechtes im Verfahren betreffend die Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke enthält und damit die Parteistellung und das Berufungsrecht des Mitbewerbers ausschließt. Unter Mitbewerber ist dabei zunächst - wie es auf den Beschwerdefall zutrifft - der Mitbewerber um denselben Standort und seine Umgebung, darüberhinaus aber jeder andere Konzessionswerber zu verstehen, dessen Antrag deswegen abzuweisen wäre, weil er die gesetzlichen Bedarfsvoraussetzungen infolge der Erteilung der Konzession an den letztlich zum Zug gekommenen Bewerber nicht (mehr) erfüllt.

§ 51 Abs. 3 ApG in der hier anzuwendenden Fassung enthält ebenso wie der frühere § 51 Abs. 3 ApG keine (ausdrückliche) Regelung über die Parteistellung eines Mitbewerbers.

§ 51 Abs. 3 ApG enthält aber nach dem hg. Erkenntnis vom 24. September 1982, Zl. 82/08/0139, 0140 = ZfVB 1983/4/1537, auch keine abschließende Regelung des Berufungsrechtes und damit der Parteistellung: § 51 Abs. 3 ApG bedeutet keine Einschränkung der Parteistellung jener Personen, denen diese Stellung schon zufolge des § 8 AVG zukommt. Er beinhaltet vielmehr die ausdrückliche Anerkennung der Parteistellung weiterer Personen, nämlich der Inhaber der Nachbarapotheken, deren faktisches Interesse an der Nichterrichtung einer neuen Apotheke, die ihre Existenz gefährden könnte, durch diese Vorschrift zu einem rechtlich geschützten erhoben wird. Daher steht z.B. dem Inhaber der Konzession einer Nachbarapotheke, in deren Standort durch die Erteilung einer neuen Apothekenkonzession eingegriffen wird, das Berufungsrecht ohne Rücksicht auf die Einspruchserhebung im Sinne des § 48 Abs. 2 ApG zu.

Der Verwaltungsgerichtshof hat an dieser Rechtsauffassung auch hinsichtlich der in § 51 Abs. 3 ApG in der Fassung vor der ApGNov 1990 nicht genannten Parteistellung der hausapothekenführenden Ärzte, deren Hausapothekenbewilligung infolge der Konzessionserteilung für die neue öffentliche Apotheke zurückzunehmen wäre, festgehalten sowie Parteistellung und Berufungsrecht der hausapothekenführenden Ärzte im Erkenntnis vom 19. Dezember 1989, Zl. 87/08/0259, Slg. N.F. Nr. 13092/A = ZfVB 1990/4/1604, bejaht. Er hat in dieser Entscheidung ausgeführt, im Hinblick auf das spätere Inkrafttreten der Art. 129 ff und 144 B-VG sowie des § 8 AVG halte der Verwaltungsgerichtshof an seiner eben wiedergegebenen und von VfSlg. 5648/1967 in diesem Punkt abweichenden Rechtsauffassung fest, daß § 51 ApG keine abschließende Regelung der Parteistellung enthalte.

Der Verwaltungsgerichtshof vermag vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung daher auch die Begründung der im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. März 1909, Budw. 6612/A, ausgesprochenen (und im Erkenntnis vom 7. Oktober 1919, Budw. 12466/A, wiederholten) Rechtsauffassung, daß dem Mitbewerber um eine Neuerrichtungskonzession für eine öffentliche Apotheke kein Rekursrecht (Berufungsrecht) zukomme, weil im § 51 ApG nur den dort genannten "Inhabern, nicht aber auch Mitbewerbern das Rekursrecht eingeräumt wurde", nicht zu teilen.

2.2.3. Ist also davon auszugehen, daß das ApG ein Berufungsrecht des abgewiesenen Mitbewerbers sowohl gegen die Abweisung seines Ansuchens (was selbstverständlich ist) als auch gegen die Konzessionserteilung an den zum Zug gekommenen Mitbewerber NICHT AUSSCHLIEßT, so ist zu fragen, ob der abgewiesene Mitbewerber aus § 8 AVG im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 StGG und dem ApG rechtliche Interessen daran geltend machen kann, daß der Lokalbedarf durch ihn als Antragsteller und nicht durch einen anderen Bewerber erfüllt werde. Diese Frage ist zu bejahen.

Im Schutzbereich der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Erwerbsausübungsfreiheit ist nämlich davon auszugehen, daß der vom Gesetzesvorbehalt Gebrauch machende Gesetzgeber eine behördliche Konzession überhaupt nur bei gleichzeitiger Einräumung von Rechtsansprüchen vorsehen darf. In diesem Sinne hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 17. März 1966, Slg. Nr. 5240, ausgesprochen, die Konstruktion eines Gesetzes, die einerseits durch Einführung eines Konzessionszwanges die betreffende Erwerbstätigkeit jedermann untersage, andererseits aber niemandem einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer solchen Bewilligung einräume, selbst wenn die gesetzliche Voraussetzung, an die die Verleihung der Konzession gebunden sei, erfüllt sei, die Verleihung der Konzession vielmehr in das schrankenlose Ermessen der Behörde lege, sei mit dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 18 Abs. 1 B-VG und dem Art. 6 StGG unvereinbar.

Auch der Verwaltungsgerichtshof hat in den Fällen, in denen sich zwei oder mehrere Personen um eine an den Bedarf

gebundene Konzession bewerben, aber nach der Bedarfslage nicht allen Bewerbern die Konzession verliehen werden kann, ausgesprochen, daß es mit dem Prinzip der rechtsstaatlichen Verwaltung unvereinbar wäre, die von der Behörde nicht berücksichtigten Bewerber auf die Tatsache der Konzessionsverleihung an andere und die dadurch eingetretene Änderung der Bedarfslage zu verweisen; vielmehr müsse den Bewerbern um die Konzession die Möglichkeit gewahrt bleiben, einen abweisenden Bescheid, da diesem in Wahrheit eine von der Behörde getroffene Auswahl zwischen den Bewerbern zugrundeliege, wegen einer als rechtswidrig erachteten Ermessensübung zu bekämpfen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 10. April 1959, Slg. N.F. Nr. 4935/A, vom 15. März 1978, Zl. 935/76 = ZfVB 1978/5/1832, u.v.a.; ferner Mache - Kinscher, Die Gewerbeordnung5, 142, FN 25, und die dort zitierte weitere Rechtsprechung). Dabei spielt es im gegebenen Zusammenhang, der die Frage nach Parteistellung, Berufungs- und Beschwerdeberechtigung des abgewiesenen Mitbewerbers betrifft, keine Rolle, welche der möglichen Regelungen im Gesetz für die Lösung einer Bewerberkonkurrenz vorgesehen ist (zeitliche Priorität, Auswahl des geeignetsten Bewerbers, Auswahl des sachlich optimalen Projektes etc.); darauf wird in Punkt 3.2. zurückzukommen sein. In ALLEN diesen Fällen müssen dem nicht zum Zuge gekommenen Bewerber die verfahrensrechtlichen Mittel zugebilligt werden, die Einhaltung der gesetzlichen Auswahlkriterien einer Überprüfung zuzuführen.

In einem weiteren Fall - der sich auf Fahrschulbewilligungen vor der Aufhebung der betreffenden Bestimmung des KFG über die Bedarfsprüfung durch den Verfassungsgerichtshof bezog - sprach der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 17. April 1985, Zl. 82/11/0377 = ZfVB 1985/6/2188, aus, in den für die Erteilung einer Fahrschulbewilligung maßgebenden kraftfahrrechtlichen Bestimmungen sei zwar kein Mehrparteienverfahren dergestalt normiert, daß (auch) Mitkonkurrenten (ad personam) jeweils gegenseitig Parteistellung eingeräumt werde; unter der Voraussetzung, daß nur Bedarf nach einer Fahrschule im angesuchten Standort bestehe, stehe aber jedenfalls den Mitbewerbern, deren Eignung unbestritten oder festgestellt sei, Parteistellung und damit auch Berufungsberechtigung im Verwaltungsverfahren der anderen Mitbewerber und im Fall der Abweisung ihres Antrages die Legitimation zur Erhebung einer Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof gegen den Bescheid, mit dem einem Mitbewerber die beantragte Fahrschulbewilligung erteilt worden sei, zu (vgl. auch die dort zitierte Vorjudikatur sowie die Beiträge von Stolzlechner, Formen und Instrumente des Konkurrenzschutzes im öffentlichen Wirtschaftsrecht, ÖZW 1982, 106, und von Dearing, Die Verwaltungsverfahrensgemeinschaft, ÖJZ 1983, 589).

Hingewiesen sei in diesem Sinne auch auf das - ebenfalls noch unter dem Regime der Bedarfsprüfung ergangene - hg. Erkenntnis vom 4. Juli 1978, Slg. N.F. Nr. 9611/A = ZfVB 1979/2/439, wonach der Umstand, daß in ein und demselben Schischulgebiet nach dem damaligen Gesetz nicht mehrere Schischulen errichtet werden könnten, zur Folge habe, daß mit der Erteilung der Bewilligung an einen Bewerber gleichzeitig auch schon über die Anträge der Mitbewerber für dasselbe Schischulgebiet abgesprochen werde. Diesfalls seien alle über diese Angelegenheit ergangenen Bescheide insofern als eine Einheit aufzufassen, als die Begründung eines der erlassenen Bescheide auch zur Auslegung eines anderen nicht begründeten Bescheides herangezogen werden könne. Wenngleich formal zwei verschiedene Bescheide erlassen worden seien, liege in Wahrheit nur ein Abspruch über das gemeinsam durchgeführte Konzessionsverleihungsverfahren vor. In diesem einheitlichen Verfahren seien die Mitbewerber Parteien im Sinne des § 8 AVG. Es sei daher dem damaligen Beschwerdeführer für beide als Einheit zu beurteilende Bescheide das Beschwerderecht zugekommen. Für die Zeit nach Aufhebung der Bestimmungen über die Beschränkung des Bedarfes auf eine Schischule pro Schischulgebiet in Tirol durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 12. März 1988, G 154/88, sprach der Verwaltungsgerichtshof folgerichtig aus, seither bestehe kein rechtliches Hindernis mehr für die Erteilung einer inhaltlich gleichen Bewilligung an einen anderen Bewerber bzw. auch an einen Mitbewerber, weshalb dem Inhaber einer Schischulbewilligung gegebenenfalls ein wirtschaftliches Interesse, nicht aber ein rechtliches Interesse daran zukomme, daß ein anderer eine Bewilligung nicht erhalte (vgl. den hg. Beschluß vom 16. Jänner 1989, Zl. 88/10/0205

= ZfVB 1990/3/1215).

Schließlich ist auch der Beschluß des Verwaltungsgerichtshofes vom 11. Dezember 1986, Zl. AW 86/08/0037 = ZfVB 1987/5/2210, zu erwähnen, mit dem der Beschwerde eines abgewiesenen Mitbewerbers um eine Apothekenkonzession im Hinblick darauf aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, daß die Konzessionsverfahren mit den anderen Bewerbern damals getrennt geführt und noch nicht abgeschlossen worden waren, sodaß ihm eine allenfalls in einem solchen Verfahren erteilte Konzession trotz Obsiegens im Beschwerdeverfahren im fortgesetzten Verwaltungsverfahren entgegengehalten hätte werden können.

Wenn die Beschwerdeführerin diese Rechtsprechung in ihrer Aussagekraft damit in Zweifel zieht, daß diese nicht einheitlich sei, so ist sie hiefür einen Beleg schuldig geblieben. Die von ihr zitierten drei Erkenntnisse haben andere Sachverhalte zum Inhalt: Dem Erkenntnis vom 15. Oktober 1986, Zl. 86/03/0135 = ZfVB 1987/3/1169, lagen zeitlich aufeinanderfolgende Kraftfahrlinienkonzessionen zugrunde, wodurch jegliche Berührung der Kraftfahrlinienkonzessionen ausgeschlossen war. Das Erkenntnis vom 14. Mai 1986, Zl. 86/03/0054 = ZfVB 1987/1/120, betraf den Fall eines unzulässigen bedingten Konzessionsantrages des Mitbeteiligten für eine Kraftfahrlinie; auch handelte es sich nicht um eine Antragskonkurrenz, sondern um die Frage des Aufgabenschutzes bereits bestehender konzessionierter Kraftfahrlinien. Das letzte von der Beschwerdeführerin zitierte Erkenntnis vom 23. März 1988, Zl. 87/03/0271 = ZfVB 1989/2/431, betrifft schließlich die Aussage, daß im Konzessionszurücknahmeverfahren Parteienrechte anderer Kraftfahrlinienunternehmer als des betreffenden Unternehmers nicht vorgesehen sind. Die zitierten Entscheidungen sind daher für die hier zu lösende Frage der prozessualen Rechte bei konkurrierenden Konzessionsanträgen nach dem Apothekengesetz nicht aussagekräftig.

Aus den bisherigen Überlegungen ergibt sich für den vorliegenden Fall, daß der Konzessionswerber, dessen Antrag die Verwaltungssache konstituiert und der nach dem Gesetz bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einen Anspruch auf Konzessionserteilung hat, auch in der Lage sein muß, diesen seinen Rechtsanspruch im Rechtswege durchzusetzen. Da nun aber die Konzessionserteilung nach dem Apothekengesetz bedarfsabhängig ist und bei befriedigtem Bedarf am Standort eine weitere öffentliche Apotheke nicht zugelassen werden darf, wird dem Rechtsschutzinteresse des Antragstellers nicht schon dadurch Rechnung getragen, daß er legitimiert ist, die Abweisung seines Ansuchens anzufechten, sondern erst dadurch, daß er auch die Konzessionserteilung an den zum Zuge gekommenen Mitbewerber bekämpfen kann. Hieraus folgt, daß die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid nicht dadurch mit Rechtswidrigkeit belastet hat, daß sie die Legitimation des Mitbeteiligten nicht nur gegen die erstinstanzliche Abweisung seines Konzessionsantrages, sondern auch gegen die Konzessionserteilung an die Beschwerdeführerin zu berufen, bejaht hat.

2.3.1. In der Beschwerde wird weiters geltend gemacht, selbst wenn von der Zulässigkeit einer Verwaltungsverfahrensgemeinschaft ausgegangen werde, sei die Auffassung der belangten Behörde unzutreffend, daß ein direkter Vergleich der persönlichen Qualifikationen zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ausgehen müsse. Bei einem Vergleich zwischen dem Aufgabengebiet des Leiters einer Anstaltsapotheke und dem eines Konzessionärs einer öffentlichen Apotheke ergäben sich keineswegs so gravierende Unterschiede, wie sie von der belangten Behörde angenommen worden seien. Im weiteren beschäftigt sich die Beschwerde mit persönlichen Eignungsmerkmalen der Beschwerdeführerin.

2.3.2. Die Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens gehen - wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 16. März 1909, Budw. 6611/A - davon aus, daß der Behörde bei ihrer Entscheidung zwischen den konkurrierenden Konzessionswerbern ein Auswahlermessen zukomme und sie den geeignetsten auszuwählen habe. Diese Rechtsauffassung ist unzutreffend.

Der Verwaltungsgerichtshof führte dazu im eben zitierten Erkenntnis aus 1909 aus, das ApG aus dem Jahr 1907 nehme anders als die zuvor bestandenen Regelungen nicht mehr den Standpunkt ein,

"daß es sich um das Aufsuchen des würdigsten Bewerbers im Wege eines Konkurses handelt, daß vielmehr für die Verleihung einer solchen Konzession nunmehr, abgesehen von den sachlichen Voraussetzungen, nur das Vorhandensein der vom Gesetze geforderten persönlichen Eignung überhaupt an Seite des Bewerbers in Betracht kommt. Allerdings kann auch bei den gegenwärtigen gesetzlichen Bestimmungen die Behörde in die Lage kommen, zwischen verschiedenen Bewerbern wählen zu müssen, wenn ihr nämlich gleichzeitig mehrere Gesuche um eine Konzession für denselben Standort vorliegen, und es ist dann selbstverständlich, daß die Behörde vermöge ihrer Amtspflicht denjenigen unter den entsprechend qualifizierten Bewerbern zu wählen hat, der ihr nach der Sachlage als der würdigste oder geeignetste Kandidat erscheint. Allein das Gesetz hat für diesen Fall keinerlei Normen darüber aufgestellt, von welchen Gesichtspunkten die Behörde bei derlei Entscheidungen auszugehen hat, es hat vielmehr der Behörde bei derartigen Entscheidungen freie Hand gelassen, und es kann daher auch nicht gesagt werden, daß etwa ein Bewerber einen subjektiven Anspruch darauf hat, dem an sich gleichfalls qualifizierten anderen Bewerber vorgezogen zu werden."

Der Verwaltungsgerichtshof gelangte daher im damaligen Erkenntnis - im Anschluß an den Motivenbericht

(1912 BlgAbgH 17. Session, 1903) - zum Ergebnis, zwar könne eine Konkurrenz dann eintreten, wenn zufällig mehrere Bewerber gleichzeitig die Errichtung einer Apotheke anstrebten, "daß aber in Konsequenz des gewählten Systems der Behörde für solche Fälle die Auswahl unter den Bewerbern frei gelassen werden mußte; die Behörde stehe aber bei einer solchen Entscheidung unter der Kontrolle der Öffentlichkeit, da der Standesvertretung Gelegenheit geboten werde, über sämtliche Gesuche ihre Meinung abzugeben. Nicht in einem Rekurse der Mitbewerber, sondern in der Kontrolle der Standesvertretung erblickt der Motivenbericht die Garantie für ein entsprechendes Vorgehen der Behörden."

2.3.3. Eines der Ziele des ApG 1907 war, wie im zitierten Erkenntnis zutreffend dargestellt wurde, die Ersetzung des bisherigen als zu schwerfällig empfundenen Systems, das darin bestanden hatte, daß zuerst über die Frage der Errichtung einer neuen Apotheke entschieden (ähnlich der Schaffung einer Notarstelle, was allerdings durch Verordnung erfolgt) und sodann ein Konkurs zur Ermittlung des würdigsten Bewerbers ausgeschrieben wurde. Diese Regelung sollte im ApG 1907 durch ein neues System abgelöst werden, das die Initiative für die Auffindung eines neuen Apothekenstandortes den Bewerbern überläßt. Da vom bisherigen System der Konkursverfahren (Ausschreibungsverfahren) zur Ermittlung des geeignetsten Bewerbers bewußt Abstand genommen wurde und seit dem Jahr 1907 grundsätzlich jeder an sich Geeignete als Konzessionsträger in Betracht kam, wurde der Sonderfall, daß auch nach dem neuen System zwei oder mehrere Antragsteller die Neuerrichtungskonzession für denselben Standort beantragen sollten, so gesehen, daß die Auswahl unter ihnen der Behörde "zur freien Entscheidung" überlassen sei. Denn zutreffend (soweit es sich um Unterschiede in der Eignung an sich geeigneter Bewerber handelt) stellte der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung Budw. 6611 A/1909 fest, daß das Gesetz für diesen Fall keinerlei Normen darüber aufstelle, von welchen Gesichtspunkten die Behörde bei einer solchen Entscheidung auszugehen habe. Das Gesetz habe der Behörde somit "freie Hand gelassen". Eine solche Auslegung legte dem Apothekengesetz KEINEN Inhalt zugrunde, der mit der damaligen Verfassungsrechtslage unvereinbar gewesen wäre. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip hatte noch nicht seine Ausformung durch Art. 18 Abs. 1 B-VG und die dazu ergangene Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes gefunden, wonach die Gesetze selbst das verwaltungsbehördliche Verhalten in einem solchen Maße zu determinieren haben, daß die Übereinstimmung der individuellen Verwaltungsakte mit dem Gesetz von Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof überprüft werden kann und die verwendeten Begriffe so bestimmt sein müssen, daß sie einen der Vollziehung fähigen Inhalt umschreiben (VfSlg. 4037/1961, 5636/1967), und wonach eine gesetzliche Regelung, die der Behörde ein schrankenloses Ermessen einräumt, den Art. 18 Abs. 1 und 130 Abs. 2 B-VG widerspricht (VfSlg. 3317/1958, 5240/1966, 10.179/1984 = ZfVB 1985/2/892, und die dort zitierte weitere Rechtsprechung). Die Kontrolle von Ermessensakten war damals von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes überhaupt ausgeschlossen und nicht bloß im Prüfungsumfang (auf die Übereinstimmung des Ermessensgebrauches mit dem Sinn des Gesetzes) beschränkt.

2.3.4. Diese Auslegung des ApG würde dem Gesetz aber

-

unter der Herrschaft des B-VG - einen Inhalt unterstellen, der es wegen Widerspruches zu Art. 18 in Verbindung mit Art. 130 Abs. 2 B-VG verfassungswidrig erscheinen ließe. Es trifft nämlich zu, wovon schon der Verwaltungsgerichtshof ausging, daß das Gesetz nicht den geringsten Hinweis darauf enthält, NACH WELCHEN EIGNUNGSgesichtspunkten eine Reihung der Bewerber bei einander ausschließenden Konzessionsansuchen erfolgen sollte. Es ist daher mangels eines solchen

-

eindeutigen - Anhaltspunktes nicht möglich, die gesetzlich vorgesehenen Eignungsvoraussetzungen, bei deren Vorliegen der Gesetzgeber die persönliche Eignung als gegeben erachtet, neuerdings bei der Auswahl zwischen mehreren Bewerbern heranzuziehen. Das ApG läßt deutlich erkennen, daß es ein sehr hohes Eignungsniveau (akademischer Studienabschluß, Praxis, Zuverlässigkeit) fordert, aber von der Gleichwertigkeit derer ausgeht, die diese Voraussetzungen erfüllen. Gerade die Regelungen über die Führung öffentlicher Apotheken durch verantwortliche Apothekenleiter und stellvertretende Leiter sowie über den Witwen- und Deszendentenfortbetrieb zeigen, daß eine persönliche Leistungserbringung durch den Konzessionär an die Konsumenten nicht ausnahmslos gefordert ist und

die öffentliche Apotheke AUCH ein kaufmännisches Unternehmen ist, das wegen seiner gesundheitspolitischen Bedeutung einen erstklassigen Konsumentenschutz zu gewährleisten hat, daß es aber bei gegebenem Eignungsniveau nicht Sache der Behörde ist, die jeweilige Eignung mehrerer Mitbewerber zu gewichten.

Wenn nun aber alle Konzessionswerber in gleicher Weise geeignet und der Norm keinerlei Auswahlkriterien - auch nicht etwa durch eine erkennbare Gewichtung und Rangordnung der vorgesehenen Eignungsvoraussetzungen Ausbildung, Praxis, Verläßlichkeit einschließlich körperlicher und gesundheitlicher Eignung - zu entnehmen sind, dann verletzt das Gesetz das sich aus Art. 18 B-VG ergebende Determinierungsgebot (vgl. das bereits zitierte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 4. Oktober 1984, Slg. Nr. 10.179 = ZfVB 1985/2/892). Gäbe es also im vorliegenden Fall, in dem das Gesetz ein Eignungskriterium für die Auswahl eines der konkurrierenden Konzessionswerber nicht vorsieht, kein anderes Auswahlkriterium, dann bestünden verfassungsrechtliche Bedenken wegen Widerspruchs der Regelung zu Art. 18 B-VG.

2.3.5. Der Verwaltungsgerichtshof hatte daher auf dem Boden der zuletzt zitierten Rechtsauffassung des Verfassungsgerichtshofes noch zu prüfen, ob das Gesetz nicht - außerhalb der Eignungskriterien - doch ein anderes Auswahlkriterium enthält, das die Regelung als konform mit Art. 18 B-VG erscheinen ließe.

Im Hinblick auf den identen Standort und die idente Betriebsstätte, die von Beschwerdeführerin und Mitbeteiligtem in Aussicht genommen wurden, würde ein bedarfsbezogenes Auswahlkriterium (insbesondere von wo aus der Bedarf nach Heilmitteln "besser" zu befriedigen wäre) - enthielte das Gesetz ein solches - zur Lösung des Beschwerdefalles nichts beitragen.

Als weiteres Entscheidungskriterium kommt allerdings der Zeitpunkt des Einlangens des Konzessionsantrages bei der zuständigen Behörde in Betracht. Einer solchen Auslegung des Gesetzes steht dessen Wortlaut nicht entgegen - insbesondere auch nicht § 49 Abs. 1 ApG, wonach jedes Gesuch um die Konzession, welches nicht ohne weiteres Verfahren im Sinne des § 47 zurückgewiesen worden ist, ungesäumt an die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde zu leiten ist -, weil es grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist, daß beide Ansuchen miteinander vereinbar sind. In diesem Sinne hat ja schon der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 16. März 1909 darauf hingewiesen, der abgewiesene Bewerber könne (nur) geltend machen, daß ihm auch bei dem Bestande der dem anderen erteilten Konzession die Errichtung einer neuen Apotheke zu bewilligen gewesen wäre.

Das Abstellen auf die (zeitliche) Priorität trägt vielmehr einem der Hauptziele des Gesetzgebers des ApG 1907, nämlich ein aufwendiges und zeitraubendes Konkursverfahren auszuschließen, ebenso Rechnung wie die seit Inkrafttreten des B-VG im Jahr 1920 nicht mehr gangbare Annahme des Verwaltungsgerichtshofes, der Behörde sei bei der Auswahl zwischen mehreren - nach dem System der gesetzlichen Eignungsvoraussetzungen gleichwertigen - Bewerbern "freie Hand gelassen"; insofern würde dieses Ergebnis - was den ersteren Gesichtspunkt anlangt - auch den Erfordernissen einer teleologischen Auslegung entsprechen. Denn, was der Apothekengesetzgeber des Jahres 1907 grundsätzlich intendierte, war eine Veränderung des Systems bei der Schaffung neuer öffentlicher Apotheken. Das bisherige System der staatlichen Schaffung einer neuen Apothekenstelle mit anschließendem Ausschreibungs- und gegebenenfalls Konkurrenzverfahren im Falle mehrerer Bewerber sollte von einem Verfahren abgelöst werden, in welchem die Initiative für die Allokation der neuen Heilmittelabgabestelle dem Interessenten selbst zufallen und darüberhinaus ein zeitraubendes Konkurrenzverfahren zwischen mehreren Bewerbern vermieden werden sollte. Darin findet das gesundheitspolitische Ziel seinen Niederschlag, einen gegebenen Bedarf der Bevölkerung nach Versorgung mit Heilmitteln raschest möglich zu decken. Die dargestellte Zielsetzung verfolgte der Gesetzgeber nun dadurch, daß er zur Lösung der Bewerberkonkurrenz kein eigenes Konkurrenzverfahren mehr vorsah, sondern die Methode zur Lösung einer allfälligen Bewerberkonkurrenz (Priorität oder Eignungsvergleich) überhaupt nicht mehr ausdrücklich regelte. Daß dabei die Lösung in der freien (nicht bekämpfbaren) Auswahlentscheidung der Behörde erblickt wurde (dies und die Ablehnung der zeitlichen Priorität kommt freilich nur in den Materialien zum Ausdruck), verwehrt es allerdings NACH Inkrafttreten des B-VG, das diese Lösung seither ausschließt, keineswegs, nunmehr auf das Kriterium des Zeitpunktes der Einbringung des Konzessionsansuchens abzustellen. Das Apothekengesetz, das B-VG (mit seinem Determinierungsgebot) und das AVG (mit der Gewährleistung eines Entscheidungsanspruches über den gestellten Antrag, der die Verwaltungssache konstituiert) sind bei der vorliegenden Auslegungsfrage in ihrem notwendigen systematischen Zusammenhalt zu sehen. Bei dieser Zusammenschau erweist sich die zeitliche Priorität als das dem Apothekengesetz - jedenfalls seit dem Inkrafttreten von B-VG und AVG - innewohnende Kriterium für eine rasche und einfache Entscheidung bei gegebener Bewerbermehrheit, welches dem Antragsteller, in dessen Hand die Initiative zur

Allokation der neuen, mit örtlichem Monopolcharakter ausgestatteten öffentlichen Apotheke gelegt ist, eine positive Entscheidung gewährleistet, auf die er bei Erfüllung aller gesetzlichen Voraussetzungen vertrauen darf und einen Rechtsanspruch hat. Die dargelegten Erwägungen führen daher für die nach dem ApG zu beurteilende Rechtslage zu einem anderen Ergebnis, als sie der Verwaltungsgerichtshof etwa in den (andere Rechtsgebiete betreffenden) Erkenntnissen vom 10. April 1959, Slg. N.F. Nr. 4935/A, oder vom 19. Jänner 1977, Slg. N.F. Nr. 9224/A = ZfVB 1977/3/953, aufgezeigt hat.

Die eben dargestellte Lösung der Auslegungsfrage gründet sich - wie bereits aus dem Gesagten deutlich wird - insbesondere auch auf das Gebot einer verfassungskonformen Auslegung. Ist die Möglichkeit einer solchen Auslegung durch den Wortlaut der aus der Zeit vor dem B-VG stammenden Vorschrift nicht verwehrt, dann ist ihr der Vorzug vor der Annahme einer Derogation oder Invalidation zu geben. Bestehen an sich zwei Auslegungsmöglichkeiten, von denen die von der seinerzeitigen Rechtsprechung gewählte nach Inkrafttreten des B-VG nicht mehr gewählt werden kann, dann kommt es entscheidend auf die neue Verfassungsrechtslage und damit auf die verfassungskonforme Auslegung an. Demgegenüber ist die aus dem Bericht des Sanitätsausschusses zum Gesetzesentwurf des ApG, 2620 BlgAbgH 17. Session 1906, zu erschließende Absicht des historischen Gesetzgebers, "den Wünschen nach Einräumung eines Prioritätsrechtes an den ersten Bewerber" nicht Rechnung zu tragen, von geringerem Gewicht, zumal - wie gesagt - ein ausdrücklicher Ausschluß eines solchen Anspruches im Gesetzeswortlaut nicht seinen Niederschlag gefunden hat.

Der Verwaltungsgerichtshof kann schließlich auch nicht finden, daß ein Abstellen auf das zeitliche Zuvorkommen eines Konzessionsantrages - vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung, die bei gegebener persönlicher Eignung der Bewerber eine Berücksichtigung von Eignungsunterschieden nicht vorsieht - selbst gegen ein Verfassungsgebot, etwa den Gleichheitsgrundsatz verstieße. Für das ApG würde der Verwaltungsgerichtshof das im Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 4. Oktober 1984, Slg. Nr. 10.179 = ZfVB 1985/2/892 (betreffend Werksbelieferungshändler nach dem SchrottLG), nicht zum Tragen kommende Bedenken des Unterbrechungsbeschlusses jenes Gerichtshofes im damaligen Anlaßfall nicht teilen, daß das Prioritätskriterium unsachlich erschiene. Einer Regelung dieses Inhaltes kann - abgesehen von den vorhin angestellten Erwägungen - auch im Hinblick auf den oft erheblichen Aufwand beim Auffinden eines "weißen Fleckens" noch ungenügend gedeckten Bedarfes auf der Landkarte und des im Antrag zu bezeichnenden Ortes der Apothekenbetriebsstätte einerseits und auf das öffentliche Interesse an der Unterbindung jeglicher Versuchung, sogenannten "Trittbrettfahrern" einen solchen Aufwand zu ersparen, andererseits die Sachlichkeit nicht abgesprochen werden. Befürchteten Unzukömmlichkeiten (vgl. den zitierten Ausschußbericht) etwa durch nicht ernst gemeinte Ansuchen (Blockierung von möglichen Standorten und damit Zeitgewinn für die betroffenen bestehenden öffentlichen Apotheken) wird durch die vorgesehene gleichzeitige Führung der Verfahren mit allen Mitbewerbern (§ 49 Abs. 1 ApG) weitgehend vorgebeugt.

2.3.6. Aus diesen Erwägungen folgt, 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.

2.4. Für den vorliegenden Beschwerdefall ergibt sich daraus, daß die belangte Behörde - dem Spruch des angefochtenen Bescheides zufolge - der Berufung des Mitbeteiligten zu Recht Folge gegeben hat, denn es ist unbestritten, daß das Konzessionsansuchen des Mitbeteiligten vor jenem der Beschwerdeführerin eingebracht worden ist. Diese Sachlage bringt es mit sich, daß der Verwaltungsgerichtshof durch die verfehlte Begründung nicht daran gehindert ist, seine Kontrollaufgabe wahrzunehmen, wie dies bei fehlenden oder verfehlten Begründungen der Fall sein kann. Daß die belangte Behörde das zutreffende rechtliche Ergebnis unrichtig begründet hat, besitzt hier keine Relevanz, weil die belangte Behörde auch bei Vermeidung dieses Begründungsmangels im Sinne des § 42 Abs. 2 Z. 3 VwGG im Hinblick auf das unbestritten vorliegende und allein maßgebliche Sachverhaltselement der (zeitlichen) Priorität zu keinem anderen Bescheid gekommen wäre.

Die Beschwerde war infolgedessen gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

2.5. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 19. Dezember 1989, Slg. N.F. Nr. 13.092/A = ZfVB 1990/4/1604, betreffend die Parteistellung hausapothekenführender Ärzte im Apothekenkonzessionsverfahren ausgesprochen hat, bedurfte es jedenfalls keines verstärkten Senates im Grunde des § 13 Abs. 1 Z. 1 VwGG, weil auch

das vorliegende Erkenntnis auf Grund formell neuer Gesetzesbestimmungen ergeht. Das gilt selbst für den Fall, daß die neue Gesetzesvorschrift inhaltlich dem alten Gesetz entspräche. Auf die dort zitierte Vorjudikatur wird ebenfalls hingewiesen.

2.6. Von der Durchführung von der vom Mitbeteiligten beantragten Verhandlung konnte - im Hinblick auf das Verfahrensergebnis - abgesehen werden, da die Schriftsätze der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und die dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens erkennen lassen, daß die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten läßt (§ 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG).

2.7. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 2 Z. 1 und 2 sowie 48 Abs. 3 Z. 2 VwGG in Verbindung mit Art. I Z. 4, 5 und 7 sowie Art. III Abs. 2 der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 416/1994.

2.8. Soweit Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes zitiert wurden, die in der Amtlichen Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse dieses Gerichtshofes nicht veröffentlicht sind, wird auf Art. 14 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtshofes, BGBl. Nr. 45/1965, hingewiesen.

Schlagworte

Voraussetzungen des Berufungsrechtes Berufungslegitimation Person des BerufungswerbersIndividuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1994:1990100129.X00

Im RIS seit

25.07.2001

Zuletzt aktualisiert am

06.02.2017

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at