

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/9/2 2007/10/0299

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 02.09.2008

## **Index**

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
82/04 Apotheken Arzneimittel;

## **Norm**

ApG 1907 §10;  
ApG 1907 §48 Abs2;  
ApG 1907 §51 Abs3;  
ApG 1907 §51;  
AVG §63 Abs1;  
AVG §8;  
VwGG §34 Abs1;  
VwRallg;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Mizner und die Hofräte Dr. Stöberl, Dr. Rigler, Dr. Schick und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Petritz, über die Beschwerde der Mag. pharm. E H in Wien, vertreten durch Dr. Philipp Pelz, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Börseplatz - Börsegasse 10, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungsenates Wien vom 2. Februar 2007, Zl. UVS-MIX/V/42/9782/2006-2, betreffend Zurückweisung der Berufung in einer Angelegenheit einer Apothekenkonzession (mitbeteiligte Partei: Mag. pharm. G K), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Die Beschwerdeführerin ist Konzessionärin der F.-Apotheke sowie persönlich haftende und ausschließlich vertretungsbefugte Gesellschafterin der F.-OHG, welche Gesellschaft Inhaberin der F.- Apotheke ist. Vormals war Mag. W. sowohl Konzessionärin als auch Inhaberin der genannten Apotheke.

Mit Spruchpunkt I. des Bescheides vom 30. Oktober 2006 hat der Magistrat der Stadt Wien (die Behörde erster Instanz)

der Mitbeteiligten die Konzession zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit der Betriebsstätte im neu zu errichtenden C.-Center in Wien unter Festsetzung eines näher umschriebenen Standorts gemäß §§ 9 und 51 Apothekengesetz (ApG) erteilt.

Mit Spruchpunkt II. dieses Bescheides wurden die Einsprüche der Nachbarapotheken, unter lit. a jener der F.-Apotheke, "vormalige Konzessionärin und Inhaberin (Mag. W.), nunmehrige Konzessionärin (Beschwerdeführerin) und nunmehrige Inhaberin (F.- OHG)" abgewiesen.

Die Behörde erster Instanz führte u.a. aus, dass sich die Zahl der von der F.-Apotheke aus weiterhin zu versorgenden Personen infolge der Neuerrichtung nicht signifikant verringere.

Mit Spruchpunkt III. wurde das Ansuchen von Mag. B. auf Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke mit der in Aussicht genommenen Betriebsstätte im neu zu errichtenden C.-Center und einem näher umschriebenen Standort abgewiesen.

Zur Begründung dieses Spruchpunktes führte die Behörde erster Instanz aus, dass die Ansuchen von Mag. B. und der Mitbeteiligten sowohl hinsichtlich des Standortes als auch der in Aussicht genommenen Betriebsstätte ident seien. Da nur Bedarf an einer neuen Apotheke bestehe, sei dem Ansuchen der Mitbeteiligten auf Grund der zeitlichen Priorität der Vorzug zu geben gewesen.

Mit Spruchpunkt V. des Bescheides der Behörde erster Instanz wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Verlegung der Betriebsstätte der F.-Apotheke an eine bestimmt bezeichnete Adresse in Wien und Erweiterung des Standorts auf ein näher umschriebenes Gebiet abgewiesen.

Zur Begründung führte die Behörde im Wesentlichen aus, dass die von der Beschwerdeführerin beantragte Betriebsstätte im Nahebereich der von der Mitbeteiligten und von Mag. B. beantragten Betriebsstätte im C.-Center liege. Ein Bedarf wäre nur dann gegeben, wenn der neu zu errichtenden Apotheke der Mitbeteiligten auch nach Verlegung der F.-Apotheke ein Versorgungspotenzial von mindestens 5.500 Personen verbliebe. Da im Einzugsbereich der neu zu errichtenden Apotheke nahezu keine Wohnbevölkerung ansässig sei, sei dies nicht der Fall, was im Verfahren auch nicht bestritten worden sei. Da auf Grund der Versorgungssituation nur eine Konzession erteilt werden könne, bildeten die Verfahren über die Anträge der Mitbeteiligten, des Mag. B. und der Beschwerdeführerin eine Verwaltungsverfahrensgemeinschaft. Parteistellung komme allen drei Konzessionswerbern zu.

Mit Bescheid vom 2. Februar 2007 hat der Unabhängige Verwaltungssenat Wien (die belangte Behörde) die Berufung der Beschwerdeführerin, soweit sie sich gegen die Spruchpunkte I. und II. des Bescheides der Behörde erster Instanz richtet, zurückgewiesen.

Zur Begründung führte die belangte Behörde aus, dass Mag. W., die damalige Konzessionärin und Inhaberin der F.-Apotheke, am 4. April 2005 einen Einspruch im Sinn von § 48 Abs. 2 ApG gegen die Konzessionsanträge der Mitbeteiligten und des Mag. B. erhoben habe. Mit Schriftsatz vom 9. Mai 2006 hätten die Beschwerdeführerin und die F.-OHG jeweils mitgeteilt, in die Rechtsstellung von Mag. W. eingetreten zu sein und deren Einspruch aufrecht zu halten.

Gemäß § 48 Abs. 2 ApG sei nicht der Konzessionsinhaber, sondern der Inhaber des Nachbarapothekenunternehmens zur Einbringung eines Einspruchs berechtigt. Der Beschwerdeführerin komme als Konzessionärin einer Nachbarapotheke hingegen keine Parteistellung im Einspruchsverfahren zu. Da auch die Inhaberin der F.-Apotheke einen Einspruch erhoben habe, komme eine Zurechnung der von der Beschwerdeführerin erhobenen Berufung an die F.-OHG nicht in Betracht.

Gegen diesen Bescheid erhab die Beschwerdeführerin zunächst eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof. Dieser Gerichtshof trat die Beschwerde nach Ablehnung ihrer Behandlung dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab (Beschluss vom 10. Oktober 2007, B 533/07). Vor dem Verwaltungsgerichtshof beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Die Beschwerdeführerin erstattete eine Replik.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zur Zurückweisung der Berufung gegen die Konzessionserteilung an die Mitbeteiligte mit Spruchpunkt I. des Bescheides der Behörde erster Instanz:

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie auf Grund ihres Ansuchens um Verlegung der Betriebsstätte und Erweiterung des Standorts der F.-Apotheke als konkurrierende Konzessionswerberin anzusehen sei. Bei Vorliegen konkurrierender und einander ausschließender Anträge sei ein Mitbewerber nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes legitimiert, die Konzessionserteilung an einen Konkurrenten zu bekämpfen.

Der Bewerber um eine Apothekenkonzession, dessen Antrag die Verwaltungssache konstituiert und der nach dem Gesetz bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einen Anspruch auf Konzessionserteilung hat, muss in der Lage sein, diesen seinen Anspruch im Rechtsweg durchzusetzen. Da aber die Konzessionserteilung nach dem ApG 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 Zug gekommenen Mitbewerber bekämpfen kann. 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, besteht daher eine Verfahrensgemeinschaft. Dabei ist die zeitliche Priorität des Einlangens der Konzessionsanträge das einzige Kriterium für die Entscheidung der Frage, welchem Bewerber die Konzession zu erteilen ist (vgl. aus der ständigen hg. Judikatur insbesondere das Erkenntnis vom 30. August 1994, Zl. 90/10/0129).

Es kann vorliegend dahinstehen, ob auch zwischen einem Bewerber (oder mehreren Bewerbern) um Erweiterung des Standortes einer bestehenden Apotheke und einem Bewerber (oder mehreren Bewerbern) um die Erteilung einer neuen Apothekenkonzession, deren Anträge einander ausschließen, eine Verfahrensgemeinschaft im dargestellten Sinn besteht. Auch diesfalls könnte nämlich jedenfalls allein die Priorität des Einlangens der Standorterweiterungs- und Konzessionsanträge dafür maßgeblich sein, welchem Antrag stattzugeben ist. Die Beschwerdeführerin hat aber sowohl in der Berufung als auch in der Beschwerde ausdrücklich zugestanden, dass sie bzw. ihre Rechtsvorgängerin den Antrag auf Standorterweiterung erst nach Einlangen des Konzessionsantrages der Mitbeteiligten eingegangen ist. Die bereits im Berufungsverfahren anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat keine Gründe geltend gemacht, aus denen sich die zeitliche Priorität ihres Antrages auf Standorterweiterung gegenüber dem Konzessionserteilungsantrag der Mitbeteiligten ergeben könnte.

Der Beschwerdeführerin gelingt es somit nicht aufzuzeigen, durch Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides in Rechten verletzt zu werden; solches ist auch für den Verwaltungsgerichtshof nicht ersichtlich.

Die Beschwerde gegen diesen Spruchpunkt erweist sich daher im Ergebnis als unbegründet.

Zur Zurückweisung der Berufung gegen die mit Spruchpunkt II. lit. a des Bescheides der Behörde erster Instanz erfolgte Abweisung des Einspruchs (u.a.) der Beschwerdeführerin:

Gemäß § 48 Abs. 2 ApG ist in die gemäß § 48 Abs. 1 leg. cit. vorgesehene Verlautbarung der Bewerbung um eine öffentliche Apotheke eine Bestimmung aufzunehmen, dass die Inhaber öffentlicher Apotheken sowie gemäß § 29 Abs. 3 und Abs. 4 leg. cit. betroffene Ärzte, welche den Bedarf an der neuen öffentlichen Apotheke als nicht gegeben erachten, etwaige Einsprüche gegen die Neuerrichtung innerhalb längstens sechs Wochen, vom Tage der Verlautbarung 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.

Das Recht geltend zu machen, dass kein Bedarf an einer neuen öffentlichen Apotheke bestehe, kommt demnach dem Inhaber der Nachbarapotheke zu. Als Inhaber im Sinn dieser Bestimmung ist im Fall des Betriebes einer Apotheke durch eine Personengesellschaft diese Gesellschaft, vertreten durch den Konzessionär als vertretungsbefugten Gesellschafter, zu verstehen und nicht ein Gesellschafter, der Konzessionär oder der Leiter der Apotheke im eigenen Namen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 19. März 2002, Zl. 99/10/0143).

Im vorliegenden Fall kommt dieses Recht somit der F.-OHG und nicht der Beschwerdeführerin zu. Der in der

Beschwerde ins Treffen geführte Umstand, dass die Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin sowohl Konzessionärin als auch Inhaberin der F.- Apotheke war, kann daran nichts ändern, ist die Beschwerdeführerin doch nur in die Rechtsstellung als Konzessionärin nachgefolgt, während die Rechtsstellung als Inhaberin der Apotheke nunmehr unstrittig der F.-OHG zukommt.

Eine Berufung im apotheke rechtlichen Bewilligungsverfahren kann jedoch der die Apotheke betreibenden Gesellschaft zugerechnet werden, wenn ein vertretungsbefugter Gesellschafter einer Personengesellschaft des Handelsrechts "als Konzessionär" das Rechtsmittel erhebt und keine besonderen Umständen vorliegen, die gegen eine solche Zurechnung sprechen (vgl. auch dazu das bereits zitiert hg. Erkenntnis, Zl. 99/10/0143, mwN). In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof die namens der natürlichen Personen, die Konzessionsinhaber waren, erhobene Beschwerde deshalb zurückgewiesen und keine Zurechnung zur Personenhandelsgesellschaft vorgenommen, weil diese Gesellschaft im damaligen Beschwerdefall ohnedies auch selbst als Beschwerdeführerin aufgetreten ist.

Vorliegend bringt die belangte Behörde in der Gegenschrift u. a. vor, dass sowohl die Beschwerdeführerin als auch die F.-OHG Berufung gegen die Spruchpunkte I. und II. des Bescheides der Behörde erster Instanz eingebracht hätten. Die Beschwerdeführerin tritt dem in der Replik nicht entgegen, sondern vertritt die Auffassung, dass ihr als Konzessionärin neben der Inhaberin ein eigenes Berufungsrecht zukomme.

Auf Grund der unstrittigen Berufungseinbringung auch durch die F.-OHG scheidet somit nach der dargestellten Judikatur eine Zuordnung der von der Beschwerdeführerin im eigenen Namen erhobenen Berufung zur genannten Gesellschaft aus.

Mit Spruchpunkt II. ihres Bescheides hat die Behörde erster Instanz - zulässigerweise - gesondert über die Einsprüche von Nachbarapothen abgesprochen, unter der - von der Beschwerdeführerin in der Berufung allein bekämpften - lit. a dieses Spruchpunktes über den Einspruch der F.-Apotheke. Da der Beschwerdeführerin als Konzessionärin der F.-Apotheke insoweit - wie dargestellt - kein Berufungsrecht zukommt, hat die belangte Behörde die Berufung, soweit sie sich gegen den Spruchpunkt II. des Bescheides der Behörde erster Instanz richtet, zu Recht zurückgewiesen.

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

Die von der Beschwerdeführerin beantragte Verhandlung ist nicht erforderlich, weil der entscheidungsrelevante Sachverhalt vollständig geklärt ist und in der vorliegenden Beschwerde keine Rechts- oder Tatfragen aufgeworfen wurden, deren Lösung eine mündliche Verhandlung erfordert hätte.

Auch Art. 6 EMRK steht einem Absehen von einer mündlichen Verhandlung nicht entgegen. Der EGMR hat z.B. in seiner Entscheidung vom 2. September 2004, Zl. 68087/01 (Hofbauer/Österreich) unter Hinweis auf weitere Rechtsprechung dargelegt, dass die Anforderungen des Art. 6 EMRK auch bei Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung oder überhaupt jeglicher Anhörung erfüllt wären, wenn das Verfahren ausschließlich rechtliche oder "technische" Fragen betrifft. Der Gerichtshof verwies im erwähnten Zusammenhang auch auf das Bedürfnis der nationalen Behörden nach zweckmäßiger und wirtschaftlicher Vorgangsweise, das angesichts der sonstigen Umstände des Falles zum Absehen von einer mündlichen Verhandlung berechtigte.

Da das vorliegende Verfahren ausschließlich rechtliche Fragen betrifft, ist nicht ersichtlich, dass von einer mündlichen Verhandlung eine weitere Klärung des Falles erwartet werden könnte.

Der Spruch über den Aufwandersatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VerordnungBGBI. II Nr. 333/2003.

Wien, am 2. September 2008

### **Schlagworte**

VerwaltungsverfahrensgemeinschaftVwRallg13

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2007100299.X00

**Im RIS seit**

30.09.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

17.04.2012

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)