

TE UVS Burgenland 2007/12/11 134/11/07001

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.12.2007

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Burgenland erkennt durch sein Mitglied Mag. Latzenhofer über die Berufung vom 10.07.2007 der Frau ***, geboren am ***, wohnhaft in ***, vertreten durch die *** Rechtsanwälte OEG, ***, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Mattersburg vom 26.06.2007, Zl. MA-07-08-589-27, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke mit der Betriebsstätte ***, Grst. Nr. 1908 und 1909, KG *** und Standort Gebiet der Gemeinde Mattersburg *** wie folgt zu Recht:

Der angefochtene Bescheid wird gemäß §§ 13 Abs. 8, 66 Abs. 4 AVG ersatzlos behoben.

Text

Mit dem am 29.06.2007 zu Händen der rechtsfreundlichen Vertretung von Frau *** (in der Folge Berufungswerberin) zugestellten, nunmehr mittels der am 10.07.2007 eingebrachten Berufung in Berufung gezogenen Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Mattersburg, wurde das Ansuchen vom 19.06.2006 der Berufungswerberin um Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke mit der Betriebsstätte ***, Grst. Nr. 1908 und 1909, KG *** (***) und dem Standort Gebiet der Gemeinde *** gemäß §§ 9, 10 und 51 des Apothekengesetzes als unbegründet abgewiesen.

Dieser Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Mit am 19.06.2006 bei der Bezirkshauptmannschaft Mattersburg eingelangter Eingabe stellte die Berufungswerberin das vorerwähnte Konzessionsansuchen, in dem sie (unter Hinweis auf bereits vorher vorgelegte Urkunden) ausführte, dass die in § 3 und § 10 Apothekengesetz normierten Voraussetzungen für die Konzessionserteilung erfüllt seien. Mit Schreiben vom 07.08.2006 veranlasste die Bezirkshauptmannschaft Mattersburg die Kundmachung des Konzessionsansuchens der Berufungswerberin gemäß § 48 Abs. 1 Apothekengesetz. Das Ansuchen wurde unter Nummer 433 des Landesamtsblatts für das Burgenland (Ausgabe vom 18.08.2006) kundgemacht.

Mit Schriftsatz vom 12.09.2006 hob Mag. pharm. B**, Inhaber der an dieser Adresse bestehenden S*apotheke, gegen das Konzessionsansuchen der Berufungswerberin Einspruch und führte begründend aus, dass sich die Zahl der von seiner Apotheke zu versorgenden Personen in Folge Neuerrichtung der beantragten Apotheke der Berufungswerberin unter die Zahl von 5.500 verringern würde, weshalb kein Bedarf im Sinne des § 10 Abs. 2 Z. 3 Apothekengesetz an der beantragten neuen öffentlichen Apotheke bestehen würde.

Mit Schriftsatz vom 25.09.2006 erhob Mag. pharm. S**, Apotheker in ***, vertreten durch Rechtsanwalt ***, gemäß § 48 Abs. 2 Apothekengesetz, Einspruch gegen das Konzessionsansuchen der Berufungswerberin und beantragte die Abweisung des Ansuchens sowie die Zuerkennung der Parteistellung. Begründend führte Mag. S** aus, dass die Berufungswerberin nicht das gesetzliche geforderte Verfügungsrecht an ihrer künftigen Betriebsstätte bescheinigt habe. Die entsprechende Liegenschaft befinde sich nicht im Eigentum der Berufungswerberin. Von einer Kauf- oder Mietoption sei nichts bekannt. Ferner würde sich durch die von der Berufungswerberin beantragte Apotheke das Versorgungspotential der mit Konzessionsbescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 19.05.2006 rechtskräftig in B*** für den Einspruchswerber bewilligten ? wenn gleich noch nicht in Betrieb genommenen ? Apotheke unter die Zahl von 5.500 Personen verringern, weshalb im Sinne des § 10 Abs. 2 Z. 3 Apothekengesetz kein Bedarf an der beantragten Apotheke der Berufungswerberin bestehen würde.

Mit am 26.09.2006 bei der Bezirkshauptmannschaft Mattersburg eingebrachten Schriftsatz erhob Mag. pharm. Ö**, Apotheker in ***, vertreten durch Rechtsanwalt ***, Rechtsanwalt in ***, Einspruch gegen das Konzessionsansuchen der Berufungswerberin. Begründend führte Mag. Ö** aus, dass er bereits am 02.06.1997 die Konzession für die Errichtung und den Betrieb einer öffentlichen Apotheke in M** mit in etwa der gleichen Betriebsstättenanschrift wie jene der Berufungswerberin beantragt habe. Zwar sei dieses Konzessionsansuchen mit Bescheid des Bundesministers für Gesundheit und Frauen vom 18.12.2003 abgewiesen worden, doch habe er gegen diesen Bescheid Verwaltungsgerichtshofsbeschwerde eingebracht. Zwar habe der Verwaltungsgerichtshof bis dato über die Beschwerde nicht entschieden, doch komme seinem Antrag Priorität zu, falls der Bescheid des Bundesministers für Gesundheit und Frauen vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben würde. Falls im Zeitpunkt dieser Aufhebung über den Antrag der Berufungswerberin bereits entschieden worden sein sollte, läge im Hinblick auf sein prioritäres Konzessionsansuchen ein klassischer Wiederaufnahmegrund vor. Er beantrage daher die Aussetzung gemäß § 38 AVG des Verfahrens über das Konzessionsansuchen der Berufungswerberin.

Mit Schreiben vom 11.10.2006 teilte das Amt der Bgld. Landesregierung, Abteilung 8 (Straßen-, Maschinen- und Hochbau, Referat Verkehrswesen), mit, dass die Entfernung zwischen dem Standort der nunmehr beantragten Apotheke der Berufungswerberin in M**, Grst. Nr. 1908 und 1909, der KG ***, und dem Standort der bereits bestehenden ***apotheke in M**, in Fahrtrichtung beantragter Standort *** zum Hauptplatz 9 2,265 km und in Fahrtrichtung *** bis *** 2,295 km betrage.

Zur Frage des Bedarfs an der von der Berufungswerberin beantragten öffentlichen Apotheke nahm die österreichische Apothekerkammer mit Schriftsatz vom 19.04.2007 gemäß § 10 Abs. 7 Apothekergesetz gutächterlich Stellung, dass sich in der Gemeinde der von der Berufungswerberin in Aussicht genommenen Betriebsstätte keine ärztlichen Hausapotheken befänden. Die Erhebung der Anzahl der Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin in der Gemeinde oder im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte besetzt sind, könne daher unterbleiben. Der bestehenden öffentlichen ***apotheke in M** würden bei Errichtung der von der Berufungswerberin beantragten öffentlichen Apotheke 5.988 ständige Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern als Versorgungspotential verbleiben. Der bestehenden öffentlichen ***apotheke in B** würden bei Errichtung der beantragten öffentlichen Apotheke der Berufungswerberin 3.607 ständige Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern als Versorgungspotential verbleiben. Weiters seien zum verbleibenden Versorgungspotential der ***apotheke in B** 821 ständige Einwohner hinzuzurechnen, für welche die bestehende Klosterapotheke in B** ? obwohl außerhalb des Umkreises von vier Kilometern von der Betriebsstätte der ***apotheke in B** ? die nächstgelegte Arzneimittelabgabestelle sei. Ferner seien 367 Zweitwohnsitzbewohner für das Versorgungspotential der ***apotheke in B** zu berücksichtigen, die im Umkreis von vier Kilometern von der Betriebsstätte der ***apotheke in B** wohnten bzw. für welche die ***apotheke in B** die nächstgelegene Arzneimittelabgabestelle sei (obwohl außerhalb des Umkreises von vier Straßenkilometern von der Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke gelegen). Für die Ermittlung des Ausmaßes, in dem Zweitwohnungsbesitzer den Bedarf an einer öffentlichen Apotheke mitbegründen, sei auf eine von der österreichischen Apothekerkammer beim Fesli-GFK-Institut

für Marktforschung in Auftrag gegebene Studie (02-143.8 68, nicht im Akt), zu verweisen, in der festgestellt werde, in welchem Ausmaß Zweitwohnungsbesitzer Apothekenleistungen in der dem Zweitwohnsitz nächstgelegenen Apotheke in Anspruch nehmen. Diese aktuelle Erhebung basiere auf der Sekundäranalyse einer Studie, die das Fessler-GFK-Institut für Marktforschung 1997 im Auftrag der österreichischen Apothekerkammer durchgeführt habe, in welcher insgesamt 4.000 Österreicher und Österreicherinnen ab 16 Jahre befragt worden seien. Die Nutzer von Zweitwohnsitzen besuchten im Schnitt 1,01 mal pro Jahr eine Apotheke an ihrem Zweitwohnsitz. Dies ergebe in Verbindung mit der (nach unterschiedlichen Gemeinden im Gutachten differenzierten) Nutzungshäufigkeit des Zweitwohnsitzes pro Jahr eine Nutzungswahrscheinlichkeit pro Aufenthaltstag von 0,0214. Dieser Wert entspreche exakt der Apothekennutzungswahrscheinlichkeit der Gesamtbevölkerung an ihrem Hauptwohnsitz, der bei 0,021368 liege und sich aus durchschnittlich 7,8 Apothekenbesuchen pro Jahr gebrochen durch 365 möglichen Nutzungstage ergebe. Die im Versorgungsgebiet der bestehenden öffentlichen ***apotheke in B** befindlichen 367 Personen mit Zweitwohnsitz seien demnach zu 13,1 % (das sind 48 Einwohnergleichwerte berechnet auf Grund der für diese Kategorie von Gemeinden geltenden Nutzungswahrscheinlichkeit des Zweitwohnsitzes laut erwähnter Fessler-GFK-Studie), dem Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen ***apotheke in B** zuzurechnen. Mit weiteren zusätzlich zu versorgenden Personen im Sinne von § 10 Abs. 5 Apothekengesetz sei im umschriebenen Versorgungsgebiet nicht zu rechnen. Demnach würde der öffentlichen ***apotheke in B** im Falle der Neuerrichtung der von der Berufungswerberin beantragten öffentlichen Apotheke in M** ein Versorgungspotential von weniger als 5.500 Personen verbleiben. Der Bedarf an der neu zu errichtenden Apotheke sei daher nicht gegeben.

Zu diesem Gutachten der österreichischen Apothekerkammer nahm Mag. Ö** mit Schriftsatz vom 16.05.2007 dahingehend Stellung, dass sich aus dem Gutachten ergebe, dass der Konzessionsantrag der Berufungswerberin abzuweisen sei, weil das Versorgungspotential der in B** bestehenden Apotheke unter die Zahl von 5.500 Personen absinken würde und damit nach § 10 Abs. 2 Z. 3 Apothekengesetz kein Bedarf bestehe. Für den Fall, dass dem Antrag der Berufungswerberin dennoch stattgegeben werden solle, verweise der Einspruchswerber auf sein bisheriges Vorbringen.

Mit Schriftsatz vom 29.05.2007 nahm die ***-Apotheke B** Mag. S**, vertreten durch den alleinvertretungsbefugten Gesellschafter und Konzessionär Mag. S**, Adresse ***

B**, zum Gutachten der Apothekerkammer dahin gehend Stellung, dass die ***apotheke B**, vertreten durch den alleinvertretungsbefugten Gesellschafter und Konzessionär Mag. S** nunmehr ihren Betrieb bereits aufgenommen habe und anstelle des ursprünglichen Einspruchswerbers Mag. S** in das Verfahren eintrete. In der Sache selbst führte die Mag. S** aus, dass das Gutachten der österreichischen Apothekerkammer zu Recht zum Ergebnis komme, dass die Voraussetzungen für die von der Berufungswerberin beantragte Apotheke nicht gegeben seien, weil der von der Mag. S** betriebenen ***apotheke in B** kein 5.500 Personen übersteigendes Versorgungspotential verbleibe. Weiters regte die Mag. S** an, dass das Konzessionsverfahren über den Antrag der Berufungswerberin bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs über die von Mag. Ö** eingebrachte Verwaltungsgerichtshofsbeschwerde bzw. bis zur Entscheidung über das Konzessionsansuchen der Mag. K** (ebenfalls derzeit bei der Bezirkshauptmannschaft Mattersburg anhängig) gemäß § 38 AVG ausgesetzt werde.

Am 21.06.2007 nahm die Bezirkshauptmannschaft Mattersburg betreffend die Mag. B** in das Firmenbuch Einsicht und stellte fest, dass der Einspruch des Mag. B** vom 12.09.2006 als Konzessionär der Konzessionsinhaberin Mag. B** zuzurechnen sei, weil Mag. B** der unbeschränkt haftende Gesellschafter und alleinvertretungsbefugter Gesellschafter der Mag. B** sei.

Mit Bescheid vom 26.06.2007 traf die Bezirkshauptmannschaft Mattersburg die nunmehr angefochtene Entscheidung, mit der das Konzessionsansuchen der Berufungswerberin als unbegründet abgewiesen wurde.

Dieser Bescheid wurde am 29.06.2007 zu Händen der rechtsfreundlichen Vertretung des Mag. Ö**, am 25.06.2007 zu

Handen der rechtsfreundlichen Vertretung der ***apotheke Mag. S**, am 29.06.2007 der Berufungswerberin zu Handen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung und am 29.06.2007 dem Mag. B** zugestellt.

Begründend führte die Bezirkshauptmannschaft nach Wiedergabe des Verfahrensgeschehens und der Rechtsgrundlagen sowie des Gutachtens der Apothekerkammer im Wesentlichen aus, dass zwar die persönlichen Voraussetzungen für die Konzessionsverleihung an die Berufungswerberin gegeben seien (hinsichtlich der geplanten Betriebsstätte sei eine Bestätigung des Vermieters eingeholt worden), doch sei ein Bedarf im Sinne von § 10 Abs. 2 Z. 3 Apothekengesetz an der beantragten Konzession nicht gegeben, weil bei Errichtung der beantragten Apotheke der Berufungswerberin das Versorgungspotential der von der Betriebsstätte der rechtskräftig bewilligten öffentlichen ***apotheke des Mag. S**, nunmehr Klosterapotheke B** Mag. S** OHG, in B**, unter 5.500 Personen, nämlich auf 4.476 sinken würde (zusammengesetzt aus 3.607 ständigen Einwohnern innerhalb des vier Kilometer Polygons, 821 ständigen Einwohnern außerhalb des vier Kilometer Umkreises um die ***apotheke, für welche aber diese Apotheke die nächstgelegene Arzneimittelabgabestelle sei, sowie aus 48 zusätzlich zu versorgenden Zweitwohnsitzern im Sinne des § 10 Abs. 5 Apothekengesetz). Dies sei auch von der Berufungswerberin nach Einräumung des Parteiengehörs nicht bestritten worden.

Im Übrigen rechtfertige ein offenes bzw. noch nicht rechtskräftig abgeschlossenes Konzessionsverfahren nicht die vom Einspruchswerber ***apotheke B** Mag. S** beantragte Aussetzung des Verfahrens. In der dagegen am 10.07.2007 eingebrachten Berufung beantragte die Berufungswerberin die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung, die Abänderung des angefochtenen Bescheides dahingehend, dass ihrem nunmehr hinsichtlich der beantragten Betriebsstätte in der Berufung geänderten Konzessionsansuchen stattgegeben und ihr die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit der nunmehrigen (Lt. Auskunft der BH Mattersburg ca. 2 km von der Adresse ***, Grst. Nr. 1908 und 1909, KG ***, entfernten) Betriebsstätte *** Straße *** und dem Standort Gebiet der Gemeinde *** östlich der Bahnlinie erteilt werde, in eventu der angefochtene Bescheid gemäß § 66 Abs. 2 AVG behoben und die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides an die Bezirkshauptmannschaft zurückverwiesen werde. Begründend führte die Berufungswerberin im Wesentlichen aus, dass die Richtigkeit des Gutachtens der österreichischen Apothekerkammer vom 19.04.2007 hinsichtlich des verneinten Bedarfs dahinstehen könne. Auf Grund der Dauer des Konzessionsverfahrens sei ihr nämlich der Eigentümer der Grundstücke 1908 und 1909 nicht mehr länger im Wort und komme ihr deshalb nicht länger die Verfügungsbefugnis über die ursprünglich beantragte Betriebsstätte zu. Sie habe daher die vorgesehene Betriebsstätte geändert und mit dem Eigentümer der Liegenschaft GZ 3165 KG *** mit der Grst. Adresse *** Straße , ***, eine entsprechende Vereinbarung abgeschlossen und ändere ihr Konzessionsansuchen nunmehr dahingehend, dass die Konzessionserteilung für diese neue Betriebsstätte mit dem unveränderten Standort Gebiet der Gemeinde *** östlich der Bahnlinie beantragt werde. Die bisher vorliegenden Ermittlungsergebnisse seien daher als überholt anzusehen, weil die Frage des Bedarfs nunmehr ausgehend von der neuen Betriebsstätte zu ermitteln sei. Die neuerliche Bedarfsprüfung würde einen Bedarf an der beantragten Apotheke ergeben; dies umso mehr, als sich die Entfernung zur bestehenden ***apotheke wesentlich vergrößert habe

. Abschließend werde darauf hingewiesen, dass Mag. Ö** keine Parteistellung im anhängigen Konzessionsverfahren zukommen könne, weil sein Konzessionsantrag mit rechtskräftigem Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 18.12.2003 abgewiesen worden sei. Mag. Ö** sei sohin weder Inhaber einer öffentlichen Apotheke noch prioritärer Konzessionswerber.

Die einzelnen Sachverhaltsfeststellungen gründen auf den angeführten Beweismitteln. Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes trifft der Unabhängige Verwaltungssenat Burgenland folgende

Rechtliche Beurteilung:

Für die Entscheidung waren folgende Rechtsvorschriften maßgeblich:

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG), Stammfassung: BGBl. Nr. 51/1991, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004, Apothekengesetz RGBl. Nr. 5/1907 in der Fassung BGBl. I Nr. 90/2006

(alle im Folgenden wiedergegebenen Rechtstexte werden in der anzuwendenden Fassung angegeben)

Im einzelnen (neben dem lediglich die Zuständigkeit des UVS als Berufungsbehörde begründenden § 66 Abs. 4 AVG):

§ 10 Apothekengesetz:

(1) Die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke ist 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.

(2) Ein Bedarf besteht nicht, wenn

1. sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, oder
2. die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke weniger als 500 m beträgt oder
3. die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen sich in Folge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5 500 betragen wird.

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

1.

eine ärztliche Hausapotheke und

2.

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

(3a) In einem Zeitraum, während dessen ein Gesamtvertrag gemäß § 341 ASVG nicht besteht, besteht ein Bedarf gemäß Abs. 2 Z. 1 dann nicht, wenn in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke weniger als zwei Ärzte für Allgemeinmedizin zum Zeitpunkt der Antragstellung ihren ständigen Berufssitz haben und sich dort eine ärztliche Hausapotheke befindet.

(3b) Bei der Prüfung gemäß Abs. 2 Z. 1 sind bloß vorübergehende Vertragsstellen, die einmalig und auf höchstens 3 Jahre befristet sind, nicht zu berücksichtigen.

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

(5) 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.

(6) Die Entfernung gemäß Abs. 2 Z. 2 darf ausnahmsweise unterschritten werden, wenn es besondere örtliche Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung dringend gebieten.

(7) Zur Frage des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist ein Gutachten der österreichischen Apothekerkammer einzuholen. Soweit gemäß § 29 Abs. 3 und 4 Ärzte betroffen sind, ist auch ein Gutachten der Österreichischen Ärztekammer einzuholen.

(8) Als bestehende Apotheken im Sinne des Abs. 2 Z. 2 und 3 gelten auch alle nach der Kundmachung BGBl. I Nr. 53/1998 rechtskräftig erteilten Konzessionen zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke.

§ 13 Abs. 8 AVG:

(1) [...]

(8) Der verfahrenseinleitende Antrag kann in jeder Lage des Verfahrens geändert werden. Durch die Antragsänderung darf die Sache ihrem Wesen nach nicht geändert und die sachliche und örtliche Zuständigkeit nicht berührt werden.

(9) [...]

1. Die Berufungswerberin hat im anhängigen Konzessionsverfahren nach Erlassung des Bescheides der Bezirkshauptmannschaft aber vor der rechtskräftigen Entscheidung der Berufungsbehörde ihr anhängiges Konzessionsansuchen dergestalt geändert, dass die in Aussicht genommene Betriebsstätte um ca. zwei Kilometer verlegt wurde.

2. Nach § 13 Abs. 8 AVG darf der verfahrenseinleitende Antrag, hier also das Ansuchen zur Verleihung der Konzession für Errichtung und Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke, in jeder Lage des Verfahrens geändert werden. Demnach sind Änderungen des Konzessionsansuchens im Berufungsverfahren auch im Apothekenrecht grundsätzlich zulässig. Nach § 13 Abs. 8 zweiter Satz AVG wird jedoch die grundsätzlich gegebene Möglichkeit der Abänderung verfahrenseinleitender Anträge insofern eingeschränkt, als angeordnet wird, dass durch die Antragsänderung die Sache ihrem Wesen nach nicht geändert und die sachliche und örtliche Zuständigkeit nicht berührt werden darf. Regelungszweck dieser ? nach der (offenkundig auf unzutreffenden Annahmen über den Inhalt der höchstgerichtlichen Rechtsprechungen beruhenden) Intention des Gesetzgebers eng auszulegenden (vgl. AB 1167 BlgNR, XX. GP, zu § 13 Abs. 8 AVG) ? Begrenzung ist, Antragstellern gewisse Grenzen zu setzen, um zu verhindern, dass Verfahren über Themen geführt werden, die sich aufgrund von Antragsänderungen später als irrelevant erweisen.

Damit sind Änderungen des verfahrenseinleitenden Antrages, also auch des Konzessionsansuchens im Apothekenrecht, nur zulässig, wenn durch die Änderung die Sache ihrem Wesen nach nicht geändert wird (vgl. etwa zum Wasserrechtsgesetz VwGH 29.03.2007, Zl. 2006/07/0108). Welche Änderungen das Wesen der Sache abändern, wird nur vor dem Regelungszusammenhang des jeweiligen Rechtsgebietes entschieden werden können. So wurde für das gewerbliche Betriebsanlagenverfahren entschieden, dass Antragsänderungen, die geeignet sind, gegenüber dem ursprünglichen Projekt neue Gefährdungen bzw. Belästigungen im Sinne des § 74 Abs. 2 GewO 1994 herbeizuführen nicht zulässig sind (VwGH 26.04.2006, Zl. 2003/04/0190, VwGH 14.09.2005, Zl. 2003/04/007). Für Anträge auf Zuordnung von Übertragungskapazitäten zu einem bestimmten Versorgungsgebiet oder auf Zulassung zur Veranstaltung von Hörfunk in einem ausgeschriebenen Versorgungsgebiet nach dem Privatradiogesetz wurde entschieden, dass ? unter Berücksichtigung der für solche Anträge geltenden Bewerbungsfristen ? alle Änderungen wesentlich und sohin unzulässig sind, denen Einfluss auf die (unter mehreren Bewerbern zu treffende) Auswahlentscheidung zukommen kann (z. B. der für die Stattgebung eines Antrages erforderliche Nachweis, dass die Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile des Antragstellers nur mit Zustimmung der Gesellschaft erfolgen kann, vgl. VwGH 30.06.2006, Zl. 2003/04/0185, VwGH 15.09.2004, Zl. 2002/04/0148).

3. Wesentlich für den Regelungszusammenhang des Apothekenrechtes ist, dass die Konzession für die neu zu errichtende öffentliche Apotheke nur erteilt werden darf, wenn die nach § 10 Apothekengesetz durchzuführende Bedarfsprüfung das Bestehen eines Bedarfs bejaht. Das Kernstück des apothekenrechtlichen Konzessionsverfahrens

ist daher die Prüfung, ob ein Bedarf an der beantragten, neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht (vgl. § 10 Abs. 2 Apothekengesetz). Im Rahmen dieser Bedarfsprüfung kommt der Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke entscheidende Bedeutung zu. Ordnet das Gesetz doch an, dass kein Bedarf besteht, wenn die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke weniger als 500 m beträgt (§ 10 Abs. 2 Z. 2 Apothekengesetz) oder wenn die Zahl die von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken auch weiterhin zu versorgenden Personen sich in Folge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5.500 betragen wird (§ 10 Abs. 2 Z. 3 Apothekengesetz). Für die hier durchzuführende Zuordnung von Versorgungspotentialen an die bestehende Apotheke bzw. an die neu zu errichtende Apotheke ist einerseits die Betriebsstätte der bestehenden Apotheke und andererseits die künftige Betriebsstätte der beantragten Apotheke maßgeblich (vgl. VwGH 13.11.2000, Zl. 98/10/0079, VwGH 11.06.2001, Zl. 2000/10/0165, VwGH 23.10.1995, Zl. 95/10/0003 u. v. a.). Die Angabe der künftigen Betriebsstätte ist daher essentieller Bestandteil des Konzessionsansuchens. Erst wenn diese Angabe vorliegt, erwirbt ein Konzessionsansuchen die für die Entscheidung über konkurrierende Ansuchen maßgebliche Priorität (vgl. VwGH 11.06.2001, Zl. 2000/10/0165).

4. Die Angabe der zukünftigen Betriebsstätte ist daher wesentlicher Bestandteil des Konzessionsansuchens. Eine hinsichtlich der Entfernung erhebliche Änderung der in Aussicht genommenen Betriebsstätte würde daher das Wesen des Konzessionsansuchens verändern, weil das Ergebnis der Bedarfsprüfung ein anderes wäre. Demnach ist zwar eine geringfügige Änderung der Bezeichnung des Orts der Betriebsstätte, die sich nicht auf die Bedarfsprüfung auswirkt, zulässig (VwGH 13.10.2004, Zl. 2004/10/0138) eine darüber hinausgehende, nicht bloß geringfügige Verlagerung der zukünftigen Betriebsstätte im Rahmen des Konzessionsverfahrens, die eine andere Bedarfsbeurteilung zur Folge hätte, würde aber das Wesen des Verfahrens über das Konzessionsansuchen verändern und ist demnach im Grunde des § 13 Abs. 8 AVG unzulässig.

5. Die Berufungswerberin hat in der Berufung eine andere Betriebsstätte als zukünftige Betriebsstätte angegeben, als jene, die sie in ihrem ursprünglichen Konzessionsansuchen genannt hatte. Diese neue Betriebsstätte liegt unstrittig über 2 km von der früher angegebenen Betriebsstätte entfernt. Diese Änderung hätte ? wie die Berufungswerberin selber argumentiert ? eine veränderte Beurteilung des Bedarfs an der beantragten Apotheke zur Folge und würde demnach das Wesen des Verfahrens über das Konzessionsansuchen der Berufungswerberin verändern. Die von der Berufungswerberin vorgenommene Veränderung der angegebenen Betriebsstätte ist daher als unzulässige Antragsänderung anzusehen.

6. Da die von der Berufungswerberin vorgenommene Veränderung des Antrags als Änderung unzulässig ist, liegt in Wahrheit ein neues Konzessionsansuchen vor, über das jedoch nicht von der Berufungsbehörde sondern zunächst wieder von der Behörde erster Instanz zu entscheiden ist. Das Konzessionsansuchen der Berufungswerberin war demnach zuständigkeithalber an die Bezirkshauptmannschaft Mattersburg zu übermitteln. Der angefochtene Bescheid hingegen war ersatzlos aufzuheben, da das Konzessionsverfahren nach dem Apothekengesetz ein antragsgebundenes Verwaltungsverfahren ist und mangels eines solchen Antrages keine Zuständigkeit zur Erlassung eines Bescheides besteht. Durch die von der Berufungswerberin vorgenommene Änderung der in Aussicht genommenen Betriebsstätte liegt das ursprüngliche Konzessionsansuchen nicht mehr vor und fehlte es daher ? im Zeitpunkt der Entscheidung der Berufungsbehörde ? an der Voraussetzung für die Erlassung eines Bescheides.

7. Soweit die Berufungswerberin in ihrem Schriftsatz vom 21.11.2007 die Zulässigkeit der Änderung der Betriebsstätte im Konzessionsverfahren unter Hinweis auf die Rechtsprechung zum Begriff der Sache nach § 66 Abs. 4 AVG argumentiert, verkennt sie zunächst, dass im vorliegenden Fall die Zulässigkeit der Antragsänderung nach § 13 Abs. 8 AVG zu beurteilen ist. Diese Bestimmung begrenzt die Antragsänderung eben nicht bloß durch den Ausschluss von Änderungen, welche die Zuständigkeit berühren (hier wäre der Begriff der Sache nach § 66 Abs. 4 AVG angesprochen). Ebenso ausgeschlossen sind Änderungen, die das Wesen der Sache berühren. Trotz ähnlicher Terminologie ist diese Begrenzung der Möglichkeiten der Antragsänderung eigenständig zu beurteilen. Wäre die doppelte Begrenzung der

Antragsänderung in § 13 Abs. 8 2. Satz AVG doch sinnlos, wenn jede Änderung des Wesens der Sache auch gleichzeitig eine die Zuständigkeit berührende Änderung wäre (oder vice versa).

Demnach stützt das von der Berufungswerberin zitierte Judikat VwGH 26.9.1994, 92/10/0459, in dem ausgesprochen wurde, dass die Sache des Konzessionsverfahrens nach dem Apothekengesetz durch den Standort und nicht durch die Betriebsstätte charakterisiert werde und daher eine Änderung der Betriebsstätte im Berufungsverfahren zulässig ist, nicht den Standpunkt der Berufungswerberin. Denn das Thema Änderung der Betriebsstätte wurde in diesem Erkenntnis nicht unter dem Gesichtspunkt des § 13 Abs. 8 AVG sondern unter jenem des § 66 Abs. 4 AVG beurteilt.

8. Ferner war nach der Begründung des von der Berufungswerberin für sich ins Treffen geführten Erkenntnisses VwGH 26.9.1994, 92/10/0459, der Umstand von maßgeblicher Bedeutung, dass die Standorteinschränkung bzw. Verlegung der Betriebsstätte um 300 m gerade kein neuerliches Ermittlungsverfahren betreffend die Bedarfsfrage notwendig machte. Eben ein solches, neuerliches Ermittlungsverfahren betreffend die Bedarfsfrage ist aber nach dem eigenen Vorbringen der Berufungswerberin bei der vorliegenden Verlegung der Betriebsstätte um 2 km notwendig.

9. Darüber hinaus ist nach Ansicht des erkennenden Mitglieds bei Auslegung des § 66 Abs. 4 AVG zu bedenken, dass sich die Rechtslage seit der Schöpfung des Erkenntnisses VwGH 26.9.1994, 92/10/0459, insofern maßgeblich geändert hat, als nunmehr nicht mehr eine gewöhnliche Verwaltungsinstanz sondern der Unabhängige Verwaltungssenat Berufungsbehörde ist. Die Unabhängigen Verwaltungssenate sind aber von Verfassungs wegen (Art 129 B-VG) nicht dazu berufen, die Verwaltung im Sinne einer gewöhnlichen Verwaltungsbehörde (in erster Instanz) zu führen, sondern die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns zu überprüfen (VfSlg 14.891, 16.192).

Würde nun eine Änderung der Betriebsstätte im Apothekenkonzessionsverfahren vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat, welche eine vollständig neue Beurteilung der Bedarfsfrage erfordert, zulässig sein, würde der Unabhängige Verwaltungssenat in gleicher Weise wie die erste Instanz Bezirksverwaltungsbehörde Verwaltung führen. Dies geriete in Widerspruch zu der verfassungsrechtlichen Funktion der gerichtartigen, unabhängigen Rechtsmittelinstanz Unabhängiger Verwaltungssenat.

Denn die unter der Leitung der obersten Organe der Verwaltung erfolgende Führung der Verwaltung durch weisungsgebundene Organe nach Art. 20 Abs. 1 B-VG dient der Sicherstellung der demokratischen Legitimation der Verwaltung, weil die obersten Organe den demokratisch gewählten Parlamenten verantwortlich sind. Die Berufung weisungsfreier, quasirichterlicher Organwalter, wie der Mitglieder der Unabhängigen Verwaltungssenate, zur Vollziehung der Gesetze weist demgegenüber eine verdünnte demokratische Legitimation auf. Dies kann nach dem System der Bundesverfassung nicht den Zweck haben, aus metajuristischen Erwägungen Vollziehung von demokratischer Legitimation freizustellen. Vielmehr rechtfertigt sich die richterliche Unabhängigkeit im demokratischen Rechtsstaat allein damit, dass die Entscheidung von Streitigkeiten durch unabhängige Entscheidungsträger erfolgt, die weder die Interessen des einen Streitteiles noch jene des anderen Streitteiles als eigene Interessen verfolgen.

Würde nun der Unabhängige Verwaltungssenat als erste Instanz tätig, müsste er zwangsläufig in eine mit der gewöhnlichen Verwaltung vergleichbare Interessenslage kommen. Doch weitaus bedeutsamer ist, dass der Bürger in diesem Fall die Rechtsmittelinstanz - nicht bloß in Ausnahmefällen wie dem Säumnisschutz, sondern grundsätzlich - verlieren würde. Statt der unabhängigen Entscheidung von Rechtsstreiten zwischen Verwaltung und Bürger erhielte der Bürger bloß eine weitere Verwaltungsinstanz, die nicht einmal im selben Maße der demokratischen Kontrolle unterliegt, wie die Bezirksverwaltungsbehörde.

Demnach würde eine Auslegung des § 66 Abs. 4 AVG, welche die Entscheidungsbefugnis der unabhängigen Verwaltungssenate mit jener der gewöhnlichen Verwaltungsinstanz im wesentlichen gleichsetzt, nicht dem Sinn des

Art. 129 B-VG entsprechen. Obwohl der Gesetzestext des § 66 Abs. 4 AVG nicht abgeändert wurde, ist daher bei der Auslegung des Begriffs der Sache in § 66 Abs. 4 AVG verfassungskonform ein Verständnis geboten, das Antragsänderungen ? wie die vorliegende ? unzulässig macht, wenn die Antragsänderung dazu führen würde, dass der Unabhängige Verwaltungssenat bei Führung des Beweisverfahrens hinsichtlich des Umfangs der Sachverhaltsermittlung im wesentlichen in der gleicher Art und Weise wie die erste Instanz tätig werden müsste.

10. Ebenso wenig stützt das von der Berufungswerberin zitierte Judikat VwGH 29.3.1993,90/10/0025, in dem ausgesprochen wurde, dass eine Standorteinschränkung im Berufungsverfahren zulässig ist, den Standpunkt der Berufungswerberin. Wurde doch die Zulässigkeit der Standorteinschränkung gerade damit begründet, dass diese für die Bedarfsprüfung unerheblich sei. Was aber gerade auf die vorliegende Änderung der Betriebsstätte nicht zutrifft. Gerade die Maßgeblichkeit der Betriebsstätte für die Bedarfsprüfung bzw. die Irrelevanz des Standortes für die Betriebsprüfung nach der Rechtslage nach der Apothekengesetznovelle 1984 hat der Verwaltungsgerichtshof in einem anderen Erkenntnis bejaht (VwGH 22.04.2002, ZI. 2000/10/0053).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Unzulässigkeit von Änderungen des verfahrenseinleitenden Antrags, Apothekenkonzessionsverfahren, Betriebsstätte

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvvs/index.html>

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at