

RS Lvwg 2016/10/30 LVwG- 050072/15/Gf/Mu

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.10.2016

Rechtssatznummer

1

Entscheidungsdatum

30.10.2016

Norm

Art. 56 AEUV

Art. 18 B-VG

§10 ApG

§24 ApG

§27 ApG

§28 VwGVG

§8 AVG

Rechtssatz

* Da sowohl im Verfahren zur Konzessionserteilung für eine öffentliche Apotheke an die Bf. als auch im Verfahren zur Bewilligungserteilung für eine Filialapotheke an die MP jeweils ein und dieselbe, deren rechtliche Interessen berührende Rechtsfrage, ob bzw. inwieweit dadurch jeweils wechselseitig ihr (von der Gemeinde 4844 Regau gebildetes) Versorgungspotential und/oder das Versorgungspotential einer der umliegenden, bereits bestehenden öffentlichen Apotheken derart beeinträchtigt werden könnte, dass dieses unter 5.500 Personen sinkt, zu beurteilen war, hätte die BH diese beiden Verfahren nicht getrennt führen dürfen, sondern vielmehr zu einem gemeinsamen Verfahren verbinden und sodann mittels einheitlichen Bescheides erledigen müssen – und zwar selbst dann, wenn Derartiges nicht explizit gesetzlich angeordnet ist.

* Hinsichtlich der vor einem derartigen Hintergrund resultierenden Frage, ob diese Trennung weiterhin aufrecht zu erhalten oder nicht vielmehr zumindest im Rechtsmittelverfahren eine entsprechende Zusammenlegung geboten ist, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Verwaltungsgerichte gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG in der Regel in der Sache selbst zu entscheiden haben. Dies spricht für eine prinzipielle gesetzgeberische Wertentscheidung dahin, dass die Ausübung der verwaltungsgerichtlichen Sacherledigungskompetenz bloß wegen behördlicher Verfahrensfehler in aller Regel nicht gehindert ist, d.h. dass die VwG diesbezügliche Rechtswidrigkeiten der Behörde vielmehr aus eigenem zu sanieren haben. Weiters lässt sich aus § 28 Abs. 2 VwGVG auch ein Effizienzgebot dahin ableiten, dass das Verwaltungsverfahren – gesamthaft betrachtet, nämlich im Interesse der Sicherstellung Österreichs als attraktiven Wirtschaftsstandort, womit eine – wie sich in der Praxis zeigt – regelmäßig mehrjährige Dauer von Konzessionserteilungsverfahren nach dem ApG (hier: mehr als 21/2 Jahre) schon von vornherein unvereinbar ist –

raschest möglich rechtskräftig abgeschlossen werden soll. Dies geht ersichtlich auch aus dem Erkenntnis des VwGH vom 16. März 2016, Ra 2015/10/0063, hervor. Dass die Verwaltungsbehörde damit hinsichtlich des nicht einbezogenen Verfahrens ihre Befugnis zur Fällung der originär politischen Entscheidung verliert, begegnet keine prinzipiellen verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn und soweit eine derartige Kompetenzdevolution gesetzlich vorgesehen und damit i.S.d. Art. 18 Abs. 1 B VG gedeckt ist.

* Insgesamt folgt daraus, dass in Sachverhaltskonstellationen, in denen nahezu zeitgleich mehrere, auf das ApG gestützte Ansuchen um Erteilung einer Bewilligung gestellt werden, die sich de facto auf ein und dasselbe Kundenpotential derart beziehen, dass im Falle der Genehmigung der Neuerrichtung dadurch einer bereits bestehenden öffentlichen Apotheke weniger als 5.500 Personen als zu versorgende verbleiben, dann, wenn die Behörde die entsprechenden Bewilligungsverfahren getrennt geführt hat und gegen eine ein solches Verfahren abschließende Entscheidung eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht erhoben wurde, das LVwG damit auch hinsichtlich der übrigen noch nicht rechtskräftig erledigten Ansuchen eine Sachentscheidung zu treffen hat – dies selbst dann, wenn in jenen Verfahren (noch) kein Rechtsmittel erhoben, insbesondere keine Säumnisbeschwerde eingebracht wurde: Es kommt sohin in derartigen Konstellationen gleichsam zu einer „ex-lege-Devolution der Zuständigkeit kraft sachlicher Konnexität“, die ihre Grundlage im gemeinsamen Versorgungspotential mehrerer Apotheken hat. Da dies insofern dem im ApG spezifisch geregelten Bedarfsprüfungssystem inhärent ist, ist ein derartiger Zuständigkeitsübergang somit auch – wenngleich nicht explizit – „gesetzlich vorgesehen“, wie dies aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel in Bezug auf Kompetenzverschiebungen als Ausnahme vom Grundsatz der nicht prorogablen Zuständigkeitsverteilung im Verwaltungsrecht entsprechend gefordert ist.

* Die Entscheidung des EuGH vom 30.6.2016, C 634/15 (Sokoll-Seebacher II) bewirkt, dass die Bestimmung des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG auch i.V.m. § 10 Abs. 6a ApG (wonach die Zahl von 5.500 Personen zu unterschreiten ist, wenn es in ländlichen und abgelegenen Regionen auf Grund besonderer örtlicher Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung unter Berücksichtigung des Versorgungsangebots durch bestehende Apotheken einschließlich Filialapotheken und ärztlichen Hausapotheken dringend erforderlich ist) deshalb, weil diese auch nach der Novelle BGBl I 30/2016 (von ländlichen und abgelegenen Regionen abgesehen) immer noch eine starre Grenze an weiterhin zu versorgenden Personen vorsieht, gegenwärtig wegen Widerspruchs zum Unionsrecht nicht anzuwenden ist. Denn eine Synopse der Entscheidungen des EuGH vom 13.2.2014, C 367/12 (Sokoll-Seebacher I), einerseits und vom 30.6.2016, C 634/15 (Sokoll-Seebacher II), andererseits ergibt zweifelsfrei, dass als essentielles Bedarfskriterium in einer nationalen Regelung lediglich die angemessene, sichere und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit Apothekendienstleistungen vorgesehen werden darf, um dem unionsrechtlichen Kohärenz- und Verhältnismäßigkeitsgebot im Hinblick auf Art. 56 AEUV zu entsprechen, während einem wirtschaftlichen Bestandsschutz für bereits bestehende Apotheken in diesem Zusammenhang – wenn überhaupt, dann – nur eine untergeordnete Rolle in Form einer Reflexwirkung zukommen kann: (Eine starre Grenze bzw.) ein Potential von weiterhin zu versorgenden Personen dient nämlich primär dem Bestandsschutz bereits vorhandener Bewilligungsinhaber, wodurch das Hauptziel der optimalen Heilmittelversorgung der Bevölkerung aus den Augen verloren wird. In gleicher Weise gilt dies auch für all jene Bestimmungen des ApG, die explizit oder – wie § 24 Abs. 1 ApG – implizit auf § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG verweisen.

* Daran dürfte pro futuro auch der sich derzeit in parlamentarischer Beratung befindliche Initiativantrag vom 12.10.2016, 1863/A, 25. GP (s.a. 1310 BlgNR, 25. GP), mit dem folgende Novellierung des § 10 Abs. 6a ApG vorgesehen ist:

„(6a) Die Zahl der von der Betriebsstätte einer oder mehrerer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen gemäß Abs. 2 Z 3 ist zu unterschreiten, wenn es auf Grund besonderer örtlicher Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung unter Berücksichtigung des Versorgungsangebots durch bestehende Apotheken einschließlich Filialapotheken und ärztlichen Hausapotheken geboten ist.“,

nichts ändern. Denn gesamthaft betrachtet geht aus den beiden EuGH-Entscheidungen vom 13.2.2014, C 367/12 (Sokoll-Seebacher I), und vom 30.6.2016, C 634/15 (Sokoll-Seebacher II), unmissverständlich hervor, dass ein nationales Bedarfsprüfungssystem nur dann als verhältnismäßig erscheint, wenn dieses geeignet ist, die Zielsetzung einer sicheren und qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung in kohärenter Weise sicherzustellen. Abgesehen davon, dass es in diesem Zusammenhang nach Auffassung des EuGH auf „besondere örtliche Verhältnisse“

– wie in der geplanten Novelle zum ApG weiterhin vorgesehen – überhaupt nicht ankommt, obliegt in gerichtlichen Kontrollverfahren die Beweisführung einer kohärenten Zielerreichung nicht dem Gericht selbst, sondern dem Staat bzw. seinen Gesetzgebungs- und Behördenorganen (so z.B. wiederum unmissverständlich EuGH vom 19.10.2016, C 148/15 [Deutsche Parkinson-Vereinigung], RN 35 u. 36, m.w.N.; sowie schon vom 30.4.2014, C 390/12 [Pfleger], RN 50, zum österreichischen Glücksspielmonopol). Belege dafür, dass und weshalb gerade das bestehende Bedarfsprüfungssystem des ApG im Sinne eines gelindesten Eingriffes dazu geeignet wäre, tatsächlich eine sichere und optimale Heilmittelversorgung zu gewährleisten, wurden jedoch bislang in Österreich nicht erbracht. Insbesondere lassen sich auch der die vorangeführten Sokoll-Seebacher-Entscheidungen des EuGH in mehrfacher Weise missdeutenden Begründung des vorliegenden Initiativantrages solche nicht entnehmen, was freilich schon deshalb nicht überraschen kann, weil sich die Vorgangsweise eines Initiativantrages hierfür schon voraussetzungsgemäß nicht eignen dürfte: Denn bei dieser in auffälliger Weise gerade bei grundlegenden Novellierungen im Bereich des Apothekenrechts häufig gewählten Art des Gesetzgebungsverfahrens kommt es – im Gegensatz zur Gesetzgebung auf Grund einer Regierungsvorlage – weder zu einem regulären Begutachtungsverfahren noch zu der sonst einer Regierungsvorlage vorangehenden materiellen Grundlagenforschung, sodass gesamthaft betrachtet nicht nur Letztere sondern auch eine planvolle Fortentwicklung des Rechtsgebietes insgesamt auf der Strecke bleibt. Zudem lässt sich den vorangeführten Sokoll-Seebacher-Entscheidungen entnehmen, dass diese in Bezug auf das bestehende Bedarfsprüfungssystem des ApG seitens des EuGH wohl auch von einem Verdacht des unsachlichen Protektionismus getragen sein dürften. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass mehrfach betont wird, dass das Hauptziel einer derartigen Regelung in der Gewährleistung einer optimalen Heilmittelversorgung der Bevölkerung bestehen muss, während dem gegenüber ein Bestandsschutz für bereits bestehende öffentliche Apotheken ebenso wenig erwähnt wie auf das Verhältnis zwischen Letzteren und Filial- und ärztlichen Hausapotheken eingegangen wird. Davon ausgehend ist daher der nationale Gesetzgeber im Zuge einer Neuregelung des Apothekenwesens in erster Linie dazu verhalten, Regelungen zu schaffen, die effektiv gewährleisten, einen – sich v.a. auch in Gestalt von mutwilligen Verfahrensverzögerungen seitens der Streitparteien ausdrückenden – Missbrauch dahin zu verunmöglichen, die Neugründung von Apotheken aus Gründen zu verhindern, die im rein wirtschaftlichen Interesse von bereits bestehenden Konzessionsinhabern gelegen sind. Stellt man vorrangig auf eine optimale Heilmittelversorgung der Bevölkerung ab, so erscheint ein Bestandsschutz für bereits bestehende Apotheken schon von vornherein nur für jene Standorte erforderlich, die aus ökonomischer Sicht als nicht lukrativ erscheinen (insbesondere wegen dünner Besiedelung, schlechter Verkehrsanbindung o.Ä.). Für zentrale Orte bedarf es hingegen eines derartigen Bestandsschutzes schon deshalb nicht, weil sich für die Gebiete solcher Apotheken wegen ihrer hohen Rentabilität stets rasch entsprechende Betreiber bzw. Nachfolger für diese finden. Die gesetzliche Festlegung bzw. Beibehaltung eines generellen, in keiner Weise sachlich differenzierenden Bestandsschutzes verkörpert daher offenkundig weder ein zur Zielerreichung der optimalen Heilmittelversorgung der Bevölkerung geeignetes noch auch das gelindeste Eingriffsmittel (zur Unhaltbarkeit der Vermutung, dass eine Wettbewerbssituation schon per se eine Gefahr für die Heilmittelversorgung darstellt, vgl. insbesondere EuGH vom 19. Oktober 2016, C 148/15 [Deutsche Parkinson Vereinigung], RN 37 ff). Somit würde jede Fortschreibung dieses Systems nur dessen bereits ex ante bestehende Unionsrechtswidrigkeit perpetuieren.

* Nach all dem hatte daher das LVwG OÖ aufgrund der von der Bf. gegen den der MP die Errichtung einer Filialapotheke bewilligenden Bescheid der BH erhobenen Beschwerde nicht nur über dieses Rechtsmittel, sondern auch über den Antrag der Bf. auf Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in einem Shopping-Center in 4840 Vöcklabruck eine Sachentscheidung zu treffen und aufgrund des hierfür jeweils bestehenden Bedarfes beide Genehmigungen zu erteilen.

Schlagworte

Verwaltungsverfahrensgemeinschaft; Filialapotheke; öffentliche Apotheke; notwendiger Konnex; Devolution

Anmerkung

Alle Entscheidungsvolltexte sowie das Ergebnis einer gegebenenfalls dazu ergangenen höchstgerichtlichen Entscheidung sind auf der Homepage des Oö LVwG www.lvwg-ooe.gv.at abrufbar.

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGOB:2016:LVwG.050072.15.Gf.Mu

Zuletzt aktualisiert am

21.11.2016

Quelle: Landesverwaltungsgericht Oberösterreich LVwg Oberösterreich, <http://www.lvwg-ooe.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at