

TE Vwgh Beschluss 2018/9/27 Ra 2017/10/0069

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.09.2018

Index

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)
10/07 Verwaltungsgerichtshof
40/01 Verwaltungsverfahren
82/04 Apotheken Arzneimittel

Norm

ApG 1907 §10 Abs2 Z3
ApG 1907 §10 Abs6a idF 2016/I/103
B-VG Art133 Abs4
VwGG §34 Abs1
VwGG §42 Abs2 Z3 litc
VwGVG 2014 §17
VwGVG 2014 §6

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Stöberl sowie den Hofrat Dr. Fasching und die Hofrätin Dr. Leonhartsberger als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Bleiweiss, über die Revision des W W in F, vertreten durch DI Mag. Andreas O. Rippel, Rechtsanwalt in 1130 Wien, Maxingstraße 34, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Burgenland vom 1. März 2017, Zl. E HG1/05/2015.017/030, betreffend Apothekenkonzession (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht:

Bezirkshauptmannschaft Oberwart; mitbeteiligte Parteien: 1. A KG in O, 2. N P in M, 3. W S in P, 4. B K in O, alle vertreten durch Mag. Dr. Eleonore Berchtold-Ostermann, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Bräunerstraße 6), den Beschluss gefasst:

Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Der Revisionswerber hat den erst- bis drittmittelbeteiligten Parteien Aufwendungen in der Höhe von je EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1 Der Revisionswerber beantragte am 26. April 2011 die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke in Oberwart.

2 Die vom Revisionswerber am 2. Oktober 2014 eingebrachte Säumnisbeschwerde wurde vom Landesverwaltungsgericht Burgenland mit Erkenntnis vom 16. März 2015 als unbegründet abgewiesen.

3 Dieses Erkenntnis wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 16. März 2016, Ra 2015/10/0063, wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufgehoben.

4 Mit dem nunmehr in Revision gezogenen Erkenntnis gab das Landesverwaltungsgericht im fortgesetzten Verfahren der Säumnisbeschwerde Folge und wies den Antrag des Revisionswerbers auf Erteilung der Konzession zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke in Oberwart ab (I.). Die Revision erklärte das Verwaltungsgericht für nicht zulässig (II).

5 Begründend führte das Verwaltungsgericht - gestützt auf das eingeholte Bedarfsgutachten der Apothekerkammer - aus, im Falle der Errichtung und Inbetriebnahme der beantragten Apotheke würde sich die Anzahl der von den umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken der Mitbeteiligten zu versorgenden Personen auf jeweils weniger als 5.500 wie folgt verringern: B-Apotheke (der erstmitbeteiligten Partei): 3.278 Personen; "K-Apotheke" (der viertmitbeteiligten Partei): 4.724 Personen; Apotheke "Z" (der drittmithabenden Partei): 5.358 Personen.

6 Ein Bedarf an der neu zu errichtenden Apotheke im Sinne des § 10 Abs. 2 Z 3 ApG liege demnach nicht vor.

7 Sohin sei entsprechend Abs. 6a leg. cit. zu prüfen, ob eine Unterschreitung des Mindestversorgungspotenzials dieser Apotheken auf Grund besonderer örtlicher Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung geboten sei.

8 Nach der Judikatur des EuGH sei dies - zusammengefasst - im Wesentlichen dann der Fall, wenn die Versorgung der Bevölkerung nicht ohnedies durch bestehende Apotheken gewährleistet und der wirtschaftliche Bestand der bestehenden Apotheken weiterhin möglich sei.

9 Es sei im Rahmen des § 10 Abs. 6a ApG sohin vor allem zu prüfen, ob der Wohnbevölkerung im Versorgungsgebiet der beantragten neuen Apotheke die Dienstleistungen einer Apotheke in einer vernünftigen Erreichbarkeit zur Verfügung stünden und daher ein angemessener Zugang zu Apothekendienstleistungen sichergestellt sei.

10 Die in Aussicht genommene Betriebsstätte der beantragten neu zu errichtenden Apotheke befinde sich im "Einkaufszentrum O" am äußersten südlichen Rand der Stadt. Das Versorgungsgebiet (schwarzes Polygon) der beantragten Apotheke umfasse lediglich 454 ständige Einwohner. Die Entfernung der Betriebsstätte der neu zu errichtenden Apotheke zur B-Apotheke betrage rund 1,7 km, zur "Kronen-Apotheke" rund 2,6 km und zur Apotheke "Z" rund 9,8 km. Die Entfernung von der Betriebsstätte der neu zu errichtenden Apotheke zur nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke betrage demnach nur rund 1,7 km, weshalb sich der Anfahrtsweg für die Bevölkerung maximal um diese Distanz verkürzen könnte. Schon deshalb stünden der Wohnbevölkerung im Versorgungsgebiet der beantragten neuen Apotheke die Dienstleistungen einer Apotheke in einer vernünftigen Entfernung zur Verfügung; eine Unterversorgung der Wohnbevölkerung liege keinesfalls vor, sodass die Neuerrichtung der beantragten Apotheke für die Wohnbevölkerung des Versorgungsgebietes nicht erforderlich sei. Dazu komme, dass der Revisionswerber selbst ausführe, dass diese Personen ihre normalen Apothekenbesuche weiterhin in den bestehenden Apotheken in Oberwart tätigen würden. Auf Grund dieser Lage stelle die neu zu errichtende Apotheke weder für die Wohnbevölkerung noch für Menschen mit eingeschränkter Mobilität einen wesentlich verbesserten Zugang zur Arzneimittelversorgung dar.

11 Eines der in den Gesetzesmaterialien angeführten Beispiele für "besondere örtliche Verhältnisse" (ländliche und abgelegene Region, sich nachhaltig und stetig entwickelndes Siedlungsgebiet, Umgebung einer größeren medizinischen Einrichtung oder Krankenhaus mit mehreren Anstaltsambulatorien, bedeutender oder stark frequentierter Verkehrsknotenpunkt, zB. Flughafen oder Hauptbahnhof) liege hinsichtlich der Betriebsstätte der beantragten Apotheke nicht vor.

12 Die gegenständlich vorliegende (örtliche) Besonderheit ergebe sich vielmehr - wie auch der Revisionswerber ausführe - aus der Situierung der Betriebsstätte der neu zu errichtenden Apotheke in einem stark frequentierten Einkaufszentrum am äußersten südlichen Rand von Oberwart. Für die Besucher dieses Einkaufszentrums würde die beantragte Apotheke zweifellos insofern eine Verbesserung der Arzneimittelversorgung darstellen, als sie ihre Apothekeneinkäufe gleich im Zuge des Besuchs des Einkaufszentrums miteinlegen könnten. Allerdings handle es sich - wie der Revisionswerber immer wieder ausführe - bei den Besuchern des Einkaufszentrums primär nicht um die Wohnbevölkerung, wohingegen sich der Bedarf im Sinne des § 10 ApG primär an der Wohnbevölkerung zu orientieren

habe. Zudem ziele die Judikatur des EuGH, die Anlass für die Gesetzesänderung gewesen sei, vor allem auf die Gewährleistung einer sicheren und qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung ab, wobei insbesondere Personen mit eingeschränkter Mobilität hervorgehoben würden. Gegenständlich liege jedoch - aufgrund der örtlichen Verhältnisse -

die Vermutung nahe, dass es sich bei den Besuchern des am Stadtrand gelegenen Einkaufszentrums nicht um in ihrer Mobilität eingeschränkte Personen handle, zumal auch der Revisionswerber davon ausgehe, dass die Besucher des Einkaufszentrums dorthin fahren müssten.

13 Die beantragte Apotheke stelle somit weder für die Wohnbevölkerung noch für Menschen mit eingeschränkter Mobilität einen wesentlich verbesserten Zugang zur Arzneimittelversorgung dar.

14 Die Errichtung der beantragten öffentlichen Apotheke würde zudem zu einer massiven Gefährdung der Existenzfähigkeit der drei in Rede stehenden umliegenden öffentlichen Apotheken und somit zu einer erheblichen Verschlechterung der Arzneimittelversorgung für die Wohnbevölkerung führen. Besonders existenzgefährdet wäre die B-Apotheke in O, deren Versorgungspotenzial nur 59,6 Prozent des Mindestversorgungspotenzials betrage.

15 Insgesamt betrachtet sei sohin das Ausmaß des Vorteils, der der Bevölkerung durch die neue Apotheke entstehen würde, weitaus geringer als der Nachteil.

16 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision. In dem vom Verwaltungsgerichtshof durchgeführten Vorverfahren erstatteten die anwaltlich vertretenen erst- bis drittmittelbeteiligten Parteien je eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag, die Revision kostenpflichtig zurück- bzw. abzuweisen.

17 Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Auf Beschlüsse der Verwaltungsgerichte ist Art. 133 Abs. 4 B-VG sinngemäß anzuwenden (Art. 133 Abs. 9 B-VG).

18 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.

19 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

20 Soweit die Revision in den Zulässigkeitsgründen zunächst eine Befangenheit der erkennenden Richterin des Landesverwaltungsgerichts Burgenland geltend macht, ist festzuhalten, dass eine Verletzung des § 6 VwGGV durch ein Mitglied des Verwaltungsgerichts die Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften begründet und bei Zulässigkeit der Revision zur Aufhebung der Entscheidung aus diesem Grunde zu führen hat. Die Zulässigkeit einer Revision bei Behauptung einer Befangenheit setzt aus dem Grunde des Art. 133 Abs. 4 B-VG dabei jedenfalls voraus, dass im Zuge dieser Rüge eine grundsätzliche Rechtsfrage (des Verfahrensrechts) aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 19.10.2016, Ra 2015/12/0081). Dies gelingt der Revision im vorliegenden Fall aber schon deshalb nicht, weil - worauf das Verwaltungsgericht bei der Aktenvorlage hingewiesen hat - Mag. W. Z. nicht der Ehemann der erkennenden Richterin des Verwaltungsgerichts ist. Davon ausgehend erweist sich auch das weitere, an diese Behauptung anknüpfende Befangenheitsvorbringen als rein spekulativ.

21 Die Revision bringt in den Zulässigkeitsgründen weiters vor, das angefochtene Erkenntnis widerspreche dem Beschluss des EuGH vom 30. Juni 2016, C-634/15 ("Sokoll-Seebacher II"), wonach bei der Bedarfsprüfung auf die "besonderen örtlichen Verhältnisse" abzustellen sei. Die Besonderheit des vorliegenden Falles liege darin, dass die neu zu errichtende Apotheke in einem Einkaufszentrum liege. Das Verwaltungsgericht habe rechtswidrigerweise ausschließlich damit argumentiert, dass es für Personen mit eingeschränkter Mobilität zu keiner Verbesserung der Versorgungssituation kommen würde. Aufgrund der besonderen örtlichen Verhältnisse würde die neu zu errichtende Apotheke praktisch kaum (oder wahrscheinlich gar nicht) Kunden der im Umfeld liegenden Apotheken "absaugen", andererseits wäre der Zugang zu Arzneimitteln für Besucher des Einkaufszentrums, das heißt für Personen aus der

weiteren Umgebung erleichtert, zumal diese für den Erwerb von Arzneimitteln nicht mehrere Einkaufswege bestreiten müssten. Zur Frage, inwieweit derartige Ströme von Einflutern in ein Einkaufszentrum bei der Bedarfsermittlung zu berücksichtigen seien, existiere keine höchstgerichtliche Rechtsprechung.

22 Die Frage, ob die Voraussetzung des Art. 133 Abs. 4 B-VG - also eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung - vorliegt, ist im Zeitpunkt der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes zu beurteilen. Wurde die zu lösende Rechtsfrage daher in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - auch nach Einbringung der Revision - bereits geklärt, liegt keine Rechtsfrage (mehr) vor, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme (vgl. etwa VwGH 23.5.2017, Ra 2016/10/0083, mwN).

23 Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 8. August 2018, Ra 2017/10/0103, auf dessen Entscheidungsgründe gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, geklärt, unter welchen Voraussetzungen "besondere örtliche Verhältnisse" im Sinne des § 10 Abs. 6a ApG (idF BGBl. I Nr. 103/2016) vorliegen, die die Erteilung einer beantragten Apothekenkonzession in Abweichung der Bedarfskriterien des § 10 Abs. 2 Z 3 ApG gebieten.

24 Unstrittig ist, dass im Fall der Errichtung der vom Revisionswerber beantragten öffentlichen Apotheke das Mindestversorgungspotenzial der bestehenden öffentlichen Apotheken unter die in § 10 Abs. 2 Z 3 ApG normierte Grenze von je 5.500 Personen fiele.

25 Die Anwendung des § 10 Abs. 6a ApG kommt im gegenständlichen Fall aber schon deshalb nicht in Betracht, weil - unter Berücksichtigung des Versorgungsangebots durch bestehende Apotheken eine ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung auch bei Nichterrichtung der gegenständlich beabsichtigten Apotheke gewährleistet ist (vgl. dazu VwGH Ra 2017/10/0103, Rn 22).

26 Soweit die Revision vorbringt, dass sich das Kundenpotenzial der bestehenden öffentlichen Apotheken im Falle der Neuerrichtung der beantragten Apotheke "praktisch kaum" verringern werde (weil diese infolge der örtlichen Verhältnisse nicht "abgesaugt" würden), steht dies im Übrigen der Anwendbarkeit der Bedarfskriterien des § 10 Abs. 2 Z 3 ApG auch aus folgendem Grund nicht entgegen:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs hat sich die nach dieser Bestimmung durchzuführende Bedarfsprüfung auf eine prognostische Zuordnung konkreter Kundenpotenziale zu den beteiligten Apotheken zu gründen. Ob und gegebenenfalls aus welchen Gründen Personen, die unter den Gesichtspunkten der räumlichen Nähe und Erreichbarkeit dem Versorgungspotenzial einer bestimmten Apotheke zuzuordnen sind, ihren Arzneimittelbedarf tatsächlich in dieser Apotheke oder aber in einer anderen Apotheke decken werden, ist nicht entscheidend. Im Rahmen der Prognose kommt es vielmehr ausschließlich auf das nach den dargelegten Gesichtspunkten "objektivierte Kundenverhalten" an (vgl. etwa VwGH 28.6.2016, Ra 2016/10/0056 ua, mwN). Demgemäß können aus einem davon - behauptetermaßen - abweichenden tatsächlichen Kundenverhalten auch keine "besonderen örtlichen Verhältnisse" im Sinne des § 10 Abs. 6a ApG abgeleitet werden.

27 Soweit in den Zulässigkeitsausführungen schließlich der "erleichterte" Zugang zu Arzneimitteln für die Besucher des Einkaufszentrums ins Treffen geführt wird, wird damit eine - im Sinne des § 10 Abs. 6a ApG - maßgebliche "Verbesserung" der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung nicht dargetan. Eine solche läge nämlich nur dann vor, wenn im Falle der Nichterrichtung der beantragten Apotheke eine ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln nicht gewährleistet wäre; dass dies der Fall wäre, ist angesichts der dargestellten Versorgungssituation durch bestehende Apotheken nicht ersichtlich und wird von der Revision auch nicht behauptet. Eine (für die Besucher des Einkaufszentrums) lediglich "bequemere" Möglichkeit des Erwerbs von Arzneimitteln erfüllt die genannte Voraussetzung nicht.

28 Das Verwaltungsgericht ist somit in nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass im vorliegenden Fall keine "besonderen örtlichen Verhältnisse" vorliegen, die eine Außerachtlassung von § 10 Abs. 2 Z 3 gerechtfertigt bzw. eine Konzessionserteilung nach § 10 Abs. 6a ApG geboten hätten. Es ist von den Leitlinien der hg. Rechtsprechung (vgl. VwGH Ra 2017/10/0103) nicht abgewichen.

29 In der Revision werden sohin keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher zurückzuweisen.

30 Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet auf den §§ 47 ff. insbesondere §§ 48 Abs. 2 Z 1 und 51, VwGG iVm der VwGH-AufwandsatzVO 2014.

Wien, am 27. September 2018

Schlagworte

Verfahrensbestimmungen Befangenheit offenbare Unrichtigkeiten

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2018:RA2017100069.M00

Im RIS seit

08.07.2019

Zuletzt aktualisiert am

08.07.2019

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at