jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 1993/11/29 92/10/0393

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 29.11.1993

Index

21/01 Handelsrecht;
40/01 Verwaltungsverfahren;
82/04 Apotheken Arzneimittel;

Norm

ApG 1907 §10 Abs1 idF 1990/362;
ApG 1907 §10 Abs2 idF 1990/362;
ApG 1907 §10 Abs3 idF 1990/362;
ApG 1907 §10 Abs3;
ApG 1907 §10;
ApG 1907 §12 Abs2 Z1;
ApG 1907 §47 Abs2;
ApG 1907 §48 Abs2;
AVG §58 Abs2;
AVG §8;
AVG §9;
HGB §131;
HGB §146 Abs2;

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 92/10/0396

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerden 1. der X-Apotheke Mag.pharm. K-KG in A, vertreten durch Dr. X, Rechtsanwalt in W, 2. des Mag.pharm. GG, und 3. der Mag.pharm. F, beide in A, beide vertreten durch Dr. E, Rechtsanwalt in I, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz vom 30. Juli 1992, Zl. 262-054/3-II/A/4/92, betreffend Zurückweisung von Berufungen und Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in G (mP: Mag.pharm. C in A, vertreten durch Dr. J, Rechtsanwalt in W), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerden der Erstbeschwerdeführerin und des Zweitbeschwerdeführers werden als unbegründet abgewiesen.

Die Erstbeschwerdeführerin und der Zweitbeschwerdeführer haben der belangten Behörde Aufwendungen in der Höhe von je S 1.517,50 und der Mitbeteiligten jeweils Aufwendungen in der Höhe von S 11.480,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Der angefochtene Bescheid wird, soweit damit der Mitbeteiligten die Konzession zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit dem Standort im Gebiet der Gemeinde G erteilt wird, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat der Drittbeschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 11.480,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid des Bundesministers für Gesundheit und öffentlicher Dienst vom 22. Dezember 1989 war der Antrag der Mitbeteiligten vom 9. März 1988 auf Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in G abgewiesen worden. Gegen diesen Bescheid hatte die Mitbeteiligte die zur Zl. 91/10/0085 (vorher 90/10/0040) protokollierte Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof erhoben.

Am 5. Juli 1990 beantragte die Mitbeteiligte neuerlich die Erteilung der Konzession zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in G. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens erhoben die Beschwerdeführer Einspruch. Ihre Parteistellung im Verfahren über die Errichtung einer öffentlichen Apotheke in G begründeten sie ausdrücklich wie folgt: Die bestehende öffentliche Apotheke in A werde "wirtschaftlich" von der erstbeschwerdeführenden Kommanditgesellschaft betrieben. Die Drittbeschwerdeführerin sei Konzessionsinhaberin. Der Zweitbeschwerdeführer sei verantwortlicher Leiter und mit der Führung der Apotheke betraut.

In einem am 21. Oktober 1991 erstatteten Schriftsatz teilte die Drittbeschwerdeführerin mit, die erstbeschwerdeführende Kommanditgesellschaft sei mit dem Urteil des Oberlandesgerichtes I vom 26. April 1990, dessen Rechtskraft am 15. Oktober 1991 eingetreten sei, aufgelöst worden. Die Gesellschaft werde liquidiert. Sie habe ihre Tätigkeit (Betrieb der Apotheke) eingestellt. Seit 16. Oktober 1991 betreibe die Drittbeschwerdeführerin die Apotheke in A auf Grund der ihr verliehenen Konzession als Einzelunternehmen. Die Bestellung des Zweitbeschwerdeführers zum verantwortlichen Leiter bleibe aufrecht.

Mit Bescheid vom 11. November 1991 erteilte der Landeshauptmann von Tirol der Mitbeteiligten die Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke mit dem Standort Gebiet der Gemeinde G.

Gegen diesen Bescheid erhoben die Beschwerdeführer Berufung.

Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid (Spruchpunkt I) wies die belangte Behörde die Berufung der Drittbeschwerdeführerin als unbegründet ab und bestätigte den erstinstanzlichen Bescheid. Die Berufungen der Erstbeschwerdeführerin und des Zweitbeschwerdeführers wurden mangels Parteistellung zurückgewiesen (Spruchpunkt II). Betreffend die Parteistellung vertrat die belangte Behörde folgende Auffassung: Da die erstbeschwerdeführende Kommanditgesellschaft durch Richterspruch rechtskräftig aufgelöst sei und die Drittbeschwerdeführerin seit 16. Oktober 1991 die Apotheke in A als Einzelunternehmen betreibe, sei nur sie (als Rechtsnachfolgerin der Kommanditgesellschaft) berechtigt, Berufung gegen den Bescheid des Landeshauptmannes zu erheben. Die Berufungen der Kommanditgesellschaft und des verantwortlichen Leiters seien daher zurückzuweisen gewesen. In der Sache vertrat die belangte Behörde auf der Grundlage der von ihr getroffenen, unten noch näher darzulegenden Sachverhaltsfeststellungen im Ergebnis die Auffassung, die von § 10 Apothekengesetz (ApG) geforderte Mindestanzahl an zu versorgenden Personen sei überschritten; der Bedarf nach der beantragten Apotheke sei daher gegeben.

Gegen diesen Bescheid richten sich die Beschwerde der Erstbeschwerdeführerin und die verbundenen Beschwerden des Zweitbeschwerdeführers und der Drittbeschwerdeführerin. Die erst- und zweitbeschwerdeführenden Parteien erachten sich in ihrem Recht auf Parteistellung verletzt, die Drittbeschwerdeführerin im Recht, daß der Mitbeteiligten die Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke in G nicht erteilt werde.

Die belangte Behörde hat zu den Beschwerden eine gemeinsame Gegenschrift erstattet; die Mitbeteiligte hat jeweils gesondert eine Gegenschrift erstattet. Es wird jeweils die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerden beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Verfahren über die Beschwerden wegen des sachlichen Zusammenhanges verbunden und darüber erwogen:

Zur Beschwerde der Erstbeschwerdeführerin:

Die Lösung der Frage der Parteistellung im Verfahren über die Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke hängt im Beschwerdefall davon ab, wer als "Inhaber" der bestehenden Apotheke in A im Sinne des § 48 Abs. 2 ApG anzusehen ist. Die in § 48 Abs. 2 ApG umschriebenen rechtlichen Interessen betreffen das Apothekenunternehmen, z.B. dessen Existenzfähigkeit unter dem Aspekt, der gesetzlichen Betriebspflicht auch im Falle von Urlaub und Krankheit des Konzessionärs nachkommen zu können. Daher ist als "Inhaber" im Sinne dieser Bestimmung IM FALLE DES BETRIEBES DURCH EINE OFFENE HANDELSGESELLSCHAFT ODER KOMMANDITGESELLSCHAFT diese Gesellschaft (vertreten durch den Konzessionär als vertretungsbefugten Gesellschafter) zu verstehen und nicht ein Gesellschafter, der Konzessionär oder Leiter der Apotheke im eigenen Namen (vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 22. März 1991,

Zlen. 90/10/0020-0024, 0030, und vom 17. Mai 1993, Zl.90/10/0058). Die finanzielle Beteiligung am Vermögen des Apothekenunternehmens allein vermag die Legitimation als Partei nicht zu begründen (vgl. ebenfalls das Erkenntnis vom 22. März 1991, Zlen. 90/10/0020-0024, 0030).

Im Beschwerdefall ist somit zu untersuchen, ob die erstbeschwerdeführende Kommanditgesellschaft im maßgeblichen Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides als "Inhaber" der öffentlichen Apotheke im Sinne des § 48 Abs. 2 ApG anzusehen ist; dies hängt nach dem oben Gesagten davon ab, ob ihr der "Betrieb" des Unternehmens zuzurechnen ist.

Die Beschwerde vertritt unter Hinweis darauf, daß einer Personenhandelsgesellschaft im Konzessionsverfahren Parteistellung zukäme, wenn sie Inhaber des Apothekenunternehmens sei, die Auffassung, die belangte Behörde habe die Berufung der erstbeschwerdeführenden KG zu Unrecht zurückgewiesen, weil die Parteifähigkeit der Personenhandelsgesellschaft nicht durch die Auflösung, sondern erst durch die (im vorliegenden Fall noch nicht eingetretene) Vollbeendigung verloren gehe.

Diesen Darlegungen ist folgendes entgegenzuhalten:

Die Rechtsfolgen der Auflösung einer Kommanditgesellschaft richten sich (von hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen) nach den §§ 131 ff HGB. Durch die Auflösung kommt die Gesellschaft regelmäßig nicht schon in Wegfall; sie wandelt sich vielmehr in eine Abwicklungsgesellschaft um. Diese ist mit der werbenden Gesellschaft hinsichtlich Mitgliederkreis und Vermögensbestand identisch, sie besteht bis zur völligen Liquidation des Gesellschaftsvermögens fort (vgl. z.B. Ulmer in Großkomm HGB3, § 131, Rdn 129). Die Parteifähigkeit einer Personenhandelsgesellschaft wird durch ihre Auflösung solange nicht beeinträchtigt, als ihre Rechtsverhältnisse zu Dritten nicht abgewickelt sind (vgl. z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. März 1993, Zl. 91/15/0013, mit weiteren Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

Aus dieser - von der Beschwerde im Ergebnis zutreffend dargelegten - Rechtslage ist für den Standpunkt der Beschwerde nichts gewonnen; denn die belangte Behörde hat die Berufung der Erstbeschwerdeführerin nicht - wie die Beschwerde unterstellt - deshalb zurückgewiesen, weil sie angenommen hätte, daß die Parteifähigkeit der Erstbeschwerdeführerin durch die Auflösung untergegangen wäre. Die belangte Behörde ist zur Zurückweisung der Berufung vielmehr auf der Grundlage ihrer Sachverhaltsfeststellung gelangt, daß (nicht die Erstbeschwerdeführerin, sondern) die Drittbeschwerdeführerin das Apothekenunternehmen (als Einzelunternehmen) betreibt. Dieser Feststellung des angefochtenen Bescheides tritt die Beschwerde nicht entgegen; für das Beschwerdeverfahren ist somit auf der Grundlage dieser unbestrittenen Feststellung davon auszugehen, daß die Drittbeschwerdeführerin das Apothekenunternehmen betreibt, d.h. insbesondere auf Grund der nach außen in Erscheinung tretenden Rechtsbeziehungen aus der Führung des Betriebes berechtigt und verpflichtet wird. Mangels eines entsprechenden Tatsachenvorbringens der Erstbeschwerdeführerin bestand auch kein Anhaltspunkt dafür, daß diese der Führung des Betriebes durch die Drittbeschwerdeführerin im eigenen Namen und auf eigene Rechnung entgegengetreten wäre. Ob hier eine nach § 12 Abs. 4 erster Satz ApG einer Genehmigung bedürfende Vereinbarung über den Betrieb einer Apotheke vorliegt, ist im vorliegenden Fall für die Beurteilung der Frage, wer als Inhaber der Apotheke im Sinne des § 48 Abs. 2 ApG anzusehen ist, nicht entscheidend.

Auf der Grundlage ihrer im oben dargelegten Sinne zu verstehenden Feststellung, daß die Drittbeschwerdeführerin

(die Konzessionärin) das Apothekenunternehmen betreibt, durfte die belangte Behörde mit Recht diese (und nicht die Erstbeschwerdeführerin) als Inhaber des Unternehmens im Sinne des § 48 Abs. 2 ApG ansehen. Die Erstbeschwerdeführerin kann sich somit nicht mit Erfolg auf den Grundsatz berufen, daß im Falle des Betriebes des Apothekenunternehmens durch eine Personenhandelsgesellschaft diese als Inhaber im Sinne der zitierten Vorschrift anzusehen ist, weil im Beschwerdefall die Gesellschaft das Unternehmen nicht betreibt. Allfällige auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhende Auseinandersetzungs- bzw. Erstattungsansprüche der Erstbeschwerdeführerin gegenüber der Drittbeschwerdeführerin vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern; sie sind im vorliegenden Zusammenhang nicht anders zu werten als eine (sonstige) finanzielle Beteiligung am Vermögen des Apothekenunternehmens, die als solche ebenfalls nicht die Parteistellung vermittelt.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß die Erstbeschwerdeführerin im maßgeblichen Zeitpunkt die durch § 12 Abs. 2 Z. 1 ApG normierten Voraussetzungen der Zulässigkeit des Betriebes eines Apothekenunternehmens durch eine Personenhandelsgesellschaft nicht erfüllte. Nach der zitierten Vorschrift ist der Betrieb einer Apotheke in der Rechtsform einer Personengesellschaft nach handels- oder sonstigen zivilrechtlichen Vorschriften nur zulässig, wenn zur Gewährleistung ausreichender rechtlicher und wirtschaftlicher Verfügungsmacht im Apothekenunternehmen der Konzessionsinhaber Gesellschafter mit ausschließlicher Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, insbesondere allein berechtigt ist, sämtliche für die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung notwendigen Maßnahmen durchzuführen. Mit dem Eintreten der Gesellschaft in die Liquidation erlischt die Befugnis der bisher hiefür zuständigen Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung (vgl. Torggler-Kucsko in Straube, HGB, § 146, Rz 1 mwN). Die Liquidation erfolgt im Beschwerdefall auch nicht durch die nach § 146 Abs. 1 HGB berufenen Personen (in welchem Fall ebenfalls im Hinblick auf die Stellung auch der Kommanditisten als Liquidatoren - vgl. OGH EvBl 1978/40, GesRZ 1980, 212 - die durch § 12 Abs. 2 Z. 1 ApG normierte Voraussetzung der ausschließlichen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Konzessionsinhabers nicht vorläge). Vielmehr wurde für die Erstbeschwerdeführerin ein "gerichtlicher" Liquidator (§ 146 Abs. 2 HGB) bestellt; diesem kommt die (ausschließliche) Geschäftsführung und Vertretung zu. Er ist jedoch nicht Konzessionsinhaber der bestehenden öffentlichen Apotheke in A im Sinne des § 12 Abs. 2 ApG; die Erstbeschwerdeführerin erfüllt somit auch nicht die in der zitierten Vorschrift normierten Voraussetzungen der Zulässigkeit des Betriebes eines Apothekenunternehmens durch eine Personenhandelsgesellschaft.

Die Zurückweisung der Berufung der Erstbeschwerdeführerin entsprach somit dem Gesetz.

Zur Beschwerde des Zweitbeschwerdeführers:

Der Zweitbeschwerdeführer war in der Zeit vom 1. Oktober 1985 bis 30. September 1992 (und somit auch im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides) gemäß den §§ 17 b Abs. 1, 18 Abs. 2 ApG zum verantwortlichen Leiter der öffentlichen Apotheke in A bestellt (vgl. die Bescheide der BH I vom 1. Oktober 1985, 17. Dezember 1990, und 20. September 1992). Die Beschwerde vertritt die Auffassung, die Zurückweisung der Berufung sei rechtswidrig, weil der Zweitbeschwerdeführer zunächst auf Antrag der erstbeschwerdeführenden Gesellschaft, in der Folge auf Antrag der Drittbeschwerdeführerin zum Leiter bestellt worden sei. Als Leiter der Apotheke sei er Partei des Konzessionsverfahrens.

In diesem Zusammenhang genügt der Hinweis, daß nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes der Leiter einer Apotheke nicht als "Inhaber" im Sinne des § 48 Abs. 2 ApG anzusehen ist (vgl. z.B. die Erkenntnisse vom 22. März 1991, Zlen. 90/10/0020-0024, 0030, und vom 16. Juni 1992, Zl.88/08/0105). Die Zurückweisung der vom Zweitbeschwerdeführer im eigenen Namen und mit Beziehung auf seine Rechtsstellung als verantwortlicher Leiter der Apotheke erhobenen Berufung entsprach somit ebenfalls dem Gesetz.

Zur Beschwerde der Drittbeschwerdeführerin:

Zur Zulässigkeit der Beschwerde unter dem Gesichtspunkt der Beschwerdelegitimation wird auf die Darlegungen zur Beschwerde der Erstbeschwerdeführerin verwiesen.

Nach § 47 Abs. 2 ApG in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung der ApG-Nov 1984 ist ein Konzessionsantrag eines Bewerbers vom Landeshauptmann auch dann ohne weiteres Verfahren abzuweisen, wenn ein früherer Antrag eines anderen Bewerbers um die Errichtung einer neuen Apotheke an demselben Standort wegen des Fehlens der in § 10 bezeichneten sachlichen Voraussetzungen abgewiesen worden ist, von dem Datum der Zustellung des letzten in der Angelegenheit ergangenen Bescheides an gerechnet nicht mehr als zwei Jahre vergangen sind und eine wesentliche

Veränderung in den für die frühere Entscheidung maßgebenden lokalen Verhältnissen nicht eingetreten ist.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides wird dargelegt, mit Bescheid der belangten Behörde vom 22. Dezember 1989 (zugestellt im Jänner 1990) sei einem anderen Konzessionswerber die für den Standort G beantragte Apothekenkonzession mangels Bedarfes nicht erteilt worden. Von der Zustellung dieses Bescheides bis zum Antrag der Mitbeteiligten (5. Juli 1990) lägen somit weniger als zwei Jahre. Die Rechtslage sei jedoch seither eine andere. Durch den Verweis des § 47 Abs. 2 ApG auf § 10 leg. cit. sei letztlich auch § 47 ApG durch die ApG-Nov 1990 neu gestaltet worden. Die Novellierung des ApG im Jahre 1990 durchbreche somit die Sperrfrist des § 47 Abs. 2 ApG. Der Antrag der Mitbeteiligten wäre somit selbst dann nicht nach § 47 Abs. 2 ApG abzuweisen gewesen, wenn in den für die frühere Entscheidung maßgebenden lokalen Verhältnissen eine wesentliche Änderung nicht eingetreten wäre. Im übrigen stellten - näher dargelegte - Änderungen in den Zahlen der ständigen Einwohner Veränderungen in den lokalen Verhältnissen im Sinne der zitierten Vorschrift dar.

Diesen Darlegungen hält die Beschwerde entgegen, daß seit der Abweisung des Konzessionsansuchens des anderen Konzessionswerbers keine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse eingetreten sei. Insbesondere hätten sich die Einwohnerzahlen nicht in relevantem Ausmaß verändert. Die von der belangten Behörde festgestellten Einwohnerzahlen basierten auf von der Mitbeteiligten vorgelegten Auskünften der Gemeindebehörden. Die darin jeweils genannte Anzahl der Haupt- und Zweitwohnungsbesitzer weiche vom Ergebnis der Volkszählung 1991 ohne Begründung ab. Die Schreiben seien der Drittbeschwerdeführerin nie zur Kenntnis gebracht worden. Gleiches gelte für die "Fremdenverkehrszahlen", die die belangte Behörde offenbar fernmündlich eingeholt habe. Dem Vertreter der Drittbeschwerdeführerin sei lediglich fernmündlich bekanntgegeben worden, daß "neue Zahlen" eingeholt worden seien, die jedoch nicht in relevantem Ausmaß von den bisherigen Zahlen abwichen. Eine Änderung der "rechtlichen Verhältnisse" durch die ApG-Nov 1990 könne die zweijährige Sperrfrist "nicht zum Erlöschen bringen".

Die in § 47 Abs. 2 ApG gelegene Normierung einer Sperrfrist bedeutet für den vom abgewiesenen Vorbewerber verschiedenen neuen Antragsteller ein gesetzliches Hindernis für die Einbringung eines Ansuchens. Die erwähnte Vorschrift stellt auf den tatsächlichen Zustand im Zeitpunkt der Antragstellung im Verhältnis zu den der Vorerledigung zugrundegelegten lokalen Verhältnissen ab. Unter dem in § 47 Abs. 2 leg. cit. verwendeten Rechtsbegriff der "lokalen Verhältnisse", die für die frühere Entscheidung maßgebend gewesen sein müssen, sind sowohl die den Bedarf bestimmenden Verhältnisse als auch die in § 10 umschriebenen weiteren tatsächlichen Verhältnisse zu verstehen (vgl. das Erkenntnis vom 23. Oktober 1986, Slg. 12280/A).

Voraussetzung der Abweisung eines vor Ablauf der Sperrfrist gestellten neuen Antrages nach § 47 Abs. 2 ApG ist, daß ein früherer Antrag WEGEN DES FEHLENS DER IN § 10 BEZEICHNETEN SACHLICHEN VORAUSSETZUNGEN abgewiesen worden ist und eine wesentliche Veränderung in den FÜR DIE FRÜHERE ENTSCHEIDUNG MAßGEBENDEN LOKALEN VERHÄLTNISSEN nicht eingetreten ist. Nach den Gesetzesmaterialien zur entsprechenden Vorgängervorschrift des § 47 Abs. 2 ApG 1907 in der Stammfassung (RV 1912 Blg. AbgH XVII, 1903, 56) soll durch die Vorschrift einerseits eine zwecklose Inanspruchnahme der beteiligten Behörden vermieden und andererseits vorgekehrt werden, daß nicht ein Bewerber eine Konzession unter denselben Verhältnissen erhalte, unter denen sie kurz vorher einem anderen Bewerber wegen des Fehlens der in § 10 bezeichneten Voraussetzungen verweigert wurde. Sowohl der auf (im wesentlichen) unveränderte nach § 10 für die Entscheidung maßgebende lokale Verhältnisse abstellende Wortlaut des § 47 Abs. 2 als auch der soeben umschriebene Gesetzeszweck lassen eine Auslegung geboten erscheinen, die den Verweis auf § 10 in der zitierten Vorschrift als Anknüpfung an die nach § 10 IN DER JEWEILIGEN FASSUNG maßgebenden lokalen Verhältnisse auffaßt. Dies hat zur Folge, daß ein vor Inkrafttreten einer (im Beschwerdefall durch die ApG-Nov 1990 erfolgten) gesetzlichen Neuregelung betreffend den Kreis der nach § 10 für die Entscheidung über ein Konzessionsansuchen maßgebenden Umstände erlassener Bescheid im Verhältnis zu einem nach Inkrafttreten der Neuregelung gestellten Antrag eines anderen Bewerbers nicht als "Abweisung eines früheren Antrages eines anderen Bewerbers wegen des Fehlens der in § 10 bezeichneten sachlichen Voraussetzungen" im Sinne des § 47 Abs. 2 ApG anzusehen ist. Prüfungsmaßstab im vorangegangenen Verfahren waren im Beschwerdefall die in § 10 ApG in der Fassung der ApG-Nov 1984, im neuen Verfahren hingegen die nach § 10 in der Fassung der ApG-Nov 1990 maßgeblichen Verhältnisse. Die Sperrfrist kommt somit in einem solchen Fall nicht zum Tragen.

Daß auch der Gesetzgeber von einem solchen Verständnis des § 47 Abs. 2 ApG ausgegangen ist, zeigen die Materialien zur Übergangsvorschrift des Art. III Abs. 3 ApG-Nov 1984 (RV 385 Blg. NR. XVI GP. 18), wonach - bezogen auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der ApG-Nov 1984 - die Möglichkeit eröffnet werden sollte, einen neuen Antrag unter

Bedachtnahme auf die Neufassung des § 10 einzubringen, wenn ein früheres Gesuch mangels Vorliegens der Voraussetzungen nach der alten Fassung des § 10 abgewiesen wurde, ohne daß dieser Antrag gemäß § 47 Abs. 2 ohne weiteres Verfahren abgewiesen werden müßte. Der Verwaltungsgerichtshof hatte im bereits erwähnten Erkenntnis vom 23. Oktober 1986, Slg. 12280/A, ebenfalls die - mit dem oben dargelegten Auslegungsergebnis im Einklang stehende - Auffassung vertreten, einem (nach Inkrafttreten einer - damals durch die ApG-Nov 1984 erfolgten - Neuregelung gestellten) neuen Antrag solle sinnvollerweise wegen der Neuregelung der Voraussetzungen nach § 10 ApG das Schicksal der Abweisung ohne weiteres Verfahren erspart werden. Der Verwaltungsgerichtshof teilt somit die Auffassung der belangten Behörde, daß der vor Ablauf von zwei Jahren seit einer früheren Abweisung eines Konzessionsansuchens eines anderen Bewerbers gestellte Antrag der Mitbeteiligten im Hinblick auf die Änderung der Rechtslage durch die ApG-Nov 1990 nicht ohne weiteres Verfahren abzuweisen war. Dem ist der Vollständigkeit halber hinzuzufügen, daß unter den soeben erörterten Umständen des Beschwerdefalles auch der gegenüber der Mitbeteiligten erlassene Bescheid vom 22. Dezember 1989 der neuerlichen Sachentscheidung nicht entgegenstand.

Bei dieser Rechtslage erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der im vorerwähnten Zusammenhang nur hilfsweise vertretenen Auffassung der belangten Behörde, es seien seit der Vorentscheidung relevante Veränderungen der Einwohner- und Nächtigungszahlen eingetreten, und den darauf bezogenen Beschwerdeausführungen. Im Hinblick auf die Bedeutung dieser Faktoren auch für die Bedarfsprognose ist jedoch auf die von der Beschwerdeführerin in den vorerwähnten Zusammenhang gestellte Verfahrensrüge, die belangte Behörde habe ihr zu den abweichend vom Bescheid der ersten Instanz festgestellten Einwohner- und Nächtigungszahlen nicht ordnungsgemäß das Parteiengehör gewährt, einzugehen. Dieses Vorbringen kann der Beschwerde jedoch schon deshalb nicht zum Erfolg verhelfen, weil sie es unterläßt, darzulegen, was die Beschwerdeführerin vorgebracht hätte, wenn ihr Gelegenheit zur Stellungnahme geboten worden wäre (vgl. z.B. die Erkenntnisse vom 20. Mai 1987, Zl. 86/08/0124, und vom 29. Juni 1987, Zl. 87/08/0053).

§ 10 ApG lautet auszugsweise:

"(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. die Zahl der von der künftigen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen weniger als 5.500 beträgt.

...

(3) Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z. 1 sind die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern von der künftigen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke, die aufgrund der örtlichen Verhältnisse aus der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke zu versorgen sein werden.

...

(5) Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner im Sinne der Abs. 3 oder 4 weniger als 5.500, so sind die aufgrund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen."

Die belangte Behörde geht davon aus, daß zum Versorgungspotential der geplanten neuen Apotheke 4.694 ständige Einwohner aus der 4 km-Zone (3.483 aus der Gemeinde G,

1.131 aus der Gemeinde B, 80 aus den zur Gemeinde N gehörenden Ortsteilen Neu-G und Edenhausen), 155 anrechenbare Zweitwohnungsbesitzer (136 aus G, 19 aus B), 538 aus den Nächtigungszahlen abgeleitete "Einwohnergleichwerte" (271 betreffend G, 106 betreffend B und 161 betreffend N = Campingplatz N See) sowie 200 "sonstige zu versorgende Personen aus der Umgebung, z.B. A und M" gehören, insgesamt somit 5.587 zu versorgende Personen.

Die Beschwerde macht zunächst geltend, bei der Ermittlung der ständigen Einwohner könnten nicht alle "mit Hauptwohnsitz gemeldeten Personen" zur Gänze berücksichtigt werden, da es Erfahrungstatsache sei, daß gerade in

Stadtrandgemeinden mit Hauptwohnsitz gemeldete Personen "zumindest zum überwiegenden Teil" in der Stadt wohnten, es sich bei den Hauptwohnsitzen de facto somit um Zweitwohnsitze handle. Dies erweise auch ein Vergleich anhand der aus dem Jahresumsatz der Apotheke der Beschwerdeführerin (ca. S 10 Mio) und dem durchschnittlichen Medikamentenbedarf von S 1.860,-- pro Person und Jahr ermittelten Zahl der von der Apotheke der Beschwerdeführerin tatsächlich versorgten Personen mit der Zahl der im Einzugsbereich als ständige Einwohner gemeldeten Personen.

Diese Darlegungen zeigen keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf. Die belangte Behörde hat ihre Feststellungen über die Zahl der (jeweiligen) ständigen Einwohner - insoweit wie schon die Behörde erster Instanz - auf Grund von Mitteilungen der Gemeindebehörden getroffen, die sich auf die Anzahl der "mit Hauptwohnsitz gemeldeten" und der "mit Zweitwohnsitz gemeldeten Personen" bezogen hatten. Der Vorgangsweise, die Zahl der im 4 km-Umkreis zu berücksichtigenden ständigen Einwohner unter Zugrundelegung der Zahl der mit "Hauptwohnsitz gemeldeten Personen" festzustellen, war die Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren nicht - insbesondere nicht mit der nunmehr im Beschwerdeverfahren aufgestellten Behauptung, diese Personen wohnten "zumindest zum überwiegenden Teil in der Stadt" - entgegengetreten; im vorerwähnten Zusammenhang hatte sie lediglich - ohne weitere Konkretisierung - die Auffassung vertreten, von den ständig gemeldeten Einwohnern seien jene abzuziehen, die anderswo einen Zweitwohnsitz hätten. Der oben erwähnte Beschwerdevorwurf muß somit schon am Neuerungsverbot (§ 41 VwGG) scheitern. Auch die von der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren vertretene Auffassung, von der Zahl der ständigen Einwohner seien jene abzuziehen, die anderswo einen Zweitwohnsitz hätten, kann nicht geteilt werden, weil nicht schon allein das Bestehen eines Zweitwohnsitzes der Qualifikation einer Person als "ständiger Einwohner" jener Gemeinde, auf deren Gebiet der Hauptwohnsitz liegt, entgegensteht.

Die Beschwerde wendet sich weiters gegen die Ermittlung von "Einwohnergleichwerten" aus den Nächtigungszahlen durch Divison derselben mit dem Faktor 365. Die belangte Behörde geht in diesem Zusammenhang von der Feststellung aus, daß der Großraum I eine ausgesprochene Fremdenverkehrsregion sei, die im Sommer und Winter ziemlich gleichmäßig frequentiert werde; die Nächtigungszahlen variierten jahreszeitlich bedingt größenordnungsmäßig nur minimal.

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits im Erkenntnis vom 17. Mai 1993, Zl. 92/10/0117, die Auffassung vertreten, daß bei Verwendung von Kennziffern von der Art des im vorliegenden Fall herangezogenen "Divisors" - sofern es sich nicht um allgemein anerkannte bzw. bekannte Werte handelt - die Grundlagen, auf denen solche Kennziffern beruhen, so ausreichend offenzulegen sind, daß die Gültigkeit dieser Kennzahlen beurteilt werden kann. Die oben wiedergegebenen Feststellungen des angefochtenen Bescheides bieten keine ausreichende, nachvollziehbare und schlüssige Grundlage für die Verwendung des Divisors, weil allein auf der Grundlage einer jahreszeitlich gleichmäßig verteilten Gästefrequenz nicht beurteilt werden kann, in welchem Ausmaß - das zur Ermittlung von "Einwohnergleichwerten" mit dem Ausmaß der Inanspruchnahme durch sonstige im Sinne des § 10 Abs. 3 und 5 ApG zum Kreis der zu versorgenden Personen gehörenden Einwohner in Beziehung zu setzen wäre - im allgemeinen mit einer Inanspruchnahme der künftigen Apotheke durch Touristen, die Fremdenverkehrseinrichtungen in deren Einzugsbereich frequentieren, zu rechnen sein werde.

Die Beschwerde wendet sich weiters gegen die Zurechnung der Gesamtzahl der ständigen Einwohner von B zum Versorgungspotential der künftigen Apotheke. Im Bescheid der Behörde erster Instanz war dazu die Auffassung vertreten worden, die Bevölkerung von B sei zur Gänze dem Versorgungspotential der künftigen Apotheke in G zuzuordnen, weil die Gemeinde B mit der Gemeinde G "zusammengewachsen" sei; daher seien die Einwohner von B nach G orientiert, zumal auch die übliche Verkehrsverbindung nach I über G führe. Fraglich sei allerdings, ob die im westlichen Bereich von B wohnenden Einwohner nicht teilweise nach A orientiert seien, in welche Richtung auch im Gutachten der Apothekerkammer Überlegungen angestellt würden. Für die Arzneimittelversorgung spiele die Lage der Ordinationsstätten der Ärzte eine erhebliche Rolle. Der praktische Arzt Dr. M. ordiniere in B am Dorfplatz. Es müsse davon ausgegangen werden, daß die Bevölkerung von B bei diesem Arzt bzw. bei den Ärzten in G in Behandlung stehe. Daraus ergebe sich die Konsequenz, daß die Bewohner von B, die in ihren Kaufgewohnheiten nach G orientiert seien, "derzeit" doch zur Gänze einer neuen Apotheke in G zuzuordnen seien. Dem hatte die Beschwerdeführerin in ihrer Berufung entgegengehalten, die Entfernung vom Ortszentrum von B zur Betriebsstätte der bestehenden Apotheke in A und zu jener der künftigen Apotheke in G sei gleich groß. Sowohl nach G als auch nach A sei eine Busverbindung

eingerichtet. In beiden Richtungen bestehe ein durchgehendes Siedlungsgebiet; A und G seien jeweils über einen durchgehend asphaltierten und beleuchteten Gehsteig erreichbar. Die Park- und sonstigen Einkaufsmöglichkeiten seien im Bereich der Betriebsstätte der Apotheke in A besser als bei der künftigen Apotheke.

Die belangte Behörde vertrat im vorliegenden Zusammenhang die Auffassung, die Gemeinde B liege "ungefähr auf halbem Weg zwischen A und G, jedoch eher näher zu G". Der Hauptverkehrsstrom führe über B und G über die Götzener Straße nach I. Der Zurechnung der gesamten Bevölkerung der Gemeinde B zum Versorgungsgebiet der zu errichtenden Apotheke in G könne in Anbetracht der örtlichen Verhältnisse, insbesondere des Verkehrsstromes in Richtung I, nichts entgegengesetzt werden. Auch der Umstand, daß "im Raum G/B" mehr Ärzte ordinierten als in A, ein Ambulatorium für physikalische Therapie vorhanden sei und der Weg zu den zahlreichen Fachärzten in I über G führe, untermauere die Begründung des erstinstanzlichen Bescheides.

Diese Darlegungen stellen in mehrfacher Hinsicht keine hinreichende Auseinandersetzung mit dem oben wiedergegebenen Berufungsvorbringen dar.

Das Gebiet der Gemeinde B liegt im 4 km-Umkreis sowohl der bestehenden Apotheke in A als auch der künftigen Apotheke in G. Unter den "in einem Umkreis von 4 Straßenkilometern von der künftigen Betriebsstätte der Apotheke zu versorgenden Personen" sind jene zu verstehen, die eine besondere räumliche Nahebeziehung (im 4 km-Umkreis) zur künftigen Apotheke haben. Dazu zählen primär die ständigen, im 4 km-Umkreis von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte wohnenden Personen, sofern sie auch unter Bedachtnahme auf die örtlichen Verhältnisse ihren Heilmittelbedarf voraussichtlich in der neuen Apotheke und nicht in den schon bestehenden Apotheken und weiterbestehenden Hausapotheken decken werden (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 26. April 1993, Zl. 91/10/0252). Im Beschwerdefall ist somit im Hinblick darauf, daß die Bevölkerung von B im "Überschneidungsbereich" der 4 km-Umkreise sowohl der bestehenden als auch der neuen Apotheke wohnt, das dort wohnhafte Kundenpotential der einen oder der anderen Apotheke zuzuordnen. Für diese Zuordnung wird die leichtere Erreichbarkeit ausschlaggebend sein, wobei es in erster Linie auf die zurückzulegende Entfernung ankommt; darüber hinaus können noch andere Umstände, wie etwa erhebliche Höhenunterschiede, besonders unangenehme und gefährliche Wegstücke etc. eine Rolle spielen (vgl. das Erkenntnis vom 17. Mai 1993, Zl. 90/10/0123). Gegebenenfalls ist eine konkrete Zuordnung der in bestimmten Straßenzügen und Häusern wohnhaften Bevölkerung zum Versorgungspotential der einen oder der anderen Apotheke vorzunehmen (vgl. das Erkenntnis vom 29. Oktober 1993, Zl. 90/10/0072). Eine im vorliegenden Zusammenhang ordnungsgemäße Bescheidbegründung hat somit insbesondere detaillierte Feststellungen über die konkreten Entfernungs- und Verkehrsverhältnisse zu enthalten. Im Beschwerdefall hatte sich die belangte Behörde insbesondere mit den Berufungsbehauptungen, das Ortszentrum von B liege - bei gleich guter Erreichbarkeit von G und A - gleich weit von den Betriebsstätten der bestehenden und der künftigen Apotheke entfernt, auseinanderzusetzen, weil - bei Zutreffen dieser Behauptungen in Anbetracht der Entfernungs- und Verkehrsverhältnisse - eine Zuordnung der westlich vom Ortszentrum von B wohnenden Bevölkerung zum Versorgungspotential der bestehenden Apotheke in A in Betracht käme.

Die Darlegungen des angefochtenen Bescheides, die Gemeinde B liege "ungefähr auf halbem Weg zwischen A und G, jedoch eher näher zu G" stellen keine Feststellung der Entfernungs- und Verkehrsverhältnisse dar, auf deren Grundlage eine konkrete Zuordnung der im strittigen Gebiet wohnhaften Bevölkerung vorgenommen werden könnte. Auch die Hinweise des angefochtenen Bescheides auf den nach I gerichteten Hauptverkehrsstrom und die Lage von Arztordinationen machen solche Feststellungen nicht entbehrlich. Daß der Hauptverkehrsstrom nach I gerichtet sei, begründet keinen hinreichenden Anhaltspunkt dafür, vom vorrangigen Zuordnungsgesichtspunkt der Erreichbarkeit der Betriebsstätte der Apotheke vom jeweiligen Wohnort aus abzusehen, weil nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, daß die Bewohner von B - einschließlich solcher, für die allenfalls die bestehende Apotheke in A leichter erreichbar wäre - ihren Heilmittelbedarf anläßlich von Fahrten nach I, die sie zu Zwecken des Einkaufs von Heilmitteln in G unterbrechen würden, decken werden (vgl. zur vergleichbaren - wenngleich außerhalb des 4 km-Umkreises wohnende Personen betreffenden - Problematik von "Durchflutern" die Erkenntnisse vom 17. Mai 1993, Zl. 90/10/0123, und vom 26. April 1993, Zl.91/10/0252). Ebensowenig ist im vorliegenden Zusammenhang der Hinweis darauf zielführend, daß "im Raum G/B mehr Ärzte ordinieren als in A". Mit der konkrete Gegenbehauptungen enthaltenden Bestreitung dieses bereits dem Bescheid erster Instanz zugrundegelegten Sachverhaltes setzt sich der angefochtene Bescheid nicht auseinander. Weiters bezieht die belangte Behörde in ihre Betrachtung offenbar den in B niedergelassenen Arzt ein, was zur Prognose, ob bestimmte Personen sich zur bestehenden Apotheke in A oder zur

künftigen in G orientieren werden, schon im Hinblick auf die - nach den Feststellungen des angefochtenen Bescheides - annähernd gleiche Entfernung nach A und G keinen Beitrag leisten kann. Aber auch abgesehen davon läßt der Umstand, daß am Standort der künftigen Apotheke eine größere Zahl von Ärzten (drei) niedergelassen wäre, als am Standort der bestehenden (zwei), keinen Schluß in der Richtung zu, daß sich die in näher zum Standort der bestehenden Apotheke gelegenen Gebieten wohnhafte Bevölkerung für ihre Heilmittelversorgung durchwegs zur künftigen Apotheke orientieren werde.

Auf Grund der zur Gänze dem Campingplatz am N See zugeordneten Nächtigungszahlen der Gemeinde N hat die belangte Behörde dem Versorgungspotential der künftigen Apotheke 161 "Einwohnergleichwerte" zugerechnet (zur Anwendung des Divisors 365 wurde bereits Stellung genommen).

In der Berufung war gegen die Einbeziehung von "Einwohnergleichwerten" ausgehend von den Nächtigungszahlen der Gemeinde N unter anderem - neben Darlegungen betreffend die Auslastung des Campingplatzes und den Medikamentenbedarf seiner Benützer - vorgebracht worden, die Verkehrsverbindungen vom Campingplatz nach N und Mutters (asphaltierte zweispurige Straße) seien erheblich besser als jene nach G (geschotterter einspuriger Waldweg). Der Bedarf der Campingplatzbesucher an Gütern des täglichen Bedarfes werde in N und Mutters gedeckt.

Bei dieser Sachlage wäre die belangte Behörde verhalten gewesen, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob - sofern die Benutzer des Campingplatzes überhaupt in einem bestimmten Ausmaß als zu versorgende Personen zu berücksichtigen sind - diese nach den oben dargelegten Grundsätzen dem Versorgungspotential der künftigen Apotheke in G oder jenem der bestehenden öffentlichen Apotheke in Mutters zuzuordnen sind. Den Anforderungen, die im Hinblick auf das oben dargelegte Berufungsvorbringen an eine ordnungsgemäße Bescheidbegründung zu stellen gewesen wären, werden die Darlegungen des angefochtenen Bescheides, daß nach der Landkarte der N See mit seinem Campingplatz geographisch und wegstreckenmäßig jedenfalls näher zu G als zur Apotheke in Mutters liege, nicht gerecht.

Mit Recht macht die Beschwerde auch im Zusammenhang mit der Zurechnung von 200 "sonstigen zu versorgenden Personen aus der Umgebung, z.B. A und M", Begründungsmängel geltend. Zur Begründung dieser Vorgangsweise wird im angefochtenen Bescheid lediglich auf die Begründung des Bescheides erster Instanz verwiesen. Darin wird im erwähnten Zusammenhang folgende Auffassung vertreten: Im Bereich G und B stünden für 4.291 ständige Einwohner drei praktische Ärzte zur Verfügung, wobei zudem noch ein Ambulatorium für physikalische Therapie betrieben werde. Im Bereich A und M mit 6.133 Einwohnern seien zwei praktische Ärzte tätig. Dies bedeute, daß nicht ausgeschlossen werden könne, daß auch aus dem Bereich A und M eine gewisse Anzahl von Personen sich in Behandlung zu einem Arzt in G oder B begäben. Insbesondere das Ambulatorium für physikalische Therapie werde diesbezüglich als Einrichtung zu werten sein, die auch über den Bereich G und B hinaus Patienten anziehe. Auch wenn durch Vorlieben für einzelne Ärzte immer ein gewisser Austausch von Patienten stattfinde, also etwa Personen von A und M bei den Ärzten in B und G in Behandlung stünden und andererseits Personen von G und B bei den Ärzten in A, so sei doch anzunehmen, daß im Bereich G aus der genannten Zahl der Arztordinationen angenommen werden müsse, daß eher ein Überhang von Personen bei den Ärzten in G und B anzunehmen sei. Die Behörde gehe davon aus, daß etwa 200 zusätzlich zu versorgende Personen der Apotheke in G zuzurechnen seien, weil solche Personen nach der Behandlung in der nächstgelegenen Apotheke, also im Zentrum von G, den Medikamentenbedarf decken würden.

Diese - vom angefochtenen Bescheid rezipierten - Darlegungen erweisen sich im erwähnten Zusammenhang als ebensowenig schlüssig, wie die auf den Umstand, daß "im Raum G/B mehr Ärzte ordinieren als in A", im Zusammenhang mit der Frage der Zuordnung der Bevölkerung von B angestellten Überlegungen der belangten Behörde; es genügt daher, auf die oben dargelegten Erwägungen zu diesem Thema zu verweisen. Aus welchen Gründen sich in der (räumlich nicht näher bezeichneten) "Umgebung, z.B. A und M" gerade 200 Personen veranlaßt sehen könnten, ihren Heilmittelbedarf nicht mehr in der bestehenden Apotheke in A, sondern in der künftigen Apotheke zu decken, kann anhand der insoweit bloß nicht näher begründete Mutmaßungen enthaltenden Begründung des angefochtenen Bescheides nicht nachvollzogen werden.

Aus den dargelegten Gründen erweist sich der angefochtene Bescheid als rechtswidrig infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften. Da nicht ausgeschlossen werden kann, daß die belangte Behörde bei deren Vermeidung zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 104/1991.

Aus Gründen der Prozeßökonomie wird betreffend die in der Berufung relevierten Fragen der "Ein- und Auspendler" auf die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. März 1992, Zl. 87/08/0089, und vom 19. April 1993, Zl. 91/10/0257, und der "Zweitwohnungsbesitzer" auf die Erkenntnisse vom 17. Mai 1993, Zl.92/10/0117, und vom 20. September 1993, Zl. 92/10/0009, verwiesen.

Schlagworte

Begründungspflicht und Verfahren vor dem VwGH Begründungsmangel als wesentlicher Verfahrensmangel Existenzgefährdung Bedarfsbeurteilung Rechtsfähigkeit Parteifähigkeit juristische Person Personengesellschaft des Handelsrechts

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1993:1992100393.X00

Im RIS seit

25.04.2001

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at