OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-070003/4/MK

Datum:
Linz, 22. Mai 2018

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kitzberger über die Säumnisbeschwerde der Mag. pharm. B. E., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. W. W., x, K, zu Lasten der Bezirkshauptmannschaft Gmunden, Esplanade 10, 4810 Gmunden, im Verfahren zu GZ: BHGMSanR-2016-330780, betreffend die Erteilung einer Apothekenkonzession

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrenschronologie, Sachverhalt:

I.1. Mit Eingabe vom 12.08.2016 beantragte Mag. pharm. B. E., x, W, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. W. W., x, K (in der Folge: Bf), die Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke am Standort G, Stadtteil x, mit der in Aussicht genommenen Betriebsstätte in einem neu zu errichtenden Gebäude in der x, G. Dem Antrag waren die erforderlichen Unterlagen angeschlossen.

I.2. Mit Schreiben vom 23.08.2016 ersuchte die Bezirkshauptmannschaft Gmunden (in der Folge: belangte Behörde) die Redaktion der Amtlichen Linzer Zeitung um Verlautbarung der Kundmachung gemäß § 48 Apothekengesetz in der nächstfolgenden Ausgabe. Dies erfolgte in der Amtlichen Linzer Zeitung vom 29.08.2016, Folge 18, Seite 12 f.

Die Österreichische Apothekerkammer, Landesgeschäftsstelle Oberösterreich, und die Ärztekammer für Oberösterreich wurden von der Antragstellung in Kenntnis gesetzt.

I.3. Am 24.08.2016 wurde die Stadtgemeinde G um die Durchführung von Erhebungen gemäß § 10 Apothekengesetz und Mitteilung den Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke betreffend an die belangte Behörde binnen vier Wochen ersucht. Weiters wurden die Stadtgemeinde G, die Marktgemeinde A sowie die Gemeinden P, O und G zur Abgabe einer Äußerung zum Ansuchen eingeladen.

I.4. Mit Eingabe vom 07.09.2016 erhob die Betreiberin der x-Apotheke A Einspruch gegen die Erteilung der beantragten Konzession mit der Begründung, dass ein Bedarf nach einer neuen öffentlichen Apotheke nicht bestehe und der Antrag daher mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen abzuweisen sei.

In einer Stellungnahme vom 05.09.2016 teilte die Ärztekammer für Oberösterreich im Ergebnis zusammengefasst mit, dass aufgrund der durchgeführten Erhebungen der Bedarf für die Erteilung der Konzession einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke im gegenständlichen Standort nicht gegeben sei, weil dadurch die Zahl der zu versorgenden Personen der bereits bestehenden öffentlichen Apotheken deutlich unter 5.500 Personen sinken würde.

Weitere Einsprüche erhoben die Betreiber der x-apotheke G (Schreiben vom 11.09.2016), der x Apotheke V (Schreiben vom 12.09.2016) sowie der x-Apotheke G und der x-Apotheke G, Letztere vertreten durch Professor Dr. W. V,

Rechtsanwalt in W (Schriftsatz vom 20.09.2016). Gleiches erfolgte im Vorverfahren seitens der Betreiber der x-apotheke A (Schreiben vom 25.09.2016) sowie der x-Apotheke V (Schreiben vom 22.09.2016).

Von der Gemeinde O wurde mit Schreiben vom 15.09.2016 grundsätzlich kein Einwand gegen den Betrieb einer weiteren Apotheke in G erhoben, sofern der Bestand der hausärztlichen Apotheken in O nicht berührt würde.

Von der Gemeinde G wurde mit Schreiben vom 21.09.2016 mitgeteilt, dass kein Bedarf nach einer weiteren Apotheke bestehen würde.

I.5. Von der Stadtgemeinde G wurde mit Schreiben vom 21.09.2016 das Ergebnis der aufgetragenen Erhebungen übermittelt. Zusammengefasst sei festzuhalten, dass kein Bedarf nach weiteren Apotheken in G bestehen würde.

I.6. Ein weiterer Einspruch wurde von Mag. pharm. A. H., vertreten durch x Rechtsanwälte GmbH, D, mit Schriftsatz vom 22.09.2016 eingebracht. Darin wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Bf selbst bereits am 28.07.2016 einen Antrag auf Erteilung einer Konzession für den Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke im Standort x, G, gestellt habe und daher Mitbewerberin (und Partei im gegenständlichen Verfahren) iSd der höchstgerichtlichen Judikatur sei, was zudem für die Bedarfsprüfung von (wechselseitiger) Bedeutung sei. Es würde daher beantragt, das später eingelangte Ansuchen der Mag. pharm. B. E. bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag der Bf auszusetzen, in eventu das Ansuchen der Mag. pharm. B. E. abzuweisen.

I.7. Mit Schreiben vom 21.09.2016 teilte auch die Gemeinde G mit, dass ihrer Ansicht nach kein Bedarf an einer weiteren öffentlichen Apotheke in G bestünde. In weiterer Folge wurde die belangte Behörde am 16.03.2017 schriftlich ersucht, das Gutachten der Apothekerkammer nach Vorliegen kenntnishalber zu übermitteln.

Seitens der Marktgemeinde A wurde die Anzeige (ebenso wie jene der betreffend das Konzessionsansuchens der Bf) mit Schreiben vom 26.09.2016 zur Kenntnis genommen.

I.8. Nach Abschluss des Vorverfahrens gemäß § 49 Apothekengesetz wurde die Österreichische Apothekerkammer, Landesgeschäftsstelle Oberösterreich, von der belangten Behörde am 11.10.2016 eingeladen, innerhalb von vier Wochen bei der belangten Behörde in das Gesuch samt Beilagen Einsicht zu nehmen und allenfalls innerhalb dieser Frist eine Äußerung abzugeben.

Darüber hinaus wurde die Landesgeschäftsstelle ersucht, ein Gutachten zur Frage des Bedarfs nach einer neu zu errichtenden Apotheke zu erstellen.

I.9. Nach (offenkundig formloser) Urgenz durch die Antragstellerin ersuchte die belangte Behörde die Landesgeschäftsstelle der Apothekerkammer mit Schreiben vom 03.08.2017 um Gutachtenserstellung innerhalb von drei Wochen bzw. Bekanntgabe etwaiger Hinderungsgründe.

Am 10.08.2017 ersuchte die Landesgeschäftsstelle um Gewährung weiterer Zeit, da sich infolge der Aufhebung ihrer Studien und der Gesetzesänderung einige Gutachtensaufträge angesammelt hätten, die in der Reihenfolge ihres Einlangens abgearbeitet würden.

Eine weitere Urgenz durch die belangte Behörde erfolgte mit Schreiben vom 31.10.2017 unter dringendem Ersuchen um Erstellung des erbetenen Gutachtens innerhalb weiterer drei Wochen.

I.10. Am 23.11.2017 wurde die belangte Behörde von der Apothekerkammer darüber informiert, dass mit dortigen Bescheid vom 01.06.2017, GZ: F 2/17, eine Verlegung der Betriebsstätte der x-Apotheke innerhalb des Standortes bewilligt worden sei, worüber eine Bescheidbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht behänge. Dieses Verfahren sei von entscheidungsrelevanter Bedeutung für den hier gegenständlichen Gutachtensauftrag.

In der Folge ersuchte die belangte Behörde, bei der Gutachtenserstellung auch die o.a. Betriebsstättenverlegung zu berücksichtigen.

I.11. Am 05.03.2018 wurde die als „Devolutionsantrag“ bezeichnete Säumnisbeschwerde eingebracht und begründend ausgeführt, dass seit Antragstellung 18 Monate vergangen seien, ohne dass seitens der belangten Behörde erkennbare Erhebungen durchgeführt worden wären. Auch sei eine Entscheidung bislang nicht ergangen.

Es würde daher die Entscheidung durch die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde gestellt.

I.12. Am 08.03.2018 erfolgte eine letztmalige Urgenz seitens der belangten Behörde. Zum Zeitpunkt der Vorlage des Verfahrensaktes am 20.03.2018 lag noch kein Gutachten der Apothekerkammer vor.

I.13. In ihrem Vorlageschreiben führt die belangte Behörde – neben der Darstellung des bisherigen Verfahrenslaufes – im Wesentlichen aus, dass die Tatsache, dass eine Erledigung des Konzessionsansuchens (noch) nicht erfolgt sei, nicht auf ein überwiegendes Verschulden der belangten Behörde zurückgeführt

werden könne und daher kein Säumnisfall vorliege. Es wären wiederholt Urgenzen durchgeführt worden. Darüber hinausgehende Mittel würden im Verfahren nicht zur Verfügung stehen. Nichts desto trotz sei die belangte Behörde aber auf die Vorlage des Bedarfsgutachtens angewiesen.

Es würde folglich beantragt, die Säumnisbeschwerde als unbegründet abzuweisen.

II. Beweiswürdigung:

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt. Auf Grund der Aktenlage konnten weitere Ermittlungsschritte – insbesondere die Durchführung einer mündlichen Verhandlung – unterbleiben, da keine weitere Klärung des in diesem Verfahren gegenständlichen Sachverhaltes zu erwarten war. Es waren darüber hinaus ausschließlich Rechtsfragen zu beurteilen.

Der entscheidungsrelevante Sachverhalt steht wie folgt fest:

Die Abwicklung des Vorverfahrens gemäß § 49 Apothekengesetz über den Antrag der Bf vom 12.08.2016 erfolgte innerhalb der gesetzlichen Fristen. Dies gilt auch für die Einbindung der Standesvertretung nach Durchführung der Erhebungen im Vorverfahren.

Seit der erstmaligen Aufforderung der Landesgeschäftsstelle der Österreichischen Apothekerkammer zur Erstellung des im Konzessionsverfahren zwingend erforderlichen Bedarfsgutachtens sind – bis zur Vorlage des Verfahrensaktes – annähernd 18 Monate vergangen, wobei – beginnend mit einer allerdings bereits 10 Monate nach Ersuchen gelegenen ersten Nachfrage – insgesamt 3 Urgenzen ergangen sind, welche allesamt erfolglos blieben.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Für die Beurteilung der hier maßgeblichen Rechtsfragen sind insbesondere die folgenden Bestimmungen von Bedeutung:

III.1.1. In der Sache:

Gemäß § 10 Abs. 7 Apothekengesetz ist zur Frage der Beurteilung des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer einzuholen.

III.1.2. Verfahrensrecht:

Nach § 8 VwGVG kann eine Beschwerdewegen Verletzung der Entscheidungspflicht [...] erst erhoben werden, wenn die Behörde die Sache nicht innerhalb von sechs Monaten [...] entschieden hat. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Antrag auf Sachentscheidung bei der Stelle eingelangt ist, bei der er einzubringen war. Die Beschwerde ist abzuweisen, wenn die Verzögerung nicht auf ein überwiegendes Verschulden der Behörde zurückzuführen ist.

III.1.3. Verfahren vor dem Verwaltungsgericht:

Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG kann das Verwaltungsgericht, sofern durch Bundes- oder Landesgesetz nichts anders bestimmt ist, ungeachtet eines Parteiantrages von der Durchführung einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegenstehen.

Nach § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit es nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid [...] auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3) [...] zu überprüfen.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

III.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

Wie die belangte Behörde in ihrem Vorlageschreiben bereits zutreffend ausführt, ist ein Verschulden der Behörde im Zusammenhang mit der Verletzung der Entscheidungsfrist nur dann anzunehmen, wenn diese nicht durch schuldhaftes Verhalten einer Partei oder unüberwindliche Hindernisse von der fristgerechten Entscheidung abgehalten wurde. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Behörde die für eine zügige Verfahrensführung notwendigen Schritte unterlässt oder mit diesen grundlos zuwartet (VwGH 14.09.2016, Ra 2026/18/0127).

Unstrittig ist, dass eine Entscheidung der belangten und nach den einschlägigen Kompetenzbestimmungen zuständigen Verwaltungsbehörde nicht vorliegt. Ebenso unzweifelhaft ergibt sich aber aus dem oben dargelegten Verfahrenslauf aber auch, dass die belangte Behörde im Zuge der Durchführung des Vorverfahrens nicht nur im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Fristen, sondern durchwegs innerhalb kürzester Zeit die notwendigen Verfahrensschritte in die Wege geleitet bzw.

gesetzt hat. Demzufolge wurden die Erhebungen im Rahmen des Vorverfahrens auch innerhalb von (fast auf den Tag genau) 2 Monaten abgeschlossen, d.h. die Einbindung der Standesvertretung bzw. die Erstellung des Bedarfsgutachtens in die Wege geleitet.

In krassem Gegensatz dazu hat die belangte Behörde ab diesem Zeitpunkt bis zur ersten (zudem offenkundig außenindizierten) Urgenz beinahe 10 Monate zugewartet. Dies stellt eine Vorgangsweise dar, welcher zweifelsohne säumnisrelevante Aspekte bzw. Auswirkungen beigemessen werden könnten. Unabhängig von allfälligen, praxisorientierten Erfahrungswerten ist ein derart langes Zuwarten insbesondre dann als schuldhafte Unterlassung einer zügigen Verfahrensführung zu interpretieren, wenn sich herausstellt, dass eine (zeitlich) ordnungsgemäße Erledigung der beauftragten Prozesshandlung bei rascherer Erinnerung auch frühzeitiger möglich gewesen wäre, was etwa bei internen ablauforganisatorischen Unzulänglichkeiten hätte der Fall sein können. Im gegenständlichen Fall aber zeigt sich, dass dies in keinster Weise angenommen werden kann. Schon aus der ersten Reaktion der Apothekerkammer ist ersichtlich, dass eine zeitnähere Gutachtenserstellung (wiewohl mit sachlichen Argumenten zumindest argumentativ untermauert) weder im sachlichen noch im organisatorischen Kalkül gelegen war. Bestätigt wird dies durch die daran anschließende weitere Frist von mehr als sechs Monaten bis zur Vorlage der Beschwerde, in der eine Gutachtenserstellung trotz verfahrensadäquater Erinnerungen durch die belangte Behörde trotzdem nicht erfolgte.

Mit anderen Worten war die Standesvertretung – aus welchen Gründen auch immer – trotz im Ergebnis objektiv korrekter Verfahrensführung nicht in der Lage, ein Bedarfsgutachten im Rahmen der gesetzlichen Zeitvorgaben zu erstellen. Ein Umstand, welcher der belangten Behörde nicht als Säumnis iSd verfahrensrechtlichen Bestimmungen zur Last gelegt werden kann, zumal prozessuale Mittel (de facto) nicht zur Verfügung stehen.

Es liegt daher kein Fall der Verletzung der Entscheidungspflicht gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 3 B-VG vor.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur verwaltungsbehördlichen Säumnis nicht ab.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kitzberger