

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

26.04.2010

**Geschäftszahl**

2008/10/0323

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Mizner und die Hofräte Dr. Stöberl und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Petritz, über die Beschwerde des Dr. T H in G, vertreten durch Dr. Wolfgang Langeder, Rechtsanwalt in 1150 Wien, Stutterheimstraße 16-18, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 3. Mai 2007, Zl. VwSen-590155/11/Gf/Ga, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke (mitbeteiligte Partei: Mag. pharm. G D in E, vertreten durch Dr. Eleonore Berchtold-Ostermann, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Bräunerstraße 6), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Mit Bescheid vom 13. September 2005 gab die Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung den Einsprüchen der Mag. pharm. K. K KG und des Beschwerdeführers (Inhaber einer benachbarten öffentlichen Apotheke) statt und wies den Antrag der mitbeteiligten Partei auf Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in E ab.

Mit dem zur hg. Zl. 2006/10/0023 vom Beschwerdeführer ebenfalls angefochtenen Bescheid vom 28. Dezember 2005 gab der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (UVS) der Berufung der mitbeteiligten Partei insoweit statt, als der dort angefochtene Bescheid gemäß § 66 Abs. 2 AVG aufgehoben und die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverwiesen wurde. Der UVS vertrat im Wesentlichen den Standpunkt, dass eine Apotheke, deren Genehmigung zur Errichtung erst nach der (am 1. April 1998 erfolgten) Kundmachung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 15.103/1998, mit dem § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG in der Fassung BGBl. Nr. 362/1990 als verfassungswidrig aufgehoben wurde, keine "bestehende öffentliche Apotheke" im Sinne des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG sei.

Mit dem im fortgesetzten Verfahren erlassenen Bescheid vom 15. Jänner 2007 gab die Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung den Einsprüchen der Mag. pharm. K. K KG und des Beschwerdeführers statt und wies den Antrag der mitbeteiligten Partei auf Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in E ab.

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 3. Mai 2007 gab die belangte Behörde - soweit entscheidungsrelevant - der Berufung der mitbeteiligten Partei insoweit statt, als ihr die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke in E mit der Auflage erteilt wurde, dass von dieser Konzession erst ab dem Zeitpunkt Gebrauch gemacht werden dürfe, ab dem über eine allfällige Beschwerde gegen diesen Bescheid durch den Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof entschieden sei.

Begründend vertrat die belangte Behörde die Rechtsansicht, dass gemäß dem nunmehr anzuwendenden § 10 Abs. 8 ApG 2006 als "bestehende Apotheken" im Sinne des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG 2006 alle nach der Kundmachung BGBl. I Nr. 53/1998 - das seien ab dem 2. April 1998 - rechtskräftig erteilten Konzessionen zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke gelten. Die genannte Bestimmung sei verfassungs-, nämlich grundrechtskonform dahin zu interpretieren, dass als "bestehende Apotheken" nur solche anzusehen seien, 1. denen die Konzession vor dem 2. April 1998 oder 2. denen die Konzession einerseits am 2. April 1998 oder

danach erteilt worden sei und bei denen es sich um sogenannte "Altapotheken" handle, für die zum Beispiel gemäß § 15 Abs. 1 ApG eine neue Konzession erwirkt werden müsse. Neuapotheken, also solche, denen die Konzession erstmals am 2. April 1998 oder danach erteilt worden sei, seien demgegenüber nicht als "bestehende Apotheken" im Sinne des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG 2006 anzusehen. Es sei daher davon auszugehen, dass das künftige Versorgungspotenzial der Apotheke des Beschwerdeführers für die Beurteilung der Frage, ob im Sinne des § 10 Abs. 1 Z. 2 ApG 2006 ein Bedarf an der von der mitbeteiligten Partei neu zu errichtenden Apotheke bestehe, rechtlich unerheblich sei.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der gegenständlichen Beschwerde beantragte.

Auch die mitbeteiligte Partei beantragte in der von ihr erstatteten Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

Mit Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2006/10/0023, hat der Verwaltungsgerichtshof den Bescheid der belangten Behörde vom 28. Dezember 2005 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben. Gemäß § 42 Abs. 3 VwGG trat durch diese Aufhebung des Berufungsbescheides der belangten Behörde die Rechtssache in die Lage zurück, in der sie sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hatte. Auf Grund der ex tunc-Wirkung des aufhebenden Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes ist bei der Überprüfung des nunmehr angefochtenen Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof daher so vorzugehen, als ob der erste Berufungsbescheid vom 28. Dezember 2005 gar nicht ergangen wäre. Damit erweist sich der erstbehördliche Bescheid vom 15. Jänner 2007 nunmehr als rechtswidrig, weil mit ihm über denselben Antrag ein zweites Mal entschieden wurde (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. November 2005, Zl. 2005/12/0195).

Da der angefochtene Bescheid den erstinstanzlichen Bescheid vom 15. Jänner 2007 nicht ersatzlos aufhebt, ist auch er inhaltlich rechtswidrig (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. November 2005, Zl. 2003/12/0026), weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war.

Im fortgesetzten Verfahren wird der erstinstanzliche Bescheid vom 15. Jänner 2007 sohin ersatzlos aufzuheben und über die gegen den Bescheid vom 13. September 2005 gerichtete Berufung gemäß § 66 Abs. 4 AVG zu entscheiden sein. Es wird in diesem Zusammenhang auf das hg. Erkenntnis vom 11. Dezember 2009, Zl. 2009/10/0218, verwiesen, mit dem der Verwaltungsgerichtshof aussprach, der Auffassung, Apotheken, die auf Grund einer nach der Kundmachung BGBl. I Nr. 53/1998 erteilten Konzession betrieben würden, dürften in die Bedarfsprüfung gemäß § 10 Abs. 2 Z. 2 und 3 ApG nicht einbezogen werden, stehe § 10 Abs. 8 ApG 2006 entgegen; (auch) diese Apotheken seien als "bestehende öffentliche Apotheken" iSd § 10 Abs. 2 Z. 2 und 3 ApG anzusehen. Dass gegen § 10 Abs. 8 ApG keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen, hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 21. September 2009, B 755/09, dargelegt.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455, insbesondere deren § 3 Abs. 2.

Wien, am 26. April 2010