

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

21.12.2016

Geschäftszahl

Ro 2014/10/0111

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Stöberl und die Hofräte Dr. Rigler und Dr. Hofbauer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Uhlir, über die Revision der 1. Apotheke Ostermiething KG, vertreten durch A R, und 2. A R als alleinvertretungsbefugte Komplementärin und Konzessionärin der Apotheke O KG, beide in O und vertreten durch Mag. Dr. Eleonore Berchtold-Ostermann, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Bräunerstraße 6, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 11. Juli 2014, Zl. LVwG-050026/3/Gf/Rt, betreffend Zurücknahme einer Hausapothekenbewilligung (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn), den **Beschluss** gefasst:

Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die Revisionsbeantwortung des Dr. F K-S wird zurückgewiesen.

Begründung

1 Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 16. Juni 2011 wurde die Dr. F K-S (im Folgenden: Dr. F. K.-S.) mit Bescheid vom 11. Februar 2005 erteilte Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke mit Wirkung vom 20. Juni 2011 gemäß § 29 Abs. 3 iVm § 62a Abs. 2 und Abs. 4 Apothekengesetz (ApG) zurückgenommen.

2 Einer dagegen von Dr. F. K.-S. erhobenen Berufung wurde mit Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 23. August 2011 gemäß § 66 Abs. 4 AVG stattgegeben und der erstinstanzliche Bescheid aufgehoben.

3 Begründend wurde nach Darstellung des Verfahrensganges im Wesentlichen ausgeführt, nach § 62a Abs. 2 ApG gelte hinsichtlich der Rücknahme der Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke u.a. dann, wenn eine Konzession für eine öffentliche Apotheke - wie im gegenständlichen Fall - gemäß § 62a Abs. 4 ApG rechtskräftig erteilt worden sei, die Rechtslage vor dem Inkrafttreten der Novelle BGBl. I Nr. 41/2006 weiter. Da die zuletzt genannte Novelle am 29. März 2006 in Kraft getreten sei, beziehe sich die in § 62a Abs. 2 ApG enthaltene Wendung daher auf die am 28. März 2006 maßgebliche Rechtslage, somit - was die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen der §§ 10 und 29 ApG anlange - auf das ApG in der Fassung BGBl. I Nr. 16/2001, und nicht, wie die erstinstanzliche Behörde fälschlich angenommen habe, in der Fassung BGBl. I Nr. 1/2006, da die Aufhebung einer (auf ein Versorgungspotential von 5.500 Personen abstellenden) Wortfolge in § 29 Abs. 4 ApG durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14. Oktober 2005, G 13/05 u.a., erst am 1. November 2006 in Kraft getreten sei und somit der am 28. März 2006 maßgeblichen Rechtslage im Sinne des § 62a Abs. 2 ApG noch nicht angehört habe. Nach § 29 Abs. 4 ApG idF BGBl. I Nr. 16/2001 sei die Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke dann zurückzunehmen gewesen, wenn die materiellen Voraussetzungen dieser Bestimmung kumulativ vorgelegen seien, d. h. dass einerseits die Wegstrecke zwischen dem Berufssitz des Arztes und der Betriebsstätte der neu errichteten öffentlichen Apotheke vier Straßenkilometer nicht überschritten habe und andererseits im rechtskräftigen Bescheid zur Konzessionierung der neuen öffentlichen Apotheke ein Versorgungspotential im Sinne des § 10 ApG von zumindest 5.500 Personen für die neue öffentliche Apotheke festgestellt worden sei. Im gegenständlichen Fall werde von Dr. F. K.-S. zwar nicht bestritten, dass sein Berufssitz weniger als vier Straßenkilometer von der Betriebsstätte der Neuapotheke des Vorgängers der Revisionswerberin entfernt sei; allerdings sei im Bescheid der belangten Behörde vom 7. Dezember 2006, mit welchem dem Vorgänger der erstrevisionswerbenden Partei die Konzession zum Betrieb

einer neuen öffentlichen Apotheke rechtskräftig erteilt worden sei, nicht festgestellt worden, dass dieser Neuapotheker ein Versorgungspotential von zumindest 5.500 Personen zukommen werde. Dies deshalb, weil für dieses Konzessionserteilungsverfahren die Kundmachung BGBl. I Nr. 1/2006 und die ApG-Novelle BGBl. I Nr. 90/2006 bereits maßgeblich gewesen seien. In Ermangelung dieser Feststellung liege aber eine essentielle Voraussetzung des § 29 Abs. 4 ApG idF BGBl. I Nr. 16/2001 nicht vor, sodass sich die Zurücknahme der Hausapothekenbewilligung als rechtswidrig erweise. Der Berufung des Dr. F. K.-S. sei daher gemäß § 66 Abs. 4 AVG stattzugeben und der erstinstanzliche Bescheid aufzuheben gewesen.

4 Mit weiterem Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 13. Oktober 2011 wurde der Bescheid vom 23. August 2011 gemäß § 68 Abs. 3 AVG "von Amts wegen ersatzlos" aufgehoben (Spruchpunkt I.) sowie die Berufung des Dr. F. K.-S. gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 16. Juni 2011 gemäß § 66 Abs. 4 AVG abgewiesen und der erstinstanzliche Bescheid bestätigt (Spruchpunkt II).

5 Mit weiterem Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 19. Oktober 2011 wurde der Bescheid vom 13. Oktober 2011 gemäß § 62 Abs. 4 AVG dahin berichtigt, dass der erstinstanzliche Bescheid mit der Maßgabe bestätigt werde, dass die Rücknahme der Hausapothekenbewilligung mit dem Zeitpunkt der Zustellung des Bescheides vom 13. Oktober 2011 bewirkt werde.

6 Mit hg. Erkenntnis vom 27. Mai 2014, Zl. 2011/10/0197, wurde der Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 13. Oktober 2011 in der Fassung des Berichtigungsbescheides vom 19. Oktober 2011 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben, dies im Wesentlichen deshalb, weil der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich in Verkennung der Rechtslage von einer ihm im Grunde des § 68 Abs. 3 AVG eingeräumten Abänderungsbefugnis "aus Gründen der Verfahrensökonomie" - ohne Vorliegen der in § 68 Abs. 3 AVG genannten Tatbestandsvoraussetzungen - ausgegangen und mangels Vorliegens der Voraussetzungen für eine Abänderung des Bescheides vom 23. August 2011 gemäß § 68 Abs. 3 AVG eine nochmalige Sachentscheidung in einer schon entschiedenen Sache rechtswidrig ist.

7 Mit dem nunmehr angefochtenen Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 11. Juli 2014 wurde der als Beschwerde gewerteten Berufung des Dr. F. K.-S. gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 16. Juni 2011 gemäß § 28 VwGVG dahin stattgegeben, dass der angefochtene Bescheid aufgehoben wurde (Spruchpunkt I.). Weiters wurde ausgesprochen, dass die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs. 4 B-VG zulässig sei (Spruchpunkt II.).

8 Begründend wurde nach Darstellung des Verfahrensganges im Wesentlichen ausgeführt, nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. Mai 2014, Zl. 2011/10/0197, sei das Verfahren "in jenes Stadium zurückgetreten, in dem es sich bei der Erhebung durch die Einbringung der Berufung" des Dr. F. K.-S. gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 16. Juni 2011 befunden habe. Im Zuge der Erlassung einer Folgeentscheidung gemäß § 63 Abs. 1 VwGG sei, sofern gesetzlich nicht Abweichendes angeordnet sei, die zu diesem Zeitpunkt geltende Rechtslage maßgeblich. Angesichts des Fehlens einer solchen Spezialregelung komme daher hier die Bestimmung des § 62a Abs. 1 ApG nunmehr in jener Fassung, die diese durch die am 1. Jänner 2014 in Kraft getretene Novelle BGBl. I Nr. 80/2013 erhalten habe, zum Tragen. Im gegenständlichen Fall sei "allseits unbestritten", dass in der Standortgemeinde der Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke zum Zeitpunkt der Antragstellung durch den Vorgänger der erstrevisionswerbenden Partei am 1. März 2005 bereits zwei Allgemeinmediziner mit Kassenverträgen iSd § 342 Abs. 1 ASVG niedergelassen gewesen seien, dass dem Vorgänger der erstrevisionswerbenden Partei die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb seiner öffentlichen Apotheke mit Bescheid vom 7. Dezember 2006 - und damit nach dem Inkrafttreten der Novelle BGBl. I Nr. 41/2006 am 29. März 2006, aber noch vor dem 1. Jänner 2016 rechtskräftig erteilt worden sei und Dr. F. K.-S. die Bewilligung zur Führung seiner ärztlichen Hausapotheke bereits am 11. Februar 2005 - und damit noch vor dem Inkrafttreten der Novelle BGBl. I Nr. 41/2006 am 29. März 2006 - rechtskräftig erteilt worden sei.

9 Da Dr. F. K.-S. somit offenkundig sämtliche von § 62a Abs. 1 ApG idF BGBl. I Nr. 80/2013 geforderten Voraussetzungen erfülle, resultiere daraus, dass dessen Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke nicht - wie mit dem angefochtenen Bescheid angeordnet - bereits mit Wirkung vom 20. Juli 2011, sondern (auf Grund seines Lebensalters) erst mit Ablauf des 31. Dezember 2018 zurückgenommen werden könne. Der Beschwerde sei daher gemäß § 28 VwGVG dahin stattzugeben, dass der angefochtene Bescheid aufzuheben sei.

10 Den Zulässigkeitsausspruch in Spruchpunkt II. des angefochtenen Erkenntnisses begründete das Verwaltungsgericht damit, dass "bislang noch keine Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes zu § 62a Abs. 1 ApG i.d.F. BGBl. Nr. I 80/2013" vorliege.

11 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende Revision, die dem Verwaltungsgerichtshof samt dem Gerichtsakt, dem Hinweis, dass der Akt der belangten Behörde nicht aufgefunden werden könne, sowie einer Revisionsbeantwortung des Dr. F. K.-S. vorgelegt wurde.

12 Die Revision macht zu ihrer Zulässigkeit nur geltend, mit dem angefochtenen Erkenntnis sei "die ordentliche Revision wegen des Vorliegens der diesbezüglichen Voraussetzungen zu Recht zugelassen" worden.

Die Revision ist unzulässig:

13 Gemäß 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.

14 Gemäß § 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. Gemäß § 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.

15 Um den Begründungserfordernissen für den Ausspruch der Zulässigkeit einer Revision durch das Verwaltungsgericht nach § 25a Abs. 1 zweiter Satz VwGG zu genügen, ist es erforderlich darzulegen, welche konkret auf die vorliegende Revisionssache bezogene grundsätzliche Rechtsfrage der Verwaltungsgerichtshof (erstmalig) zu lösen habe (vgl. die hg. Beschlüsse vom 24. Mai 2016, Zl. Ro 2015/01/0015, und vom 23. März 2016, Zl. Ro 2015/12/0016). Mit dem bloßen Verweis auf fehlende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu einer näher bezeichneten Verwaltungsvorschrift wird nicht dargelegt, dass eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Rahmen der Entscheidung über die Revision zu lösen wäre (vgl. die hg. Beschlüsse vom 17. Februar 2016, Zl. Ra 2014/04/0006, und vom 23. September 2014, Zl. Ro 2014/01/0033).

16 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat der Revisionswerber auch in der ordentlichen Revision von sich aus die Gründe der Zulässigkeit der Revision gesondert darzulegen, sofern er der Ansicht ist, dass die Begründung des Verwaltungsgerichtes für die Zulässigkeit der Revision nicht ausreicht oder er andere Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung für relevant erachtet (vgl. die hg. Beschlüsse vom 24. Mai 2016, Zl. Ro 2015/01/0015, und vom 24. September 2015, Zl. Ro 2015/07/0011).

17 Im vorliegenden Fall genügt weder die Zulässigkeitsbegründung des Verwaltungsgerichtes noch jene der revisionswerbenden Parteien den dargestellten Anforderungen. Mit dem bloßen Verweis auf fehlende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu einer näher bezeichneten Verwaltungsvorschrift (hier: § 62a Abs. 1 ApG i d F BGBl. I Nr. 80/2013) wird nicht dargelegt, dass eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Rahmen der Entscheidung über die Revision zu lösen wäre.

18 Eine grundsätzliche Rechtsfrage liegt im vorliegenden Fall auch nicht aus dem Grund vor, dass das Verwaltungsgericht mit dem angefochtenen Erkenntnis in einer schon rechtskräftig entschiedenen Sache ohne ausreichende Rechtsgrundlage/Ermächtigung eine nochmalige Sachentscheidung getroffen hat, indem es angeordnet hat, dass der Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 16. Juni 2011 "aufgehoben" wird. Eine derartige Aufhebung - wenn auch mit anderer Begründung - erfolgte allerdings bereits mit dem genannten rechtskräftigen Bescheid vom 23. August 2011.

19 Der Verwaltungsgerichtshof hat aber wiederholt dargelegt, dass dann, wenn die Behörde in einem neuerlichen Abspruch in derselben Sache bloß die vorangegangene (vom Beschwerdeführer nicht bekämpfte und daher ihm gegenüber rechtskräftige) Entscheidung wiederholt hat, der Beschwerdeführer durch diese inhaltliche Rechtswidrigkeit in seinen Rechten nicht verletzt wurde (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 17. Oktober 2002, Zl. 2002/07/0081, vom 17. Mai 2001, Zl. 2001/07/0034, und vom 27. Februar 1990, Zl. 89/08/0200). Eine Verletzung im in der Revision geltend gemachten "Recht auf fristgerechte Hausapothekenzurücknahme" durch das angefochtene Erkenntnis kommt daher angesichts des rechtskräftigen Bescheides des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 23. August 2011 nicht in Betracht.

20 Die Revision eignet sich somit schon wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung.

21 Soweit die Revision von der Zweitrevisionswerberin als alleinvertretungsbefugter Komplementärin und Konzessionärin der erstrevisionswerbenden Kommanditgesellschaft erhoben wurde, ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes als Inhaber des Apothekenunternehmens im Falle des Betriebes durch eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft diese Gesellschaft, vertreten durch den Konzessionär als vertretungsbefugten Gesellschafter, zu verstehen ist und nicht ein Gesellschafter, der Konzessionär oder der Leiter der Apotheke im eigenen Namen. Tritt die Gesellschaft selbst als Revisionswerberin auf, kann die Revision der vertretungsbefugten Gesellschafterin einer Personenhandelsgesellschaft "als Konzessionärin" der Gesellschaft nicht zugerechnet werden (vgl. zum Ganzen das hg. Erkenntnis vom 19. März 2002, Zl. 99/10/0143, mwN). Die Revision der Zweitrevisionswerberin erweist sich somit auch deshalb als unzulässig.

22 Die Revision war daher zurückzuweisen.

23 Die Revisionsbeantwortung des zunächst als mitbeteiligte Partei behandelten Dr. F. K.-S. war zurückzuweisen, weil dieser der Revision "vollinhaltlich beigetreten" ist. Ein Streithelfer, der auf der Seite der revisionswerbenden Partei in das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof eintritt, ist im Gesetz aber nicht vorgesehen. Ein Beitritt als mitbeteiligte Partei auf Seiten der revisionswerbenden Partei findet im VwGG sohin keine Deckung (vgl. etwa den hg. Beschluss vom 27. Juli 2016, Zl. Ra 2015/17/0084, mwN).

Wien, am 21. Dezember 2016