



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Stöberl und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Lukasser, Dr. Hofbauer und Dr. Fasching als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Uhlir, über die Revision des W W in F, vertreten durch Dipl.Ing. Mag. Andreas O. Rippel, Rechtsanwalt in 1130 Wien, Maxingstraße 34, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Burgenland vom 16. März 2015, Zl. E 134/05/2014.002/007, betreffend Abweisung einer Säumnisbeschwerde iA Apothekenkonzession (belangte Behörde: Bezirkshauptmannschaft Oberwart), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Schriftsatz vom 26. April 2011 beantragte der Revisionswerber bei der belangten Behörde die Erteilung einer Apothekenkonzession an einem näher genannten Standort im Gemeindegebiet von Oberwart.
- 2 Die belangte Behörde entschied über diesen Antrag bisher nicht. Am 2. Oktober 2014 brachte der Revisionswerber Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht (Säumnisbeschwerde) ein.
- 3 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Landesverwaltungsgericht Burgenland die Säumnisbeschwerde gemäß § 8 Abs. 1 VwGVG ab und erklärte die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig.
- 4 In seiner Begründung führte es zusammengefasst aus, nach den von der belangten Behörde eingeholten Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 30. Mai 2012 bzw. 31. Mai 2013 bestehe kein Bedarf an der vom Revisionswerber neu zu errichtenden Apotheke in Oberwart. In seiner Stellungnahme vom 1. Juli 2013 habe der Revisionswerber das Fehlen





von Ermittlungen hinsichtlich der von ihm geforderten Berücksichtigung von Beschäftigten und von Schülern moniert. Die belangte Behörde habe hierauf am 28. August 2013 weitere Ermittlungen eingeleitet.

- 5 Bereits am 14. Mai 2008 sei bei der belangten Behörde von Frau Mag. pharm. K.-L. ein Antrag auf Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit einem näher genannten Standort in Oberwart eingebracht worden. Die Entfernung zwischen diesem Standort und dem Standort der vom Revisionswerber beabsichtigten Apotheke betrage lediglich 2,3 km. Es lägen daher Bewerbungen mehrerer Apothekenkonzessionswerber um nahezu deckungsgleiche Standorte und Betriebsstätten vor, sodass den beiden Bewerbern die Mitbewerbereigenschaft zukomme. Jedenfalls solange nicht endgültig feststehe, dass kein Bedarf iSd § 10 ApG an einer neu zu errichtenden Apotheke in Oberwart gegeben sei, bestehe daher zwischen den beiden Konzessionswerbern eine Verfahrensgemeinschaft im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes. Über die konkurrierenden Anträge sei in einem einzigen Bescheid derart abzusprechen, dass einem Bewerber die angestrebte Berechtigung verliehen, der Antrag des anderen Bewerbers hingegen abgewiesen werde. Da die Erhebungen bezüglich des Vorliegens eines Bedarfs im Verfahren von Frau Mag. pharm. K.-L. noch nicht abgeschlossen seien, habe die belangte Behörde über den Konzessionsantrag des Revisionswerbers nicht absprechen dürfen. Der Entscheidung im gegenständlichen Verfahren stehe sohin ein Entscheidungshindernis entgegen, weshalb die Verzögerung nicht auf ein (überwiegendes) Verschulden der belangten Behörde zurückzuführen sei.

- 6 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende Revision.

- 7 Das Landesverwaltungsgericht legte die Akten des Verfahrens vor. Die belangte Behörde erstattete keine Revisionsbeantwortung.

- 8 Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

- 9 Eingangs ist festzuhalten, dass der Verfahrensgegenstand das vorliegende Säumnisbeschwerdeverfahren ist. Zu prüfen ist, ob die Abweisung der Säumnisbeschwerde mit der Begründung, die vor dem



Landesverwaltungsgericht belangte Behörde treffe an der Verzögerung der Entscheidung kein überwiegendes Verschulden, rechtsrichtig war.

- 10 Im Ergebnis wendet sich die Revision in den Zulässigkeitsgründen gegen die Rechtsansicht des Landesverwaltungsgerichts, wonach der Behörde kein überwiegendes Verschulden an der Verzögerung anzulasten sei. Der Auffassung des Landesverwaltungsgerichts zufolge hätte der Revisionswerber keine Möglichkeit, eine Entscheidung über seinen Antrag herbeizuführen, solange nicht über den Antrag eines Mitbewerbers - der nicht das geringste faktische Interesse an einer Entscheidung habe - entschieden worden sei. Der bloße Konzessionsantrag eines Mitbewerbers würde sohin, im Falle der Untätigkeit der Behörde in Bezug auf diesen Antrag, eine „absolute Blockade“ des Verfahrens bewirken.

- 11 Die Revision ist zulässig. Sie ist auch berechtigt.

- 12 Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 3 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch eine Verwaltungsbehörde.

- 13 § 73 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG lautet auszugsweise:

„§ 73. (1) Die Behörden sind verpflichtet, wenn in den Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmt ist, über Anträge von Parteien (§ 8) und Berufungen ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber sechs Monate nach deren Einlangen den Bescheid zu erlassen.

(2) ...“

- 14 § 8 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, lautet:

„Frist zur Erhebung der Säumnisbeschwerde

§ 8. (1) Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 3 B-VG (Säumnisbeschwerde) kann erst erhoben werden, wenn die Behörde die Sache nicht innerhalb von sechs Monaten, wenn gesetzlich eine kürzere oder längere Entscheidungsfrist vorgesehen ist, innerhalb dieser 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.

(2) In die Frist werden nicht eingerechnet:

1. die Zeit, während deren das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung einer Vorfrage ausgesetzt ist;
2. die Zeit eines Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof, vor dem Verfassungsgerichtshof oder vor dem Gerichtshof der Europäischen Union.“

- 15 Die Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 3 B-VG (Säumnisbeschwerde) dient - neben dem in § 73 Abs. 2 AVG in jenen Fällen, in denen auch nach Einführung der Landesverwaltungsgerichtsbarkeit erster Rechtsstufe (noch ausnahmsweise) Berufung erhoben werden kann, vorgesehenen Devolutionsantrag - dem Rechtsschutz wegen Säumnis der Behörden. Zweck dieses Rechtsbehelfes ist es, demjenigen, der durch die Untätigkeit einer Behörde beschwert ist, ein rechtliches Instrument zur Verfügung zu stellen, um eine Entscheidung in seiner Sache zu erlangen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. November 2015, Zl. Ra 2015/08/0102).
- 16 Der Verwaltungsgerichtshof hat in Fällen der Verletzung der Entscheidungspflicht zur Frage des überwiegenden Verschuldens der Behörde bereits ausgesprochen, dass der Begriff des Verschuldens der Behörde nach § 73 Abs. 2 AVG nicht im Sinne eines Verschuldens von Organwaltern der Behörde, sondern insofern „objektiv“ zu verstehen ist, als ein solches „Verschulden“ dann anzunehmen ist, wenn die zur Entscheidung berufene Behörde nicht durch schuldhaftes Verhalten der Partei oder durch unüberwindliche Hindernisse an der Entscheidung gehindert war (vgl. das erwähnte hg. Erkenntnis vom 25. November 2015, mit Hinweisen auf die hg. Erkenntnisse vom 26. März 2015, Zl. 2012/07/0278, und vom 18. Dezember 2014, Zl. 2012/07/0087, jeweils mwN). Weiters hat der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ein überwiegendes Verschulden der Behörde darin angenommen, dass diese die für die zügige Verfahrensführung notwendigen Schritte unterlässt oder mit diesen grundlos



zuwartet (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 18. Dezember 2014, Zl. 2012/07/0087, mwN).

17 Im gegenständlichen Apothekenkonzessionsverfahren hat das Landesverwaltungsgericht das Vorliegen einer Verwaltungsverfahrensgemeinschaft zwischen dem Revisionswerber und Frau Mag. pharm. K.-L. angenommen. Davon ausgehend liegt dem angefochtenen Erkenntnis weiters die Auffassung zu Grunde, dass die Behörde mangels Entscheidungsreife des (seit dem Jahr 2008 bei der belangten Behörde anhängigen) Konzessionsverfahrens der genannten Mitbewerberin nicht befugt sei, über den Antrag des Revisionswerbers zu entscheiden. Das mangelnde Verschulden der belangten Behörde an der - unstrittig eingetretenen - Säumnis vermeint das Landesverwaltungsgericht daher im Vorliegen eines der Entscheidung entgegenstehenden gesetzlichen Hindernisses zu erblicken (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 4. November 1948, Zl. 807/48 = VwSlg 560 A).

18 Damit verkennt das Landesverwaltungsgericht die Rechtslage:

19 Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 28. Jänner 2008, Zl. 2003/10/0206 (= VwSlg 17.368 A), seine Judikatur zu Mitbewerberkonstellationen zusammenfassend und weiterführend, Folgendes ausgeführt:

„... Der Verwaltungsgerichtshof vertritt seit dem Erkenntnis vom 30. August 1994, VwSlg. 14.103/A in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass zwischen zwei oder mehreren Konzessionswerbern, die die persönlichen und - für sich gesehen - die sachlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke erfüllen, deren Ansuchen einander jedoch im Hinblick auf die Bedarfslage ausschließen, eine Verfahrensgemeinschaft besteht. Unter Anderem legte der Gerichtshof dar, die Berechtigung, im Apothekenkonzessionsverfahren als Partei geltend zu machen, dass der Lokalbedarf durch ihn und nicht durch einen anderen Bewerber erfüllt werde, käme sowohl dem Mitbewerber um denselben Standort und seine Umgebung zu, als auch jedem Konzessionswerber, dessen Antrag deswegen abzuweisen wäre, weil er die gesetzlichen Bedarfsvoraussetzungen infolge der Erteilung der Konzession an den letztlich zum Zug kommenden Bewerber nicht mehr erfüllt.



Diese Rechtsprechung wurde im Erkenntnis vom 4. November 1996, Zl. 96/10/0008, für die Rechtslage vor dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes Slg. 15.103/1998 und in den Erkenntnissen vom 15. Februar 1999, Zl. 98/10/0356, vom 28. Februar 2000, VwSlg. 15.356/A, und vom 13. Oktober 2004, Zl. 2004/10/0138, für die durch das erwähnte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes bereinigte Rechtslage fortgeführt und präzisiert. Danach sind (eine Verfahrensgemeinschaft bildende) Mitbewerber jene Bewerber um eine Apothekenkonzession, deren Anträge im Hinblick auf ein Überschneiden des potentiellen Kundenkreises derart konkurrieren, dass bei Erteilung einer Konzession ein Bedarf an einer weiteren Konzession im Sinne des § 10 Abs. 1 Z 2 ApG dann nicht besteht, wenn das Kundenpotential des zum Zug kommenden Bewerbers infolge der Erteilung einer weiteren Konzession absinken und weniger als 5.500 zu versorgende Personen betragen würde.

Den genannten Erkenntnissen lagen durchwegs Sachverhaltskonstellationen zu Grunde, in denen die Mitbewerbereigenschaft aus der Bewerbung mehrerer Apothekenwerber um idente oder nahezu deckungsgleiche Standorte und Betriebsstätten folgte; es handelte sich somit - im Sinne des eingangs erwähnten Erkenntnisses vom 30. August 1994, VwSlg. 14.103/A - um Mitbewerber um denselben Standort und seine Umgebung oder um einen bzw. mehrere Konzessionswerber, dessen Antrag (deren Anträge) deswegen abzuweisen gewesen wäre(n), weil er (sie) die gesetzlichen Bedarfsvoraussetzungen infolge der Erteilung der Konzession an den letztlich zum Zug kommenden Bewerber nicht mehr erfüllt (erfüllen).

Dem ist die Konstellation gleichzuhalten, in der mehrere Konzessionsverfahren anhängig sind und eine - die Erteilung einer (weiteren) Apothekenkonzession im Sinne des § 10 Abs. 3 Z 2 ApG hindernde - Verringerung des Kundenpotentials einer bestehenden Apotheke zwar nicht die Folge der Erteilung einer der angestrebten Apothekenkonzessionen, wohl aber - im Zusammenwirken damit - Folge der Erteilung einer weiteren beantragten Konzession wäre (die sodann im Hinblick auf § 10 Abs. 3 Z 2 ApG nicht erteilt werden dürfte). Auch in diesen Fällen ist das Bestehen einer Verfahrensgemeinschaft der mehreren Bewerber zu bejahen, weil - im Sinne des ersterwähnten Erkenntnisses VwSlg. 14.103/A - Ansuchen vorliegen, bei denen es im Hinblick auf die Bedarfslage ausgeschlossen ist, dass allen Bewerbern die beantragte Bewilligung erteilt werden könnte. ...“

20 Zunächst mangelt es der dem gegenständlichen Erkenntnis zu Grunde liegenden Prämisse, dass nämlich im Hinblick auf die Konzessionsansuchen des Revisionswerbers und der Frau Mag. K.-L. eine Mitbewerbereigenschaft bzw. eine Verwaltungsverfahrensgemeinschaft anzunehmen sei, an einer



tragfähigen Grundlage, weil das Landesverwaltungsgericht die zur Beurteilung dieser Frage notwendigen Feststellungen zur konkreten Bedarfslage im Sinne der erwähnten hg. Judikatur nicht getroffen hat (in diesem Zusammenhang ist im Übrigen darauf zu verweisen, dass die belangte Behörde in einer gegenüber dem Landesverwaltungsgericht abgegebenen aktenkundigen Stellungnahme vom 5. März 2015 - unter Hinweis auf die Bedarfslage - eine Mitbewerberkonstellation verneint hat). Das angefochtene Erkenntnis ist daher schon aus diesem Grund rechtswidrig.

- 21 Selbst bei Vorliegen einer Mitbewerberkonstellation wäre die Annahme des Verwaltungsgerichts, wonach die belangte Behörde infolge Vorliegens eines gesetzlichen Entscheidungshindernisses kein Verschulden an der Säumnis treffe, aber aus folgenden Gründen verfehlt:
- 22 Für den Fall, dass der Revisionswerber und die genannte weitere Antragstellerin tatsächlich Mitbewerber sind und eine Verfahrensgemeinschaft bilden, wäre von der belangten Behörde über die konkurrierenden Anträge in einem einzigen, alle Anträge erledigenden Bescheid derart abzusprechen, dass einem Bewerber die angestrebte Berechtigung verliehen, der Antrag des anderen Bewerbers hingegen abgewiesen wird (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Mai 2012, Zl. 2009/10/0078, mwN).
- 23 Die Auffassung des Landesverwaltungsgerichts, dass eine schuldhafte Verletzung der Entscheidungspflicht nicht in Betracht kommt, solange die Ermittlungen hinsichtlich des Ansuchens eines der Mitbewerber noch nicht abgeschlossen sind, ist angesichts der Verpflichtung der Behörde, bei Vorliegen einer Verwaltungsverfahrensgemeinschaft ein Gesamtverfahren durchzuführen (vgl. *Dearing*, Die Verwaltungsverfahrensgemeinschaft, ÖJZ 1983, S. 589 ff; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht¹⁰, Rz. 123), in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Entscheidend ist vielmehr, ob notwendige Ermittlungen im Gesamtverfahren innerhalb des Entscheidungszeitraumes vorgenommen werden konnten.
- 24 Im vorliegenden Fall waren die in Rede stehenden Konzessionsansuchen im Zeitpunkt der Einbringung der Säumnisbeschwerde bereits mehr als sechs



bzw. mehr als drei Jahre anhängig. Den Ausführungen des Landesverwaltungsgerichts zufolge wurden seitens der belangten Behörde ab Ende August 2013 keine Verfahrensschritte mehr gesetzt. Gründe dafür, dass unüberwindliche, einer im Sinne des § 8 Abs. 1 VwGVG iVm § 73 Abs. 1 AVG fristgerechten Entscheidung entgegenstehende Hindernisse vorlägen, werden vom Landesverwaltungsgericht nicht festgestellt und sind für den Verwaltungsgerichtshof auch nicht erkennbar.

25 Die Beurteilung des Landesverwaltungsgerichts, dass die Verzögerung nicht auf ein überwiegendes Verschulden der belangten Behörde zurückzuführen sei, erweist sich somit als verfehlt.

26 Die angefochtene Entscheidung war daher wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

27 Im fortzusetzenden Verfahren wird das Landesverwaltungsgericht aufgrund der der belangten Behörde anzulastenden Säumnis inhaltlich zu entscheiden haben. Dabei wird auf der Grundlage geeigneter Feststellungen (zur Bedarfslage) zunächst zu klären sein, ob im gegenständlichen Fall tatsächlich eine Mitbewerberkonstellation im Sinne der hg. Judikatur vorliegt.

28 Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013.

W i e n , am 16. März 2016

