

Überlange Apothekenverfahren: Geldentschädigungsklage nicht gem Art 137 B-VG, sondern mittels Amtshaftung!(?) – Apothekerkammer-Gutachten nicht zwingend geboten

Anmerkungen zum (zumindest vorerst) wegweisenden Beschluss des VfGH v 27.2.2024, A 2/2022¹

ALFRED GROF

1. Nach ständiger Judikatur des EGMR ist einem Betroffenen bei überlanger Verfahrensdauer eine ange-

DOI 10.52018/SPWR-24H00-Bo05

1 Die essentiellen Passagen dieses Beschlusses lauten auszugsweise:

»(17) Amtshaftungsansprüche ..., etwa aus einem die EMRK verletzenden Vollzugshandeln, sind im Amtshaftungsweg geltend zu machen ..., weshalb eine diesbezügliche Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes nach Art 137 B VG infolge dessen suppletorischen Charakters von vornherein ausscheidet ...

(18) Staatshaftungsansprüche sind im Unionsrecht wurzelnde Entschädigungsansprüche aus einem hinreichend qualifizierten (offenkundigen), subjektive Rechte verletzenden Verstoß gegen Vorschriften des Unionsrechts und ebenfalls – grundsätzlich – bei den ordentlichen Gerichten bzw den Amtshaftungsgerichten geltend zu machen ... Der Verfassungsgerichtshof ist zur Entscheidung über Staatshaftungsansprüche wegen Verletzung des Unionsrechts (nur) zuständig, sofern die behauptete Verletzung durch eine Entscheidung eines Höchstgerichtes oder unmittelbar durch den Gesetzgeber erfolgte ...

(21) Ein unmittelbar dem Gesetzgeber zuzurechnendes Fehlverhalten bringt die Klägerin nicht vor:

(22) Die Klägerin stützt ihr Klagebegehren darauf, dass »permanente Verfahrensverzögerungen«, letztlich eine bis zur Klageerhebung zehneinhalbjährige Verfahrensdauer, einen – zum Teil näher bezifferten – Vermögensschaden verursacht hätten. Diese Verfahrensverzögerungen führt die Klägerin in ihrem abstrakt gehaltenen Vorbringen hauptsächlich auf das prinzipielle Gebot meritorischer Entscheidungen nach § 28 VwGVG, auf das Amtswegigkeitsprinzip im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht, auf nicht hinreichende Sach- und Personalausstattung der Verwaltungsgerichte, auf die unabdingbare Verpflichtung, Gutachten der Apothekerkammer einzuholen (§ 10 Abs 7 ApG), und auf Befangenheitsfragen zurück.

(23) Damit zeigt die Klägerin jedoch keine unmittelbar dem Gesetzgeber zuzurechnende Unionsrechtswidrigkeit auf, sondern macht der Sache nach Vollzugsfehler geltend. Es ist für den Verfassungsgerichtshof nämlich nicht erkennbar, inwiefern die genannten Verfahrensvorschriften zwangsläufig eine überlange Verfahrensdauer zur Folge haben, die sich auch durch eine effiziente Verfahrensführung, also Vollziehung, nicht vermeiden lässt, zumal auch § 10 Abs 7 ApG nicht als absolute Pflicht, ein Gutachten der Apothekerkammer abzuwarten, zu verstehen ist (...). (Schon) aus diesem Grund erübrigt sich auch, einen Vorabentscheidungsantrag zur Klärung der Unionsrechtskonformität von § 10 Abs 7 ApG zu stellen.

(24) Der geltend gemachte Schaden ist somit nicht unmittelbar auf – behauptete – Fehlleistungen des Gesetzgebers zurückzuführen, sondern (allenfalls) durch Fehlleistungen der Verwaltungsbehörden bzw Verwaltungsgerichte verursacht.«

messene Geldentschädigung zu leisten, wenn und soweit diese Partei (alternativ) nicht über iSd Art 6 iVm Art 13 EMRK effektive prozessuale Möglichkeiten verfügt, um die Finalisierung einer Rechtsache innerhalb angemessener Frist auch tatsächlich sicherstellen zu können².

2. Vor diesem Hintergrund hat eine Bewerberin um eine Apothekenkonzession, über deren Antrag nach bislang über 10 Jahren noch immer nicht rechtskräftig entschieden war (bzw ist)³, versucht, einen solchen Kompensationsanspruch mit einer auf Art 137 B-VG gegründeten Klage beim VfGH prozessual geltend zu machen. Dieser eher ungewöhnliche Weg⁴ wurde vornehmlich deshalb eingeschlagen, weil ein gesonderter Rechtsbehelf für Entschädigungen wegen exzessiver Verfahrensverzögerung in Österreich derzeit noch immer nicht existiert⁵

2 Vgl zB EGMR v 19.5.2013, 47195/06 (Müller-Hartburg/Österreich), mwN, wobei RN 51 dieses Urteils auszugsweise wie folgt lautet: »The Court reiterates its case-law that effective remedies in respect of the length of proceedings may either be remedies designed to expedite the proceedings, thus preventing them from becoming excessively lengthy, or remedies affording compensation for undue delays (...). The Court has already held that a decision by the Constitutional Court which constitutes a finding that the proceedings have lasted an unreasonably long time has neither a preventive nor a compensatory effect in respect of the length of the proceedings, but has a merely declaratory effect. Such a remedy cannot be considered effective under the principles established by the Court's case-law (...).«

3 Vgl dazu insbesondere auch EGMR v 5.7.2016, 5136/10 (Naderhirn/Österreich), wo der Gerichtshof im Fall einer 13-jährigen Dauer eines Apothekenkonzessionsverfahrens eine Verletzung des Art 6 EMRK festgestellt hat.

4 Vgl auch allgemein A. Grof, Art 137 B-VG: Folgenbeseitigungsentschädigung nach Grundrechtseingriffen... (... bzw generell: nach fehlerhaften oberstgerichtlichen Entscheidungen), *ecolex* 2019, 209 ff.

5 Dies verblüfft um so mehr deshalb, weil der EGMR bereits seit Jahrzehnten immer wieder darauf hinweist, dass eine – wenn gleich letztinstanzliche, so doch – bloße Feststellung dahin, dass ein Betroffener in seinen gemäß Art 6 und Art 13 EMRK verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt wird (so zB VfGH v 14.12.2022, E 3150/2021, mwN), nicht ausreicht, um einen insgesamt konventionskonformen Rechtszustand

und dieses an sich als bloß subsidiär konzipierte Klagemodell gerade für solche vermögensrechtliche Ansprüche gegen Gebietskörperschaften vorgesehen ist, die weder im ordentlichen Rechtsweg auszutragen noch durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde zu erledigen sind⁶.

3. Wäre diese Vorgangsweise dem Grunde nach akzeptiert worden, dann hätte das in der Folge freilich eine generelle Erst- und Alleinzuständigkeit des VfGH für solche Entschädigungsbegehren bedeutet, und zwar einerlei, ob diese im Öffentlichen Recht oder im Justizrecht wurzeln. Deshalb ist es aus rechtspolitischer Sicht auch nur allzu verständlich, wenn der – ohnehin schon notorisch überlastete – VfGH prompt nach Möglichkeiten gesucht hat, um das Entstehen einer derartigen Zustatzkompetenz schon im Keim zu ersticken.

4. Allerdings erscheint die (nach nahezu zweijähriger Liegedauer) mit dem Beschluss vom 27.2.2024, A 2/2022, errichtete Barriere⁷ v.a. aus rechtsdogmatischer Sicht als wenig überzeugend.

Denn der VfGH stellt sich darin auf den Standpunkt, dass sich ein solcher Kompensationsanspruch im Grunde entweder nur auf Staatshaftung oder nur auf Amtshaftung gründen lasse⁸, wobei ein Staatshaftungsanspruch lediglich dann beim VfGH geltend gemacht werden kann, wenn eine exzessiv verzögerte Vollziehung von Unionsrecht einem Höchstgericht oder unmittelbar dem Gesetzgeber zuzurechnen ist; in allen anderen analogen Konstellationen sind derartige Entschädigungsentscheidungen entweder als Staats- oder Amtshaftungsansprüche bei den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Und vor dem Hintergrund dieser *leges speciales* käme sohin eine Heranziehung der bloß subsidiär konzipierten Rechtsmittelbefugnis des Art 137 B-VG zwecks Geltendmachung einer Geldentschädigung wegen überlanger Verfahrensdauer eben schon von vornherein nicht zum Tragen.

herzustellen (s.o., FN 2: »Ein derartiges Rechtsmittel kann nicht als effektiv im Sinne der in der Falljudikatur des Gerichtshofs entwickelten Grundsätze angesehen werden.« und FN 3); vgl demgegenüber etwa für die BRD das »Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren«, dBGBI I 60/2011, S 2302.

6 Davon abgesehen basiert ja auch die vom VfGH praktizierte Vorgangsweise zu seiner eigenen Zuständigkeit für Staatshaftung wegen legislativem Unrecht ebenfalls deshalb auf 137 B-VG (vgl zB VfGH v 26.9.2022, A 27/2021), weil eine verschuldensbezogene Amtshaftung für eine reine Erfolgshaftung wie jene wegen überlanger Verfahrensdauer und Staatshaftung strukturell nicht passt.

7 Als erstaunlich mutet an, dass diese Entscheidung angesichts ihrer im Grunde doch einigermaßen weitreichenden Folgen bloß in sog »kleiner Besetzung« getroffen wurde.

8 Vgl RN 16 des Beschlusses v 27.2.2024, A 2/2022: »Die Rechtsordnung unterscheidet zwischen Amtshaftungsansprüchen und Staatshaftungsansprüchen ...« – also: tertium (insbesondere: die Subsidiaritätsschrankendurchbrechung des Art 137 B-VG) non datur.

5. Dieser Auffassung steht jedoch zum einen entgegen, dass in der Vielzahl aller Fallkonstellationen ein Staatshaftungsanspruch schon deshalb ausscheidet, weil es gesamthaft betrachtet eher nur relativ selten – wie dies eine Anwendbarkeit der EGRC voraussetzen würde – um eine Durchführung von Unionsrecht geht oder – als Bedingung für eine Maßgeblichkeit der EU-Grundfreiheiten – ein Auslandsbezug vorliegt⁹.

Und andererseits besteht ein Kompensationsanspruch aufgrund exzessiver Verfahrensdauer nach der Rechtsprechung des EGMR primär auch unabhängig von einem etwaigen Verschulden, dh er verkörpert rechtssystematisch besehen gleichsam eine Art reine »Erfolgshaftung« des Staates, die zudem gegebenenfalls auch einen Ersatz für immaterielle Schäden umfassen¹⁰ muss oder auch in einer spürbaren Herabsetzung des Strafmaßes¹¹ bestehen kann o.Ä.¹². Solchen Anforderungen vermag wiederum eine Amtshaftungsklage schon im Ansatz, nämlich deshalb nicht gerecht zu werden, weil diese jedenfalls ein schuldhaftes Verhalten des staatlichen Organes an der Verfahrensverzögerung voraussetzt¹³, wobei einem Betroffenen als zusätzliche Bürden auferlegt würden, den dementsprechenden Verschuldensnachweis erbringen zu müssen und auch ein nicht unerhebliches Prozesskostenrisiko hinsichtlich der Bemessung des Streitwertes zu tragen. Allein schon aus diesen Gründen kann somit eine Amtshaftungsklage nicht als ein effektives Kompensationsinstrumentarium iSd Art 6 iVm Art 13 EMRK angesehen werden¹⁴.

Schließlich muss auch die vom VfGH vorgenommene Wertung, dass die systembedingt überlange Verfahrensdauer nicht dem Gesetzgeber zuzurechnen ist, wohl schon deshalb als verfehlt erscheinen, weil in § 10 Abs 7 erster Satz ApG die Einholung eines Gutachtens der Apothekerkammer, dessen Fehlen bzw Aktualisierungsnotwendigkeit in der Praxis die Hauptursache für die exzessiven Verfahrensverzögerungen bildet, zwingend festgelegt ist, während sich für die vom VfGH de facto vorgenommene *contra-legem*-Interpretation dieser Norm keinerlei Anhaltspunkt finden lässt.

9 Vom gegenteiligen Ansatzpunkt ausgehend erscheint es freilich konsequent, dass die Klage im Beschluss vom 27.2.2024, A 2/2022, zunächst schon deshalb zurückgewiesen wurde, weil ihr – wie die Konzessionswerberin im Übrigen auch aus eigenem vorgebracht hat – kein Staatshaftungsanspruch zu Grunde lag, ging es doch in concreto weder um eine Apothekenkonzessionserteilung in einem grenznahen Gebiet noch um eine darauf bezogene höchstgerichtliche Fehlentscheidung.

10 Vgl zB schon EGMR v 31.7.2007, 7510/04 (Kontrova/Slowakei).

11 Vgl zB EGMR v 31.7.2008, 25166/05 (Schneider/Österreich).

12 Vgl zB EGMR v 13.2.2009, 26073/03 (Ommer/BRD), RN 63, mwN.

13 Vgl § 1 Abs. 1 AHG.

14 Vgl die Nachweise bei *Ch. Grabenwarter/K. Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021), § 24 RN 197 u 207.

6. Rechtspolitisch betrachtet ist hingegen die Fortführung des bereits mit dem Erkenntnis vom 14. 12. 2022, E 3150/2021¹⁵, eingenommenen Standpunktes, dass über einen Konzessionsantrag unter Umständen auch ohne Vorliegen eines Gutachtens der Apothekerkammer entschieden werden muss, um eine Verletzung des Grundrechts auf eine angemessene Verfahrensdauer hintanzuhalten, freilich (und zumindest grundsätzlich) zu begrüßen. Allerdings sind die daraus resultierenden Folgen für die Rechtspraxis derzeit noch kaum absehbar. Denn es erhebt sich damit umgehend die Frage, wie im behördlichen und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren der mittlerweile höchst feinzisierten Judikatur des VfGH¹⁶ zur Ermittlung des den bereits bestehenden Apotheken künftig verbleibenden Versorgungspotentials adäquat Rechnung getragen werden können soll, wenn de facto ausschließlich die Apothekerkammer über die entsprechenden Methoden zur Ermittlung der 5.500-Personen-Grenze des § 10 Abs 2 Z 3 ApG – wobei es sich insoweit vornehmlich um im Auftrag der Apothekerkammer speziell entwickelte Software-Programme handelt – verfügt.

7. Im Ergebnis erweist sich daher nicht nur für das Spezialgebiet des apothekenrechtlichen Konzessionsverfahrens, sondern vielmehr generell der vom VfGH gewiesene Weg einer Amtshaftungsklage zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen wegen überlanger Verfahrensdauer kaum als praktikabel und jedenfalls nicht als EMRK-konform. Da die Konzessionswerberin des Anlassfalles (dem Vernehmen nach) eine entsprechende Beschwerde gegen diesen VfGH-Beschluss erhoben (sowie – aus prozessualer Vorsicht – auch eine, wenngleich wenig erfolgversprechende, Amtshaftungsklage eingebracht) hat, stünde im Interesse der Rechtsklarheit zu hoffen, dass der EGMR dies künftig unmissverständlich klarstellt (und nicht auch seinerseits ausweicht, indem er die Beschwerdebehandlung wie gewöhnlich a limine ablehnt).

Einzuräumen ist freilich auch, dass eine Dienstbarmachung des Art 137 B-VG als ein generelles Instrumentarium zur Durchsetzung von Ersatzansprüchen wegen überlanger Verfahrensdauer bloß kurzfristig und einzelfallbezogen, nicht hingegen aber auch mittel- oder gar langfristig betrachtet als rechtspolitisch sinnvoll erscheinen könnte: Denn eine dementsprechende erst- und einzinstanzliche Alleinzuständigkeit des VfGH würde naturgemäß dessen ohnehin bereits gegenwärtig

bestehende chronische Überlastung noch weiter ausufern lassen.

Die Lösung dieses schon seit Jahrzehnten schwelenden Problembereiches kann daher letztlich wohl nur in einem baldigen gesetzgeberischen Tätigwerden, nämlich darin bestehen, dass möglichst rasch (einerseits ein gesondertes Staatshaftungsgesetz und andererseits auch) ein spezifisches Gesetz zur Entschädigung für überlange Verfahrensdauer¹⁷ konzipiert wird¹⁸.

Einerlei: Die Geltendmachung von Kompensationsansprüchen wegen überlanger Verfahrensdauer wird sich wohl zu einem neuen Hoffungsgebiet für die Anwaltschaft entwickeln, weil ausgeprägte Verfahrensverzögerungen bei der auf Eckpfeilern wie (um nur einige zu nennen) »Verhandlungspflicht«, »Amtswegigkeit«, »Nichtbestehen eines Neuerungsverbots« und »fehlendem Sachverständigenapparat« basierenden Neuorganisation der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit geradezu vorprogrammiert sind.

15 Der diesbezügliche, in RN 23 des Beschlusses vom 27. 2. 2024, A 2/2022, enthaltene Verweis auf »VfSlg 20.587/2022« muss richtig »VfSlg 20.588/2022« heißen.

16 Vgl nur zB VfGH v 18. 5. 2022, Ro 2021/10/0008, mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

17 Die nicht nur – wie in der BRD – das gerichtliche (s.o., FN 5), sondern v.a. auch das behördliche Verfahren erfasst.

18 Ein gleichermaßen dringender Reformbedarf besteht (nach bereits zweimaliger Verurteilung durch den EuGH; vgl EuGH v 13. 2. 2014, C-367/12, und v 30. 6. 2016, C-634/15) freilich auch hinsichtlich des Apothekenkonzessionsverfahrens.