

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/5/21 2006/10/0254

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.05.2008

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

82/04 Apotheken Arzneimittel;

## Norm

ApG 1907 §10 Abs2 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §10 Abs2 Z1 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §10 Abs2 Z2 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §10 Abs4 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §10 Abs5 idF 2001/10/016;

ApG 1907 §10 Abs5 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §12 Abs2 Z1 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §29 Abs4 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §29 Abs5 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §48 Abs2 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §48 Abs2 Z1 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §48 Abs2;

ApG 1907 §51 Abs3 idF 1990/362;

ApG 1907 §51 Abs3 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §51 Abs3 Z1 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §53 idF 2001/I/016;

AVG §8;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):2007/10/0268

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Mizner und die Hofräte Dr. Stöberl, Dr. Rigler, Dr. Schick und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Petritz, über die Beschwerden

1. des Mag. pharm. W R in K-S, 2. des Mag. pharm. K A B in K, 3. der Mag. pharm. H B in K-L, 4. des Mag. pharm. R B im K-L und 5. des Mag. pharm. M Z in K, alle vertreten durch Dr. Frank Riel, Dr. Wolfgang Grohmann und Dr. Josef Cudlin, Rechtsanwälte in 3500 Krems, Gartenaugasse 1, sowie 6. des Dr. G S in P, vertreten durch Dr. Walter Breitwieser,

Rechtsanwalt in 4600 Wels, Maria-Theresia-Straße 6, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 27. Oktober 2006, Zl. BMGF-262449/007- I/8/2006, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke (mitbeteiligte Partei):

Mag. pharm. B B in K, vertreten durch Dr. Eleonore Berchtold-Ostermann,

### **Spruch**

Rechtsanwältin in 1010 Wien, Bräunerstraße 6), zu Recht erkannt bzw. den Beschluss gefasst:

Die vom Erstbeschwerdeführer erhobene Beschwerde wird zurückgewiesen, im Übrigen werden die Beschwerden abgewiesen.

Die Erst- bis Fünftbeschwerdeführer haben dem Bund Aufwendungen in Höhe von insgesamt EUR 330,40 und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in Höhe von insgesamt EUR 991,20, der Sechstbeschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in Höhe von EUR 381,90 und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

I.

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 27. Oktober 2006 wurde der mitbeteiligten Partei die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Furth bei Göttweig mit der voraussichtlichen Betriebsstätte Obere Landstraße, Grundstück Nr. 113/3 KG F, und einem näher umschriebenen Standort erteilt; die gegen den erstinstanzlichen Bescheid erhobenen Berufungen wurden ab- bzw. zurückgewiesen. Begründend wurde nach Darstellung des Verfahrensganges und der angewendeten Rechtsvorschriften ausgeführt, im Umkreis von 4 Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Apotheke befindet sich die ärztliche Hausapotheke des Sechstbeschwerdeführers. Die Zahl der ständigen Einwohner in einem Umkreis von 4 Straßenkilometern um die künftige Betriebsstätte der neuen öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse voraussichtlich aus dieser Apotheke zu versorgen sein werden (rotes Polygon), betrage - dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer folgend - 4.348. Für die neue öffentliche Apotheke seien weiters 1.092 ständige Einwohner des im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer planlich dargestellten blauen Polygons zu berücksichtigen, die zwar außerhalb des 4 km-Polygons wohnen, für die die neu zu errichtende Apotheke aber die nächstgelegene Arzneimittelabgabestelle sei. Schließlich seien die 657 Personen mit Zweitwohnsitz im umschriebenen Versorgungsgebiet - einer näher dargestellten Studie zufolge - mit 93 "Einwohnergleichwerten" zu berücksichtigen. Von der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke wären daher auf Grund der örtlichen Verhältnisse mindestens 5.533 Personen zu versorgen. Der Apotheke "Zum Engel" in K-S (unter Berücksichtigung der Filialapotheke "Zum Engel" in M) würde bei Errichtung der beantragten Apotheke ein Versorgungspotenzial von 7.546 Personen verbleiben. Die übrigen in K bestehenden öffentlichen Apotheken würden durch die Errichtung der beantragten Apotheke nicht betroffen, zumal jene Personen, die die neue Apotheke aufsuchen, derzeit zum Versorgungspotenzial der Apotheke "Zum Engel" zählten bzw. durch die ärztliche Hausapotheke in P versorgt würden.

Die Österreichische Ärztekammer sei in ihrem Gutachten zwar zum Ergebnis gelangt, das Versorgungspotenzial der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke betrage nur 4.158 Personen. Diesem Gutachten sei nach Auffassung der belagten Behörde aber nicht zu folgen: Die Österreichische Ärztekammer sei der Auffassung, dass mit dem bis an die Donau reichenden nördlichen Teil des roten Polygons auch eine Wohnbevölkerung erfasst sei, die es wesentlichen näher zu den öffentlichen Apotheken in K habe. Sie habe aber nicht beachtet, dass Hin- und Rückwege im Falle von Einbahnregelungen (im vorliegenden Fall bestehe ein "Netz bzw. Gewirr von Auf- und Abfahrten der S 33/K-Schnellstraße") nicht gleich lang seien, sodass zur Bestimmung der maßgeblichen Entfernung jeweils der Hin- und Rückweg addiert und die Summe halbiert werden müsse. Im Übrigen sei das unmittelbar südlich der Donau gelegene Gebiet eine Aulandschaft, wo kein einziger Einwohner zu verzeichnen sei, sodass selbst eine Verschiebung der Polygongrenze nach Süden nicht entscheidungsrelevant wäre. Auch die Auffassung der Österreichischen Ärztekammer, die im nordwestlichen Bereich des roten Polygons wohnende Bevölkerung würde sich der Filialapotheke in M und nicht der beantragten Apotheke zuwenden, sei unzutreffend. Die Entfernungsmessung, wie sie von der Österreichischen Apothekerkammer richtig durchgeführt worden sei, führe zur Zuordnung dieses Bereiches zur

beantragten Apotheke. Die "Anziehungskraft" von M könne nicht zu einer Verringerung der Zahl der ständigen Einwohner führen, die der beantragten Apotheke im 4-km-Straßenpolygon um die in Aussicht genommene Betriebsstätte auf Grund der örtlichen Verhältnisse zuzuordnen seien. Gleches gelte für die Auffassung der Österreichischen Ärztekammer, es müssten wegen der Zentrumsfunktion von K "zumindest" 500 ständige Einwohner aus dem roten Polygon abgezogen werde. Betreffend die der beantragten Apotheke gemäß § 10 Abs. 5 ApG zuzurechnenden Personen sei die Österreichische Ärztekammer der Auffassung, die Einwohner der Ortsteile B, T, A und H müssten den öffentlichen Apotheken in Krems bzw. der öffentlichen Apotheke in T zugerechnet werden. Auch dieser Auffassung sei nicht zu folgen: B liege zur Gänze im roten Polygon, hier gelte das bereits oben Gesagte. Die Einwohner von T und von A hätten es - vom Wohnort (und nicht von der Ordination in H) aus gemessen - näher zur beantragten als zu einer anderen Apotheke. H scheine zum Großteil im blauen Polygon gar nicht auf. Im Gegensatz zur Auffassung der Österreichischen Ärztekammer sei das blaue Polygon auch nicht über 9 Straßenkilometer nach H hinein ausgedehnt worden, obwohl die Halbdistanz zwischen der Apotheke in

T und der beantragten Apotheke nur 7,3 Straßenkilometer betrage. Bei einer Fahrt von F nach T führe die Strecke nämlich gar nicht über H. Auch beim Vorbringen, die Einwohner des Ortsteiles Ried würden in N ärztlich versorgt und hätten es von hier näher zu anderen Apotheken als zur beantragten Apotheke, übersehe die Österreichische Ärztekammer, dass es auf die Entfernung zwischen dem Wohnort und der nächstgelegenen Arzneimittelabgabestelle ankomme und nicht auf die Entfernung zwischen einer Arztdordination und der dieser nächstgelegenen Arzneimittelabgabestelle. Dass die Einwohner der erwähnten Ortsteile je eine Auffahrt auf die

S 33/Kremser Schnellstraße hätten und so mit einer Geschwindigkeit von 130 km/h nach K fahren könnten, um die dortigen öffentlichen Apotheken aufzusuchen, sei schon deshalb unrichtig, weil es nur eine einzige Auffahrt auf die S 33 gebe und zwar östlich von A. Auch bei Benützung dieser Auffahrt sei die beantragte Apotheke näher als die Apotheken in K. Dem Hinweis des Sechstbeschwerdeführers, dass sich weder in seiner Ordination noch in der seines Vaters "Patienten bzw. Rezepte" aus den Kremser Orten südlich der Donau fänden, sei zu entgegnen, dass die gemäß § 10 ApG vorzunehmende Zuordnung an objektiven Gegebenheiten zu orientieren sei. Wo in der Vergangenheit Rezepte eingelöst worden seien, sei für die erforderliche Bedarfsprognose nicht entscheidend. Die Berufungsbehörde gelange daher auf der Grundlage des von der Österreichischen Apothekerkammer erstatteten Gutachtens zur Auffassung, dass das Versorgungspotenzial der beantragten Apotheke mindestens 5.500 Personen betrage und dass das Versorgungspotenzial der durch die Errichtung der beantragten Apotheke alleine berührten umliegenden Apotheke, der Apotheke "Zum Engel", nicht unter das Mindestversorgungspotenzial von 5.500 Personen sinken werde.

## II.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die von den erst- bis fünftbeschwerdeführenden Parteien erhobene und zur hg. Zl. 2006/10/0254 protokollierte Beschwerde.

Die belangte Behörde erstattete ebenso wie die mitbeteiligte Partei eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wurde.

Die vom Sechstbeschwerdeführer gegen diesen Bescheid an den Verfassungsgerichtshof erhobene Beschwerde wurde, nach dem dieser deren Behandlung mit Beschluss vom 10. Oktober 2007, B 2068/06, abgelehnt hatte, gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG dem Verwaltungsgerichtshof abgetreten und zur hg. Zl. 2007/10/0268, protokolliert.

In dem über die letztgenannte Beschwerde eingeleiteten Verfahren legte die belangte Behörde die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die mitbeteiligte Partei eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wurde.

## III.

Der Verwaltungsgerichtshof hat beschlossen, die Beschwerden wegen ihres sachlichen und persönlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung zu verbinden.

## IV.

Gemäß § 48 Abs. 1 Apothekengesetz, RGBI. Nr. 5/1907, in der im Beschwerdefall anzuwendenden FassungBGBI. I Nr. 16/2001 (ApG), hat der Landeshauptmann längstens innerhalb 14 Tagen nach Einlangen eines Gesuches um Bewilligung zum Betrieb einer neu zu errichtenden Apotheke - von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen - die Bewerbung unter Anführung des Namens, der Berufsstellung und des Wohnortes des Gesuchstellers

und des für die Apotheke in Aussicht genommenen Standortes auf Kosten des Gesuchstellers in der für amtliche Bekanntmachungen bestimmten Zeitung zu verlautbaren.

In diese Verlautbarung ist gemäß § 48 Abs. 2 ApG eine Bestimmung aufzunehmen, dass die Inhaber öffentlicher Apotheken sowie gemäß § 29 Abs. 4 und 5 ApG betroffene Ärzte, welche den Bedarf einer neuen öffentlichen Apotheke als nicht gegeben erachten, etwaige Einsprüche gegen die Neuerrichtung innerhalb längstens sechs Wochen, vom Tag der Verlautbarung an gerechnet, bei der Bezirksverwaltungsbehörde, in deren Bezirk der Standort der neuen öffentlichen Apotheke in Aussicht genommen ist, geltend machen können, dass später einlangende Einsprüche aber nicht in Betracht gezogen werden.

Gemäß § 51 Abs. 3 ApG steht gegen die Entscheidung des Landeshauptmannes, mit welcher die Konzession zum selbständigen Betrieb einer öffentlichen Apotheke verweigert wird, dem Antragsteller, gegen die Erteilung der Konzession aber denjenigen Inhabern öffentlicher Apotheken und gemäß § 29 Abs. 4 und 5 betroffenen Ärzten, welche gemäß § 48 Abs. 2 rechtzeitig einen Einspruch erhoben haben, die Berufung an die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen zu.

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 23. April 2007, ZI. 2007/10/0030, und die dort zitierte Vorjudikatur), wird das Interesse der Inhaber von Nachbarapothekern an der Nichterrichtung einer neuen öffentlichen Apotheke, die die Bedarfsvoraussetzungen des § 10 ApG nicht erfüllt, (erst) durch die Bestimmungen der §§ 48 Abs. 2 und 51 Abs. 3 ApG zu einem rechtlichen Interesse erhoben. Ein rechtliches Interesse in diesem Sinne kommt den "Inhabern öffentlicher Apotheken" zu, die "gemäß § 48 Abs. 2 ABG rechtzeitig Einspruch erhoben" haben. Personen, die nicht Inhaber einer öffentlichen Apotheke sind, kommt daher ebenso wie Personen, die zwar Inhaber einer öffentlichen Apotheke sind, aber keinen rechtzeitigen Einspruch erhoben haben, kein Recht zu, am Konzessionsverfahren einer neuen öffentlichen Apotheke als Parteien teilzunehmen und den mangelnden Bedarf an dieser Apotheke geltend zu machen - es sei denn, sie würden durch den angefochtenen Bescheid in sonstige Weise in ihrer Rechtssphäre unmittelbar berührt.

Nach Ausweis der vorgelegten Verwaltungsakten erhob der Erstbeschwerdeführer als Konzessionär der öffentlichen Apotheke "Zum Engel" Einspruch gegen die Neuerrichtung der von der mitbeteiligten Partei beantragten Apotheke im Sinne des § 48 Abs. 2 ApG. Mit Bescheid der Österreichischen Apothekerkanzlei vom 18. Juli 2005 wurde die Konzession zum Betrieb der öffentlichen Apotheke "Zum Engel" unter Aufrechterhaltung des bisherigen Standortes Mag. pharm. Dr. T R erteilt und der Gesellschaftsvertrag zum Betrieb dieser Apotheke vom 6. Juli 2005, abgeschlossen zwischen Mag. pharm. Dr. T R und Mag. M R genehmigt. In der Begründung dieses Bescheides heißt es unter anderem, Punkt 4 des Gesellschaftsvertrages gewährleiste die gemäß § 12 Abs. 2 Z 1 ABG verlangte ausschließliche Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Konzessionärs. Dem Firmenbuch zufolge wird die "Apotheke zum Engel Dr. R KG" seit 30. Juni 2005 von Dr. T R selbständig vertreten; die zuvor bestehende Vertretungsbefugnis des Mag. pharm. W R ist seit 13. Juli 2005 als gelöscht eingetragen.

Im Zeitpunkt der Erhebung der vorliegenden Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof (11. Dezember 2006) war der Erstbeschwerdeführer weder (selbst) Inhaber der öffentlichen Apotheke "Zum Engel", noch für die "Apotheke zum Engel Dr. R KG" vertretungsbefugt. Mangels Eigenschaft als Inhaber einer umliegenden öffentlichen Apotheke fehlt ihm ein rechtliches Interesse an der Nichterrichtung der von der mitbeteiligten Partei beantragten Apotheke. Eine Verletzung im "Recht auf Nichterrteilung einer Apothekenkonzession bei Nicht-Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen" - so der geltend gemachte Beschwerdepunkt - kommt daher in Ansehung des Erstbeschwerdeführers nicht in Betracht. Die von ihm erhobene Beschwerde war somit gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG zurückzuweisen.

V.

Über die von den Zweit- bis Sechstbeschwerdeführern erhobenen Beschwerden hat der Verwaltungsgerichtshof erwogen:

Gemäß § 10 Abs. 1 Apothekengesetz, RGBI. Nr. 5/1907, id. im Beschwerdefall anzuwendenden FassungBGBl. I Nr. 16/2001 (ApG), ist die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen, wenn

1. in der Gemeinde des Standortes der öffentlichen Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat und
2. ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

Ein Bedarf besteht gemäß § 10 Abs. 2 ApG nicht, wenn

1. sich im Umkreis von 4 Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und die Zahl der von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen weniger als 5.500 beträgt, oder
2. die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke weniger als 500 m beträgt oder
3. die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen sich in Folge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5.500 betragen wird.

Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z 1 sind gemäß § 10 Abs. 3 ApG die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern von der Betriebsstätte der in Aussicht genommenen öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse aus dieser öffentlichen Apotheke zu versorgen sein werden.

Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z 3 sind gemäß § 10 Abs. 4 ApG die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern von der Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse aus dieser bestehenden öffentlichen Apotheke weiterhin zu versorgen sein werden.

Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner im Sinne des Abs. 3 und 4 weniger als 5.500, so sind gemäß § 10 Abs. 5 ApG die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen.

Zur Frage des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist gemäß § 10 Abs. 7 ApG ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer einzuholen. Soweit gemäß § 29 Abs. 4 und 5 Ärzte betroffen sind, ist auch ein Gutachten der Österreichischen Ärztekammer einzuholen.

Dem angefochtenen Bescheid liegt die Auffassung zu Grunde, die von der mitbeteiligten Partei beantragte öffentliche Apotheke verfüge über ein Versorgungspotenzial von mindestens 5.500 Personen und es werde durch ihre Errichtung die Zahl der von den Betriebsstätten der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen entweder gar nicht betroffen oder nicht unter 5.500 verringert. Der Apotheke "Zum Engel" werde unter Berücksichtigung der Filialapotheke "Zum Engel" in M ein Versorgungspotenzial von 7.546 Personen verbleiben, die übrigen öffentlichen Nachbarapotheken würden durch die Errichtung der beantragten Apotheke nicht berührt; für eine allfällige Verringerung deren Kundenpotenzials sei die Neuerrichtung der beantragten Apotheke nicht kausal.

Die Zweit- bis Fünftbeschwerdeführer, Inhaber umliegender öffentlicher Apotheken, halten dagegen, es betrage zum einen die Zahl der von der beantragten Apotheke zu versorgenden Personen weniger als 5.500 und es betrage das Versorgungspotenzial jeder der in K bestehenden öffentlichen Apotheken bereits jetzt weniger als 5.500 Personen. Im Durchschnitt habe jede Apotheke höchstens

3.988 Personen zu versorgen, sodass zur Sicherung der wirtschaftlichen Existenz auch Personen aus dem nahen örtlichen Umfeld einbezogen werden müssten. Diese bisher K Apotheken aufsuchenden Personen würden im Falle der Neuerrichtung die beantragte Apotheke aufsuchen und das Versorgungspotenzial jeder K Apotheke um mindestens 344 Personen verringern.

Der Sechstbeschwerdeführer, ein hausapothekenführender Arzt, bringt vor, das - oben erwähnte - rote Polygon reiche bis an das südliche Donauufer heran und erfasse bereits Ortsteile der Stadt K, obwohl "ein Blick" auf die planlichen Anlagen des Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer zeige, dass die Apotheken in K, die Filialapotheke in M und auch die in M ansässigen Ärzte für viele Bewohner dieses Polygons deutlich näher gelegen seien als die beantragte Apotheke. Die im blauen Polygon wohnende Bevölkerung, insbesondere jene der Ortsteile B, T, A und H (ca. 600 Personen) sei unzulässigerweise zum Versorgungspotenzial der beantragten Apotheke gerechnet worden. Diese Personen würden zum größten Teil in K ärztlich versorgt und auch die Rezepte des in H ansässigen Arztes würden auf Grund der nach K bestehenden Schnellstraßenverbindung in K Apotheken eingelöst. Die Schnellstraße S 33 ermögliche es der südlich der Donau wohnenden Bevölkerung, in nur wenigen Minuten zu K Apotheken zu gelangen. Zur Erreichung der beantragten Apotheke werde jedoch eine deutlich längere Zeitspanne benötigt. Auch habe die belangte Behörde die Zentrumsfunktion von K nicht beachtet, sondern eine Zuordnung insbesondere der Bevölkerung des blauen Polygons zur beantragten Apotheke vorgenommen, ohne darzulegen, auf Grund welcher

bedarfserregender Kriterien diese Personen zu deren Versorgungspotenzial zu zählen wären.

Vor Eingehen auf die Beschwerdevorbringen ist zunächst auf die ständige hg. Judikatur hinzuweisen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 2008, Zl. 2006/10/0160, und die dort zit. Vorjudikatur), wonach die Inhaber bestehender öffentlicher Apotheken im Verfahren über die Verleihung einer Apothekenkonzession ihre Existenzgefährdung geltend machen, also (nur) vorbringen können, die Entfernung zwischen der künftigen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte ihrer öffentlichen Apotheke betrage weniger als 500 m, bzw. die Zahl der von ihrer bestehenden öffentlichen Apotheke aus weiterhin zu versorgenden Personen werde sich in Folge der Neuerrichtung verringern und weniger als 5.500 betragen. Ob jedoch die Zahl der von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen mindestens 5.500 beträgt, betrifft den Schutz des hausapothekenführenden Arztes und nicht den Schutz des Apothekers vor Existenzgefährdung; dass die beantragte Apotheke ein Mindestversorgungspotenzial von 5.500 Personen nicht erreicht, kann daher nur vom hausapothekenführenden Arzt, nicht aber vom Inhaber einer umliegenden Apotheke geltend gemacht werden (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 28. Februar 2005, Zl. 2001/10/0161).

In der Frage, ob die von der mitbeteiligten Partei beantragte Apotheke über ein Mindestversorgungspotenzial von 5.500 Personen verfüge, war demnach nicht auf das Vorbringen der Zweit- bis Fünftbeschwerdeführer, sondern lediglich auf das Vorbringen des Sechstbeschwerdeführers einzugehen. Dieser zeigt aber keine zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides führende Rechtswidrigkeit auf. Soweit der Sechstbeschwerdeführer nämlich rügt, viele Bewohner des roten Polygons seien, wie ein Blick auf die Karte zeige, von anderen öffentlichen Apotheken deutlich weniger weit entfernt als von der beantragten, übersieht er, dass bei Ermittlung der Wegstrecken zur Bestimmung der Versorgungspolygone im Falle des Vorliegens von (teilweisen) Einbahnregelungen sowohl auf den Hin-, als auch auf den Rückweg Bedacht genommen und die aus beiden Strecken gebildeten Summe halbiert werden muss (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. März 1991, Zl. 90/10/0026). Mit dem Hinweis auf die sich aus einem "Blick" auf die Landkarte ergebenden Entfernungsverhältnisse wird daher noch keine Unrichtigkeit in der nach den dargelegten Erfordernissen erfolgten Ermittlung der jeweils nächstgelegenen Arzneimittelabgabestelle aufgezeigt.

Betreffend die gerügte Zuordnung der Einwohner des blauen Polygons ist der Sechstbeschwerdeführer auf die hg. Judikatur zu verweisen, wonach die Annahme, es würden sich Personen im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG ("auf Grund ... des Verkehrs") der nächstgelegenen Arzneimittelabgabestelle bedienen, dann gerechtfertigt ist, wenn dem nicht besondere Gründe entgegenstehen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 2008, Zl. 2006/10/0249, und die dort zitierte Vorjudikatur). Mit dem Hinweis auf die ärztliche Versorgung durch in K ordinierende Ärzte, insbesondere Fachärzte, die Zentrumsfunktion von K und die Erreichbarkeit dieser Stadt über die Schnellstraße S 33, werden zwar Umstände aufgezeigt, die den erwähnten Personenkreis veranlassen könnten, K aufzusuchen und bei dieser Gelegenheit gleich auch ihren Arzneimittelbedarf bei den hier situierten Apotheken zu decken. Dies steht jedoch der Annahme, der in Rede stehende Personenkreis werde sich im Allgemeinen der nächstgelegenen Apotheke ("auf Grund... des Verkehrs") bedienen, nicht entgegen. Denn die - in jedem Fall offen stehende - Möglichkeit, auch entfernt gelegene Apotheken aufzusuchen und sich dort mit Arzneimitteln zu versorgen, besagt noch nicht, dass eine Inanspruchnahme der nächstgelegenen Apotheke zur Deckung des Arzneimittelbedarfs deshalb als Ausnahmefall anzusehen wäre. Die in der Beschwerde aufgezeigten Gründe, K zu besuchen, stehen also der erwähnten Annahme für sich noch nicht entgegen. Der Sechstbeschwerdeführer zeigt daher auch mit diesem Vorbringen keine Rechtswidrigkeit in der Beurteilung des Versorgungspotenzials der von der mitbeteiligten Partei beantragten Apotheke durch die belangte Behörde auf.

Entgegen der Auffassung der Beschwerde hat die belangte Behörde auch dargelegt, dass sie die Einwohner des blauen Polygons

der beantragten Apotheke "auf Grund ... des Verkehrs" im Sinne des

§ 10 Abs. 5 ApG zugeordnet hat. Auf die Frage, wo die betreffenden Personen ihre Arzneimittel derzeit tatsächlich besorgen, kommt es jedoch nicht entscheidend an. Maßgeblich ist nämlich ausschließlich das auf Grund objektiver Umstände zu prognostizierende Kundenverhalten (vgl. nochmals das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 2008, Zl. 2006/10/0160, und die dort zit. Vorjudikatur).

Die Frage, ob sich das Versorgungspotenzial der Apotheken der Zweit- bis Fünftbeschwerdeführer als Folge der Errichtung der beantragten Apotheke verringern werde, hat die belangte Behörde auf der Grundlage des von der

Österreichischen Apothekerkammer erstatteten Gutachtens verneint. Diese hat dargelegt, dass jene Personen, die zum Versorgungspotenzial der beantragten Apotheke zählen, auf Grund der örtlichen Verhältnisse derzeit dem Versorgungspotenzial der öffentlichen Apotheke "Zum Engel" (unter Berücksichtigung der Filialapotheke "Zum Engel") zuzurechnen seien bzw. durch die ärztliche Hausapotheke des Sechstbeschwerdeführers versorgt würden. Durch die Errichtung der beantragten Apotheke würde das Versorgungsgebiet der Apotheke "Zum Engel", nicht aber die Versorgungsgebiete sonstiger umliegender Apotheken berührt. Die Errichtung der beantragten Apotheke sei daher für eine allfällige Verringerung des Kundenpotenzials einer dieser Apotheken nicht kausal.

Umstände, die diese Auffassung als unzutreffend erscheinen ließen, haben die zweit- bis fünftbeschwerdeführenden Parteien nicht aufgezeigt. Sie haben insbesondere nicht dargelegt, dass angesichts der örtlichen Verhältnisse, vor allem der Entfernungsverhältnisse die Auffassung, das der beantragten Apotheke zuzurechnende Versorgungsgebiet greife ausschließlich in das von der Apotheke "Zum Engel" (einschließlich der Filialapotheke "Zum Engel") zu versorgende Gebiet ein, unzutreffend sei. Soweit sie aber vorbringen, dass sie auf die Einbeziehung von Personen aus "dem nahen örtlichen Umfeld" angewiesen seien, ist ihnen zu entgegnen, dass damit noch kein Mangel in der Ermittlung der Versorgungspolygone aufgezeigt wird.

Der unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung von Verfahrensvorschriften vorgebrachten Rüge, die belangte Behörde sei auf im einzelnen dargelegte Beweisanträge nicht eingegangen und habe das Parteiengehör verletzt, ist schließlich zu entgegnen, dass die Relevanz der solcherart behaupteten Verfahrensverletzungen im Sinne des § 42 Abs. 2 Z 3 VwGG nicht dargetan wurde.

Die sich somit als unbegründet erweisende Beschwerde war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VerordnungBGBI. II Nr. 333/2003.

Wien, am 21. Mai 2008

#### **Schlagworte**

Gesundheitswesen Apotheken

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2006100254.X00

**Im RIS seit**

27.06.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

06.02.2017

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)