

TE Vwgh Erkenntnis 2008/3/14 2006/10/0258

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.03.2008

Index

82/04 Apotheken Arzneimittel;

Norm

ApG 1907 §10 Abs1 idF BGBl 2001/I/016;

ApG 1907 §10 Abs1 Z2 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §10 Abs1;

ApG 1907 §10 Abs2 Z3 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §10 Abs5 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §10 Abs5 idF BGBl 2001/I/016;

ApG 1907 §10 Abs5 idF BGBl 2001/I/016;

ApG 1907 §30 Abs1 idF 2001/I/016;

ApG 1907 §30 Abs3 idF 2001/I/016;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Mizner und die Hofräte Dr. Stöberl, Dr. Köhler, Dr. Schick und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Petritz, über die Beschwerde der Mag. pharm. HB in G, vertreten durch Dr. Wolfgang Völkl, Rechtsanwalt in 1090 Wien, Nußdorfer Straße 10-12, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 9. Oktober 2006, Zl. UVS 43.12-2/2006-16, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke (mitbeteiligte Partei: Dr. MS in K, vertreten durch Dr. Walter Breitwieser, Rechtsanwalt in 4600 Wels, Maria-Theresia-Straße 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 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark (UVS) vom 9. Oktober 2006 wurde der Antrag der beschwerdeführenden Partei auf Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in K - in Stattgebung der Berufung der mitbeteiligten Partei gegen den die Konzession erteilenden erstinstanzlichen Bescheid - abgewiesen. Begründend wurde nach Darstellung des Verfahrensganges und der angewendeten Rechtsvorschriften im Wesentlichen ausgeführt, die Österreichische

Apothekerkammer sei in ihrem zur Frage des Bedarfs nach der beantragten Apotheke erstatteten Gutachten vom 2. August 2006 zum Ergebnis gelangt, es befänden sich im Umkreis von 4 Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte der beantragten Apotheke ärztliche Hausapotheken, ua. jene der mitbeteiligten Partei in K. In diesem Umkreis (dem planlich dargestellten "blauen Polygon") zählten auf Grund der örtlichen Verhältnisse 2.908 ständige Einwohner zum Versorgungspotenzial der beantragten Apotheke. Weiters seien 1.584 ständige Einwohner des roten Polygons zu berücksichtigen, weil für diese Personen die beantragte Apotheke - obwohl außerhalb des 4-km-Polygons - die nächstgelegene öffentliche Apotheke sei. Schließlich seien auf der Grundlage einer näher dargestellten Untersuchung 22 % der 4.637 ständigen Einwohner des grünen Polygons (das sind 1.020 Personen) trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheken in St. R, G, R, P, F und S ebenso zu berücksichtigen wie 45 Einwohnergleichwerte für Personen mit Zweitwohnsitz. In Summe sei die Österreichische Apothekerkammer in ihrem Gutachten zu einem Versorgungspotenzial der beantragten Apotheke von 5.557 Personen gelangt; auch die Zahl der von den umliegenden öffentlichen Apotheken weiterhin zu versorgenden Personen werde das gesetzliche Mindestversorgungspotenzial von 5.500 Personen nicht unterschreiten.

Entgegen diesem Gutachten erachte der UVS die Einbeziehung der 1.584 ständigen Einwohner des roten Polygons und von 22 % der Einwohner des grünen Polygons für unzutreffend. Bei K handle es sich nämlich nicht um einen Bezirksort mit Zentrumsfunktion, was jedoch eine entscheidende Voraussetzung für die Einbeziehung von Kundenpotenzial iSd § 10 Abs. 5 Apothekengesetz (ApG) darstelle. Es gebe hier eine einzige Facharztpraxis, die von einem Zahnarzteehepaar betrieben werde, darüber hinaus eine Volksschule, zwei Kindergärten, einen Badesee und Campinggelegenheit für Schulkinder. Eine "Inanspruchnahme von Einrichtungen" iSd § 10 Abs. 5 ApG komme nicht in Betracht, weil in K entsprechende Einrichtungen fehlten. Dazu komme, dass es im roten und im grünen Polygon keine Ärzte ohne Hausapotheken gebe. Die von der mitbeteiligten Partei bei der Verhandlung vor dem UVS geäußerte Vermutung, die Ärztin für Homöopathie Dr. A. habe ihren Berufssitz innerhalb eines der Polygone, sei unzutreffend. Wie sich aus dem Telefonbuch feststellen lasse, befinde sich die Ordination von Dr. A. in 8045 Graz-Andritz, K-Weg 3. Diese Adresse scheine jedoch in den von der Österreichischen Apothekerkammer für die erwähnten Polygone erstatteten Adresslisten nicht auf. Gebe es im roten wie im grünen Polygon jedoch keine Ärzte für Allgemeinmedizin ohne Hausapotheke, so sei der Schluss zulässig, dass die Bewohner dieser Polygone, von Ausnahmen abgesehen, Patienten der Ärzte mit Hausapotheke seien und von den Hausapotheken mit Arzneimitteln versorgt würden. Es komme daher auch jene verwaltungsgerichtliche Judikatur zum Tragen, wonach kein Erfahrungssatz des Inhaltes bestehe, dass Personen, die bisher ihren Arzneimittelbedarf in - insbesondere räumlich näher zum Wohnort gelegenen - Hausapotheken gedeckt haben, nach Inbetriebnahme einer öffentlichen Apotheke in größerer Entfernung zu ihrem Wohnort - selbst wenn der Standortgemeinde "Zentrumsfunktion" zukomme - bei dieser ihren Arzneimittelbedarf deckten.

Rechne man daher zu ständigen Einwohnern des blauen Polygons die 45 Einwohnergleichwerte für Zweitwohnungsbesitzer hinzu, erreiche der potenzielle Kundenkreis der beantragten Apotheke nur

2.953 Personen. Die negative Bedarfsvoraussetzung des § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG sei daher erfüllt.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wurde. Auch die mitbeteiligte Partei erstattete eine Gegenschrift, in der sie unter Hinweis auf eine neuerliche Antragstellung der beschwerdeführenden Partei betreffend die Erteilung einer Konzession für eine neue öffentliche Apotheke behauptete, die beschwerdeführende Partei sei durch den angefochtenen Bescheid nicht mehr beschwert. Sie beantragte daher, die Behandlung der Beschwerde abzulehnen bzw. die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zunächst ist der Auffassung der mitbeteiligten Partei, die beschwerdeführende Partei habe wegen der neuerlichen Antragstellung betreffend eine Apothekenkonzession an der Erledigung ihrer Beschwerde kein rechtliches Interesse mehr, entgegenzutreten: Der Umstand neuerlicher Antragstellung beseitigt für sich ein rechtliches Interesse der beschwerdeführenden Partei an der Behandlung ihrer Beschwerde noch nicht. Erst bei Erteilung der beantragten

Konzession könnte von einem Wegfall des Rechtsschutzinteresses gesprochen werden (zur Unzulässigkeit von - nicht im Verhältnis Primäranspruch - Eventualantrag stehenden - Anträgen auf Erteilung mehrerer Konzessionen vgl. jedoch das hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 2004, Zl. 2001/10/0163, und die dort zitierte Judikatur).

Gemäß § 10 Abs. 1 Z. 2 Apothekengesetz, RGBl. Nr. 5/1907, in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung BGBl. 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 vier 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 infolge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5.500 betragen wird.

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

Gemäß § 10 Abs. 4 ApG sind zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z. 3 die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier 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 der Abs. 3 und 4 weniger als 5.500, sind nach § 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.

Dem angefochtenen Bescheid liegt die Auffassung zu Grunde, von der beantragten Apotheke, in deren 4-Strassenkilometer-Umkreis sich ärztliche Hausapotheken befänden, würden weniger als

5.500 Personen versorgt werden. Nur die 2.908 ständigen Einwohner des blauen Polygons entsprechend dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer und als 45 Einwohnergleichwerte zu berücksichtigende Zweitwohnungsbesitzer seien zum Versorgungspotenzial der beantragten Apotheke zu zählen, nicht jedoch die außerhalb des blauen Polygons im roten und im grünen Polygon wohnende Bevölkerung. Diese werde sich nämlich in den bestehen bleibenden ärztlichen Hausapotheken versorgen, zumal es im roten und im grünen Polygon Ärzte ohne Hausapotheken nicht gäbe und sich in K, einem Ort ohne "Zentrumsfunktion", keine Einflutungserreger iSd § 10 Abs. 5 ApG fänden.

Die beschwerdeführende Partei hält dem entgegen, die Bewohner des roten Polygons hätten es nach dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer zu der von ihr beantragten Apotheke in K und damit auch zu den beiden hier praktizierenden Ärzten, deren Hausapothekenbewilligung im Falle der Neuerrichtung der beantragten Apotheke jeweils zurückzunehmen sei, näher als zu einem Arzt mit Hausapotheke. Die Bewohner des grünen Polygons hätten es zur beantragten Apotheke näher als zu anderen öffentlichen Apotheken; sie wären - dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer folgend - wegen der bestehen bleibenden ärztlichen Hausapotheken der beantragten Apotheke daher zu 22 % zuzurechnen gewesen. Im Übrigen ordiniere Frau Dr. A., wie sich aus dem Telefonbuch ergebe, in W, K-Weg 3, und nicht in Graz-Andritz.

Zwischen den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens besteht somit Streit in der Frage, ob iSd § 10 Abs. 5 ApG eine Berücksichtigung der Einwohner des roten Polygons und eine teilweise Berücksichtigung der Einwohner des grünen Polygons zum Versorgungspotenzial der beantragten Apotheke Platz zu greifen hat.

Das rote Polygon umschreibt nach dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer jenes Gebiet außerhalb

des 4-km-Polygons um die Betriebsstätte der beantragten Apotheke, für dessen Bewohner diese die nächstgelegene Arzneimittelversorgungsstelle wäre. Das grüne Polygon umschreibt jenes Gebiet, für dessen Bewohner zwar eine ärztliche Hausapotheke die nächstgelegene Arzneimittelabgabestelle darstellt, für die aber die beantragte Apotheke die nächstgelegene öffentliche Apotheke wäre.

Die belangte Behörde hat eine Berücksichtigung von Einwohnern des roten bzw. des grünen Polygons gemäß § 10 Abs. 5 ApG zunächst aus dem Grund abgelehnt, dass es sich bei K weder um einen "Bezirksort mit Zentrumsfunktion" handle, noch um einen Ort, in dem "Einrichtungen" vorhanden seien, die als Einflutungserreger in Betracht kommen. Sie verkennt damit den normativen Gehalt des § 10 Abs. 5 ApG: Nach dieser Bestimmung sind bei der Bedarfsbeurteilung - wie dargelegt - Personen zu berücksichtigen, "die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet" zu versorgen sind. "Beschäftigung", "Einrichtungen" und "Verkehr" im betreffenden Gebiet kommen daher jeweils für sich als bedarfsbegründend in Betracht; das Vorliegen eines "Bezirksortes mit Zentrumsfunktion" ist hingegen nicht entscheidungsrelevant. Zu beachten ist allerdings die hg. Judikatur, wonach die Annahme, es würden sich Personen iSd § 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).

Der Umstand, dass es sich bei K nicht um einen "Bezirksort mit Zentrumsfunktion" handelt, bzw. dass hier keine Einflutungserreger in Gestalt von "Einrichtungen" vorhanden sind, steht einer Berücksichtigung des erwähnten Personenkreises gemäß § 10 Abs. 5 ApG "auf Grund ... des Verkehrs" nicht entgegen.

Die belangte Behörde hat ihre Auffassung, der im roten und im grünen Polygon wohnende Personenkreis sei nicht zum Versorgungspotenzial der beantragten Apotheke zu rechnen, allerdings auch damit begründet, es gebe im roten wie im grünen Polygon keine Ärzte ohne Hausapotheke, sodass anzunehmen sei, dass die Einwohner dieser Polygone Patienten von Ärzten mit Hausapotheke seien und daher aus ärztlichen Hausapotheken mit Arzneimitteln versorgt würden. Träfe dies zu, lägen in der Tat besondere Gründe vor, die gegen die Annahme sprechen, die Einwohner des roten und teilweise des grünen Polygons würden sich auf Grund der Verkehrsgegebenheiten in möglicher Nähe zu ihrem Wohnsitz und daher in der nächstgelegenen neuen Apotheke der beschwerdeführenden Partei mit Arzneimitteln versorgen.

Zur Abgrenzung der Versorgungspotenziale öffentlicher Apotheken zu jenen bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheken hat der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen, dass der dem Versorgungspotenzial einer ärztlichen Hausapotheke zuzurechnende Personenkreis im Allgemeinen danach zu bestimmen ist, in welchem Ausmaß die Bewohner des betreffenden Gebietes ihren Arzneimittelbedarf schon bisher in der ärztlichen Hausapotheke gedeckt haben. Bei der Auswahl eines Arztes durch Patienten - der Kundenkreis der ärztlichen Hausapotheke ist sowohl faktisch als auch unter rechtlichen Gesichtspunkten (§ 30 Abs. 1 und 3 ApG) dem Patientenkreis des hausapothekenführenden Arztes gleichzusetzen - sind räumliche Gesichtspunkte im Allgemeinen nämlich nicht von solcher Bedeutung, dass ein ausschließliches Abstellen auf die räumliche Nähe und Erreichbarkeit sachgerecht wäre. Räumliche Gesichtspunkte stehen in diesem Zusammenhang (lediglich) in zwei Fällen im Vordergrund: Zum einen, wenn im Hinblick auf die Entfernung des in Rede stehenden Gebietes vom Berufssitz des hausapothekenführenden Arztes und die Dichte der Versorgung durch andere Ärzte für Allgemeinmedizin nicht angenommen werden kann, dass eine (im Hinblick auf die Aussagekraft der Prognose) ins Gewicht fallende Zahl von Einwohnern dieses Gebietes den hausapothekenführenden Arzt aufsucht. Zum anderen, wenn das in Rede stehende Gebiet bei Fehlen anderweitiger ärztlicher Versorgung in unmittelbarer räumlicher Nähe des Berufssitzes des hausapothekenführenden Arztes liegt, sodass davon auszugehen ist, dass die Bevölkerung dieses Gebietes -

von nicht ins Gewicht fallenden Ausnahmen abgesehen - diesen Arzt aufsucht (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 2008, Zl. 2006/10/0178, und die dort zitierte Vorjudikatur).

Die Auffassung der belangten Behörde, die Einwohner des roten und des grünen Polygons würden aus ärztlichen Hausapotheken versorgt, bestünde zu Recht, wären in Ansehung dieses Personenkreises die Voraussetzungen des oben dargestellten zweiten Falls erfüllt, in dem räumliche Gesichtspunkte im Vordergrund stehen.

Dies trifft für die Einwohner des roten Versorgungspolygons jedoch schon deshalb nicht zu, weil für diese in Gestalt der in K (ohne bestehen bleibende ärztliche Hausapotheke (vgl. § 29 Abs. 4 ApG)) praktizierenden Ärzte unbestrittenermaßen die Möglichkeit anderweitiger ärztlicher Versorgung im dargelegten Sinne besteht.

Betreffend die Einwohner des grünen Polygons kann mangels nachvollziehbarer Feststellungen über die ärztlichen Versorgungsmöglichkeiten dieses Personenkreises nicht gesagt werden, ob die Voraussetzungen der erwähnten Fallkonstellation als erfüllt angesehen werden können. Dass im Polygon nur Ärzte mit ärztlicher Hausapotheke praktizieren, sagt nämlich über die ärztliche Versorgung der Einwohner dieses Gebietes nichts aus. Zum einen, weil das Polygon - wie dargelegt - unter anderen Gesichtspunkten als jenen der ärztlichen Versorgung gebildet wurde und zum Anderen, weil keine Feststellungen über außerhalb der Grenzen dieses Polygons praktizierende Ärzte und die durch diese gewährleistete ärztlichen Versorgung getroffen wurden.

Die Auffassung der belangten Behörde, die Einwohner des roten und des grünen Polygons dürften iSd § 10 Abs. 5 ApG beim Versorgungspotenzial der beantragten Apotheke nicht berücksichtigt werden, weil sie aus bestehen bleibenden ärztlichen Hausapotheken versorgt würden, besteht daher nicht zu Recht bzw. beruht auf einem in Verkennung der Rechtslage mangelhaft gebliebenen Verfahren.

Der angefochtene Bescheid war daher - ohne dass auf das weitere Beschwerdevorbringen einzugehen war - gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003. Das Mehrbegehren war unter Hinweis auf die in dieser Verordnung festgesetzten Pauschbeträge sowie darauf abzuweisen, dass in den zuerkannten Pauschbeträgen die Umsatzsteuer bereits enthalten ist.

Wien, am 14. März 2008

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2006100258.X00

Im RIS seit

28.04.2008

Zuletzt aktualisiert am

08.01.2013

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at