

TE Vwgh Erkenntnis 2007/3/26 2005/10/0123

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.03.2007

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
19/05 Menschenrechte;
82/04 Apotheken Arzneimittel;

Norm

ApG 1907 §10 Abs1 Z2;
ApG 1907 §10 Abs2 idF 2001/I/016;
ApG 1907 §10 Abs4;
ApG 1907 §10 idF 2001/I/016;
MRK Art6 Abs1;
VwGG §39 Abs2 Z6;

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 der Schriftführerin Mag. Hofer, über die Beschwerde des Mag. pharm. EH in W, vertreten durch Dr. Eleonore Berchtold-Ostermann, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Bräunerstraße 6, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 4. Juli 2005, Zl. BMGF-262415/0002-I/B/8/2005, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke (mitbeteiligte Partei: Mag. pharm. HH in S, vertreten durch Mag. Gunther Gram, Rechtsanwalt in 1040 Wien, Schwindgasse 4/7), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 2. September 2002 wurde das Ansuchen der mitbeteiligten Partei um Erteilung einer Konzession für eine neue öffentliche Apotheke mit der in Aussicht genommenen Betriebsstätte in Wien 21., Julius-Ficker-Straße 88, und einem näher bezeichneten Standort abgewiesen. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 27. November 2001 sei zwar zum Ergebnis gelangt, der Agnes-Apotheke der beschwerdeführenden Partei werde im Falle der Errichtung der beantragten Apotheke ein Versorgungspotenzial von 5.551 Personen verbleiben. Eine Überprüfung der Behörde vor

Ort habe jedoch ergeben, dass von der Moritz Dreger-Gasse zwei Fußwege "zum EKZ" und somit zur St. Anna-Apotheke verliefen. Die ständigen Einwohner der Wohnhausanlage "Moritz Dreger-Gasse 8-12, somit der Stiegen 55- 60", hätten daher zur St. Anna-Apotheke einen wesentlich kürzeren Fußweg als zur benachbarten Agnes-Apotheke. Zumindest diese 169 Personen müssten daher vom Versorgungspotenzial, wie es die Österreichische Apothekerkammer für die Agnes-Apotheke ermittelt habe, abgezogen werden. Der Agnes-Apotheke der beschwerdeführenden Partei verbleibe daher bei Errichtung der beantragten Apotheke ein Versorgungspotenzial von lediglich 5.382 Personen.

Dieser Bescheid wurde über Berufung der mitbeteiligten Partei mit Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 4. Juli 2005 behoben und es wurde der mitbeteiligten Partei die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit der voraussichtlichen Betriebsstätte in Wien 21., Julius-Ficker-Straße 88, und einem näher beschriebenen Standort erteilt. Begründend wurde nach Darstellung des Verfahrensganges und der angewendeten Rechtsvorschriften im Wesentlichen ausgeführt, die Berufungsbehörde habe zur Klärung der örtlichen Verhältnisse die Magistratsabteilung 14 - Geographische Datenverarbeitung (GDV) mit der Erstellung eines Planes beauftragt. Die GDV sei auf Grund ihrer technischen Möglichkeiten in der Lage, die Versorgungsgebiete häusergenau zu eruieren und mit den aktuellen Einwohnerzahlen zu verknüpfen. Sie habe Pläne mit der Situation vor und nach der Errichtung der beantragten Apotheke erstellt, wobei die Versorgungsgebiete so ermittelt worden seien, dass von jedem Hauseingang die jeweils kürzeste Entfernung zur nächstgelegenen Apotheke gemessen und der Einteilung zu Grunde gelegt worden sei. Auf diesen Plänen aufbauend habe die Österreichische Apothekerkammer ein Gutachten erstattet, demzufolge der Agnes-Apotheke der beschwerdeführenden Partei ein Versorgungspotenzial von mindestens 5.700 Personen verbleiben werde. Dabei handle es sich ausschließlich um Personen mit Hauptwohnsitz. Diese Beurteilung gelte - so das Gutachten - allerdings nur, so lange sich die Betriebsstätte der beantragten Apotheke an der in Aussicht genommenen Adresse bzw. innerhalb eines gleichzeitig beschriebenen Gebietes befinde. Die beschwerdeführende Partei habe im Rahmen des Parteiengehörs auf die fußläufige Erreichbarkeit der "EKZ-Apotheke" (das ist die St. Anna-Apotheke) für die Einwohner der Moritz Dreger-Gasse und andere hingewiesen. Allerdings wäre die Bedarfszahl diesfalls selbst bei Abzug von 169 Personen (wie im erstinstanzlichen Bescheid) überschritten. Auch andere allfällige Abzüge würden durch sonstige Bedarfsfaktoren bei weitem kompensiert. Die von der beschwerdeführenden Partei vorgelegten Fotos über fußläufige Zugänge würden die von der GDV erarbeiteten Versorgungsgebiete nicht in Zweifel setzen. Selbst wenn zwischen den einzelnen Gebäuden Wege vorhanden wären, besage dies nichts über deren Benützung, zumal z.B. Großeinkäufe im EKZ von jedermann in der Regel mit dem Pkw absolviert würden. Die von der beschwerdeführenden Partei vorgelegte Entfernungsmessung sei nicht zielführend, weil hier "unreflektiert nur eine Trennlinie quer durch Gebäude und Straßen" eingezeichnet worden sei. Unzutreffend sei auch die Auffassung der beschwerdeführenden Partei, dem Gutachter sei nicht bekannt gewesen, dass "Mag. pharm. K" vor kurzem eine Apotheke eröffnet habe. Vielmehr spiele diese Apotheke bei Bestimmung der Versorgungspotenziale keine Rolle. Angesichts der vorliegenden Ermittlungsergebnisse sei von einem Bedarf nach der beantragten Apotheke im Sinne des § 10 Apothekengesetz auszugehen und die Konzession zu erteilen gewesen; der Standort sei entsprechend dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer festzusetzen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die mitbeteiligte Partei eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 10 Abs. 1 Z. 2 Apothekengesetz, RGBL. Nr. 5/1907, in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung BGI. I Nr. 16/2001 (ApG), ist die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen, wenn 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.

Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z 3 sind gemäß § 10 Abs. 4 ApG 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 Sinn 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 Bedarfs 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 auf das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 4. Mai 2004 gestützte Auffassung zu Grunde, der Agnes-Apotheke der beschwerdeführenden Partei werde nach Errichtung der von der mitbeteiligten Partei beantragten öffentlichen Apotheke ein Versorgungspotenzial von mindestens 5.700 Personen verbleiben.

Die beschwerdeführende Partei hält dagegen, sie habe bereits im Verwaltungsverfahren vorgebracht, dass von der Moritz Dreger-Gasse "zwei verkehrsfreie, asphaltierte öffentliche Wege" direkt zur St. Anna-Apotheke führten. Bei Benützung dieser Wege würde sich eine eindeutige Zuordnung von mindestens 169 ständigen Einwohnern der Häuser Moritz Dreger-Gasse 8-12 zur St. Anna-Apotheke ergeben. Weiters seien wegen dieser Wege mindestens 60 Einwohner des Hauses Moritz Dreger-Gasse 2 und mindestens 154 Einwohner der Stiegen 2-6 der Wohnhausanlage Pastorstraße 14 der St. Anna-Apotheke und nicht der Agnes-Apotheke zuzuordnen. Insgesamt wären daher vom Versorgungspotenzial der Agnes-Apotheke 383 Personen abzuziehen gewesen; das Mindestversorgungspotenzial von 5.500 Personen werde also nicht erreicht. Dies habe auch die Erstbehörde veranlasst, das Konzessionsansuchen der mitbeteiligten Partei abzuweisen. Eine Kompensation der in Abzug zu bringenden Personen durch "sonstige Bedarfsfaktoren" sei nicht ersichtlich. Die dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer zu Grunde liegenden Pläne gingen bei den Entfernungsangaben ausschließlich von Straßenzügen aus, die auch mit Kraftfahrzeugen befahren werden könnten. Die Begründung, dass Einkäufe in einem EKZ (und damit auch die Besorgung von Arzneimitteln in der dort angesiedelten St. Anna-Apotheke) in der Regel mit Pkw absolviert würden, sei weder zutreffend noch nachvollziehbar. Soweit die belangte Behörde jedoch meine, die von der beschwerdeführenden Partei vorgelegte Entfernungsmessung sei nicht zielführend, verkenne sie offenbar deren Bedeutung. Die vorgelegte planliche Darstellung stamme nämlich von der A Ziviltechniker GesmbH. Aus der darin rot strichliert eingezeichneten Linie ergebe sich eindeutig die jeweilige Entfernung der ständigen Einwohner zur Agnes-Apotheke einerseits und zur St. Anna-Apotheke andererseits. Diese Trennlinie sei nach objektiven Kriterien ermittelt worden. Aus datenschutzrechtlichen Gründen sei es der beschwerdeführenden Partei allerdings unmöglich, die Zahl der jeweiligen Einwohner festzustellen, die es zu der von ihr betriebenen Agnes-Apotheke näher hätten als zur St. Anna-Apotheke. Von einer "unreflektiert eingezeichneten Trennlinie quer durch Gebäude und Straßen" könne keine Rede sein. Schließlich seien völlig unzutreffend die ständigen Einwohner nördlich der Nordbahn der Agnes-Apotheke zugerechnet worden - um wie viele Personen es sich dabei handle, könne von der beschwerdeführenden Partei ebenfalls aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht ermittelt werden. Diese ständigen Einwohner hätten es auf Grund der Unterführung unter der Nordbahn via Felmayergasse - Schererstraße - Kürschnerstraße aber näher zur St. Anna-Apotheke als zur Agnes-Apotheke. Auch sei in diesem Zusammenhang unberücksichtigt geblieben, dass Mag. K mittlerweile eine öffentliche Apotheke in Betrieb genommen habe, der ständige Einwohner nördlich der Nordbahn zugerechnet werden müssten. Schließlich könne die mitbeteiligte Partei durch eine Verlegung der in Aussicht genommenen Betriebsstätte innerhalb des festgesetzten Standortes nach wie vor die vorgenommene Bedarfsbeurteilung unterlaufen.

Mit diesem Vorbringen wird keine zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides führende Rechtswidrigkeit aufgezeigt:

Nach ständiger hg. Judikatur hat sich die gemäß § 10 ApG durchzuführende Bedarfsprüfung auf eine - auf entsprechende Ermittlungsergebnisse gestützte - prognostische Zuordnung konkreter Kundenpotenziale zu den

beteiligten Apotheken zu gründen. Die Behörde hat somit festzustellen, wie viele der ständigen Einwohner im Umkreis von 4 km um die Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke nach Errichtung der geplanten Apotheke ihren Arzneimittelbedarf auf Grund der örtlichen Verhältnisse weiterhin aus der bestehenden öffentlichen Apotheke decken werden. Diese unter dem Gesichtspunkt der leichteren Erreichbarkeit vorzunehmende Zuordnung hat in erster Linie an Hand der Straßenentfernungen zu der bestehenden öffentlichen Apotheke im Vergleich zur beantragten Apotheke zu erfolgen.

Wohnt die zu versorgende Bevölkerung im 4 km-Umkreis zweier (oder mehrerer) Apotheken, so ist für die Zuordnung des Kundenpotenzials zur einen oder anderen Apotheke nach den Kriterien der örtlichen Verhältnisse im Sinne des § 10 Abs. 4 ApG in erster Linie die leichtere Erreichbarkeit ausschlaggebend, wobei es vor allem auf die zurückzulegende Entfernung unter Berücksichtigung der vorhandenen Verkehrsmöglichkeiten ankommt. Die Zuordnung der Wohnbevölkerung zu den in Betracht kommenden Apotheken hat sich im Überschneidungsbereich der 4 km-Polygone an einer gedachten, nach den Gesichtspunkten der räumlichen Nähe und Erreichbarkeit zu ziehenden örtlichen Trennlinie zu orientieren (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 4. Juli 2005, Zl. 2003/10/0295, und die dort zitierte Vorjudikatur).

Im Allgemeinen steht zwar die Erreichbarkeit der Betriebsstätten der beteiligten Apotheken mit Kraftfahrzeugen im Vordergrund. Wenn es aber um Entfernungen von wenigen 100 m geht, kann der Erreichbarkeit der Betriebsstätten zu Fuß für den Entschluss, sich der einen oder der anderen Apotheke zuzuwenden, größeres Gewicht zukommen, als der Erreichbarkeit mit Kraftfahrzeugen oder öffentlichen Verkehrsmitteln (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 29. November 1993, Zl. 92/10/0110). In diesen Fällen kann der Erreichbarkeit der Betriebsstätten zu Fuß daher entscheidende Bedeutung zukommen.

Die belangte Behörde hat - wie dargelegt - ihrer Beurteilung der Erreichbarkeit der in Betracht kommenden Betriebsstätten die Straßenentfernungen zwischen den Hauseingängen im fraglichen Gebiet und den Betriebsstätten zu Grunde gelegt. Demgegenüber behauptet die beschwerdeführende Partei, dass es angesichts zweier von der Moritz Dreger-Gasse zur St. Anna-Apotheke führender "verkehrsfreier, asphaltierter öffentlicher Wege" auch auf die Erreichbarkeit zu Fuß ankomme.

Selbst wenn man aber mit der Erstbehörde davon ausgeht, dass die Behauptungen der beschwerdeführenden Partei für die 169 ständigen Einwohner der Wohnhausanlage Moritz Dreger-Gasse 8- 12, Stiegen 55 bis 60, zutreffend seien, und diese Personen einen wesentlich kürzeren Fußweg zur St. Anna-Apotheke hätten als zur Agnes-Apotheke, so folgt daraus noch nicht, dass die leichtere Erreichbarkeit der St. Anna-Apotheke zu Fuß auch - wie die beschwerdeführende Partei behauptet - für die Einwohner der Häuser Moritz Dreger-Gasse 2 und Pastorstraße 14, Stiegen 2-6, maßgeblich wäre; befinden sich diese doch nicht offenkundig in unmittelbarer Nachbarschaft zur Wohnhausanlage Moritz Dreger-Gasse 8-12, Stiegen 55-60, und es ist auch auf Grund des von der beschwerdeführenden Partei im Verwaltungsverfahren erstatteten Vorbringens nicht offensichtlich, dass diese Einwohner es zu Fuß näher zur St. Anna-Apotheke als zur Agnes-Apotheke hätten. Was die von der Beschwerde in diesem Zusammenhang angesprochene "planliche Darstellung der A Ziviltechniker GesmbH vom 12.7.2004" angeht, so findet sich in den vorgelegten Verwaltungsakten lediglich eine (als "Beilage./1" bezeichnete) planliche Darstellung, die von der beschwerdeführenden Partei mit Schriftsatz vom 22. Juni 2004 (eingegangen am 26. Juli 2004) vorgelegt wurde. Aus dieser Darstellung ist aber weder ersichtlich, dass es sich dabei um das Werk eines Ziviltechnikers (bzw. der "A Ziviltechniker GesmbH") handle, noch nach welchen Gesichtspunkten und mit welchem Aussagewert die hier - tatsächlich quer durch Grundstücke, Gebäude und Straßen verlaufende - grau strichlierte Linie eingezeichnet wurde. Die handschriftlichen Vermerke (Pfeile mit der Beifügung "Agnes-Apotheke") scheinen allerdings entgegen der von der beschwerdeführenden Partei vertretenen Auffassung zum Ausdruck zu bringen, dass die Einwohner der Häuser Moritz Dreger-Gasse 2 und Pastorstraße 14 der Agnes-Apotheke zuzuordnen seien. Jedenfalls kann dieser planlichen Darstellung konkret nichts entnommen werden, was den Standpunkt der beschwerdeführenden Partei stützen könnte, die Einwohner der erwähnten Häuser seien nicht dem Versorgungspotenzial der Agnes-Apotheke, sondern vielmehr dem Versorgungspotenzial der St. Anna-Apotheke zuzuordnen. Das von der beschwerdeführenden Partei im Verwaltungsverfahren erstattete Vorbringen war daher nicht geeignet, eine ergänzende Ermittlungspflicht der belangten Behörde auszulösen.

Die beschwerdeführende Partei hat weiters weder im Verwaltungsverfahren noch selbst in der vorliegenden Beschwerde konkret aufgezeigt, dass die dem Versorgungspotenzial der Agnes-Apotheke zugeordneten Einwohner

nördlich der Nordbahn es entgegen dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer über die in der Beschwerde genannten Straßenzüge näher zur St. Anna-Apotheke bzw. zur neu errichteten Apotheke des Mag. K als zur Agnes-Apotheke hätten. Wenn die belangte Behörde daher das Vorbringen der beschwerdeführenden Partei nicht zum Anlass einer Ergänzung des Ermittlungsverfahrens nahm, ist das nicht als rechtswidrig zu beanstanden.

Selbst ein Abzug der 169 ständigen Einwohner der Wohnhausanlage Moritz Dreger-Gasse 8-12, Stiegen 55-60, vom festgestellten Versorgungspotenzial der Agnes-Apotheke von mindestens 5.700 Personen könnte jedoch nichts daran ändern, dass der Apotheke der beschwerdeführenden Partei das Mindestversorgungspotenzial im Sinn des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG verbliebe.

Was schließlich die Standortfestsetzung anlangt, erfolgte diese - wie dargelegt - unter Bedachtnahme auf die Auswirkungen einer möglichen Betriebsstättenverlegung auf das Versorgungspotenzial der benachbarten Apotheken. Ein konkretes Vorbringen, dem zufolge die diesbezüglichen behördlichen Annahmen unzutreffend seien, hat die beschwerdeführende Partei auch in diesem Punkt nicht erstattet. Schon aus diesem Grund erübrigt es sich, darauf weiter einzugehen.

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

Von der Durchführung der ohne nähere Begründung beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden, weil eine mündliche Erörterung keine weitere Klärung der Rechtssache erwarten lässt und auch Art. 6 Abs. 1 MRK dem nicht entgegensteht; durch die Konzessionserteilung an die mitbeteiligte Partei werden im Sinn des Art. 6 Abs. 1 MRK zivilrechtliche Ansprüche der einen öffentlich-rechtlichen Konkurrenzschutz genießenden beschwerdeführenden Partei nicht berührt (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 18. Jänner 1999, Zl. 98/10/0348, und die dort zitierte Vorjudikatur).

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 26. März 2007

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2007:2005100123.X00

Im RIS seit

24.05.2007

Zuletzt aktualisiert am

22.07.2009

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at