

# TE Vwgh Erkenntnis 2007/3/26 2005/10/0049

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.03.2007

## Index

82/04 Apotheken Arzneimittel;

## Norm

ApG 1907 §10 Abs2 Z3 idF 2001//016;

ApG 1907 §10 Abs4;

ApG 1907 §10 Abs5 idF 2001//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 der Schriftführerin Mag. Hofer, über die Beschwerde 1) der Mag. pharm. MM und 2) der Perau-Apotheke Mag. pharm. MM KG, beide in V, beide vertreten durch Dr. Wilfried Aichinger, Dr. Joachim Bucher und Dr. Bernhard Hundegger, Rechtsanwälte in 9500 Villach, Italienerstraße 13, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 31. Jänner 2005, Zl. BMGF-262729/0001-I/B/8/2005, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke

## Spruch

(mitbeteiligte Partei: Mag. pharm. Dr. GA in V), zu Recht erkannt bzw. den Beschluss gefasst:

Die Beschwerde wird, soweit sie von der erstbeschwerdeführenden Partei erhoben wurde, zurück-, im Übrigen als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführenden Parteien haben dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 31. Jänner 2005 wurde der mitbeteiligten Partei die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit der voraussichtlichen Betriebsstätte in Villach, K-Straße 34, und einem näher umschriebenen Standort erteilt. Begründend wurde nach Darstellung des Verfahrensganges und der angewendeten Rechtsvorschriften - soweit für den vorliegenden Beschwerdefall wesentlich - ausgeführt, die Österreichische Apothekerkammer habe unter Zugrundelegung der aktuellen Einwohnerzahlen in ihrem Gutachten vom 30. Juni 2003 ein der Perau-Apotheke verbleibendes Versorgungspotenzial von mindestens 6.620 ständigen Einwohnern ermittelt. Für die Perau-Apotheke seien die ständigen Einwohner der Wahlsprengel 151, 161, 522, 531, 611, 612, 613, 621 und 622 sowie der Ortsteile Tschinowitsch und Turdanitsch zu berücksichtigen. Von den 544 ständigen Einwohnern des Sprengels 151 hätten es

allerdings die im Nordwesten dieses Sprengels wohnenden Personen näher zur Wulfenia-Apotheke, es handle sich dabei um maximal ein Viertel der ständigen Einwohner des Sprengels, somit um 136 Personen. Für maximal ein Fünftel der 777 ständigen Einwohner des Sprengels 621, also für 155 Personen, die im äußersten Süden dieses Sprengels ihren Wohnsitz hätten, sei die von der mitbeteiligten Partei beantragte Apotheke die nächst gelegene öffentliche Apotheke. Andererseits hätten es rund ein Viertel der 632 ständigen Einwohner des Sprengels 521 (158 Personen) sowie rund ein Fünftel der 805 ständigen Einwohner des Sprengels 711 (161 Personen) näher zur Perau-Apotheke. Die 291 abzuziehenden Personen könnten dadurch kompensiert werden, ohne dass ergänzende Erhebungen mit dem Zweck einer differenzierten Zuordnung dieser Personen erforderlich seien. Für die beantragte Apotheke sei daher der Bedarf im Sinne des § 10 Abs. 1 Z. 2 Apothekengesetz gegeben, zumal die Entfernung zu den Nachbarapotheken mehr als 500 m betrage und keine der Nachbarapotheken infolge der Neuerrichtung der beantragten Apotheke unter ein Versorgungspotenzial von 5.500 Personen sinke.

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 wird. Auch die mitbeteiligte Partei erstattete eine Gegenschrift und beantragte, die Beschwerde abzuweisen.

Was zunächst die Beschwerdelegitimation der erstbeschwerdeführenden Partei anlangt, ist festzuhalten, dass nicht diese, sondern die zweitbeschwerdeführende Partei "Inhaberin" der Perau-Apotheke ist, der die von der erstbeschwerdeführenden Partei (in eigenen Namen) erhobene Beschwerde auch nicht zuzurechnen ist, weil jene ohnedies selbst Beschwerde erhoben hat. Die von der erstbeschwerdeführenden Partei im eigenen Namen und nicht als "Inhaberin" der Perau-Apotheke im Sinne des § 48 Abs. 2 Apothekengesetz erhobene Beschwerde ist somit unzulässig (vgl. den hg. Beschluss vom 21. November 2005, Zl. 2005/10/0114, und die dort zitierte Vorjudikatur). Sie war daher gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG mit Beschluss zurückzuweisen.

Über die Beschwerde der zweitbeschwerdeführenden Partei hat der Verwaltungsgerichtshof erwogen:

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 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 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. 1 sind gemäß § 10 Abs. 3 ApG 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.

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 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. 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 versorgende Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen.

Die zweitbeschwerdeführende Partei wendet sich gegen die Annahme der belangten Behörde, es bestehe im Sinne des § 10 Abs. 1 Z. 2 ApG ein Bedarf an der von der mitbeteiligten Partei beantragten neuen öffentlichen Apotheke. Berücksichtige man - so die Beschwerde - die Gesamteinwohnerzahl von Villach von 58.000 Personen, so liege diese

(unter Einrechnung der Anstaltsapothek des Landeskrankenhauses) bereits derzeit um 13.000 Personen unter jener Anzahl von Personen, die - verteilt auf die in Villach bestehenden Apotheken - ausreichend wäre, um jeder einzelnen Apotheke ein Mindestversorgungspotenzial von

5.500 Personen zu gewährleisten. Die belangte Behörde sei zur unzutreffenden Beurteilung der Bedarfsfrage zunächst deshalb gelangt, weil sie nicht geprüft habe, ob für die beantragte Apotheke ein Versorgungspotenzial von 5.500 Personen vorhanden sei. Die Annahme, eine solche Prüfung sei nur erforderlich, wenn sich im Umkreis von vier Straßenkilometern eine ärztliche Hausapotheke befinde, sei geradezu paradox, weil eine ärztliche Hausapotheke dann besser geschützt werde als eine öffentliche Apotheke. Eine derartige Auslegung des § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG sei allerdings unvertretbar. Betreffend die Ermittlung der "ständigen Einwohner" im Sinne des § 10 Abs. 3 und Abs. 4 ApG könnten weiters die Meldedaten keine taugliche Grundlage bilden, weil es nicht auf die Meldung, sondern auf die tatsächlichen Wohnverhältnisse ankomme. Da sich das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer auf Meldedaten, nicht aber etwa auch auf "Frequenzgewohnheiten der Konsumenten in Ansehung der Inanspruchnahme von Apothekendienstleistungen" und andere "statistische Erhebungen und Aufzeichnungen über die Praxis der Apothekenbetriebe" stütze, sei es weder gesetzeskonform, noch von einem konkreten sachlichen Wert. Schließlich sei die Ermittlung der Kundenpotenziale auch insofern gesetzwidrig vorgenommen worden, als offenbar jeder betroffenen Apotheke die in ihrem 4-km-Polygon wohnenden Personen ohne Rücksicht auf Überschneidungen mit den Polygonen anderer Apotheken zugewiesen worden seien. So hätte ein erheblicher Teil des Sprengels 151 korrekterweise schon allein wegen seiner geographischen Lage der Wulfenia-Apotheke zugerechnet werden müssen. Dennoch sei die gesamte Bevölkerungszahl dieses Sprengels der Perau-Apotheke zugeordnet worden. Ebenso verhalte es sich mit anderen Sprengeln. Im Übrigen hätte sich die Ermittlung des Versorgungspotenzials nicht nur auf die nächstgelegenen, sondern auf alle umliegenden Apotheken erstrecken müssen, deren Versorgungsgebiete Überschneidungen aufwiesen. Ähnliche Überlegungen seien auch in Ansehung des festgelegten Standortes anzustellen. Durch die bei der Ermittlung der Versorgungspotenziale eingeschlagene Vorgangsweise sei jedenfalls ein erheblicher Teil der Wohnbevölkerung doppelt gezählt worden und zwar einmal für die neu zu errichtende öffentliche Apotheke und ein weiteres Mal für die mit dieser konkurrierende bestehende Apotheke. Die in den fraglichen Gebieten wohnenden Personen hätten daher zumindest arithmetisch (durch die Zahl 2), "wenn nicht mit Rücksicht auf das tatsächlich zu erwartende Frequenzverhalten" auf die betroffenen Apotheken aufgeteilt werden müssen.

Mit diesem Vorbringen zeigt die zweitbeschwerdeführende Partei keine zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides führende Rechtswidrigkeit auf:

Nach dem insoweit klaren Wortlaut des § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG ist die Frage, ob die Zahl der von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen weniger als 5.500 beträgt, lediglich dann von Bedeutung, wenn sich im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet. Dies trifft im vorliegenden Fall unbestrittenermaßen nicht zu. Die belangte Behörde hat daher die Frage, ob von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der beantragten Apotheke aus mindestens 5.500 Personen zu versorgen sein werden, zu Recht ungeprüft gelassen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 28. Februar 2005, Zl. 2001/10/0161).

Die gemäß § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG durchzuführende Bedarfsprüfung hat sich nach ständiger hg. Judikatur auf eine - auf entsprechende Ermittlungen 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(n) nach Errichtung der geplanten Apotheke ihren Arzneimittelbedarf auf Grund der örtlichen Verhältnisse voraussichtlich weiterhin aus der (den) bestehenden öffentlichen Apotheke(n) decken werden. Diese unter den Gesichtspunkten der räumlichen Nähe und leichteren Erreichbarkeit vorzunehmende Zuordnung hat in erster Linie anhand der Straßenentfernungen zu der (den) jeweils bestehenden öffentlichen Apotheke(n) im Vergleich zur beantragten Apotheke zu erfolgen. Ergibt sich für eine bestehende öffentliche Apotheke die kritische Zahl zu versorgender Personen nicht schon aus den ständigen Einwohnern des 4-km-Umkreises, so ist weiter zu prüfen, ob diese Zahl unter Berücksichtigung der auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet weiterhin zu versorgenden Personen erreicht wird (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 4. Juli 2005, Zl. 2003/10/0295, und die dort zitierte Vorjudikatur).

Die Ermittlung der "ständigen Einwohner" im Sinne des § 10 Abs. 4 ApG erfolgte im vorliegenden Fall - so das

Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 30. Juli 2003 - auf Grund der Ergebnisse der Großzählung vom 15. Mai 2001 sowie der Einwohnerzahlen der Wahlsprengelliste der Stadt Villach vom 6. Februar 2003. Dass diese Unterlagen ungeeignet wären, der Feststellung der zu versorgenden Bevölkerung eine taugliche Grundlage zu geben, ist nicht ersichtlich. Auf die "Frequenzgewohnheiten der Konsumenten" kommt es in diesem Zusammenhang jedoch ebenso wenig an wie auf die "Praxis der Apothekenbetriebe". Grundlagen der prognostischen Zuordnung des Kundenpotenzials sind nämlich - wie dargelegt - zum einen die ständig im 4-km-Polygon wohnende Bevölkerung, und zum anderen die örtlichen Verhältnisse, die für die Zuwendung der Einwohner zur einen oder anderen Apotheke maßgeblich sind, nicht aber Gewohnheiten der Apothekenkunden bzw. die Betriebspraxis von Apotheken. Ob und gegebenenfalls aus welchen Gründen Personen, die unter den Gesichtspunkten der räumlichen Nähe und Erreichbarkeit dem Versorgungspotenzial einer bestimmten Apotheke zuzuordnen sind, ihren Arzneimittelbedarf tatsächlich in dieser Apotheke oder aber in einer anderen Apotheke decken werden, ist nicht entscheidend. Im Rahmen der Prognose kommt es vielmehr ausschließlich auf das nach den dargelegten Gesichtspunkten "objektivierte Kundenverhalten" an (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 19. März 2002, Zl. 99/10/0143, und die dort zitierte Vorjudikatur).

Soweit die zweitbeschwerdeführende Partei vorbringt, ein erheblicher Teil des Sprengels 151 hätte wegen der geographischen Lage der entfernungsmäßig näher gelegenen Wulfenia-Apotheke zugerechnet werden müssen, übersieht sie, dass dies im Ergebnis ohnedies geschehen ist; wurde doch klar gelegt, dass die Zahl der aus eben diesem Grund in Abzug zu bringenden Personen durch die unterbliebene Hinzurechnung von Personen, die aber hinzugezählt werden müssten, kompensiert werde. Gleiches erfolgte in Ansehung des südlichen Teiles des Sprengels 621.

Es besteht kein Anhaltspunkt für die von der zweitbeschwerdeführenden Partei vermutete Doppelzählung ständiger Einwohner. Ein entsprechend konkretes Vorbringen hat die zweitbeschwerdeführende Partei auch weder im Verwaltungsverfahren noch selbst in der vorliegenden Beschwerde erstattet. Soweit sie jedoch eine Ermittlung des Versorgungspotenzials aller umliegenden Apotheken vermisst, hat sie nicht auch aufgezeigt, zu welchem wesentlich anderen Verfahrensergebnis im Sinne des § 42 Abs. 2 Z. 3 VwGG die belangte Behörde bei Vermeidung des behaupteten Verfahrensmangels gelangt wäre.

Schließlich ist auch der Hinweis auf das Ergebnis einer Division der Zahl der Gesamtbevölkerung von Villach durch die hier bestehenden öffentlichen Apotheken nicht zielführend. Die sogenannte "Divisionsmethode" wird als Ermittlungsmethode nach ständiger hg. Judikatur nämlich nur ausnahmsweise und zwar dann zugelassen, wenn aus besonderen Gründen eine Zuordnung konkreter Kundenpotenziale zu einer Apotheke nach den Gesichtspunkten der örtlichen Nähe und Erreichbarkeit unmöglich, andererseits aber eindeutig ist, dass das in Rede stehende Kundenpotenzial von den Betriebsstätten mehrerer Apotheken aus versorgt wird (vgl. nochmals das hg. Erkenntnis vom 4. Juli 2005, Zl. 2003/10/0295, und die dort zitierte Vorjudikatur). Für die Anwendung der "Divisionsmethode" auf die der Beschwerde offenbar vorschwebende Weise, nämlich die Division der Zahl der im Gemeindegebiet wohnhaften Einwohner durch die Zahl der im Gemeindegebiet gelegenen öffentlichen Apotheken besteht hingegen keine gesetzliche Grundlage. Bei der Ermittlung der Kundenpotenziale ist nämlich - wie oben dargelegt - grundsätzlich die räumliche Zuordnung maßgeblich; die Gemeindegrenzen sind im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 18. Jänner 1999, Zl. 98/10/0361), und schließlich ließe die der Beschwerde vorschwebende Methode keinen Raum für die gebotene Berücksichtigung eines im Sinne des § 10 Abs. 5 APG bestehenden Kundenpotenzials. Es kann daher auch mit dem Hinweis auf Ergebnisse, die mit dieser Methode nach Auffassung der zweitbeschwerdeführenden Partei zu erzielen wären, keine Rechtswidrigkeit in der von der belangten Behörde rite vorgenommenen Zuordnung konkreter Kundenpotenziale auf die betroffenen Apotheken aufgezeigt werden.

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

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:2007:2005100049.X00

**Im RIS seit**

24.05.2007

**Zuletzt aktualisiert am**

26.03.2013

**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)