

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/6/28 2001/10/0256

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.06.2004

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
10/10 Grundrechte;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
82/04 Apotheken Arzneimittel;

## Norm

ApG 1907 §10 Abs1 Z2 idF 1990/362;  
ApG 1907 §10 Abs1 Z2;  
ApG 1907 §10 Abs1;  
ApG 1907 §10 Abs2 Z2 idF 1990/362;  
ApG 1907 §10 Abs2 Z3 idF 1990/362;  
ApG 1907 §10 Abs2 Z3;  
ApG 1907 §10 Abs4 idF 1990/362;  
ApG 1907 §10 Abs4;  
ApG 1907 §10 Abs5 idF 1998/I/053;  
ApG 1907 §10 Abs5;  
ApG 1907 §10;  
ApG 1907 §2;  
ApG 1907 §3;  
AVG §8;  
StGG Art6 Abs1;  
VwGG §34 Abs1;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Novak, Dr. Mizner, Dr. Stöberl und Dr. Köhler als Richter, im Beisein des Schriftführers MMag. Zavadil, über die Beschwerde der A KG in Vöcklabruck, vertreten durch Dr. Alois Nussbaumer, Dr. Stefan Hoffmann und Dr. Thomas Herzog, Rechtsanwälte in 4840 Vöcklabruck, Stadtplatz 19, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen vom 16. November 2001, Zl. 262.228/4- VIII/A/4/01, betreffend Apothekenkonzession (mitbeteiligte Partei):

Mag. pharm. V in Gunskirchen, vertreten durch Dr. Eleonore Berchtold-Ostermann, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Bräunerstraße 6), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

## **Begründung**

1.1. Mit Bescheid vom 12. November 1992 erteilte der Landeshauptmann von Oberösterreich dem Mitbeteiligten die Konzession für die Errichtung und den Betrieb einer öffentlichen Apotheke in Vöcklabruck mit einem näher umschriebenen Standort.

1.2. Die von der Beschwerdeführerin gegen diesen Bescheid erhobene Berufung wies die belangte Behörde mit Bescheid vom 2. Juni 1995 mit der Maßgabe einer Einschränkung des Standortes der neuen Apotheke ab.

1.3. Mit Erkenntnis vom 15. Februar 1999, Zl. 98/10/0073, hob der Verwaltungsgerichtshof (nach Ergehen des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 2. März 1998, G 37/97, für das die Beschwerdesache einen Anlassfall bildete) den Bescheid der belangten Behörde vom 2. Juni 1995 wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften auf.

1.4. Die weitere Vorgeschichte des Beschwerdefalles betreffend wird auf die Entscheidungsgründe des soeben genannten Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen.

2. Der Betrieb der Apotheke des Mitbeteiligten war im Jahr 1996 aufgenommen worden. Nach Aufhebung des Berufungsbescheides durch den Verwaltungsgerichtshof war der Mitbeteiligte mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck gemäß § 19 Abs. 2 ApG mit der Fortführung des Betriebes der Apotheke betraut worden.

3.1. Im fortgesetzten Verwaltungsverfahren erstattete die Österreichische Apothekerkammer ein weiteres Gutachten zur Bedarfssituation im Sinne des Apothekengesetzes. Diesem Gutachten zufolge müssten die Versorgungspotentiale der bestehenden Apotheken, nämlich der Apotheken "Am Salzburger Tor" der Beschwerdeführerin und der Apotheke "Zum schwarzen Adler" in Vöcklabruck gemeinsam ermittelt und im Wege der sogenannten "Divisionsmethode" zugeordnet werden, weil eine Beurteilung, welcher Apotheke sich das in Betracht kommende Apothekenpublikum zuwenden werde, bei lebensnaher Betrachtung auf Grund der geringen Entfernung von weniger als 500 m zwischen den Betriebsstätten dieser Apotheken unmöglich sei. Im vorliegenden Fall sei ferner auf eine besondere Situation Bedacht zu nehmen: Die neu angesuchte Apotheke sei bereits seit ca. fünf Jahren tatsächlich in Betrieb. Die Auswirkungen für die umliegenden öffentlichen Apotheken seien somit bereits nachvollziehbar eingetreten. Daher sei für die Monate April und Mai 2001 in den bestehenden öffentlichen Apotheken eine Rezeptzählung durchgeführt worden. Unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse, insbesondere der Entfernung, die die zu versorgenden Personen zur jeweils nächst liegenden öffentlichen Apotheke zurückzulegen hätten, würden im Falle des weiteren Betriebes der neuen öffentlichen Apotheke die beiden bestehenden öffentlichen Apotheken 10.440 ständige Einwohner zu versorgen haben. Dabei handle es sich um 1.308 ständige Einwohner des Zählsprengels 000 der Gemeinde Vöcklabruck, 1.052 ständige Einwohner des Zählsprengels 001 der Gemeinde Vöcklabruck, 1.151 ständige Einwohner des Zählsprengels 002 der Gemeinde Vöcklabruck, 1.223 ständige Einwohner des Zählsprengels 010 der Gemeinde Vöcklabruck, 597 ständige Einwohner näher genannter Straßen bzw. Straßenzüge des Zählsprengels 011 der Gemeinde Vöcklabruck, 372 ständige Einwohner des Zählsprengels 013 der Gemeinde Vöcklabruck, 537 ständige Einwohner des Zählsprengels 014 der Gemeinde Vöcklabruck, 1.926 ständige Einwohner des Zählsprengels 020 der Gemeinde Vöcklabruck, 622 ständige Einwohner der Gemeinde Pilsbach, 1.398 ständige Einwohner des Zählsprengels 001 der Gemeinde Regau und 254 ständige Einwohner der Orte bzw. Ortsteile Burgstall, Lahm, Oberregau, Reuth und Schönberg des Zählsprengels 003 der Gemeinde Regau. Diese detaillierten Bevölkerungszahlen stammten aus der Volkszählung 1991. Die Werte seien daher analog der Bevölkerungsentwicklung der jeweiligen gesamten Gemeinde bzw. entsprechend den Kundmachungen im Internet bzw. im österreichischen Amtskalender 2000/2001 fortgeschrieben worden. Die Zahl der in der Versorgung der bestehenden öffentlichen Apotheken verbleibenden ständigen Einwohner unterschreite somit 11.000. Es seien daher weitere Ermittlungen

hinsichtlich zusätzlich zu versorgender Personen gemäß § 10 Abs. 5 ApG erforderlich. Für die 1.343 ständigen Einwohner der Gemeinde Ungenach, in der eine weiterhin bestehende ärztliche Hausapotheke liege, seien die bestehenden öffentlichen Apotheken in Vöcklabruck (außerhalb des 4 km - Polygons) die nächstgelegenen öffentlichen Apotheken. 22 % der ständigen Einwohner von Gemeinden, die auch nach Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke von ärztlichen Hausapotheken versorgt würden, seien als von den nächst gelegenen öffentlichen Apotheken zu versorgende Personen zu berücksichtigen. Dieser Prozentsatz ergebe sich aus einer Erhebung, die die Österreichische Apothekerkammer im Jahre 2000 durchgeführt habe. Grundlage dieser Erhebung sei das tatsächliche Verhalten der ständigen Einwohner aus 30 Gemeinden, die von ärztlichen Hausapotheken versorgt seien. Anhand einer Analyse der Rezepte in den jeweils nächst gelegenen öffentlichen Apotheken sei festgestellt worden, dass sich 22 % der untersuchten Personen (aus näher dargelegten Gründen) in der nächst gelegenen öffentlichen Apotheke mit Arzneimitteln versorgten, obwohl eine ärztliche Hausapotheke vorhanden sei. Von den ständigen Einwohnern der Gemeinde Ungenach sei somit ein Anteil von 295 Personen (22 %) dem Versorgungspotential der beiden bestehenden öffentlichen Apotheken in Vöcklabruck zuzuordnen. Ferner seien 185 "Einwohnergleichwerte" auf Grund des Umstandes zu berücksichtigen, dass im Versorgungsgebiet der beiden bestehenden öffentlichen Apotheken 556 Personen ihren Zweitwohnsitz hätten. Diese seien nach der Inanspruchnahme des Zweitwohnsitzes und der Erfahrungswerte, die für Zweitwohnsitze außerhalb städtischer Ballungszentren vorlägen, zu einem Drittel zu berücksichtigen. Die näher dargestellten Ergebnisse der Rezeptzählung zeigten, dass 56,8 % der Rezepte, die in der Apotheke "Am Salzburger Tor" eingelöst würden, von außerhalb des zuvor der Apotheke zugeschriebenen Versorgungsgebietes stammten; im Fall der Apotheke "Zum Schwarzen Adler" betrage dieser Prozentsatz 51,2 %. Die bestehenden öffentlichen Apotheken hätten somit im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG 12.819 weitere Personen zusätzlich zu versorgen; ihr gemeinsames Versorgungspotential betrage somit 23.739 Personen.

3.2. Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Berufung der Beschwerdeführerin mit der Maßgabe einer Änderung der Umschreibung des Standortes und dem Hinweis auf die Betriebsstätte in Robert-Kunz-Straße 11 ab. Begründend wurde nach Zusammenfassung des bisherigen Verfahrensgeschehens und der weiteren Ermittlungsergebnisse sowie der Rechtslage dargelegt, die beiden bestehenden öffentlichen Apotheken in Vöcklabruck seien sogenannte "Zentrumsapotheken", zwischen denen auf Grund der Entfernung unter 500 m hinsichtlich der Einkaufsgewohnheiten nicht differenziert werden könne. Die neue öffentliche Apotheke des Mitbeteiligten sei bereits seit 1996 in Betrieb. Die Apothekerkammer habe daher die zusätzlich zu versorgenden Personen mit Hilfe von Rezeptzählungen ermitteln können. Dabei habe sich ergeben, dass jede der beiden Apotheken 6.405 sonstige, nicht im Versorgungsgebiet wohnende Personen versorge. Insgesamt hätten die beiden bestehenden öffentlichen Apotheken in Vöcklabruck ein Versorgungspotential von 10.440 ständigen Einwohnern, 480 zusätzlich zu versorgenden Personen sowie 12.819 weiteren zusätzlich zu versorgenden Personen im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG.

4. Gegen diesen Bescheid richtet sich die wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften erhobene 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:

5.1. Nach allgemeinen Hinweisen zu den Anforderungen an die gesetzmäßige Begründung von Bescheiden macht die Beschwerde zunächst geltend, es fehlten Sachverhaltsfeststellungen "bezüglich der persönlichen Eignung des Mitbeteiligten und des Kumulierungsverbotes gemäß § 3, 2 ApG".

5.2. Im Verfahren zur Erteilung der Konzession für eine neue öffentliche Apotheke haben die Inhaber bestehender Apotheken ein Mitspracherecht bezüglich der Bedarfsfrage (vgl. z.B. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. Jänner 1999, Zl. 98/10/0348, und vom 11. Juni 2001, Zl. 2000/10/0166). In der Frage der persönlichen Eignung für die Erlangung einer Konzession im Sinne des § 3 ApG oder im Zusammenhang mit dem Verbot der Kumulierung nach § 2 ApG kommt den Inhabern bestehender öffentlicher Apotheken hingegen weder Mitspracherecht noch Beschwerdeberechtigung zu.

5.3. Nur am Rande ist daher zu bemerken, dass schon die Behörde erster Instanz die persönliche Eignung des Mitbeteiligten auf Grund der beigebrachten Nachweise ausdrücklich bejahte. Anhaltspunkte dafür, dass der Mitbeteiligte entgegen dem Verbot des § 2 ApG mehr als eine Konzession zum Betriebe einer öffentlichen Apotheke

besäße oder den Betrieb von mehr als einer öffentlichen Apotheke selbst führte, würde ihm die angestrebte Konzession erteilt, lagen nach Ausweis der Verwaltungsakten nicht vor. Derartiges wird nicht einmal in der Beschwerde behauptet. Auch aus diesen Gründen wären die oben wiedergegebenen Darlegungen der Beschwerde nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen.

6.1. Gemäß § 10 Abs. 1 Apothekengesetz 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 u.a. gemäß § 10 Abs. 2 Z. 3 Apothekengesetz nicht, wenn 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 Apothekengesetz 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. 4 weniger als 5.500, so sind die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen.

6.2.1. In der Bedarfsfrage bringt die Beschwerde - nach weiteren, auf das Vorerkenntnis Bezug nehmenden Darlegungen zu den Anforderungen an die Gesetzmäßigkeit eines auf Grund des § 10 ApG ergehenden Apothekenkonzessionsbescheides - zusammengefasst Folgendes vor:

6.2.2. Es fehlten ziffernmäßig bestimmte, nachvollziehbare und richtige Feststellungen über die Anzahl der jeweils zu versorgenden Personen innerhalb und außerhalb des 4 km-Polygons um die bestehende Apotheke des Beschwerdeführers und die künftig zu errichtende Apotheke des Mitbeteiligten. Die Behörde habe insbesondere die gegebenen Verkehrsverhältnisse, Hauptverkehrsströme und sonstige maßgeblichen Umstände nicht festgestellt. Es sei unerfindlich, inwiefern der vorliegende Fall ein "Sonderfall" wäre. Bei dieser Behauptung handle es sich um eine "Scheinbegründung für die offenkundige Untätigkeit der belangten Behörde und der Österreichischen Apothekerkammer".

6.2.3. Das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer und die darauf aufbauende Bescheidbegründung seien in folgenden Punkten fehlerhaft:

6.2.3.1. Es sei nicht beachtet worden, dass die 4,5 Straßenkilometer von der Betriebsstätte der Beschwerdeführerin entfernt gelegene ärztliche Hausapotheke in Regau aufrecht bleibe. Dieser Umstand sei für die Lösung der Frage von Bedeutung, ob die ständigen Einwohner aus dem 4 km-Polygon um die Betriebsstätte der Apotheke der Beschwerdeführerin ihren Heilmittelbedarf voraussichtlich aus der Apotheke der Beschwerdeführerin, der "angesuchten" Apotheke des Mitbeteiligten oder aus der Hausapotheke decken würden.

6.2.3.2. Die belangte Behörde habe nicht festgestellt, "welche Ortschaften richtigerweise innerhalb des 4 km-Straßenpolygons liegen und welche Bevölkerungszahl dort ständig wohnt". Die zum Zählspiegel 003 der Gemeinde Regau zählenden Ortschaften Burgfall, Lahm, Reuth und Schönberg "scheiden infolge größerer Entfernung als 4 Straßenkilometer aus"; die "4 Straßenkilometer-Entfernung von beiden bestehenden Apotheken in Richtung Pilsbach endet bereits in Unterpilsbach, sodass die Gesamtzahl der ständigen Einwohner der Gemeinde Pilsbach nicht innerhalb des 4 km-Polygons ansässig sind".

6.2.3.3. Es sei "die Heranziehung der Bevölkerungszahlen aus dem Jahre 1991 nach der eben erfolgten Volkszählung 2001 nicht aktuell".

6.2.3.4. Die belangte Behörde sei nicht auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin eingegangen, wonach "in einer Entfernung von ca. 3 km westlich Vöcklabruck an der Bundesstraße 1 im Ortsgebiet Timelkam, ca. 6 km südwestlich in Lenzing und ca. 6 km östlich in Attnang-Puchheim öffentliche Apotheken außerhalb von Vöcklabruck bestehen, deren 4 km-Polygon sich mit dem 4 km-Polygon der bestehenden Apotheke der Beschwerdeführerin somit überschneiden". Dazu kämen die kaum 500 m entfernte bestehende öffentliche Apotheke "Zum schwarzen Adler" am Stadtplatz in

Vöcklabruck und die verfahrensgegenständliche Apotheke des Mitbeteiligten sowie die beiden Hausapothen der praktischen Ärzte in Ungenach und Regau. Ordne man "somit" die Einwohner nach dem Grundsatz der leichteren Erreichbarkeit der jeweils nächst gelegenen Apotheke und Hausapotheke zu, verblieben der Apotheke der Beschwerdeführerin als Versorgungspotential nur Einwohner aus einem (anhand von "gedachten Linien", die nicht mit Straßenzügen oder Gebäudegrenzen übereinstimmen, näher umschriebenen) "Flächendreieck der Gemeinde Vöcklabruck". Die belangte Behörde habe die durchaus mögliche exakte Feststellung der "dort tatsächlich künftig von der Apotheke Am Salzburger Tor zu versorgenden Einwohner" unterlassen.

6.2.3.5. Dazu käme, dass die "Hauptverkehrsströme" aus dem Westen und Süden "fast direkt auf die Apotheke des Mitbeteiligten zulaufen, jene aus dem Norden, dem Nordosten und Osten auf die Apotheke Zum schwarzen Adler".

6.2.3.6. Die belangte Behörde habe das Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht beachtet, dass "in der Wohnentwicklung die südwestlichen und nordöstlichen Stadtgebiete dominieren, deren ständige Einwohner prognostisch wegen leichterer Erreichbarkeit somit der Apotheke des Mitbeteiligten und der bestehenden öffentlichen Apotheke Zum schwarzen Adler am Stadtplatz in Vöcklabruck andererseits zuzuordnen" seien.

6.2.3.7. Die belangte Behörde habe weiters nicht beachtet, dass das Gemeindegebiet von Regau "einschließlich" der näher genannten, zu Regau gehörenden Ortschaften "großteils" von der Hausapotheke versorgt werde und eine Änderung auch prognostisch nicht zu erwarten sei.

6.2.3.8. Bei der Zuzählung von 295 Einwohnern von Ungenach zum Versorgungspotential der beiden bestehenden öffentlichen Apotheken sei nicht beachtet worden, dass die Zufahrt aus Ungenach in das Stadtgebiet Vöcklabruck infolge des Verlaufes der Westbahn und des Agerflusses direkt zur Apotheke "Zum schwarzen Adler" auf den Stadtplatz führe.

6.2.3.9. Bei der Rezeptzählung habe sich für die Apotheke der Beschwerdeführerin im April 2001 eine Gesamtzahl von 2.976 (Mai 2001 3.650) Rezepten ergeben. Davon entfielen auf die "möglichen Einflutungsursprungsgebiete" Regau 117 (116), Ungenach 53 (75) und Pilsbach 56 (54) Rezepte, was "deren völlige Vernachlässigung im Endergebnis bei einer Untersuchung nach § 10 Abs. 5 ApG" bedeute. Es sei somit erwiesen, dass für die Apotheke der Beschwerdeführerin kein Versorgungspotential bestehe, das auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG berücksichtigt werden könnte. Da die Anzahl der im Sinn des § 10 Abs. 4 ApG zu versorgenden Personen 5.500 nicht erreiche, bestehe kein Bedarf nach der Apotheke des Mitbeteiligten.

6.2.3.10. Auf Grund der festgestellten Gesamtanzahl der Rezepte ergebe sich vielmehr, dass die Apotheke der Beschwerdeführerin nur rund 3.000 Personen versorge, weil "erfahrungsgemäß die mit Medikamenten zu versorgenden Personen mehr als ein Rezept pro Monat einreichen".

6.3.1. Damit zeigt die Beschwerde keine Rechtswidrigkeit auf, die zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides führte.

6.3.1.1. Soweit sich die Beschwerde - in Form jener Darlegungen, in denen allein auf das Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin bezogene Ermittlungen vermisst werden - ganz allgemein gegen die Anwendung der sogenannten "Divisionsmethode" bei der Ermittlung der Kundenpotentiale der "Apotheke zum Salzburger Tor" (deren Betriebsstätte sich in dem an den Stadtplatz angrenzenden Haus Salzburger Straße 1 befindet) und der "Apotheke zum schwarzen Adler" (deren Betriebsstätte sich im Haus Stadtplatz 7 befindet) wendet, ist zunächst auf die Ausführungen in den hg. Erkenntnissen vom 31. Jänner 2000, Zl. 98/10/0084, 0087, und vom 13. November 2000, Zl. 99/10/0246, 0255, hinzuweisen, wo die Voraussetzungen für die - ausnahmsweise -

Anwendbarkeit der sogenannten "Divisionsmethode" dargestellt und für die dort zu entscheidenden Beschwerdefälle auch die Auffassung gebilligt wurde, diese Methode komme zur Bestimmung der Versorgungspotenziale der in Rede stehenden Apotheken angesichts ihrer zentralen Lage in Orten mit "Zentrumsfunktion", der geringen Entfernung der Betriebsstätten voneinander und der daraus resultierenden weitgehenden Überdeckung der 4 Straßenkilometer-Polygone in Betracht (vgl. weiters das Erkenntnis vom 14. Mai 2002, Zl. 2001/10/0181, 0199). Auch im vorliegenden Fall ist angesichts des festgestellten Sachverhalts die Auffassung der belangten Behörde nicht zu beanstanden, es seien die Unterschiede in der Erreichbarkeit der beiden Apotheken so geringfügig, dass sie bei lebensnaher Betrachtung nicht den Ausschlag für die Zurechnung zur einen oder anderen Apotheke geben könnten. Mangels Anführung konkreter

Zuordnungsgesichtspunkte zeigt die Beschwerde auch mit dem oben zu 6.2.3.5., 6.2.3.6. und 6.2.3.8. wiedergegebenen Vorbringen im erwähnten Zusammenhang keine Rechtswidrigkeit auf. Folglich begegnet auch die Anwendung der sogenannten "Divisionsmethode" in diesem Fall keinen Bedenken.

6.3.2.1. Die belangte Behörde geht davon aus, dass die beiden bestehenden Apotheken im Sinne des § 10 Abs. 4 ApG - also auf Grund der örtlichen Verhältnisse - 10.920 Personen weiterhin zu versorgen hätten, wobei dieses Kundenpotential den beiden Apotheken gleichzeitig zuzurechnen sei. Davon ausgehend ergibt sich für jede der bestehenden Apotheken ein Versorgungspotential im Sinne des § 10 Abs. 4 ApG von 5.460 Personen.

6.3.2.2. Es erübrigt sich, im Einzelnen auf jene Darlegungen der Beschwerde einzugehen, die im Ergebnis gegen diese Feststellungen gerichtet sind(vgl. oben 6.2.3.1., 6.2.3.2., 6.2.3.7. und 6.2.3.8.). Auf der Grundlage des dort Vorgebrachten bekämpft die Beschwerde nämlich die Zuordnung von insgesamt (maximal) 2.589 Personen (1.398 Einwohner des Zählspiegels 001 der Gemeinde Regau, 254 Einwohner des Zählspiegels 003 der Gemeinde Regau, 622 Einwohner von Pilsbach und 295 Einwohner von Ungenach), die dem gemeinsamen Versorgungspotential der beiden bestehenden Apotheken von 10.920 Personen zugerechnet worden waren. Selbst von den Annahmen der Beschwerde ausgehend - und unter Bedachtnahme auf die Anwendbarkeit der "Divisionsmethode" - könnte der Beurteilung der Bedarfsfrage somit im Sinne des § 10 Abs. 4 ApG ein Versorgungspotential der beiden bestehenden Apotheken von 7.331 Personen sowie ein Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin von 3.665 Personen zugrunde gelegt werden.

6.3.2.3. Dem steht auch das zu 6.2.3.3. und 6.2.3.4. wiedergegebene Vorbringen nicht entgegen. Soweit die Beschwerde vorbringt, es sei die Heranziehung der Bevölkerungszahlen aus dem Jahre 1991 nach der eben erfolgten Volkszählung 2001 nicht aktuell, unterlässt sie es, die Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels aufzuzeigen; denn es wird nicht vorgebracht, dass die Behörde bei Heranziehung des Ergebnisses der Volkszählung 2001 zur Feststellung eines geringeren Versorgungspotentials gelangt wäre. Das zu 6.2.3.4. wiedergegebene Vorbringen bezieht sich, soweit in anderen Gemeinden bestehende Apotheken in Rede stehen, nicht erkennbar auf die Entfernung der Betriebsstätten der in Rede stehenden Apotheken voneinander; schon aus diesem Grund kann damit keine Rechtswidrigkeit aufgezeigt werden.

6.3.2.4. Geht man von einem Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin im Sinne des § 10 Abs. 4 ApG von

3.665 Personen (insoweit wird von der Beschwerde nach dem oben Gesagten keine Rechtswidrigkeit behauptet) aus, wären bei der Ermittlung eines nach § 10 Abs. 5 ApG zu berücksichtigenden Kundenpotentials allenfalls unterlaufene Verfahrensmängel dann nicht wesentlich, wenn die belangte Behörde bei der Bedarfsfeststellung zu Recht wenigstens 1.835 im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG zu versorgende Personen berücksichtigen durfte.

6.3.2.5. Nun ist der Beschwerdefall durch den Umstand gekennzeichnet, dass die Apotheke des Mitbeteiligten im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides bereits etwa fünf Jahre in Betrieb war. Bei dieser Sachlage konnte die belangte Behörde davon ausgehen, dass wesentliche Aufschlüsse über die Zahl der im Sinne des § 10 Abs. 4 und 5 ApG zu versorgenden Personen auch durch die Beobachtung des tatsächlichen Verhaltens der in Betracht kommenden Kundenkreise der Apotheken gewonnen werden könnten. Die Bedarfsprüfung anhand des § 10 ApG dient im öffentlichen Interesse an der klaglosen Versorgung der Bevölkerung mit Heilmitteln dem Schutz der Existenz der bestehenden Apotheken. Nur im Hinblick darauf hat der Verfassungsgerichtshof den in der Bedarfsprüfung gelegenen Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit jener Personen, die die selbständige Ausübung des Apothekerberufs anstreben, als nicht unverhältnismäßig angesehen (vgl. hiezu das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 2. März 1998, VfSlg Nr. 15103). Davon ausgehend ist es nicht rechtswidrig, bei der Beurteilung der Bedarfsfrage dann, wenn - wie im Beschwerdefall - bereits eine Beobachtung der wirtschaftlichen Auswirkungen der strittigen Apothekengründung über einen längeren Zeitraum möglich ist, auf Anzeichen der Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz der bestehenden Apotheken oder auf das Fehlen solcher Anzeichen Bedacht zu nehmen, wenngleich auch dies auf das konkrete Versorgungspotential der beteiligten Apotheken bezogene Ermittlungen nicht entbehrlich macht.

6.3.2.6. Für den Beschwerdefall hat der Verwaltungsgerichtshof im Vorerkenntnis ausgesprochen, der hier offenbar vorliegende Fall eines Bezirkortes mit Zentrumsfunktion in ländlicher Umgebung, in dem eine im Verhältnis zur Einwohnerzahl im geschlossenen Siedlungsgebiet der Standortgemeinde sehr hohe Anzahl von Fachärzten den Berufssitz hat, lege es nahe, dass durch die betreffenden Ärzte eine erheblich ins Gewicht fallende Anzahl von

Personen aus der weiteren Umgebung (auch außerhalb des 4 km-Umkreises um die beteiligten Apotheken) des betreffenden Ortes medizinisch versorgt werden. Wegen des Sachzusammenhangs zwischen Arztbesuch und Arzneimitteleinkauf bestehe auch Grund zur Annahme, dass es sich bei den nicht aus dem 4 km-Umkreis um die beteiligten Apotheken wohnenden Patienten dieser Ärzte um ein Versorgungspotential der beteiligten Apotheken handle, das bei der Bedarfsfeststellung im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG zu berücksichtigen sei.

6.3.2.7. Während die belangte Behörde in dem mit dem Vorerkenntnis aufgehobenen Bescheid ihre Annahme, dass sich im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG ein Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin von 2.000 Personen ergeben werde, nicht begründet hatte, und dieser Annahme offenbar eine nicht auf Ermittlungsergebnissen beruhende Schätzung zugrunde lag, gelangte sie im fortgesetzten Verfahren auf der Grundlage von Befund und Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer zur Annahme, dem Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin seien unter den von § 10 Abs. 5 ApG genannten Gesichtspunkten mehr als

6.400 Personen zuzurechnen. Diese Schlussfolgerung des Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer beruhte auf der Beobachtung, dass 56,8 % der Kunden der Apotheke der Beschwerdeführerin nicht aus dem gemäß § 10 Abs. 4 ApG dieser Apotheke zugeordneten Gebiet stammten.

6.3.2.8. Unter den besonderen Umständen des Beschwerdefalles ist diese Ermittlungsmethode nicht als ungeeignet anzusehen, Anhaltspunkte für die Feststellung eines nach § 10 Abs. 5 ApG zu berücksichtigenden Personenkreises zu gewinnen. Dies behauptet auch die Beschwerde nicht; vielmehr bedient sie sich selbst - bei ihren unter 6.2.3.10. wiedergegebenen Darlegungen zum Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin - dieser Methode. Im Einzelnen bekämpft sie die von der belangten Behörde - dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer folgend - aus den Ermittlungsergebnissen gezogenen Schlussfolgerungen nur mit untauglichen Mitteln.

6.3.2.9. Insoweit macht sie lediglich geltend, schon der Umstand, dass auf die "möglichen Einfluterursprungsgebiete" Regau nur 117 bzw. 116, Ungenach 53 bzw. 75 und Pilsbach 56 bzw. 54 Rezepte (pro Monat) entfielen, erweise, dass für die Apotheke der Beschwerdeführerin kein Versorgungspotential im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG feststellbar sei. Diese Darlegungen beruhen offenbar auf der Annahme, dass als "Einfluter" im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG ausschließlich in Regau, Ungenach und Pilsbach wohnhafte Personen in Frage kämen. Dafür liegen aber keine Anhaltspunkte vor; auch die Beschwerde begründet diese Annahme nicht weiter.

6.3.2.10. Auch die oben unter 6.2.3.10. wiedergegebenen Darlegungen der Beschwerde zeigen keine relevante Rechtswidrigkeit auf. "Zu versorgende Personen" im Sinne des § 10 Abs. 4 und 5 ApG sind nicht etwa jene Personen, die eine bestimmte Apotheke (überhaupt bzw. mehr oder weniger regelmäßig) tatsächlich frequentieren; vielmehr handelt es sich um jenen Personenkreis, für den einerseits unter Gesichtspunkten der örtlichen Verhältnisse (§ 10 Abs. 4 ApG), andererseits unter Gesichtspunkten der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs (§ 10 Abs. 5 ApG) eine räumliche Nahebeziehung zur Betriebsstätte einer Apotheke besteht. Demgegenüber dürfte die Beschwerde davon ausgehen, dass es sich nur bei solchen Personen, die tatsächlich in der betreffenden Apotheke Rezepte einlösen, um "zu versorgende Personen" im Sinne des Gesetzes handle. Im Übrigen handelt es sich bei der Annahme der Beschwerde, "dass erfahrungsgemäß die mit Medikamenten zu versorgenden Personen mehr als ein Rezept pro Monat einreichen", um eine nicht begründete Behauptung, auf deren Grundlage keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufgezeigt werden kann.

6.3.2.11. In der Bedarfsfrage zeigt die Beschwerde somit keine relevante Rechtswidrigkeit auf.

6.4.1. Sie macht weiters geltend, mit dem angefochtenen Bescheid werde "rechtswidrig ein als nichtig zu erklärender Bescheid bestätigt". Der in erster Instanz ergangene Bescheid vom 12. November 1992 sei nämlich "unter dem Titel des an und für sich zuständigen Landeshauptmannes, jedoch von Landesrat Mag. Klausberger erlassen" worden. Es handle sich dabei auch nicht um einen Intimationsbescheid für den allein zuständigen Landeshauptmann.

6.4.2. Dieses Vorbringen verkennt die Rechtslage.

6.4.3. Gemäß § 51 Abs. 1 erster Halbsatz ApG entscheidet über Gesuche um die Erteilung der Konzession zum Betriebe einer öffentlichen Apotheke die politische Landesbehörde. Unter der "politischen Landesbehörde" ist im vorliegenden Zusammenhang im Hinblick auf Art. 102 Abs. 1 B-VG der Landeshauptmann zu verstehen.

6.4.4. Gemäß § 103 Abs. 2 B-VG kann die Landesregierung bei Aufstellung ihrer Geschäftsordnung beschließen, dass einzelne Gruppen von Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung wegen ihres sachlichen Zusammenhangs

mit Angelegenheiten des selbständigen Wirkungsbereiches des Landes im Namen des Landeshauptmannes von Mitgliedern der Landesregierung zu führen sind. Entsprechende Regelungen finden sich in § 52 Abs. 4 des Oberösterreichischen Landesverfassungsgesetzes und § 1 Abs. 3 der Geschäftsordnung der Oberösterreichischen Landesregierung, LGBI. Nr. 24/1977. In der im Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides geltenden Geschäftsverteilung der Landesregierung (Beschluss der Landesregierung vom 4. November 1991, kundgemacht im Amtsblatt für Oberösterreich, Folge 23, am 7. November 1991) waren die Agenden der Aufgabengruppe Sanitätsrecht-Bund dem Landesrat Mag. Gerhard Klausberger zugewiesen. Auch insoweit liegt somit die von der Beschwerde geltend gemachte Rechtswidrigkeit nicht vor.

6.5.1. Die Beschwerde macht weiters geltend, es sei "die Änderung der Betriebsstättenbezeichnung durch die belangte Behörde materiell und formell rechtswidrig". Sie bezieht sich damit offenbar auf den Umstand, dass die Anschrift der künftigen Betriebsstätte der Apotheke des Mitbeteiligten im Bescheid der ersten Instanz vom 12. November 1992 mit "4840 Vöcklabruck, Dürnauerstraße 33", im angefochtenen Bescheid hingegen mit "Robert Kunz Straße 11" bezeichnet wurde. Die Beschwerde verweist darauf, es handle sich "bei der Adresse 4840 Vöcklabruck, Dürnauerstraße 33, de facto um keine Betriebsstätte". Vielmehr betreibe der Mitbeteiligte seit 1996 "bereits ohne rechtskräftige Konzession" die Apotheke unter der Adresse 4840 Vöcklabruck, Kunzstraße 11.

6.5.2. Inhaber bestehender öffentlicher Apotheken können in Verfahren über die Verleihung einer Apothekenkonzession nur geltend machen, die Entfernung zwischen der künftigen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte ihrer bestehenden öffentlichen Apotheke betrage weniger als 500 m, oder, die Zahl der von ihrer bestehenden öffentlichen Apotheke aus weiterhin zu versorgenden Personen werde sich infolge der Neuerrichtung verringern und weniger als 5.500 betragen. In anderen Fragen kommt den Inhabern bestehender öffentlicher Apotheken kein Mitspracherecht zu (vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. Jänner 1999, Zl. 98/10/0361, und vom 11. Juni 2001, Zl. 2000/10/0166). Bei der Bedarfsprüfung nach § 10 Abs. 1 Z. 2 ApG kommt es darauf an, welche Auswirkungen eine von jener Betriebsstätte, in der die neu errichtete öffentliche Apotheke betrieben werden soll, aus erfolgende Arzneimittelversorgung auf das von der Betriebsstätte einer bestehenden Apotheke aus zu versorgende Kundenpotential haben wird (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 27. Juni 2002, Zl. 2001/10/0040). Im vorliegenden Fall könnte die Beschwerdeführerin somit in Rechten verletzt sein, wenn Ausgangspunkt der Abgrenzung des Kundenpotentials ihrer Apotheke von jenem der künftigen Apotheke nicht die im angefochtenen Bescheid angeführte Betriebsstätte gewesen und die belangte Behörde dadurch zu einem fehlerhaften Ergebnis gelangt wäre.

6.5.3. Dies ist aber nicht der Fall; denn bereits die Österreichische Apothekerkammer legte ihrem Befund und Gutachten und die belangte Behörde legte dem angefochtenen Bescheid eine Beurteilung der Bedarfssituation zugrunde, die von der Lage der Betriebsstätte der Apotheke des Mitbeteiligten in Vöcklabruck, Robert Kunz Straße 11, ausgeht. Die Beschwerde macht auch nicht geltend, dass die belangte Behörde infolge verfehlter Annahmen über die Lage der künftigen Betriebsstätte der Apotheke des Mitbeteiligten zu unrichtigen Feststellungen im Zusammenhang mit dem Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin gelangt wäre.

6.6.1. Schließlich macht die Beschwerde geltend, der angefochtene Bescheid sei auch wegen der Maßgabebestimmung des Bescheidspruches mit einer vom Antrag abweichenden Festsetzung des Standortes "als antragsüberschreitend materiell und formell rechtswidrig".

6.6.2. Auch damit zeigt die Beschwerde - die im Übrigen den Vorwurf der "Antragsüberschreitung" nicht konkretisiert - keine zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides führende Rechtswidrigkeit auf; den Inhabern bestehender öffentlicher Apotheken kommt im Apothekenkonzessionsverfahren in der Frage der Standortumschreibung kein Mitspracherecht zu (vgl. auch hiezu das Erkenntnis vom 11. Juni 2001, Zl. 2000/10/0166).

7.1. Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

7.2. Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003.

Wien, am 28. Juni 2004

## **Schlagworte**

Definition von Begriffen mit allgemeiner Bedeutung VwRallg7Mangel der Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde

mangelnde subjektive Rechtsverletzung Parteienrechte und Beschwerdelegitimation Verwaltungsverfahren Mangelnde Rechtsverletzung Beschwerdelegitimation verneint keine BESCHWERDELEGITIMATION Mangel der Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde mangelnde subjektive Rechtsverletzung Besondere Rechtsgebiete Gesundheitswesen Apotheken

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2004:2001100256.X00

**Im RIS seit**

23.07.2004

**Zuletzt aktualisiert am**

10.05.2013

**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)