

# TE Vwgh Erkenntnis 2001/11/12 2000/10/0108

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 12.11.2001

## Index

82/04 Apotheken Arzneimittel;

## Norm

ApG 1907 §10 Abs1 Z2;

ApG 1907 §10 Abs1;

ApG 1907 §10 Abs2 Z2;

ApG 1907 §10 Abs2 Z3;

ApG 1907 §10 Abs2;

ApG 1907 §48 Abs2;

## 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 Mag. Zavadil, über die Beschwerde der Mag.pharm. G in Oberalm, vertreten durch Dr. Wolfgang Völkl, Rechtsanwalt in 1090 Wien, Nussdorferstraße 10-12, gegen den Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen vom 7. August 2000, Zi. 262.280/1-VIII/A/4/00, betreffend Apothekenkonzession (mitbeteiligte Partei: Mag.pharm. K in Salzburg, vertreten durch Dr. Eleonore Berchtold-Ostermann, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Bräunerstraße 6), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 15.450,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

## Begründung

Mit Antrag vom 7. April 1998 suchte die mitbeteiligte Partei zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Puch bei Hallein an. Als voraussichtliche Betriebsstätte gab die Mitbeteiligte die Adresse Halleiner Landesstraße 86, 5412 Puch bei Hallein an. Mit Bescheid vom 14. April 1999 erteilte der Landeshauptmann von Salzburg die beantragte Konzession. Die Beschwerdeführerin erhob Berufung.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Berufung als unbegründet ab. Begründend führt die belangte Behörde hinsichtlich der sachlichen Voraussetzungen nach § 10 Apothekengesetz aus, dass in Puch ein praktischer Arzt ordiniere und somit die Voraussetzung gemäß § 10 Abs. 1 Z. 1 ApG erfüllt sei. Da die Entfernung

zwischen der beantragten Apotheke in Puch zur nächstgelegenen Apotheke in Oberalm (das ist die Apotheke der Beschwerdeführerin) mehr als 500 m betrage, liege auch die Voraussetzung gemäß § 10 Abs. 2 Z 2 ApG vor. Wie die belangte Behörde bereits im Parallelverfahren betreffend den Antrag von Mag. pharm. S betreffend die Errichtung einer Apotheke in Hallein festgestellt habe (zu diesem Verfahren ist das hg. Verfahren zur Zl. 2000/10/0107 anhängig), bestehe das Kundenpotential der öffentlichen Apotheke in Oberalm nicht nur aus den

3.822 Einwohnern von Oberalm, sondern jedenfalls auch aus den Einwohnern der Halleiner Zählsprengel 021 und 023 und allenfalls eines Teils des Zählsprengels 010. Es sei zwar richtig, dass die Apotheke in Oberalm derzeit noch die Gemeinde Puch mit Arzneimitteln mitversorge; diese Einwohner würden nach Eröffnung der neuen Apotheke in Puch jedenfalls nicht mehr zu den Kunden der Apotheke der Beschwerdeführerin zählen. Durch eine dritte Apotheke in Hallein werde jedenfalls das Kundenpotential der Apotheke der Beschwerdeführerin voraussichtlich nicht wesentlich beschnitten werden. Nach Ausführungen zur Zuordnung der Bewohner der Zählsprengel 000, 013, 020, 022, 030 und 031 sowie der Einwohner des Zählsprengels 010 und der Zuordnung der Einwohner von Krispl und Adnet, des Adneter Riedl und des Adneter Gries sowie von Vigaun, wird darauf hingewiesen, dass persönliche Referenzen kein objektives Zuordnungskriterium darstellten und daher entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes in erster Linie die Nähe und Erreichbarkeit bezogen auf den Wohnort maßgeblich sei. Aus dieser Überlegung heraus müssten auch die Halleiner Zählsprengel 021 und 023 eindeutig der Apotheke in Oberalm zugeordnet werden, da deren Einwohner über die Katharina Sikorastraße, den Kahlspergweg, die Kastenhofstraße und Kahlspergstraße ohne Verkehrsstau leicht zur Apotheke der Beschwerdeführerin in Oberalm gelangen könnten. Die Tatsache, dass in diesen Zählsprengeln keine Ärzte niedergelassen seien, bedeute noch nicht, dass deren Einwohner auf jeden Fall ins Stadtzentrum von Hallein fahren müssten. Sie könnten ebensogut den Arzt in Oberalm aufsuchen oder sich ohne Arztbesuch direkt in der Apotheke der Beschwerdeführerin mit rezeptfreien Arzneimitteln versorgen. In der Folge wird tabellarisch dargestellt, von welcher Zuordnung der Bewohner die belangte Behörde hinsichtlich der beiden bestehenden Apotheken in Hallein, der Apotheke der Beschwerdeführerin, der Hausapotheke Bad Dürrnberg und der beantragten Apotheke der Mitbeteiligten im Verfahren zur hg. Zl. 2000/10/0107 ausgeinge. Die beantragte Apotheke der Mitbeteiligten werde in erster Linie die Einwohner von Puch versorgen und die Apotheke der Beschwerdeführerin in Oberalm außer den 3.822 ständigen Einwohnern von Oberalm noch die 1.505 Bewohner des Halleiner Zählsprengels 021, die 1.164 Einwohner des Zählsprengels 023 und allenfalls noch die 243 Einwohner der Hälfte des Zählsprengels 010. Somit verblieben der Apotheke der Beschwerdeführerin voraussichtlich weiterhin mindestens 6.491 bzw. auch 6.734 ständige Einwohner zu versorgen. Diese Einwohnerzahlen bezügen sich auf die Volkszählung 1991. Da die gesamte Einwohnerzahl von Hallein in der Zwischenzeit um 1.257 Personen gestiegen sei, seien die genannten Zahlen als unteres Limit anzusehen. Zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin, dass die Verkehrsverbindungen aus den Zählsprengeln 021 und 023 nach Oberalm äußerst schlecht seien, wird ausgeführt, dass diese Behauptung jeder Grundlage entbehre. Die Verbindung über die Kastenhofstraße sei geradezu ideal. Auch aus dem von der Beschwerdeführerin beigestellten Fotomaterial sei die geringe Entfernung und verkehrsarme Lage der Kastenhofstraße deutlich erkennbar. Dass der in Oberalm ordinierende praktische Arzt Dr. L der Beschwerdeführerin gegenüber bestätigt habe, dass Einwohner dieser Halleiner Zählsprengel seine Ordination nur in geringem Ausmaß aufsuchten, sage nichts darüber aus, wie viele Personen die Apotheke der Beschwerdeführerin zum Kauf rezeptfreier Arzneimittel aufsuchten. Dass die Apotheke A im Zentrum von Hallein von all jenen Personen aufgesucht werde, die anlässlich eines Einkaufsbummels nach Hallein kämen, sei plausibel, ändere jedoch nichts an der Verpflichtung der Behörde, die Einwohner dieser beiden Halleiner Zählsprengel der Apotheke der Beschwerdeführerin zuzuordnen, wie dies die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes im Zusammenhang mit örtlicher Nähe und Erreichbarkeit verlange.

Da der belangten Behörde sowohl das Ansuchen der Mitbeteiligten im Verfahren Zl. 2000/10/0107 für Hallein als auch das Ansuchen der in diesem Beschwerdeverfahren mitbeteiligten Partei gleichzeitig vorgelegen sei, sei in beiden Fällen jeweils auch auf das andere Verfahren Rücksicht genommen worden. Es falle ferner auf, dass die Beschwerdeführerin nicht davon ausgegangen sei, dass sie bisher sämtliche Einwohner von Puch versorgt habe. Somit sei auch der Abzug der Gesamteinwohneranzahl von Puch (3.885) von der bisher von der Apotheke der Beschwerdeführerin versorgten Einwohnerzahl nicht gerechtfertigt. Wenn die Berufungswerberin sich daher darauf berufe, dass sie einen Umsatz von lediglich 16 Millionen Schilling erzielt habe, in der Folge der Konzessionserteilungen an die Mitbeteiligte im

vorliegenden Verfahren und die Mitbeteiligte im Verfahren zur Zl. 2000/10/0107 allenfalls ein Teil der Pucher Bevölkerung wegfallen, werde der Kundenverlust selbst nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht gravierend sein können.

Die Voraussetzungen für die Erteilung der Konzession an die Mitbeteiligten lägen daher vor.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und ebenso wie die mitbeteiligte Partei eine Gegenschrift erstattet, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

Die Beschwerdeführerin legte mit einem ergänzenden Schriftsatz das Ergebnis einer von der Pharmazeutischen Gehaltskasse in ihrem Auftrag durchgeföhrten Rezeptzählung der in ihrer Apotheke in den Monaten Juli und August 2000 eingelösten Rezepte, aufgeschlüsselt nach den Wohnsitzen der begünstigten Bezieher, vor.

Mit weiterem Schriftsatz vom 30. Juli 2001 beantragte die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf eine von dritter Seite erhaltene Mitteilung über Vorbereitungen zur Eröffnung der Apotheke der mitbeteiligten Partei, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes folgt aus § 48 Abs. 2 ApG, dass die Inhaber öffentlicher Apotheken im Verfahren zur Erteilung einer Konzession für eine neue öffentliche Apotheke Parteistellung haben und dass diese Parteistellung nur soweit reicht, als die Bedarfsfrage betroffen ist (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 18. Jänner 1999, Zl. 98/10/0361).
2. Nach § 10 Abs. 1 Z. 2 ApG ist die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen, wenn ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

Nach § 10 Abs. 2 ApG besteht ein Bedarf nicht, wenn

"....

2. die Entfernung zwischen der künftigen 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."

Inhaber bestehender öffentlicher Apotheken können daher im Apothekenkonzessionsverleihungsverfahren nur geltend machen, die Entfernung zwischen der künftigen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte ihrer öffentlichen Apotheke betrage weniger als 500 m oder die Zahl der von ihr bestehenden öffentlichen Apotheke aus weiterhin zu versorgenden Personen werde sich infolge der Neuerrichtung verringern und weniger als 5.500 betragen.

3. Die Beschwerdeführerin macht auch in der Beschwerde insbesondere geltend, dass die Einwohner der Halleiner Zählsprengel 021 und 023 nicht dem Versorgungspotential ihrer Apotheke zugerechnet werden könnten.

Das in diesem Zusammenhang gebrachte Argument, dass in diesen Zählsprengeln weder ein praktischer Arzt noch ein Facharzt eine Ordination betriebe, ist nach dem wiedergegebenen § 10 ApG rechtlich nicht von Bedeutung.

Wie die belangte Behörde an sich zutreffend erkannt hat, ist bei der Ermittlung des Bedarfs im Sinne des § 10 Abs. 1 und 2 ApG grundsätzlich von der Entfernung und der Erreichbarkeit der beteiligten Apotheken (der bestehenden und der beantragten) auszugehen. Aus diesem Grund sind auch die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Zahlen betreffend die Einlösung von Rezepten in ihrer Apotheke in den Monaten Juli und August 2000 für das Beschwerdeverfahren irrelevant. Bei der Zuordnung der zu versorgenden Einwohner eines Gebietes zu den beteiligten Apotheken ist eine empirische Feststellung, wo die in Frage kommenden Einwohner bisher ihre Rezepte einlösten, nicht ausschlaggebend. Die Zuordnung hat nach der Rechtsprechung vielmehr primär unter dem Gesichtspunkt der leichteren Erreichbarkeit an Hand der Straßenentfernungen zu erfolgen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 13. Jänner 2000, Zl. 99/10/0259).

Im Beschwerdefall ist nicht die Zuordnung zur beantragten Apotheke oder zur bestehenden Apotheke der Beschwerdeführerin strittig, sondern die Zuordnung von Bewohnern von Sprengeln, die entweder der ebenfalls bestehenden Apotheke in Hallein oder aber der bestehenden Apotheke der Beschwerdeführerin zuzuordnen sind. Darüber hinaus hat die Beschwerdeführerin auch geltend gemacht, dass Teile der Bevölkerung in den Zählsprengeln, die die belangte Behörde als zum Einzugsgebiet der Apotheke der Beschwerdeführer gehörend qualifiziert hat, näher zur (neu bewilligten) Apotheke der mitbeteiligten Partei im Verwaltungsverfahren, das Gegenstand des hg. Verfahrens zur Zl. 2000/10/0107 ist, lägen.

Die belangte Behörde ist im angefochtenen Bescheid davon ausgegangen, dass die Bewohner der Halleiner Zählsprengel 021 und 023 "eindeutig der Apotheke in Oberalm" (der Beschwerdeführerin) zugeordnet werden müssten. Als Begründung wird lediglich die günstige Erreichbarkeit der Apotheke der Beschwerdeführerin über die im Bescheid im einzelnen genannten Straßen genannt. Feststellungen über die Entfernung der Wohnorte der in diesen Zählsprengeln lebenden Einwohner zu den Apotheken der Beschwerdeführerin bzw. den bestehenden Apotheken in Hallein (oder zu der im Verfahren zur Zl. 2000/10/0107 beschwerdegegenständlichen, über Antrag von Mag. pharm. S bewilligten Apotheke) enthält der angefochtene Bescheid nicht. Die Beschwerdeführerin hat vorgebracht, dass ein Teil der Wohnorte der Einwohner der fraglichen Gebiete näher zur bestehenden Apotheke in Hallein läge.

In der Gegenschrift vertritt die belangte Behörde die Auffassung, dass die Anwendung der in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entwickelten Grundsätze zu der Entscheidung, wie sie im angefochtenen Bescheid getroffen wurde, führen müsste. Auf Seite 7 des angefochtenen Bescheides seien die hiefür maßgeblichen Überlegungen dargestellt. Zu den Entfernungen wird in der Gegenschrift ausgeführt, dass sich diese "bereits aus dem Plan" ergäben. Eine Messung von jedem einzelnen Wohnhaus der betroffenen Zählsprengel zur Apotheke der Beschwerdeführerin sei aus der Sicht der belangten Behörde keinesfalls erforderlich, um zu beweisen, dass die Apotheke in Oberalm weiterhin 5.500 Personen zu versorgen haben werde. Eine Rezeptzählung bzw. Erhebung, welche Bewohner von Neualm Rezepte in der Oberalmer Apotheke eingelöst hätten, erscheine der belangten Behörde nicht aufschlussreich für die Frage, wie viele Personen aus Hallein die Apotheke in Oberalm aufsuchten, da daraus nicht ableitbar wäre, wie viele Personen ohne Rezept die Apotheke der Beschwerdeführerin aufsuchen.

Zu diesen Ausführungen ist darauf hinzuweisen, dass die Beurteilung des Bedarfes gemäß § 10 Abs. 2 ApG nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes jedenfalls die Feststellung voraussetzt, welche Entfernungen zu den beteiligten Apotheken gegeben sind. Die Zuordnung der Wohnbevölkerung 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 13. November 2000, Zl. 98/10/0089, mit Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 1996, Zl. 96/10/0015). Die belangte Behörde hätte ihre Feststellung, dass die Bewohner der Zählsprengel 021 und 023 (zur Gänze) dem Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin zuzuordnen sind, nur nach einer entsprechenden diesbezüglichen Feststellung treffen können.

Ein Blick auf den Plan zeigt, dass die von der Behörde stillschweigend vorausgesetzte Tatsache, dass es von den Gebäuden der genannten Zählsprengel zur Apotheke der Beschwerdeführerin näher sei als zur Apotheke in Hallein, nicht ohne weiteres nachvollziehbar ist. Wollte die belangte Behörde davon ausgehen, dass im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hier ein Fall gegeben wäre, bei dem es nicht allein auf die Entfernung von den betroffenen Apotheken ankäme, sondern die Zuordnung zur Apotheke der Beschwerdeführerin sich uU trotz größerer Entfernung auf Grund anderer Umstände ergäbe, so hätte sie dies durch entsprechende Sachverhaltsfeststellungen belegen und im Bescheid begründen müssen. Gerade in diesem Zusammenhang hat die Beschwerdeführerin etwa zur Frage der Erreichbarkeit ihrer Apotheke aus dem Zählsprengel 021 im Verwaltungsverfahren Vorbringen erstattet. Die belangte Behörde ist auf dieses Vorbringen nur mit einem Hinweis darauf eingegangen, dass die Verbindung durch die Kastenhofstraße geradezu ideal sei.

Die belangte Behörde ist aber auch nicht auf den Einwand eingegangen, dass mit Bescheid des Landeshauptmannes von Salzburg vom 13. April 1999 Mag. pharm. S (der mitbeteiligten Partei im hg. Verfahren zur Zl. 2000/17/0107) die Konzession zur Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke in Hallein, in Nachbarschaft zur Apotheke der Beschwerdeführerin erteilt worden sei. Diese Apotheke liege näher zu Neualm und Döllerfeld (den Zählsprengeln 021 und 023) als die öffentliche Apotheke der Beschwerdeführerin.

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid diesbezüglich ausgeführt, dass sie bereits im Parallelverfahren

über den Antrag der Mag. pharm. S festgestellt habe, dass das Kundenpotential der Apotheke der Beschwerdeführerin nicht nur aus den 3822 Einwohnern von Oberalm bestehe, sondern "jedenfalls auch aus den Einwohnern der Halleiner Zählsprengel 021 und 023 und allenfalls einem Teil des Zählsprengels 010." Durch eine dritte Apotheke in Hallein werde das Kundenpotenzial der Apotheke (der Beschwerdeführerin) in Oberalm "voraussichtlich nicht wesentlich beschnitten werden".

Die belangte Behörde hat damit jedoch ihre Feststellungen betreffend das der Apotheke der Beschwerdeführerin verbleibende Kundenpotenzial nicht auf konkrete Feststellungen zur Entfernung und Erreichbarkeit der betroffenen Apotheken gestützt.

Der angefochtene Bescheid leidet somit insofern an einem Begründungsmangel, bei dessen Vermeidung die belangte Behörde zu einem anderen Bescheid hätte kommen können (nach den Feststellungen der belangten Behörde umfassen die Zählsprengel 021 und 023 insgesamt 2.669 Personen; da die belangte Behörde davon ausgegangen ist, dass der Apotheke der Beschwerdeführerin weiterhin mindestens 6.491 Personen zu versorgen blieben, könnte durch Wegfall eines Teils dieser Bewohner die im § 10 ApG geforderte Anzahl von 5.500 zu versorgenden Personen unterschritten werden).

Da somit die belangte Behörde die von ihr vorgenommene Zuordnung (sämtlicher) Bewohner der Zählsprengel 021 und 023 in Hallein zum Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin auf Grund von Feststellungen getroffen hat, die nicht in einem mängelfreien Verfahren zustande gekommen sind, war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff. VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 416/1994. Die Abweisung des Mehrbegehrens betrifft den angesprochenen Kostenersatz für den Schriftsatzaufwand für den am 30. Juli 2001 gestellten Antrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, sowie für die Eingabe vom 7. August 2001, da der Schriftsatzaufwand gemäß Art. I lit. A Z 1 der genannten Verordnung entsprechend § 48 Abs. 1 Z 2 VwGG nur für den mit der Einbringung der Beschwerde verbundenen Aufwand (und daher nur ein Mal) gebührt. Die von der Beschwerdeführerin für die Eingabe vom 7. August 2001 angesprochenen Stempelgebühren konnten im Hinblick auf § 14 TP 6 Abs. 5 Z 17 GebG und § 14 TP 5 GebG (arg. "einer gebührenpflichtigen Eingabe beigelegt") nicht zuerkannt werden.

Im Hinblick auf die Entscheidung in der Sache erübrigts sich ein Abspruch des Berichters über den mit Schriftsatz vom 30. Juli 2001 gestellten Antrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Wien, am 12. November 2001

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2001:2000100108.X00

**Im RIS seit**

06.02.2002

**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)