

TE Vwgh Erkenntnis 1995/5/29 93/10/0056

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.05.1995

Index

82/04 Apotheken Arzneimittel;

Norm

ApG 1907 §10 Abs2 idF 1984/502;

ApG 1907 §10 Abs2 idF 1990/362;

ApG 1907 §10 Abs2 Z1 idF 1990/362;

ApG 1907 §10 Abs2 Z1;

ApG 1907 §10 Abs2 Z3;

ApG 1907 §10 Abs3 idF 1984/502;

ApG 1907 §10 Abs3 idF 1990/362;

ApG 1907 §10 Abs3;

ApG 1907 §10 Abs4 idF 1990/362;

ApG 1907 §10 Abs4;

ApG 1907 §10 Abs5 idF 1990/362;

ApG 1907 §10 Abs5;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kirschner und die Hofräte Dr. Novak, Dr. Mizner, Dr. Bumberger und Dr. Stöberl als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Fichtner, über die Beschwerde der Mag.pharm. S in Innsbruck, vertreten durch Dr. P, Rechtsanwalt, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz vom 22. Jänner 1993, Zl. 262.205/2-II/A/4/92, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke

(mP: Mag.pharm. N in Innsbruck), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund (Bundesminister für Gesundheit und Konsumentenschutz) Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,- und dem Mitbeteiligten Aufwendungen in der Höhe von S 12.500,- jeweils binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid vom 16. Juli 1992 erteilte der Landeshauptmann von Tirol dem Mitbeteiligten die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke mit der Betriebsstätte in Innsbruck, X-Weg 60, mit einem

näher umschriebenen Standort. Begründend wurde nach Darlegung des Verfahrensganges und der Rechtslage unter anderem die Auffassung vertreten, bei der Ermittlung des Bedarfes könne im vorliegenden Fall (städtisches Siedlungsgebiet) nicht von der Zahl der gesamten Einwohner im 4 km-Umkreis ausgegangen werden. Dieser reiche bis weit in die Innenstadt von Innsbruck und sei mit mehr als 60.000 Einwohnern besiedelt. Unter Bedachtnahme auf die örtlichen Verhältnisse im Bereich der Betriebsstätte der geplanten öffentlichen Apotheke stelle die näher umschriebene Begrenzung des Standortes auch eine natürliche Begrenzung dar. Das Siedlungsgebiet sei nach Westen hin abgeschlossen. Dies ergebe sich aus der Lage des Flughafens und dem Verlauf des Inn. Westlich des Flughafens bestehe keine allgemein befahrbare Straßenverbindung. Den örtlichen Verhältnissen entsprechend decke sich das Einzugsgebiet der geplanten Apotheke mit dem Gebiet der Zählsprengel 330 bis 339. In diesem Gebiet wohnten 5313 Personen mit Hauptwohnsitz und 2204 Personen mit Zweitwohnsitz. Bei den Zweitwohnungsbesitzern handle es sich in der Regel um Personen, die im Großraum Innsbruck Arbeit gefunden hätten und somit erfahrungsgemäß ständig hier lebten sowie Studenten, die den überwiegenden Teil des Jahres am Zweitwohnsitz lebten. Es seien daher erfahrungsgemäß 75 % der Zweitwohnungsbesitzer als zu versorgende Personen zu berücksichtigen. Im Bereich des Standortes seien daher 6876 Einwohner als zu versorgende Personen zu betrachten. Die Apotheke der Beschwerdeführerin versorge jenen Personenkreis, der sich westlich der Karwendelbahn befinde. Dies seien die Zählsprengel 321 bis 323 sowie ein - räumlich näher umschriebener - Teil des Zählsprengels 320. In dem so umrissenen Gebiet seien 4376 Personen mit Hauptwohnsitz und 2017 Personen mit Zweitwohnsitz - die letzteren zu drei Vierteln, das sind 1511 Personen - zuzurechnen. Damit ergäben sich 5887 zu versorgende Personen. Die Bewohner eines weiteren im einzelnen angeführten Bereiches seien in ihrer täglichen Versorgung ebenfalls zum Einzugsbereich der Apotheke der Beschwerdeführerin orientiert; es handle sich dabei um etwa 400 Einwohner. Damit betrage das Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin mehr als 6000 Personen.

Die Beschwerdeführerin erhob Berufung. Sie machte im wesentlichen geltend, das Gutachten der Apothekerkammer zeige nicht auf, von welchen Ermittlungsergebnissen es ausgehe. In einem früheren Verfahren habe die Apothekerkammer ein Gutachten erstellt, in dem eine Existenzgefährdung der Apotheke der Beschwerdeführerin angenommen worden sei; mit diesem Gutachten habe sich die Behörde nicht auseinandergesetzt. Diese habe auch nicht geprüft, ob die Zahl der von der neuen bzw. der bestehenden Apotheke aus zu versorgenden Personen jeweils TATSÄCHLICH 5500 Personen betrage. Die Einwohner mit einem Zweitwohnsitz im fraglichen Bereich seien erfahrungsgemäß lediglich mit der Hälfte in Anschlag zu bringen. Der Inn stelle keine natürliche Grenze dar. Daraus folge, daß die Versorgungskapazität der U-Apotheke nicht ausreichend berücksichtigt worden sei. Die Einwohner der Zählsprengel 330 und 331 seien nicht als Kunden zu werten, da die fraglichen Gebiete durch einen Gewerbe- bzw. Industriegürtel von der Apotheke der Beschwerdeführerin getrennt seien. Auch ein Teil der Einwohner der Zählsprengel 320 und 321 werde von anderen Apotheken versorgt.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Berufung als unbegründet ab und bestätigte den erstinstanzlichen Bescheid mit der Maßgabe einer Einschränkung des Standortes der neuen öffentlichen Apotheke. Begründend führte die belangte Behörde nach Darlegung des Verfahrensganges und der Rechtslage aus, das Versorgungsgebiet der neuen öffentlichen Apotheke sei das Gebiet der Zählsprengel 330 bis

339. Dort wohnten 5438 Personen ständig und 2387 mit Zweitwohnsitz. Auch bei einer Berücksichtigung der Zweitwohnsitze nur zur Hälfte werde die gesetzlich geforderte Kundenzahl erreicht. Das Versorgungsgebiet der Apotheke der Beschwerdeführerin werde durch die Zählsprengel 320 bis 323 gebildet. Bei einer Berücksichtigung der Personen mit Zweitwohnsitzen nur zur Hälfte ergäben sich daraus 5867 zu versorgende Personen. Die Zurechnung zu drei Vierteln sei jedoch nachvollziehbar, weil davon ausgegangen werden könne, daß die mit Zweitwohnsitzen im fraglichen Gebiet wohnhaften Personen die Arbeitswoche in Innsbruck verbringen und nur zum Wochenende ihren Hauptwohnsitz aufsuchen.

Die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und - ebenso wie der Mitbeteiligte - eine Gegenschrift erstattet, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerde macht zunächst geltend, der angefochtene Bescheid setze sich mit keinem Wort mit den Argumenten der Berufung "betreffend die Verfahrensmängel" auseinander; es werde nicht auf die Frage eingegangen, ob die Verfahrensrügen der Berufung berechtigt seien.

Damit macht die Beschwerde der Sache nach einen Begründungsmangel des angefochtenen Bescheides geltend. Ein Begründungsmangel kann nur dann zur Aufhebung wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften führen, wenn er wesentlich in dem Sinne ist, daß er eine Überprüfung des angefochtenen Bescheides hindert; insbesondere, wenn dadurch die Parteien des Verwaltungsverfahren über die von der Behörde angestellten Erwägungen nicht unterrichtet und an der Rechtsverfolgung gehindert sind (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 20. April 1993, Zl. 92/07/0196). Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, inwiefern sie der geltend gemachte Begründungsmangel an der zweckmäßigen Verfolgung ihrer Rechte gehindert hätte; ein relevanter Verstoß gegen die nach § 60 in Verbindung mit § 67 AVG gegebene Begründungspflicht ist daher nicht ersichtlich.

§ 10 ApG lautet auszugsweise:

"Sachliche Voraussetzungen der Konzessionserteilung

§ 10.(1) Die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke ist 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.

(2) Ein Bedarf besteht nicht, wenn

1.

die Zahl der von der künftigen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen weniger als 5500 beträgt oder

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 5500 betragen wird.

(3) Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z. 1 sind die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern von der künftigen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse aus der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke zu versorgen sein werden.

(4) Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z. 3 sind 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.

(5) Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner im Sinne der Abs. 3 oder 4 weniger als 5500, 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."

Die Prüfung des Bedarfes nach der zitierten Vorschrift hat von folgenden Grundsätzen auszugehen:

Unter den "in einem Umkreis von vier Straßenkilometern von der künftigen Betriebsstätte der Apotheke zu versorgenden Personen" sind jene zu verstehen, die eine besondere räumliche Nahebeziehung (im 4 km-Umkreis) zur neuen Apotheke haben. Dazu zählen primär die ständigen, im 4 km-Umkreis von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neuen Apotheke wohnenden Personen, sofern sie auf Grund der örtlichen Verhältnisse voraussichtlich ihren Bedarf an Arzneimitteln aus der neuen Apotheke und nicht aus den schon bestehenden Apotheken und weiterbestehenden Hausapotheken decken werden. Zusätzlich zu den ständigen Einwohnern der 4

km-Zone sind im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG noch außerhalb des 4 km-Umkreises wohnende Personen zu berücksichtigen, die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet aus der neuen Apotheke zu versorgen sein werden.

Bei der Bedarfsprüfung hat die Behörde somit zunächst die Zahl der ständigen Einwohner im 4 km-Umkreis zu ermitteln und festzustellen, wieviele dieser Einwohner auf Grund der örtlichen Verhältnisse ihren Bedarf an Arzneimitteln aus der künftigen Apotheke und nicht aus bestehenden öffentlichen Apotheken oder weiterbestehenden Hausapotheken decken werden. Ergibt sich dabei, daß die Zahl von 5500 zu versorgenden Personen nicht erreicht werde, so hat die Behörde zu prüfen, ob dieses Mindestversorgungspotential auf Grund der Berücksichtigung von "Einflutern" aus Gebieten außerhalb des 4 km-Umkreises, die sich auf Grund der in § 10 Abs. 5 ApG genannten Umstände zur neuen Apotheke orientieren werden, erreicht wird (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 26. September 1994, Zlen. 94/10/0042, 0045, und die dort zitierte Vorjudikatur). Nach den soeben dargelegten Grundsätzen ist auch die Zahl jener Personen zu ermitteln, die im Sinne des § 10 Abs. 2 Z. 3, Abs. 4 und 5 ApG aus den bestehenden öffentlichen Apotheken weiterhin zu versorgen sein werden.

Die Beschwerde vertritt nach allgemeinen Hinweisen auf die oben dargelegte Rechtsprechung (sinngemäß) die Auffassung, die Verwaltungsbehörden beider Instanzen hätten zwar Feststellungen über die Wohnbevölkerung bzw. die ständigen Einwohner jener Gebiete getroffen, die sie bei der Ermittlung des jeweiligen Kundenpotentials den beteiligten Apotheken zugeordnet hätten; sie hätten es jedoch unterlassen, festzustellen, ob es sich dabei um TATSÄCHLICH zu versorgende Personen handle. Dazu wären zusätzliche Erhebungen erforderlich gewesen, die der Behörde durchaus zumutbar gewesen wären, wie etwa die Befragung einer kleinen ausgewählten Personenzahl nach ihrem "tatsächlichen Kaufverhalten". Beim Betreiber der U-Apotheke hätte durch Befragung erhoben werden können, ob "die Angehörigen der Klinik einen gewissen Preisnachlaß genießen". Beim Betreiber der G-Apotheke hätte erhoben werden können, inwieweit diese den Bereich der S-Straße "abdeckt". "Dieselben Überlegungen" hätten für die Bewohner der Zählspengel 330 und 331, die Einwohner östlich des H-Weges und die Bewohner jenseits des Inn zu gelten.

Mit diesen Darlegungen der Beschwerde wird dem Sinn nach die Frage nach dem Inhalt des Begriffes der "zu versorgenden Personen" und nach den Ermittlungsmethoden, auf deren Grundlage die Zuordnung bestimmter Personenkreise zu den jeweils von einer bestimmten Apotheke aus "zu versorgenden Personen" zu erfolgen hat, aufgeworfen.

Im Beschwerdefall gehen alle Beteiligten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens übereinstimmend davon aus, daß für die Versorgungspotentiale der geplanten öffentlichen Apotheke des Mitbeteiligten und der bestehenden öffentlichen Apotheke der Beschwerdeführerin ausschließlich im jeweiligen 4 km-Polygon wohnende Personen in Betracht kommen. Es geht daher im Zusammenhang mit den von der Beschwerde aufgeworfenen Fragen um den Begriff der "zu versorgenden Personen" im Sinne des § 10 Abs. 3 und 4 ApG; maßgeblich ist insbesondere die Abgrenzung der Kundenpotentiale im Überschneidungsbereich der 4 km-Polygone. Hingegen ist der in Abs. 5 leg. cit. normierte, an andere Tatbestandsmerkmale anknüpfende Begriff der "zu versorgenden Personen" im vorliegenden Zusammenhang nicht zu erörtern.

§ 10 Abs. 3 und 4 ApG knüpfen beim Begriff der "zu versorgenden Personen" einerseits an die Eigenschaft als ständige Einwohner im 4 km-Umkreis und andererseits an die örtlichen Verhältnisse an, nach denen diese Personen aus der neu zu errichtenden bzw. der bestehenden Apotheke zu versorgen bzw. weiterhin zu versorgen sein werden.

Aus dieser Anknüpfung an die örtlichen Verhältnisse hat die Rechtsprechung zu § 10 Abs. 2 Z. 1 und 3 in Verbindung mit Abs. 3 und 4 ApG abgeleitet, daß unter den "in einem Umkreis von vier Straßenkilometern von der künftigen Betriebsstätte der Apotheke zu versorgenden Personen" jene zu verstehen sind, die eine besondere RÄUMLICHE NAHEBEZIEHUNG (im 4 km-Umkreis) zur neuen Apotheke haben (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 26. September 1994, Zlen. 94/10/0042, 0045 und die dort zitierte Vorjudikatur). Im Überschneidungsbereich der 4 km-Polygone ist für die Zuordnung der Kundenpotentiale zur einen oder anderen Apotheke die leichtere Erreichbarkeit ausschlaggebend, wobei es in erster Linie auf die zurückzulegende Entfernung ankommt; darüber hinaus können noch andere Umstände, wie etwa erhebliche Höhenunterschiede, besonders unangenehme und gefährliche Wegstücke etc. eine Rolle spielen. Gegebenenfalls ist eine konkrete Zuordnung der in bestimmten Straßenzügen und Häusern wohnhaften Bevölkerung zum Versorgungspotential der einen oder der anderen Apotheke vorzunehmen (vgl. z.B. die Erkenntnisse

vom 17. Mai 1993, Zl. 90/10/0123, vom 29. November 1993, Zlen.92/10/0393, 0396, vom 22. Dezember 1993, Zl. 93/10/0078, und vom 26. September 1994, Zl.92/10/0459). Die Zuordnung der Wohnbevölkerung zu den in Betracht kommenden Apotheken hat sich somit (im Überschneidungsbereich der 4 km-Polygone) an einer gedachten, nach den Gesichtspunkten der räumlichen Nähe und Erreichbarkeit zu ziehenden örtlichen Trennlinie zu orientieren (vgl. das Erkenntnis vom 29. Oktober 1993, Zl. 90/10/0135).

Die oben wiedergegebenen Darlegungen der Beschwerde können dieser somit schon deshalb nicht zum Erfolg verhelfen, weil nicht behauptet wird, daß sich die Behörde bei der Zuordnung der Kundenpotentiale nicht von den nach dem Gesagten maßgeblichen Gesichtspunkten der räumlichen Nähe und leichteren Erreichbarkeit hätte leiten lassen oder die dargelegten Grundsätze unrichtig angewendet hätte.

Die von der Beschwerde vermißten Erhebungen waren aber auch unter dem Gesichtspunkt der Ermittlungsmethode weder vom Gesetz geboten noch zweckmäßig. Die Behörde ist im Apothekenkonzessionsverfahren durch § 10 ApG vor die Aufgabe gestellt, eine Prognoseentscheidung über das voraussichtliche Kundenverhalten zu treffen, die sich an den in § 10 Abs. 3 bis 5 ApG normierten objektiven Umständen zu orientieren hat. Dabei kommt es auf das - an Hand von objektiven Umständen prognostizierte - Kundenverhalten für einen nicht nur auf eine Übergangsphase abgestellten Zeitraum an; persönliche Präferenzen für das Aufsuchen einer bestimmten Apotheke können sinnvollerweise als Basis einer Langzeitprognose nicht berücksichtigt werden (vgl. z.B. die Erkenntnisse vom 15. Dezember 1988, Zl. 86/08/0174, und vom 22. Mai 1990, Zl. 88/08/0257). Ebensowenig waren Erhebungen bei den Inhabern bestehender Apotheken über die Zusammensetzung des jeweiligen Kundenkreises geboten, weil sich die Bedarfsprognose nicht an der Beobachtung des - von subjektiven Gesichtspunkten mitbestimmten - gegenwärtigen Kundenverhaltens, sondern an den in § 10 Abs. 3 bis 5 ApG normierten objektiven Umständen zu orientieren hat.

Die von der Beschwerde vermißten Erhebungen waren somit weder unter dem Gesichtspunkt des Beweisthemas noch unter dem Gesichtspunkt der Ermittlungsmethode geboten; die geltend gemachte Rechtswidrigkeit liegt nicht vor.

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

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Schlagworte

Existenzgefährdung Bedarfsbeurteilung Parteistellung Bedarf Umsatz Umsatzrückgang Prognosen in Stadtrandgebieten

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1995:1993100056.X00

Im RIS seit

25.04.2001

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at