

# TE Vwgh Erkenntnis 1994/9/26 94/10/0042

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.09.1994

## Index

82/04 Apotheken Arzneimittel;

## Norm

ApG 1907 §10 Abs1;

ApG 1907 §10 Abs2;

ApG 1907 §10 Abs3;

ApG 1907 §10 Abs5;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):94/10/0045

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde 1. der Dr. C in O, vertreten durch Dr. H, Rechtsanwalt in J, 2. des Dr. S und 3. des Dr. P, beide in K, vertreten durch Dr. G, Rechtsanwalt in X, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz vom 14. Jänner 1994, Zl. 262.063/8-II/A/4/93, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke in K (mitbeteiligte Partei: Mag. M in X), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Die Erstbeschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug erlassenen Bescheid der belangten Behörde vom 31. Oktober 1988 war der Mitbeteiligten die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit dem Standort der Gemeinde K gemäß den §§ 9, 10 und 51 ApG erteilt worden.

Diesen Bescheid hatte der Verwaltungsgerichtshof über Beschwerde der Erstbeschwerdeführerin mit seinem Erkenntnis vom 26. April 1993, Zl. 91/10/0252, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Zur weiteren Vorgeschichte des Beschwerdefalles wird auf die Darlegungen dieses Erkenntnisses verwiesen.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 14. Jänner 1994 erteilte die belangte Behörde der Mitbeteiligten gemäß den §§ 10 und 51 des Apothekengesetzes in der Fassung

BGBl. Nr. 96/1993 (ApG) die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit dem

Standort der Gemeinde K. Begründend führte die belangte Behörde nach Darlegung des Verfahrensganges und der Rechtslage im wesentlichen folgendes aus: Der 4 km-Umkreis um die künftige Betriebsstätte in K umfasse das gesamte Siedlungsgebiet von K und U, den östlichen Teil von R, den östlich der Pfarrkirche gelegenen Teil von Z, den westlichen Teil von V, den Ortskern von O sowie Teile der Gemeinde A. Die Gemeinden Z, V und A hätten je eine eigene öffentliche Apotheke. In K befänden sich eine Volksschule, eine Hauptschule, ein Polytechnischer Lehrgang, eine HBLA für Land- und Hauswirtschaft sowie zwei größere Betriebe (mit 169 bzw. 215 Beschäftigten). Eine Buslinie verbinde I mit K und O, eine weitere Buslinie führe ins S-Tal. K verfüge über eine der Einwohnerzahl entsprechende Infrastruktur; seine Einwohner seien nicht gezwungen, für die Besorgungen des täglichen Bedarfes I aufzusuchen. Auf Grund der örtlichen Verhältnisse seien zum Versorgungsgebiet der geplanten öffentlichen Apotheke K mit 2282, U mit 207, O mit 2326 und R mit 712 Einwohnern zu zählen. Zwar schließe der 4 km-Umkreis Gebiete von V, A und Z ein; diese könnten allerdings nicht der öffentlichen Apotheke in K zugerechnet werden, da diese Gemeinden "eigene" öffentliche Apotheken hätten. R liege zwar zum Teil außerhalb des 4 km-Umkreises (die Kirche sei von der Betriebsstätte der Apotheke in K 5,5 km entfernt), jedoch wesentlich günstiger als zu den anderen Apotheken in Z (8,5 km entfernt) und A. Auf Grund der leichten Erreichbarkeit sei jedenfalls die gesamte Bevölkerung von R der Apotheke in K zuzurechnen. Auch Teile von O lägen außerhalb des 4 km-Umkreises; 1160 Personen wohnten innerhalb desselben, 1166 Personen außerhalb. Aber auch hier gelte, daß die Apotheke in K die nächste und am leichtesten erreichbare öffentliche Apotheke sei. Der Bedarf an einer öffentlichen Apotheke in K ergebe sich daher aus der Einwohnerzahl von K, U, O und R von insgesamt 5527. Die "Anzahl der Zweitwohnsitze", diejenigen Einwohner des S-Tales, die mit Sicherheit ebenfalls die Apotheke in K aufsuchen würden, und der Fremdenverkehr seien in dieser Zahl nicht berücksichtigt. Die Darstellung der Beschwerdeführer, wonach "der Großteil der Einwohner des Gebietes um K" sich hauptsächlich in I aufhalten und dort Arzneimittel beziehen werde, scheine der belangten Behörde nicht realistisch. Gerade die Existenz der beschwerdeführenden Ärzte lasse auf das Gegenteil schließen. K und O "sowie zum Teil auch R" seien durch die genannten Ärzte medizinisch versorgt. Es sei als gesichert anzunehmen, daß die von diesen verschriebenen Arzneimittel in der neuen öffentlichen Apotheke, die von den Ordinationsstätten der beschwerdeführenden Ärzte 200 m, 300 m bzw. 3,4 km entfernt sein werde, eingelöst würden. Ebenso sei es völlig unrealistisch, die Pendler so in den Vordergrund zu stellen. Diese führen im Krankheitsfall nicht an ihre Arbeitsstelle, sondern zum ersten erreichbaren Arzt und zur nächstgelegenen Apotheke. Es sei somit verfehlt, die "Einwohner des S-Tales als für die Versorgungsmöglichkeit aus einer öffentlichen Apotheke in K ganz zu negieren". Dasselbe gelte natürlich auch für die Pendler von R nach I. Eine weitere Erhebung über das Pendlerverhalten der Bevölkerung von R sei daher entbehrlich. Es sei nämlich nicht zu prüfen, ob gesunde, in I beschäftigte Personen, die vom S-Tal täglich zur Hauptstadt pendeln, in der Lage seien, sich in I Medikamente zu beschaffen. Es sei vielmehr zu überlegen, was diese Personen im Krankheitsfall, wenn sie nicht in der Lage wären, zum Arbeitsplatz zu fahren, unternähmen: Welche Ärzte und welche Apotheke sie dann aufsuchten. Gerade in einem solchen Fall komme es darauf an, in der Nähe des Wohnortes eine Apotheke zu haben. Gerade deshalb sei im Apothekengesetz auf die örtliche Nahebeziehung zwischen dem Wohnort und der Betriebsstätte der Apotheke abgestellt worden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die zur Zl.94/10/0042 protokollierte Beschwerde der Erstbeschwerdeführerin und die zur Zl. 94/10/0045 protokollierte Beschwerde des Zweit- und des Drittbeschwerdeführers. Die Beschwerdeführer sind hausapothekenführende Ärzte, deren Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke bei Neuerrichtung der geplanten öffentlichen Apotheke gemäß § 29 Abs. 4 ApG zurückzunehmen wäre.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und in ihren Gegenschritten die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerden beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat das Verfahren über die Beschwerden wegen des sachlichen und persönlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden und über die Beschwerden erwogen:

§ 10 ApG lautet auszugsweise:

"(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 5.500 beträgt.

...

(3) Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z. 1 sind die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von 4 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.

...

(5) Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner im Sinne der Abs. 3 oder 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."

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

Unter den "in einem Umkreis von 4 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 hatte 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 5.500 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. die Erkenntnisse vom 20. Dezember 1993, Zl. 92/10/0108 und Zl. 92/10/0359, und die dort jeweils zitierte Vorjudikatur).

Den Darlegungen des angefochtenen Bescheides ist im Zusammenhang gesehen mit Hilfe einer einfachen Rechnung - wenngleich eine ausdrückliche Aussage dieses Inhaltes in der Begründung fehlt - zu entnehmen, daß die belangte Behörde von insgesamt 3649 ständigen Einwohnern im 4 km-Umkreis ausgeht (2282 Einwohner von K, 207 Einwohner von U, 1160 Einwohner von O). Dies ist im Beschwerdeverfahren im Ergebnis nicht strittig; aus welchen Gründen die Erstbeschwerdeführerin - die andererseits ausdrücklich vorbringt, im 4 km-Umkreis befänden sich 3649 zu versorgende Personen - behauptet, die belangte Behörde habe die Anzahl der Einwohner im 4 km-Umkreis unrichtig festgestellt, ist an Hand der Beschwerdeausführungen nicht nachvollziehbar.

Auch im Zusammenhang mit der weiteren Feststellung des angefochtenen Bescheides, zum Versorgungspotential der geplanten Apotheke in K zählten die gesamte außerhalb des 4 km-Umkreises wohnhafte Bevölkerung von R (712 Einwohner) und jene Einwohner von O, die außerhalb des 4 km-Umkreises wohnten, machen die Beschwerdeführer zu Unrecht Ermittlungs- und Begründungsmängel geltend. Diesen Personenkreis betreffend hat die belangte Behörde die "Erreichbarkeit" der geplanten Apotheke als jenen entscheidenden Umstand angesehen, der im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG zur Zurechnung zu deren Versorgungspotential führt. Diese Auffassung entspricht angesichts der Umstände des Beschwerdefalles dem Gesetz, weil hier (besondere) Verkehrsverhältnisse im Sinne der soeben

zitierten Vorschrift (vgl. "auf Grund ... des Verkehrs in

diesem Gebiet") vorliegen, die den Schluß zulassen, die (gesamte) Bevölkerung dieses Gebietes werde sich zur Heilmittelversorgung der neuen öffentlichen Apotheke bedienen. Nach Lage der Akten des Verwaltungsverfahrens bestehen aus dem in Rede stehenden Gebiet nur solche Straßenverbindungen zu anderen in Betracht kommenden Apothekenstandorten, die durch das unmittelbare Einzugsgebiet der geplanten öffentlichen Apotheke in K führen. Bewohner der strittigen Gebiete, die eine öffentliche Apotheke aufsuchen wollen, fluten somit jedenfalls zunächst in K

ein. Es handelt sich hier um jenen in der Literatur (vgl. Puck, Die Prüfung des Bedarfes bei öffentlichen Apotheken, FS Winkler 213, 228) erwähnten besonderen Ausnahmefall im Sinne einer "Talschluß"- bzw. "Sackgassen"-Situation, in dem die Zurechnung der im "Talschluß"- bzw. der "Sackgasse" wohnenden Bevölkerung zum Kundenpotential jener Apotheke, in deren Standort dieser Personenkreis notwendigerweise zunächst einfluten muß, grundsätzlich berechtigt erscheint. Daß die Möglichkeit besteht, das Ortszentrum zu umfahren, wie die Beschwerden aufzeigen, fällt angesichts der weitaus größeren Entfernung anderer Apothekenstandorte hier nicht entscheidend ins Gewicht, zumal die Beschwerden nicht aufzeigen, daß andere Apothekenstandorte ohne das Befahren von Ortszentren erreicht werden könnten.

In solchen Fällen könnte von einer Zurechnung zum Kundenpotential einer Apotheke ungeachtet der beschriebenen Verkehrsverhältnisse jedoch hinsichtlich solcher Personen abzusehen sein, die - etwa im Hinblick auf die besondere Anziehungskraft anderer Standorte oder die Verkehrsverhältnisse, die dem in Rede stehenden Personenkreis als Teilnehmer am reinen "Durchzugsverkehr" erscheinen läßt - in Beziehung auf den in Rede stehenden Ort nicht als "Einfluter", sondern lediglich als "Durchfluter" anzusehen wären; in diesem Zusammenhang wurde im - über die Beschwerde der im Verwaltungsverfahren zunächst übergangenen Erstbeschwerdeführerin ergangenen - Vorerkenntnis eine Ergänzungsbedürftigkeit des im ersten Rechtsgang ergangenen Bescheides angenommen. Im ergänzenden Verwaltungsverfahren haben die Beschwerdeführer insbesondere die Auffassung vertreten, der strittige Personenkreis sei deshalb nicht (bzw. jedenfalls nicht zur Gänze) dem Versorgungspotential einer öffentlichen Apotheke in K zuzurechnen, weil es sich bei einem Großteil der Berufstätigen, die im strittigen Gebiet wohnten, um "Auspendler" handle, die ihren Arbeitsplatz in der nahegelegenen Landeshauptstadt hätten und sich bei Gelegenheit der Anreise zur Arbeitsstelle auch dort mit Heilmitteln versorgen würden.

Diese Auffassung hat die belangte Behörde mit der oben wiedergegebenen Begründung nicht geteilt; sie befindet sich damit im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, der unter Umständen, die dem Beschwerdefall ganz ähnlich waren, davon ausgegangen ist, daß sich auch "Auspendler" im allgemeinen in möglicher Nähe zur Wohnsitzgemeinde mit Heilmitteln versorgen werden (vgl. das Erkenntnis vom 24. März 1992, Zl. 87/08/0089).

Mit ihren Hinweisen, die belangte Behörde habe nicht hinreichend auf die große Anzahl von Auspendlern Bedacht genommen, zeigen die Beschwerden somit keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf.

Soweit die Beschwerden Gründe aufzeigen, aus denen die Zurechnung von Bewohnern der Gemeinden Y, P und E zum Versorgungspotential der öffentlichen Apotheke in K nicht berechtigt wäre, sind sie darauf hinzuweisen, daß in dem von der belangten Behörde angenommenen Versorgungspotential von 5527 Personen Einwohner der zuletzt genannten Gemeinden nicht enthalten sind. Die Darlegungen des angefochtenen Bescheides, es wäre verfehlt, diesen Personenkreis "ganz zu negieren", erreichen nicht die Qualität von Sachverhaltsfeststellungen.

Was die Darlegungen des Zweit- und Drittbeschwerdeführers betrifft, der angefochtene Bescheid sei nichtig, weil die belangte Behörde - anstatt im zweiten Rechtsgang darüber zu befinden, ob den vorliegenden Berufungen Folge gegeben werde oder diese abzuweisen wären - in der Sache selbst entschieden habe, genügt der Hinweis, daß die belangte Behörde mit der Entscheidung in der Sache der ihr - auch im zweiten Rechtsgang - gemäß § 66 Abs. 4 AVG obliegenden Verpflichtung, bei der Entscheidung über die Berufung in der Sache zu entscheiden, entsprochen hat.

Der Zweit- und der Drittbeschwerdeführer machen weiters geltend, die belangte Behörde habe nicht geklärt, ob sich die von der Apotheke in V zu versorgende Personenanzahl auf unter 5500 vermindern werde. Diesen Darlegungen ist zu erwidern, daß die Beschwerdeführer in ihren im fortgesetzten Verwaltungsverfahren abgegebenen Stellungnahmen den Darlegungen des Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer, wonach das in Rede stehende Gebiet derzeit durch die Hausapotheken der Beschwerdeführer versorgt werde und eine ins Gewicht fallende Reduzierung des Kundenpotentials der benachbarten öffentlichen Apotheken nicht zu erwarten sei, nicht entgegengetreten sind; es wurde auch von keiner Seite behauptet, daß sich infolge der Neuerrichtung der geplanten öffentlichen Apotheke das Kundenpotential einer der benachbarten öffentlichen Apotheken - etwa jener in V - verringern und weniger als 5500 betragen werde. Bei dieser Sachlage liegt keine Rechtswidrigkeit darin, daß die belangte Behörde im Ergebnis die Auffassung vertritt, betreffend die Apotheke in V werde keine Verringerung der Zahl der weiterhin zu versorgenden Personen eintreten. Zwar wird der entsprechende Begründungsteil mit der Formulierung "die Voraussetzung des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG ist gegeben", wie die Beschwerde geltend macht, in zu Mißdeutungen Anlaß gebender Weise

eingeleitet; aus dem Kontext mit den folgenden Darlegungen der Begründung ergibt sich jedoch zweifelsfrei, daß die belangte Behörde vom Weiterbestehen der in § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG umschriebenen formalisierten Bedarfssituation betreffend die Apotheke in V ausgeht. Die geltend gemachte Rechtswidrigkeit liegt somit nicht vor.

Die Beschwerden waren gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994. Dem Zweit- und Drittbeschwerdeführer war mangels eines wirksamen - in dem diese Beschwerdeführer betreffenden Verfahren - gestellten Antrages der belangten Behörde kein Aufwandersatz aufzuerlegen.

#### **Schlagworte**

Existenzgefährdung Bedarfsbeurteilung

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1994:1994100042.X00

#### **Im RIS seit**

25.04.2001

#### **Zuletzt aktualisiert am**

03.02.2017

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

© 2025 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)