

# TE Vwgh Erkenntnis 1994/4/18 92/10/0477

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.04.1994

## Index

82/04 Apotheken Arzneimittel;

## Norm

ApG 1907 §10 Abs1 Z2;

ApG 1907 §10 Abs2;

ApG 1907 §10 Abs3;

ApG 1907 §10 Abs4;

ApG 1907 §10 Abs5;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Waldner, Dr. Novak, Dr. Mizner und Dr. Bumberger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Kopp, über die Beschwerde der Mag. L in X, vertreten durch Dr. K, Rechtsanwalt in X, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz vom 30. Oktober 1992, Zl. 262.191/6-II/A/4/92, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke, (mitbeteiligte Partei Mag. W, in B), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz) hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in Höhe von S 11.780,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid vom 7. Jänner 1992 erteilte der Landeshauptmann von Oberösterreich dem Mitbeteiligten die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen (vierten) öffentlichen Apotheke in B mit der in Aussicht genommenen Betriebsstätte X-Straße und einem näher umschriebenen Standort. In der Frage des Bedarfes vertrat die Behörde - dem von ihr eingeholten Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer, Landesgeschäftsstelle für Oberösterreich, folgend - die Auffassung, das Versorgungspotential der neuen öffentlichen Apotheke umfasse mehr als 5.500 Personen. Als von der neuen Apotheke zu versorgende Personen seien die ca. 4.300 Einwohner des Stadtteils X und zum Teil des Stadtteils H sowie die ca. 2.100 Einwohner der Gemeinde P, und zwar einschließlich der mehr als 4 km von der Betriebsstätte der neuen Apotheke entfernt wohnenden Personen, anzusehen. Den bestehenden 3 Apotheken in B würden unter Berücksichtigung der Zentrumsfunktion von B jeweils mehr als 5.500 zu versorgende Personen verbleiben.

Gegen diesen Bescheid erhob unter anderem die Beschwerdeführerin als Inhaberin der U-Apotheke in B Berufung.

Die belangte Behörde wies mit dem vorliegend angefochtenen Bescheid die Berufung unter Bestätigung des erstinstanzlichen Bescheides ab. In der Frage des Bedarfes ging sie von folgendem Sachverhalt aus: Als Kunden der geplanten Apotheke des Mitbeteiligten kämen 5.660 Personen in Betracht, und zwar jedenfalls die Einwohner der B-Zählsprengel 11, 30, 31, 32, 50 und 53 sowie die Hälfte der Einwohner des Zählsprengels 10. Für die N-Apotheke, deren Inhaber neben der Beschwerdeführerin Berufung erhoben hatte, kämen weiterhin die Einwohner der Zählsprengel 20, 21, 33, 34, 40, 51 und 52 in Betracht (insgesamt 5.650). Für die beiden öffentlichen Apotheken am U-Platz (darunter jene der Beschwerdeführerin) verblieben die Einwohner der Zählsprengel 00, 12, 13, 14 und 34 sowie die Hälfte der Einwohner des Zählsprengels 10 (zusammen 7.091 Personen). Zu berücksichtigen sei weiters, daß B als Bezirkshaupt- und Schulstadt auch das kulturelle und medizinische Zentrum des Bezirkes mit einer erweiterten Standardkrankenanstalt und 32 niedergelassenen Ärzten sei. Die angeführten zahlreichen öffentlichen Verkehrsverbindungen nach allen Richtungen ermöglichen es sämtlichen Einwohnern des Umlandes, B mehrmals am Tag aufzusuchen und die vielfältigen Einrichtungen der Bezirkshauptstadt in Anspruch zu nehmen. Da die Bewohner des Umlandes naturgemäß das Stadtzentrum aufsuchten, seien den beiden öffentlichen Apotheken am U-Platz als Kunden zusätzlich die 2.088 Einwohner von P sowie jeweils ein Teil der Einwohner von M (1.109), von E (2.124) von S (833) und von J (2.473) zuzuzählen. Dies ungeachtet der in diesen Umgebungsgemeinden bestehenden ärztlichen Hausapothen, da in diesen die von Fachärzten verschriebenen Rezepte nicht eingelöst werden dürften. Von den beiden öffentlichen Apotheken am U-Platz würden daher auch nach Errichtung der neuen Apotheke mehr als 11.000 Personen mit Arzneimitteln zu versorgen sein (7.091 Einwohner von B, 2.088 Einwohner von P und mindestens 2.000 Personen aus den übrigen angrenzenden Gemeinden). Eine genaue Zuordnung der zu versorgenden Personen zu einer der beiden öffentlichen Apotheken am U-Platz sei nicht möglich. Aus den Umsätzen der beiden Apotheken am U-Platz im Jahre 1991 von zusammen S 34.574.000,-- sei unter Annahme eines durchschnittlichen Jahresarzneimittelverbrauches pro Kopf von S 1.700,-- auf mehr als 20.000 von diesen beiden Apotheken versorgte Personen zu schließen. Diese Umsätze bestätigten, daß das Kundenpotential der B-Apotheken wesentlich größer sei als die Zahl der ständigen Einwohner der Stadt (16.457), nämlich mehr als 25.000 Personen. Somit stehe fest, daß Bedarf nach einer vierten öffentlichen Apotheke in B gegeben sei und daß bei den bereits bestehenden drei Apotheken die Kundenzahl nicht unter 5.500 absinken werde.

In ihrer Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof macht die Beschwerdeführerin Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften sowie Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend und beantragt die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides.

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:

§ 10 des Apothekengesetzes in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 362/1990 (ApG) lautet auszugsweise:

"§ 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 5.500 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.

(3) Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z. 1 sind die ständigen Einwohner aus dem 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 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."

Bei der Bedarfsermittlung hat die Behörde zunächst die Zahl der ständigen Einwohner in den jeweiligen Zonen von 4 Straßenkilometern im Umkreis um die Betriebsstätte der geplanten und der bestehenden Apotheke zu ermitteln und festzustellen, wieviele dieser ständigen Einwohner nach Errichtung der geplanten Apotheke auf Grund der örtlichen Verhältnisse voraussichtlich ihren Bedarf an Arzneimitteln aus der jeweils unter dem Aspekt des Bedarfes betrachteten Apotheke decken werden. Ergibt sich für eine der in die Betrachtung einbezogenen 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 zu versorgenden bzw. weiterhin zu versorgenden Personen erreicht wird. Das Ergebnis dieser Prüfung hat in einer auf entsprechende Erhebungen gestützten prognostischen Zuordnung konkreter Kundenpotentiale zu den beteiligten Apotheken zu bestehen (vgl. z.B. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. Juni 1992, Zl. 88/08/0105, vom 17. Mai 1993, Zl. 91/10/0214, und vom 29. November 1993, Zl. 92/10/0110).

Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, es sei bei der Bedarfsprüfung grundsätzlich auf die Umstände im Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides abzustellen. Dabei seien jedoch zukünftige, bereits konkret vorhersehbare Entwicklungen zu berücksichtigen. Es sei bekannt, daß die mit Jahresende 1992 vorgesehene Schließung der V-AG in R zur Freisetzung von rund 1.200 Arbeitskräften führen werde und daß infolge Stillegung eines genannten weiteren Betriebes rund 300 Arbeitskräfte freigesetzt würden. Ersatzarbeitsplätze seien nicht vorhanden. Es werde daher zu einer großen Abwanderung von Personen aus dem Raum B kommen. Dies wäre bei der Bedarfsprüfung zu berücksichtigen gewesen.

Abgesehen davon, daß nicht ersichtlich ist, inwiefern zwischen der Erlassung des erstinstanzlichen und der Erlassung des angefochtenen Bescheides eine Änderung des maßgebenden Sachverhaltes eingetreten sein soll, ist entgegen der Ansicht der Beschwerde grundsätzlich die Sachlage bei Erlassung der Rechtsmittelentscheidung maßgeblich (vgl. zur diesbezüglichen ständigen Rechtsprechung und den - im vorliegenden Fall nicht in Betracht kommenden - Ausnahmen von diesem Grundsatz das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. April 1993, Zl. 91/10/0252, mit weiteren Judikaturhinweisen). Richtig ist, daß bei der von der belangten Behörde anzustellenden Prognose auch konkret absehbare, in naher Zukunft zu erwartende Umstände zu berücksichtigen waren (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 1. Juni 1983, Zlen. 83/08/0015, 0016). Bei der von der Beschwerdeführerin befürchteten Entwicklung handelt es sich aber nicht um ein solches, sondern um ein insbesondere in seiner Dimension völlig ungewisses künftiges Ereignis, weil gänzlich offen ist, ob als Folge der Schließung von Betrieben tatsächlich eine ins Gewicht fallende Abnahme der Bevölkerung von B und Umgebung eintreten wird.

Was die Feststellung der Versorgungspotentiale der neuen Apotheke und der bestehenden Apotheken von B anlangt, rügt die Beschwerdeführerin zum einen die begründungslose Zuordnung der Einwohner der Zählsprengel 50 (T) und 53 (A) zur neuen Apotheke. A liege wesentlich näher zur N-Apotheke und es bestehe für die Bewohner von A dorthin eine viel kürzere und direktere Wegverbindung als zur neuen Apotheke des Mitbeteiligten. Auch für die Einwohner von T sei die N-Apotheke auf wesentlich kürzerem Weg und über eine praktisch geradlinige Straßenverbindung zu erreichen. Zum anderen bemängelt die Beschwerdeführerin das Fehlen einer konkreten Feststellung der künftigen Kundenpotentiale der beiden bestehenden Apotheken am U-Platz. In diesem Zusammenhang vermißt die Beschwerdeführerin eine Begründung dafür, weshalb die 2.088 Einwohner der Gemeinde P sowie mindestens 2.000 Einwohner sonstiger Umgebungsgemeinden trotz der dort bestehenden ärztlichen Hausapotheken und öffentlichen Apotheken dem Kundenkreis der B-Apotheken zuzurechnen seien. Die von der belangten Behörde offenbar hilfsweise versuchte "Divisionsmethode" sei unzulässig. Die belangte Behörde habe nicht einmal den Versuch unternommen, die

den zwei Apotheken am U-Platz verbleibenden Kunden nach einem bestimmten Schlüssel diesen beiden Apotheken zuzuordnen. Hierbei wäre zu beachten gewesen, daß sich in dem Haus, in dem die zweite Apotheke am U-Platz untergebracht ist, die Ordinationen von insgesamt 8 der 12 in B niedergelassenen Fachärzte und die Ordination eines praktischen Arztes befinden.

Die Zählsprengel 50 und 53 liegen unzweifelhaft innerhalb des Umkreises von 4 km von der neuen öffentlichen Apotheke, weshalb die Zuordnung der dort wohnenden ständigen Einwohner zu einer der in Betracht kommenden Apotheken nach dem Kriterium "örtliche Verhältnisse" im Sinne des § 10 Abs. 3 und 4 zu erfolgen hat. Für diese Zuordnung ist in erster Linie die leichtere Erreichbarkeit ausschlaggebend, wobei es vor allem auf die zurückzulegende Entfernung (unter Berücksichtigung der vorhandenen Verkehrsmöglichkeiten) 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. das hg. Erkenntnis vom 29. November 1993, Zlen. 92/10/0393, 0396 mit weiteren Judikaturhinweisen). Der angefochtene Bescheid läßt jedoch entsprechende konkrete Feststellungen vermissen. Für eine nähere Begründung der vorgenommenen Zuordnung hätte aber insbesondere deshalb Veranlassung bestanden, weil die belangte Behörde hiebei von jener der Erstbehörde und der Apothekerkammer abwich; diese zählten die Einwohner der beiden in Rede stehenden Zählsprengel nicht zu den aufgrund der örtlichen Verhältnisse von der neuen Apotheke zu versorgenden Personen. Mangels einer entsprechenden Begründung kann nicht beurteilt werden, ob der angefochtene Bescheid insoweit dem Gesetz entspricht. Dieser Begründungsmangel ist auf dem Boden der von der belangten Behörde getroffenen Sachverhaltsannahmen, von denen der Verwaltungsgerichtshof bei seiner Überprüfung des angefochtenen Bescheides auszugehen hat, wesentlich, weil ohne die 1.489 Einwohner von T und A das Versorgungspotential der neuen Apotheke erheblich unter dem gesetzlichen Mindestfordernis von 5.500 Personen läge.

Was die künftigen Kundenpotentiale der beiden Apotheken am U-Platz anlangt, hat die belangte Behörde neben den nach ihrer Ansicht ihnen verbleibenden 7.091 Einwohnern von B (anders als die Erstbehörde und das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer) auch die 2.088 Einwohner von P dem Kundenkreis dieser Apotheken zugerechnet und dies damit begründet, daß von den Bewohnern des Umlandes naturgemäß das Stadtzentrum aufgesucht werde. Diese Begründung läßt außer acht, daß (nach den vorliegenden Plänen und dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer) das Gemeindegebiet von P zum Teil im 4-Kilometer-Polygon der neuen Apotheke liegt. Innerhalb dieses Bereiches hat gemäß § 10 Abs. 3 und 4 ApG die Zuordnung zu den in Betracht kommenden Apotheken nach dem vorhin dargelegten Kriterium der "örtlichen Verhältnisse" zu erfolgen, wobei es auf Ortsgrenzen nicht ankommt (vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. April 1993, Zl. 91/10/0252, und vom 20. Dezember 1993, Zl. 92/10/0359). Dies hat die belangte Behörde verkannt. Sie hat offenbar deshalb die insoweit erforderlichen Feststellungen nicht getroffen und daher den angefochtenen Bescheid in der Frage, welcher der in Betracht kommenden Apotheken die innerhalb des 4-Kilometer-Umkreises von der neuen Apotheke wohnhaften Einwohner von P als Kunden zuzurechnen sind, mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet. Nach dem maßgebenden Kriterium der "örtlichen Verhältnisse" dürften diese Einwohner der neuen Apotheke zuzuordnen sein, geht man von den (mit den Plänen übereinstimmenden) Ausführungen im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer aus, für diesen Personenkreis sei die neue Apotheke die nächstliegende.

Der von § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG geforderten ziffernmäßigen Prognose der von der Apotheke der Beschwerdeführerin weiterhin zu versorgenden Personen vermag die Feststellung der belangten Behörde nicht zu genügen, es seien nach Errichtung der neuen Apotheke von den beiden Apotheken am U-Platz weiterhin "mindestens 2.000 Personen" aus den angrenzenden Gemeinden (mit Ausnahme von P) zu versorgen, eine genaue Zuordnung dieser Personen zu den beiden Apotheken sei jedoch nicht möglich. Zum einen fehlt eine VON DEN KRITERIEN DES § 10 ABS. 5 APG AUSGEHENDE und die örtlichen Gegebenheiten einschließlich der Lage der bestehenden 3 Apotheken von B berücksichtigende nachvollziehbare Begründung für die prognostizierte Gesamtzahl der von den genannten Apotheken weiterhin zu versorgenden Personen. Zum Erfordernis der Zuordnung konkreter Kundenpotentiale ist festzuhalten, daß die sogenannte "Divisionsmethode" grundsätzlich nicht in Betracht kommt (vgl. die Erkenntnisse vom 16. Juni 1992, Zl. 88/08/0105, und vom 29. März 1993, Zl. 90/10/0025, in denen der Verwaltungsgerichtshof eine Vorgangsweise abgelehnt hat, bei der - ohne den Versuch einer konkreten Ermittlung der Versorgungspotentiale der

künftigen und der bestehenden Apotheke unter Beachtung der gesetzlichen Kriterien - eine Gesamtzahl der voraussichtlich zu versorgenden Personen gebildet und diese den Apotheken jeweils zur Hälfte "zugewiesen" wird). Eine solche Zurechnung der Bevölkerung eines bestimmten Gebietes nach gleichen Bruchteilen kommt nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. November 1993, Zl. 92/10/0110, ausnahmsweise nur dann in Betracht, wenn die Zurechnung einer bestimmten Personengruppe zum Versorgungspotential einer der in Betracht kommenden Apotheken im Rahmen einer nachvollziehbaren Prognoseentscheidung bei lebensnaher Betrachtung nicht möglich ist, weil die für die Zuwendung des Apothekenpublikums zur einen oder anderen Apotheke ausschlaggebenden Umstände in Ansehung beider (aller) in Betracht kommenden Apotheken gleiches Gewicht haben. Die belangte Behörde hat sich allerdings mit der Frage nicht auseinandergesetzt, ob im vorliegenden Fall nach den räumlichen Verhältnissen und der Lage der Einflutungserreger ein solcher Ausnahmefall gegeben ist.

Aus den dargelegten Gründen ist der angefochtene Bescheid gemäß§ 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufzuheben.

Der Zuspruch von Aufwandersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VerordnungBGBl. Nr. 104/1991.

**Schlagworte**

Existenzgefährdung Bedarfsbeurteilung Parteistellung Bedarf Standort Existenzgefährdung Prognose

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1994:1992100477.X00

**Im RIS seit**

25.04.2001

**Zuletzt aktualisiert am**

03.02.2017

**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)