

TE Vwgh Erkenntnis 1993/12/22 93/10/0078

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.12.1993

Index

82/04 Apotheken Arzneimittel;

Norm

ApG 1907 §10 Abs2 Z3 idF 1990/362;

ApG 1907 §10 Abs3 idF 1990/362;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kirschner 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. J in W, vertreten durch Dr. V, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz vom 24. Februar 1993, Zl. 262.194/2-II/A/4/92, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in (mitbeteiligte Partei: Mag. S in W, vertreten durch Dr. E, Rechtsanwalt in W), zu Recht erkannt:

Spruch

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

Der Bund (Bundesminister für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz) hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 11.660,- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Mit Bescheid vom 5. Juni 1992 wies der Landeshauptmann von Wien den Antrag der mitbeteiligten Partei um Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit einem näher umschriebenen Standort und der in Aussicht genommenen Betriebsstätte in Wien 14 im Eckhaus Hütteldorferstraße 251/Hernsdorferstraße 19 gemäß § 51 in Verbindung mit § 10 Abs. 2 des Apothekengesetzes, RGBl. Nr. 5/1907 in der Fassung der Apothekengesetznovelle 1990, BGBl. Nr. 362 (ApG), ab. Begründet wurde diese Entscheidung damit, daß für die beantragte Apotheke kein Bedarf bestehe, weil die Apotheke der Beschwerdeführerin (Flötzersteig-Apotheke) bereits derzeit ein Versorgungspotential von lediglich 4.020 Personen aufweise, welches bei Errichtung der beantragten neuen Apotheke weiter absinken werde.

Gegen diesen Bescheid erhob die mitbeteiligte Partei Berufung.

Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung Folge, erteilte der mitbeteiligten Partei die beantragte Konzession und wies den Einspruch der Beschwerdeführerin ab. In der

Begründung führte die belangte Behörde u.a. aus, sie habe die aktuellen Einwohnerzahlen der für das Verfahren relevanten Zählsprengel erhoben und sie den Parteien zur Kenntnis gebracht. Das Wiener Amt für Statistik habe zusätzlich mitgeteilt, daß der Zählsprengel 1409/0 ausschließlich aus dem Psychiatrischen Krankenhaus der Stadt Wien, Baumgartnerhöhe, und dem Pulmologischen Zentrum mit insgesamt 860 Einwohnern bestehe, die allerdings aus der Anstaltsapotheke versorgt würden. Zum Zählsprengel 1405/2 gehörten außer den Kasernenangehörigen 713 Personen, die außerhalb der Kaserne wohnten. Die Präsenzdiener seien nicht in der Statistik enthalten; diese würden aber ausschließlich aus Heeres-Arzneimittelbeständen versorgt, ebenso wie die Schulungsteilnehmer in den Kasernen, die ein- bis zweimonatige Kurse absolvierten. Die Kleingartenbewohner seien bereits in den gemeldeten Einwohnerzahlen enthalten.

Die Bedingungen des § 10 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 Z. 2 ApG seien unbestritten erfüllt. Die Standortgrenzen seien dabei nicht maßgeblich. Aus der dichten Besiedlung rund um die Adresse der gewählten Betriebsstätte sei auch der Bedarf gemäß § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG für die beantragte Apotheke unbestritten gegeben. Das unmittelbar um die Betriebsstätte liegende Gebiet bestehe aus den Zählsprengeln 1404/0 (1912 Einwohner), 1404/2 (zur Hälfte; 600 EW), 1406/1 (1216 EW), 1406/0 (1617 EW), 1406/6 (zur Hälfte; 784 EW) und 1406/4 (zu einem Drittel; 962 EW); zusammen ergebe sich daher eine Zahl von

7.091 Einwohnern. Die mit 1165 im erstinstanzlichen Verfahren angegebene Zahl der Bewohner des Pflegeheims Baumgarten, die nicht aus öffentlichen Apotheken versorgt würden, könne dabei von den 7091 Personen abgezogen werden, sodaß noch immer 5926 ständige Einwohner von einer neuen öffentlichen Apotheke an der beantragten Adresse zu versorgen seien.

Wie aus dem Verfahren vor dem Landeshauptmann von Wien deutlich ersichtlich sei, sei die Hütteldorferstraße dicht mit Wohnungen und Geschäftslokalen verbaut, ordiniere dort eine große Zahl von Ärzten, seien auch gute Verkehrsverbindungen vorhanden, sodaß bestimmt eine Erleichterung in der Arzneimittelversorgung für die große Zahl der in unmittelbarer Umgebung der beantragten Apotheke wohnhaften Personen eintreten werde, zumal die F. Apotheke und M. Apotheke mehr als 2 km entlang der Hütteldorferstraße voneinander entfernt seien. Die nächstgelegene Apotheke, die Flötzersteig-Apotheke, sei zwar nur 700 m entfernt, jedoch nicht direkt mit öffentlichen Verkehrsmitteln mit der beantragten Apotheke verbunden. Die Flötzersteig-Apotheke liege auf der Anhöhe zwischen der Hütteldorferstraße und dem Flötzersteig, wobei nur die Buslinie 51A in der Nähe der Apotheke vorbeiführe. Der Bus 51A fahre vom Ottakringer Bad über die Leyserstraße nach Hietzing und könne daher auch Bewohner des 16. Bezirkes zur Flötzersteig-Apotheke befördern. Da die Flötzersteig-Apotheke aber inmitten der Kleingartensiedlungen liege, sei sie für deren Bewohner leicht zu Fuß erreichbar. In weiten Bereichen des 14. und 16. Bezirkes, westlich der Linie Leyserstraße-Maroltingergasse-Sandleitengasse gebe es überhaupt keine öffentliche Apotheke, sodaß das Einzugsgebiet der Flötzersteig-Apotheke viel größer sei als der Landeshauptmann von Wien angenommen habe. Da nur eine Buslinie dort verkehre, spiele natürlich auch der Verkehr mit privaten Personenkraftwagen eine bedeutende Rolle, für die selbstverständlich auch der Flötzersteig kein Hindernis sei, da es unter ihm Durchfahrtsmöglichkeiten gebe. Die belangte Behörde gehe davon aus, daß das Versorgungsgebiet der gut eingeführten und für die dort lebende Bevölkerung ungemein wichtigen und beliebten Flötzersteig-Apotheke aus folgenden Zählsprengeln bestehe: 1405/0 (1317 Einwohner), 1405/3 (408 EW), 1405/1 (591 EW), 1405/2 (713 EW), 1608/0 (608 EW), 1608/1 (1189 EW), 1608/2 (135 EW), 1408/0 (zur Hälfte; 517 EW) 1408/4 (261 EW), sodaß sich insgesamt ein Versorgungspotential von 5739 Einwohnern ergebe. Beim Zählsprengel 1405/2 sei beachtet worden, daß die Kasernenangehörigen in der Regel nicht von öffentlichen Apotheken versorgt würden, weshalb nur die außerhalb der Kaserne im westlichen Bereich des Zählsprengels wohnenden Personen berücksichtigt worden seien. Der Zählsprengel 1408/0 habe deshalb nur zur Hälfte berücksichtigt werden können, weil die Einwohner des westlichen Teiles eher zur M. Apotheke oder zur V. Apotheke gehen würden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die belangte Behörde habe im angefochtenen Bescheid Einwohner von Zählsprengeln den Versorgungspotentialen der von der mitbeteiligten Partei geplanten neuen Apotheke und denen der bestehenden Apotheke zugewiesen, ohne eine Begründung für diese Zuweisung zu geben. Ein Mindestmaß an Begründung müßte doch zumindest darin liegen, daß in nachvollziehbarer Weise festgestellt werde, welche Einwohner zu welcher Apotheke welche Entfernungen zurückzulegen haben und zu welcher Apotheke sie damit tatsächlich näher

hätten, denn nur das allein könne für die Zurechnung der einzelnen Versorgungspotentiale ausschlaggebend sein. Dies wäre umso notwendiger gewesen, als die belangte Behörde bei der Überprüfung der negativen Bedarfs Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG hinsichtlich der Apotheke der Beschwerdeführerin zu einem völlig anderen Ergebnis komme als die Behörde erster Instanz und andererseits deswegen, weil die Beschwerdeführerin im Zuge des Verwaltungsverfahrens ausführlich und mit einer planlichen Darstellung untermauert begründet habe, wieviele Einwohner aus welchen Zählsprengeln als Versorgungspotential für ihre Apotheke in Frage kämen. Die südlich der Sambeckgasse gelegenen Teile der Zählsprengel 1405/1 und 1405/3 lägen eindeutig näher zur Betriebsstätte der geplanten neuen Apotheke; die Einwohner dieser Zählsprengel seien daher zu Unrecht zur Gänze dem Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin zugerechnet worden. Der südöstliche Teil des Zählsprengels 1405/1, soweit er südlich des Zählsprengels 1405/2 liege, liege näher zur Betriebsstätte der F. Apotheke und sei daher ebenfalls zu Unrecht in den der Apotheke der Beschwerdeführerin verbleibenden Versorgungsbereich mit einbezogen worden.

Ungefähr drei Viertel des Zählsprengels 1405/2 lägen näher zur Betriebsstätte der F. Apotheke und es seien daher zu Unrecht sämtliche nicht dem Bundesheer angehörigen dort wohnenden 731 Einwohner in das Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin einbezogen worden.

Der Großteil des Gebietes des Zählsprengels 1408/0 liege westlich des Gute Stube-Weges und damit näher zur Betriebsstätte der M. Apotheke. Rein gebietsmäßig liege lediglich ein Viertel dieses Zählsprengels näher zur Betriebsstätte der Apotheke der Beschwerdeführerin, sodaß die belangte Behörde zu Unrecht die Einwohner dieses Zählsprengels zur Hälfte dem Versorgungspotential ihrer Apotheke zugeordnet habe.

Was den Zählsprengel 1608/2 betreffe, werde darauf verwiesen, daß der Flötzersteig eine natürliche Barriere gegen Süden bilde und, beginnend von der Ameisbachzeile, nach Osten abfalle. Es sei daher aufgrund dieser örtlichen Gegebenheiten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß sich die Einwohner dieses Zählsprengels bereits in öffentlichen Apotheken des 16. Bezirkes versorgen würden bzw. aufgrund der großen Entfernungen zu den bestehenden Apotheken eine eindeutige Zurechnung zu den Versorgungspotentialen der bestehenden Apotheken nicht möglich sei. Dazu komme noch, daß der nördliche Teil dieses Zählsprengels über die Johann Staudstraße und die dort verkehrende Autobuslinie nach Ottakring erschlossen werde.

Aus diesen Überlegungen ergebe sich eindeutig, daß im Falle der Errichtung der von der mitbeteiligten Partei beantragten neuen öffentlichen Apotheke das der Beschwerdeführerin verbleibende Versorgungspotential weit unter 5500 Personen liegen werde.

Unrichtig gelöst worden sei auch die Zuordnung der zum Versorgungspotential der geplanten neuen Apotheke gerechneten Zählsprengel 1406/0 und 1406/4, da ein Großteil der Einwohner dieser Zählsprengel näher zur Betriebsstätte der A. Apotheke habe. Bei richtiger Zuordnung der Einwohner dieser Zählsprengel ergebe sich ein Versorgungspotential für die geplante neue Apotheke von weniger als 5500 Personen.

Selbst die mitbeteiligte Partei habe in ihrer Berufung indirekt zugestanden, daß ein derart weiter Versorgungsbereich für die öffentliche Apotheke der Beschwerdeführerin, wie ihn die belangte Behörde angenommen habe, nicht bestehe. Die mitbeteiligte Partei habe nämlich in ihrer Berufung die Zählsprengel 1405/0 (1312 Einwohner), 1405/1 (560 EW), 1405/2 (die Hälfte von 1309; 655 EW), 1405/3 (zwei Drittel von 411/274 EW), 1408/4 (zwei Drittel von 251; 167 EW), 1409/0 (898 EW), 1608/0 (586 EW), 1608/1 (1210 EW) und 1608/2 (die Hälfte von 125; 63 EW), sohin insgesamt 5725 Personen, zum Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin gerechnet. In dieser Aufstellung sei der Zählsprengel 1409/0 mit 898 Personen enthalten, der, wie die belangte Behörde zu Recht festgestellt habe, nicht dem Versorgungspotential zugeordnet werden könne, da es sich bei den gesamten Einwohnern dieses Zählsprengels um die Insassen des Psychiatrischen- und des Pulmologischen Krankenhauses der Stadt Wien handle, die aus der Anstaltsapotheke mit Medikamenten versorgt würden. Wenn man aber diese 898 Personen von den insgesamt 5725 von der mitbeteiligten Partei ermittelten Personen abziehe, ergebe sich für die Apotheke der Beschwerdeführerin ein Versorgungspotential von lediglich 4.827 Personen.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und in der Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Die mitbeteiligte Partei hat ebenfalls eine Gegenschrift erstattet, in der sie beantragt, der Beschwerde keine Folge zu geben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin ist im Recht, wenn sie bemängelt, daß die Zuordnung der Versorgungspotentiale zu den einzelnen Apotheken nicht in nachvollziehbarer Weise vorgenommen wurde.

§ 10 ApG, der die sachlichen Voraussetzungen der Konzessionserteilung regelt, lautet auszugsweise:

"(1) Die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke ist zu erteilen, wenn

1.

...

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.

...

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 aufgrund 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 aufgrund 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 Begründung des angefochtenen Bescheides enthält keine ausreichenden sachverhaltsbezogenen Feststellungen, um beurteilen zu können, ob die Zuordnung von Einwohnern der von der Beschwerdeführerin angeführten Zählspengel zum Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin bzw. der geplanten Apotheke der mitbeteiligten Partei in dem von der belangten Behörde vorgenommenen Umfang den "örtlichen Verhältnissen" im Sinne des § 10 Abs. 3 und 4 ApG entspricht. Für diese Zuordnung wird die leichtere Erreichbarkeit ausschlaggebend sein, wobei es in erster Linie auf die zurückzulegende Entfernung (unter Berücksichtigung der vorhandenen Verkehrsmöglichkeiten) ankommt; darüberhinaus können noch andere Umstände, wie etwa erhebliche Höhenunterschiede, besonders unangenehme und gefährliche Wegstücke, etc. eine Rolle spielen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. November 1993, Zlen. 92/10/0393, 92/10/0396 und die dort angeführte Vorjudikatur). Entsprechende konkrete Feststellungen läßt der angefochtene Bescheid aber vermissen. Für eine eingehende Begründung der vorgenommenen Zuordnung hätte aber umso mehr Veranlassung bestanden, als die Beschwerdeführerin bereits in ihrer Stellungnahme zur Berufung der mitbeteiligten Partei sich ausführlich und unter Angabe von Gründen mit der Frage auseinandergesetzt hat, welche Einwohner aus welchen Zählspengeln ihrer Meinung nach dem Versorgungspotential ihrer Apotheke zuzuordnen seien. Auch zur Zurechnung der Einwohner aus den Zählspengeln 1406/0 und 1406/4 zum Versorgungsbereich der genannten neuen Apotheke der mitbeteiligten Partei hat die Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen Verfahren ihre Vorstellungen deponiert, mit denen sich die belangte Behörde nicht auseinandergesetzt hat. Die allgemein gehaltenen Ausführungen in der Begründung des angefochtenen Bescheides ermöglichen keine verlässliche Beurteilung, ob die von der belangten Behörde vorgenommene Zuordnung von Einwohnern zum Versorgungspotential der betroffenen Apotheken dem Gesetz

entspricht oder nicht. Deutlich vor Augen geführt wird die Notwendigkeit einer eingehenden Auseinandersetzung mit dieser Frage aber auch durch den Umstand, daß nicht nur die Beschwerdeführerin und die mitbeteiligte Partei zu unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich des Versorgungspotentials ihrer jeweiligen Apotheken gekommen sind, sondern daß auch sämtliche im Verfahren mit dieser Frage befaßten Institutionen (Österreichische Apothekerkammer - Landesgeschäftsstelle Wien; wirtschafts- und finanzpolitische Abteilung der Österreichischen Apothekerkammer; Landeshauptmann von Wien; belangte Behörde) jeweils zu völlig divergierenden Ergebnissen gelangt sind.

Wenn die Behauptungen der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Zuordnung des Versorgungspotentials zu ihrer Apotheke bzw. zur geplanten Apotheke der mitbeteiligten Partei zuträfen, wären die Bedarfskriterien des § 10 Abs. 2 Z. 1 und 3 ApG in bezug auf die von der mitbeteiligten Partei geplante neue Apotheke nicht erfüllt. Der der belangten Behörde unterlaufene Feststellungs- und Begründungsmangel ist daher wesentlich. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß nach Auffassung der Beschwerdeführerin ein Teil des ihr von der belangten Behörde zugeordneten Versorgungspotentials schon bestehenden Apotheken zuzurechnen ist und der Verlust dieses Teiles des Versorgungspotentials nicht auf die geplante Errichtung einer neuen Apotheke zurückzuführen ist. Selbst dann nämlich, wenn die Apotheke der Beschwerdeführerin bereits derzeit über ein unter 5.500 Personen betragendes Versorgungspotential verfügte, könnte dies - entgegen einer von der mitbeteiligten Partei im Zuge des Berufungsverfahrens geäußerten Auffassung - nicht dazu führen, daß ein durch die Errichtung der geplanten neuen Apotheke herbeigeführtes weiteres Absinken des Versorgungspotentials unerheblich wäre. Die Wortfolge im § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG ("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 5500 betragen wird") kann nicht so ausgelegt werden, daß eine Beeinträchtigung des Versorgungspotentials einer bestehenden öffentlichen Apotheke durch eine geplante neue Apotheke nur dann den Tatbestand dieser Bestimmung erfüllt, wenn allein durch die Umlenkung von Nachfrage von der bestehenden zur geplanten Apotheke das Versorgungspotential der Erstgenannten auf weniger als 5500 absinkt, während eine weitere Beeinträchtigung eines bereits vor Errichtung der neuen Apotheke unter 5500 Personen abgesunkenen Versorgungspotentials irrelevant wäre. Vielmehr ist aus § 10 Abs. 2 Z. 3 (arg. a minori ad maius) zu folgern, daß nicht nur eine Verringerung des Versorgungspotentials einer bestehenden Apotheke von über 5500 auf unter 5500, sondern umso mehr eine weitere Beeinträchtigung eines bereits vor Errichtung der neuen Apotheke unter 5500 Personen liegenden Versorgungspotentials durch die geplante neue Apotheke zur Versagung der beantragten Konzession führen muß.

Aus den angeführten Gründen erweist sich der angefochtene Bescheid als rechtswidrig infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 VwGG aufzuheben war. Auf das übrige Beschwerdevorbringen war daher nicht mehr einzugehen.

Der Ausspruch über den Kostenersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 104/1991.

Die Abweisung des Mehrbegehrens bezieht sich auf Stempelgebühren für nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderliche Beilagen.

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1993:1993100078.X00

Im RIS seit

25.04.2001

Zuletzt aktualisiert am

06.02.2017

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at