

# TE Vwgh Erkenntnis 1993/9/20 92/10/0009

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 20.09.1993

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;  
82/04 Apotheken Arzneimittel;

## Norm

ApG 1907 §10 Abs1 idF 1990/362;  
ApG 1907 §10 Abs2 idF 1990/362;  
ApG 1907 §10 Abs3 idF 1990/362;  
ApG 1907 §10 Abs7 idF 1990/362;  
AVG §52 Abs1;  
AVG §8;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde des Mag. G in W, vertreten durch Dr. H, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz vom 6. November 1991, GZ. 262.157/5-II/A/4/91, 262.145-II/A/4/91, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in W (mP: 1. X-Apotheke Dr. Y-KG in W,

vertreten durch Dr. S, Rechtsanwalt in W, 2. Mag. P in W,

vertreten durch Dr. V, Rechtsanwalt in W, 3. Dr. Z 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 dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von insgesamt S 11.900,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehr wird abgewiesen.

## Begründung

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 20. März 1990 wurde dem Beschwerdeführer die Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in Wien XIII, Speisinger Straße 41, unter Festsetzung eines näher umschriebenen Standortes erteilt.

Gegen diesen Bescheid haben u.a. die mitbeteiligten Parteien berufen.

Mit Bescheid vom 6. November 1991 gab die belagte Behörde den Berufungen der mitbeteiligten Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens Folge, hob den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien auf und wies das

Ansuchen des Beschwerdeführers um Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke ab. In der Begründung wird ausgeführt, auf Grund des Inkrafttretens der Apothekengesetz-Novelle 1990 habe im Verfahren zweiter Instanz neu ermittelt werden müssen. Beim N-Bezirk handle es sich in erster Linie um einen Wohnbezirk, in dem - bezogen auf den angesuchten Standort - keinerlei Industrie oder größere Betriebe angesiedelt seien. Westlich werde der Bezirk vom Lainzer Tiergarten abgeschlossen, sodaß keinerlei Verkehrspublikum aus dieser Richtung gegeben sein könne. Die vom Beschwerdeführer immer wieder ins Treffen geführten Nahversorgungsbetriebe entlang der C-Straße könnten keinesfalls als Einkaufszentrum mit überregionaler Bedeutung eingestuft werden. Die nächsten öffentlichen Apotheken, die Apotheke "M", die X-Apotheke, die U-Apotheke und die R-Apotheke, lägen - in Anbetracht des Villenvorstadtcharakters - relativ nahe und deckten bisher nach allen relevanten Stellungnahmen den Arzneimittelbedarf sehr gut ab. Für ein Versorgungsgebiet käme nach der bisherigen Entscheidungspraxis der belangten Behörde nur jenes Gebiet um eine Betriebsstätte an der Adresse Speisinger Straße 41 in Frage, welches tatsächlich näher zu der neuen Apotheke als zu den bestehenden Apotheken gelegen wäre, um eine Verbesserung der Arzneimittelversorgung im Sinne einer Wegersparnis zu erreichen. Es sei also von der Behörde ein wahrscheinliches Versorgungsgebiet für die beantragte Apotheke abzuschätzen. Dabei gäbe es zum einen eine gewisse natürliche Grenze durch das Spitalsareal des Lainzer Krankenhauses. Die Patienten, Bewohner des Pflegeheimes und des Wohnheimes im Spitalsbereich würden durch die dort bestehende Anstaltsapotheke versorgt und hätten daher keinen Bedarf an einer sonstigen Arzneimittelabgabestelle. Im Norden werde das Versorgungsgebiet sicher nicht weiter reichen als bis zur Linie der Verbindungsbahn, im Osten maximal bis zur Atzgersdorferstraße (eher weniger weit), im Süden etwa bis zur Winkelbreiten und im Westen bis zur Ebersberggasse bzw. zum Spitalsgelände. Im Nordwesten werde die Versorgungsheimstraße als Grenze angenommen werden können. Dieses Versorgungsgebiet setze sich aus den Zählsprengeln 13080 (1.586 Einwohner), 13093 (707 EW), 13081 (zur Hälfte; 397 EW), 13083 (1.207 EW), 13082 (zur Hälfte; 1.037 EW) und 13095 (zur Hälfte; 568 EW), zusammen also 5.502 Einwohnern zusammen. Somit würden für die benachbarten Apotheken nur folgende Versorgungsgebiete bleiben:

X-Apotheke: 13090 (mit Ausnahme des Pflegeheimes; 33 EW), 13111 (1.083 EW), 13112 (1227 EW), 13113 (619 EW), 13094 (670 EW), und 13095 (zu einem Viertel; 284 EW), sohin

3.987 Einwohner.

U-Apotheke: 13084 (1.051 EW), 23090 (484 EW), 13110 (1.230 EW), 23091 (973 EW), 13082 (zur Hälfte; 1.037 EW), 13095 (zu einem Viertel; 284 EW), zusammen daher 5.059 EW. (Es folgt noch die Zuordnung von Zählsprengeln zu zwei weiteren Apotheken, die im vorliegenden Zusammenhang nicht mehr von Bedeutung ist).

Bereits aus dieser Aufstellung sei ersichtlich, daß die X-Apotheke die im Gesetz statuierte Mindestanzahl an zu versorgenden Personen nicht mehr erreichen würde. Auch eine Kontrolle dieser Prognose durch einen Vergleich mit dem zuletzt erzielten Umsatz und dem jährlichen pro-Kopf-Verbrauch an Arzneimitteln bestätige, daß bei derzeit 5.590 Kunden der X-Apotheke und einem Wegfall von Kunden infolge der Neuerrichtung einer der beiden beantragten Apotheken die gesetzliche Voraussetzung nicht mehr gegeben sei. Auch die U-Apotheke werde nicht mehr die gesetzliche Mindestzahl von

5.500 zu versorgenden Personen erreichen. Die gute Lage in bezug auf die öffentlichen Verkehrsmittel im Bereich der Speisinger Straße würde eine Abwanderung der Kunden der U-Apotheke und der X-Apotheke zur neuen Betriebsstätte bewirken.

Infolge eines Irrtums habe das Amt der Wiener Landesregierung die Bewohner des Pflegeheimes Lainz zum Versorgungsbereich der öffentlichen Apotheken gezählt; die Apothekerkammer habe dies übernommen. Aus diesem Grund habe sich die Behörde zweiter Instanz der positiven Beurteilung der Konzessionsvoraussetzungen nicht anschließen können.

Zu dem vom Beschwerdeführer vorgebrachten Argument, im Zählsprengel 1311 sei eine hohe Zahl von Zweitwohnungsbewohnern vorhanden, die nicht berücksichtigt worden sei, sei festzustellen, daß die Einwohnerzahlen entsprechend der Terminologie des Meldegesetzes aus den Personen mit ordentlichem Wohnsitz resultierten, gleichgültig, ob sie einen ersten oder einen weiteren ordentlichen Wohnsitz im 13. Bezirk hätten. Die 33 Bewohner des Altersheims Föhrenhof könnten nicht als 240 Personen gezählt werden, da die im Gesetz genannte Zahl von 5.500 von einer Apotheke zu versorgenden Personen als Maßzahl anzuwenden sei, ohne Rücksicht darauf, ob es sich dabei um völlig gesunde, nicht arzneimittelbedürftige Personen oder um chronisch Kranke handle.

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

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

Auch die erst- und die zweitmitbeteiligte Partei haben Gegenschriften erstattet, in denen sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 10 des Apothekengesetzes, RGBl. Nr. 5/1907 in der Fassung der Apothekengesetznovelle 1990, BGBl. Nr. 362 (ApG), der die sachlichen Voraussetzungen der Konzessionerteilung 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 Zahlen der von der künftigen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen weniger als 5.500 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 5.500 betragen wird.

(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.

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

(6) ...

(7) Zur Frage des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer einzuholen. Soweit gemäß § 29 Abs. 4 und 5 Ärzte betroffen sind, ist auch ein Gutachten der Österreichischen Ärztekammer einzuholen."

Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe im Zuge des Verwaltungsverfahrens darauf hingewiesen, daß insbesondere der Verkehrsknoten Speisinger Straße/Feldkellergasse/ Hetzendorferstraße große Bedeutung für das Einpendeln von Beschäftigten und Besuchern im 13. und 23. Bezirk und für das Erreichen der in diesem Bereich vorhandenen Krankenhäuser, Pflegeheime, Betriebe und dgl. habe. Im Gutachten der Apothekerkammer vom 24. Juni 1991 werde ausgeführt, daß Ermittlungen im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG entbehrlich seien, da die Zahl der weiterhin zu versorgenden ständigen Einwohner bei allen betroffenen Apotheken 5.500 nicht unterschreite. Die belangte Behörde habe sich der positiven Beurteilung der Konzessionsvoraussetzungen nicht angeschlossen, weil ihrer Meinung nach die Bewohner des Pflegeheimes Lainz nicht zum Versorgungsbereich der öffentlichen Apotheken zu zählen seien. Die belangte Behörde hätte daher diesen von ihr angenommenen Sachverhalt der Apothekerkammer bekanntgeben und ihr die Möglichkeit geben müssen, ein weiteres Gutachten abzugeben. Die der Apothekerkammer durch § 10 Abs. 7 ApG zwingend eingeräumte Möglichkeit zur Abgabe eines Gutachtens sei durch eine einmalige Stellungnahme nicht konsumiert. Der Apothekerkammer sei die Möglichkeit genommen worden, bei der Bedarfsfeststellung das Versorgungspotential im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG zu berücksichtigen.

Die Einholung eines Gutachtens der Apothekerkammer soll es, wie den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur ApG-

Novelle 1990, 1336 Blg. NR 17. GP, zu entnehmen ist, der Behörde ermöglichen, die fundierten statistischen Unterlagen der jeweiligen Berufsvertretungen der Bedarfsbeurteilung zugrunde legen zu können. Der Apothekerkammer kommt im Verfahren zur Erteilung einer Apothekenkonzession keine - auch keine eingeschränkte - Parteistellung zu. Aus § 10 Abs. 7 ApG resultiert lediglich eine Pflicht zur Abgabe eines Gutachtens, jedoch kein Recht auf Anhörung und (neuerliche) Erstattung eines Gutachtens, wenn die Konzessionsbehörde sich dem abgegebenen Gutachten nicht anschließt. Der belangten Behörde ist daher keine Verletzung von Verfahrensvorschriften vorzuwerfen, wenn sie der Apothekerkammer nicht neuerlich Gelegenheit zur Gutachtenserstellung gegeben hat.

Der Beschwerdeführer bringt weiters vor, er habe im Verwaltungsverfahren darauf hingewiesen, daß der Zählsprengel 1311 eine überdurchschnittliche Zahl von Zweitwohnungsbewohnern aufweise, die bei der Ermittlung des Versorgungspotentials der beteiligten Apotheken zu berücksichtigen seien. Die belangte Behörde habe diesen Umstand nicht berücksichtigt.

Zweitwohnungsbewohner können für die Ermittlung des Versorgungspotentials von Bedeutung sein. Bei der Gruppe der Zweitwohnungsbewohner ist im konkreten Einzelfall festzustellen, in welchem Umfang durch sie der Bedarf an einer öffentlichen Apotheke mitbegründet wird (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. Mai 1993, Zl. 92/10/0117).

Die von der belangten Behörde herangezogenen Einwohnerzahlen der Zählsprengel stammen aus einer Mitteilung des Statistischen Amtes der Stadt Wien. Darin ist lediglich von "Einwohnern" die Rede; ob es sich dabei um alle Personen handelt, die in den betreffenden Sprengeln gemeldet sind oder lediglich um Personen mit dem Hauptwohnsitz in diesem Bereich, geht aus dieser Mitteilung nicht hervor. Um dies zu klären, hätte es einer Anfrage beim Statistischen Amt der Stadt Wien bedurft. Der Hinweis auf das Meldegesetz in der Begründung des angefochtenen Bescheides reicht nicht aus, solange nicht feststeht, aus welcher Datenerhebung diese Einwohnerzahlen stammen und nach welchen Kriterien diese Datenerhebung durchgeführt wurde.

Der Beschwerdeführer meint, es sei völlig unrealistisch, wenn die gesamte Zahl der Betten und der Beschäftigten des Krankenhauses bzw. Altersheimes Lainz vom Versorgungspotential der X-Apotheke abgezogen werde, da nicht sämtliche Betten des Pflegeheimes Lainz ständig belegt und nur ein Teil der Patienten und Pfleglinge "erstgemeldet" seien. Die belangte Behörde gehe auch zu Unrecht davon aus, daß etwa das Wohnheim im Spitalsbereich und die Angestellten des Altersheimes Lainz von der Anstaltsapotheke versorgt würden, da dies dem § 36 ApG widerspräche. Gehe man davon aus, daß im Zählsprengel 13090

3.542 Personen gemeldet seien, so wären maximal 2.000 Personen abzuziehen gewesen.

Der belangten Behörde ist beizupflichten, wenn sie die Ansicht vertritt, jene Einwohner des Sprengels 13090, die durch die Anstaltsapotheke des Pflegeheimes Lainz versorgt würden, seien nicht zum Versorgungspotential der X-Apotheke zu zählen; sie legt aber nicht offen, auf Grund welcher Quellen sie zu dem Ergebnis kommt, daß von den 3.567 Einwohnern, die der Zählsprengel nach den Angaben des Statistischen Amtes der Stadt Wien aufweist, alle bis auf 33 zu diesem nicht zu berücksichtigenden Personenkreis gehören. Es findet sich zwar in der Begründung des angefochtenen Bescheides der Hinweis, die Direktion des Pflegeheimes Lainz habe Ende Mai 1991 mitgeteilt, daß 3.203 Pfleglinge aus der im Krankenhaus Lainz eingerichteten Anstaltsapotheke versorgt würden. Würde man diese Zahl zugrundelegen, verblieben noch 364 Einwohner aus diesem Sprengel.

Der Beschwerdeführer bemängelt, die belangte Behörde habe entgegen seinem Vorbringen im Verwaltungsverfahren die Einwohner des Zählsprengels 13102 nicht dem Versorgungspotential der X-Apotheke zugerechnet; weiters sei der Zählsprengel 13095 statt zu 2/3 ohne Begründung nur zu einem Viertel bei dieser Apotheke berücksichtigt worden. Auch die Nichtberücksichtigung der Zählsprengel 23093 und 23094 und eines Teiles des Zählsprengels 13083 bei der U-Apotheke entspreche nicht den örtlichen Verhältnissen. Andererseits sei der Zählsprengel 13072 zu Unrecht nicht der geplanten neuen Apotheke zugeordnet worden.

Weder die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens noch die Begründung des angefochtenen Bescheides enthalten ausreichende sachverhaltsbezogene Feststellungen, um beurteilen zu können, ob die Zuordnung der vom Beschwerdeführer angeführten Zählsprengel zum Versorgungspotential der betroffenen Apotheken den "örtlichen Verhältnissen" im Sinne des § 10 Abs. 3 und 4 ApG entspricht. Für eine eingehende Begründung der vorgenommenen Zuordnung hätte aber schon deswegen Veranlassung bestanden, weil einerseits die belangte Behörde die Zuordnung teilweise abweichend vom Gutachten der Apothekerkammer bzw. der Stellungnahme der MA 14 - deren Zuordnungen ihrerseits wieder teilweise voneinander abweichen - vorgenommen hat und andererseits der Beschwerdeführer

bereits im Verwaltungsverfahren eine Zuordnung der Zählsprengel in derselben Weise gefordert hat wie jetzt im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Daß die Zuordnung einzelner Zählsprengel erstmals in der Beschwerde bemängelt wird, kann dem Beschwerdeführer nicht als Verstoß gegen das Neuerungsverbot des § 41 VwGG angelastet werden, da sich die Notwendigkeit hiezu erst auf Grund der von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid vorgenommenen Zählsprengelzuordnung ergab. Dem Beschwerdeführer wurde Parteiengehör nämlich nur zur Stellungnahme der MA 14 und zum Gutachten der Apothekerkammer gegeben. Die Stellungnahme der MA 14 kam lediglich hinsichtlich der U-Apotheke zu einer Unterschreitung der Mindestzahl von 5.500 zu versorgenden Personen. Dem ist der Beschwerdeführer mit einer anderen Zählsprengelzuordnung entgegengetreten. Das ihm in der Folge zur Kenntnis gebrachte Gutachten der Apothekerkammer kam sowohl hinsichtlich der X-Apotheke als auch hinsichtlich der U-Apotheke zu dem Ergebnis, daß das Mindestversorgungspotential bei weitem überschritten werde. Die von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid vorgenommene und zu einer Unterschreitung des Mindestversorgungspotentials bei den beiden genannten Apotheken kommende Zählsprengelzuordnung wurde dem Beschwerdeführer vor Erlassung des Bescheides nicht zur Kenntnis gebracht und es wurde ihm auch nicht Gelegenheit gegeben, hiezu Stellung zu nehmen.

Wenn die zweitmitbeteiligte Partei in ihrer Gegenschrift die Auffassung vertritt, der Beschwerdeführer stelle mit seiner Behauptung, die Einwohner des Zählsprengels 13095 seien in dem von der belangten Behörde vorgenommenen Ausmaß nicht seiner geplanten Apotheke, sondern der X-Apotheke zuzuordnen, die Erreichung des Mindestversorgungspotentials bei der geplanten neuen Apotheke in Frage, so übersieht sie, daß der Beschwerdeführer auf der anderen Seite der Meinung ist, der Zählsprengel 13072 sei dem Versorgungspotential seiner geplanten Apotheke zuzurechnen.

Unzutreffend ist die Auffassung des Beschwerdeführers, die 33 Bewohner des Altenheims Föhrenhof müßten als 240 Personen gezählt werden. Hiefür bietet das ApG keine Grundlage.

Schließlich macht der Beschwerdeführer noch geltend, die Anordnung des § 10 Abs. 5 ApG sei weder bei seiner Apotheke noch bei den übrigen betroffenen Apotheken berücksichtigt worden. Auf Grund des Vorhandenseins verschiedener Betriebe, Krankenanstalten, Pflegeheime und dgl. käme täglich eine große Zahl von Beschäftigten, ambulanten Patienten, Krankenhausbesuchern und Betriebskunden in den fraglichen Bereich und es stelle die Speisinger Straße mit der Feldkellergasse/Hetzendorferstraße die wichtigste Verkehrsverbindung mit dem Individualverkehr aus Perchtoldsdorf, Mödling, Rodaun, Breitenfurt und Mauer dar. Durch diese Umstände, die auch durch die Bezirksvertretung eindeutig bestätigt worden seien, lägen die Voraussetzungen des § 10 Abs. 5 ApG vor.

Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner im Sinne der Abs. 3 oder 4 weniger als 5.500, so sind nach § 10 Abs. 5 ApG die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfssfeststellung zu berücksichtigen.

Da nach den Annahmen der belangten Behörde im Falle der Errichtung des Betriebes der vom Beschwerdeführer geplanten neuen öffentlichen Apotheke das Mindestversorgungspotential in bezug auf zwei bestehende öffentliche Apotheken durch die ständigen Einwohner allein nicht mehr erreicht würde, wäre sie verpflichtet gewesen, zu prüfen, ob dieses Mindestversorgungspotential durch die Berücksichtigung von Einflutern im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG erreicht würde. Ermittlungen in diese Richtung wurden von der belangten Behörde nicht angestellt.

Aus den angeführten Gründen erweist sich der angefochtene Bescheid als rechtswidrig infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben war.

Der Ausspruch über den Kostenersatz stützt sich auf die § 49 ff VwGG iVm der VerordnungBGBI. Nr. 104/1991. Die Abweisung des Mehrbegehrens betrifft Stempelgebühren für Beilagen, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich waren.

## **Schlagworte**

Amtssachverständiger Person Bejahung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1993:1992100009.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)