

TE Vwgh Erkenntnis 2014/4/25 2013/10/0022

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.04.2014

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E1E;
E6j;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
59/04 EU - EWR;
82/04 Apotheken Arzneimittel;

Norm

12010E049 AEUV Art49;
62012CJ0367 Sokoll-Seebacher VORAB;
ApG 1907 §10 Abs1;
ApG 1907 §10 Abs2 Z3 idF 2006/I/041;
ApG 1907 §10 Abs2 Z3;
ApG 1907 §10 Abs2;
ApG 1907 §10 Abs5;
ApG 1907 §10;
EURallg;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Stöberl und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Lukasser, Dr. Hofbauer und Dr. Fasching als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Uhlir, über die Beschwerde der AW in Eisenstadt, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in 1014 Wien, Tuchlauben 17, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit vom 30. November 2012, Zl. BMG-262299/0007- II/A/4/2012, betreffend Apothekenkonzession (mitbeteiligte Parteien: 1. TJ, 2. R. KG, beide in Eisenstadt, beide vertreten durch Dr. Wolfgang Völkl, Rechtsanwalt in 1090 Wien, Nußdorfer Straße 10-12, 3. HT in S), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 und den erst- und zweitmitbeteiligten Parteien Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid vom 30. November 2012 hat der Bundesminister für Gesundheit den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Eisenstadt abgewiesen.

Zur Begründung führte die belangte Behörde - soweit für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof wesentlich - aus, die Beschwerdeführerin habe am 27. Dezember 2000 die Konzession für die Errichtung und den Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit einem näher umschriebenen Standort und der voraussichtlichen Betriebsstätte im Technologiezentrum E beantragt. Gegen dieses Ansuchen hätten u.a. die mitbeteiligten Nachbarapotheken Einsprüche erhoben.

In der Innenstadt von Eisenstadt bestünden drei Apotheken (die Apotheken der erst- und zweitmitbeteiligten Parteien sowie eine dritte Apotheke), die jeweils weniger als 500 m voneinander entfernt gelegen seien (134 m, 166 m und 300 m). Die in Aussicht genommene Betriebsstätte der beantragten Apotheke liege von diesen drei Apotheken 1.620 m, 1.786 m und 1.920 m entfernt.

Die Beschwerdeführerin erfülle die persönlichen Voraussetzungen gemäß § 3 ApG für die beantragte Konzessionserteilung. Die Beschwerdeführerin erfülle die persönlichen Voraussetzungen gemäß Paragraph 3, ApG für die beantragte Konzessionserteilung.

Bei der Beurteilung des Bedarfs an der neu beantragten Apotheke sei das den drei Innenstadtapotheken nach Errichtung der beantragten Apotheke verbleibende Kundenpotenzial nach der "Divisionsmethode" im Wege einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln. Ein Bedarf sei nur gegeben, wenn diesen drei Apotheken ein gemeinsames Versorgungspotenzial im Ausmaß des Bedarfs von zumindest 16.500 ständigen Einwohnern verbleibe.

Im vorliegenden Verfahren seien mehrere Gutachten eingeholt worden. Das Gutachten vom 11. September 2001, das noch nach der "Zählsprengelmethode" erarbeitet worden sei, habe ein den drei Innenstadtapotheken verbleibendes gemeinsames Versorgungspotenzial im Ausmaß des Bedarfs von 14.800 ständigen Einwohnern ergeben. Die weiteren Gutachten vom 5. April 2005 und 28. Februar 2007, die schon nach der genaueren digitalen Methode erstellt worden seien, hätten ein Versorgungspotenzial im Ausmaß des Bedarfs von 13.812 bzw. 13.001 ständigen Einwohnern ergeben.

Die Beschwerdeführerin habe bereits im Verfahren vor der Behörde erster Instanz zur Quantifizierung des aus der hohen Fachärzte-Konzentration in Eisenstadt resultierenden zusätzlichen Kundenpotenzials das Privatgutachten der I-GmbH vom 20. Mai 2005 (richtig: 2008) mit Ergänzungen vom 9. September 2008 und 14. Oktober 2008 vorgelegt. In der detaillierten Stellungnahme vom 14. November 2008 habe die Apothekerkammer dazu ausgeführt, dass dieses Privatgutachten von einer Reihe von Fehlannahmen ausgehe. Es entspreche weder den apothekenrechtlichen Bestimmungen zur Ermittlung des Bedarfs gemäß § 10 Apothekengesetz 1907, RGBl. Nr. 5 (ApG), noch der dazu ergangenen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes. Die Beschwerdeführerin habe bereits im Verfahren vor der Behörde erster Instanz zur Quantifizierung des aus der hohen Fachärzte-Konzentration in Eisenstadt resultierenden zusätzlichen Kundenpotenzials das Privatgutachten der I-GmbH vom 20. Mai 2005 (richtig: 2008) mit Ergänzungen vom 9. September 2008 und 14. Oktober 2008 vorgelegt. In der detaillierten Stellungnahme vom 14. November 2008 habe die Apothekerkammer dazu ausgeführt, dass dieses Privatgutachten von einer Reihe von Fehlannahmen ausgehe. Es entspreche weder den apothekenrechtlichen Bestimmungen zur Ermittlung des Bedarfs gemäß Paragraph 10, Apothekengesetz 1907, RGBl. Nr. 5 (ApG), noch der dazu ergangenen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes.

Die Beschwerdeführerin habe in ihrer abschließenden Stellungnahme vom 18. September 2012 eine aktuelle Projektgebietsauswertung der Statistik Austria mit den neuesten Daten vorgelegt. Diese Auswertung beruhe auf derselben Polygondarstellung wie das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer. Diese aktuellen Zahlen seien der vorliegenden Bedarfsbeurteilung zu Grunde zu legen. Im 4 km-Bereich rund um die Betriebsstätten der drei Innenstadtapotheken seien nunmehr 13.123 Personen mit Hauptwohnsitz gemeldet. Außerhalb dieses 4 km-Bereiches seien 1.290 Personen mit Hauptwohnsitz gemeldet, für die die drei Innenstadtapotheken die nächstgelegenen seien. Die weiterhin durch Hausapotheken versorgten Personen ergäben nunmehr 8 Einwohnergleichwerte, die Personen mit Zweitwohnsitz 239 Einwohnergleichwerte. Die Zahlen des Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer seien daher entsprechend nach oben zu korrigieren gewesen.

Die Beschwerdeführerin addiere hiezu noch 645 nicht zuordenbare Hauptwohnsitzfälle und einen nicht zuordenbaren Nebenwohnsitzfall. Dazu habe sie eine Stellungnahme der Statistik Austria vorgelegt, wonach es sich hiebei um Meldefälle aus dem zentralen Melderegister handle, die keinem Objekt im Gebäude- und Wohnungsregister zuordenbar seien. Dazu sei auszuführen, dass diese Zahl nicht nachvollziehbar sei. Da es sich eben um nicht zuordenbare Meldefälle handle, seien sie außer Acht zu lassen. Wenn man diese Fälle trotzdem berücksichtige, so sei darauf Bedacht zu nehmen, dass auf Grund der Nichtzuordenbarkeit auch nicht eruierbar sei, ob es sich um Haupt- oder Nebenwohnsitze handle. Es könnten daher nur die Hälfte, somit 323 Personen, als mit Hauptwohnsitz gemeldet und die andere Hälfte als mit Nebenwohnsitz gemeldet berücksichtigt werden. Aus dieser Anzahl von Nebenwohnsitzen ergebe sich ein Kundenpotenzial von 25 Einwohnergleichwerten.

Die Beschwerdeführerin liste in ihrer Gesamtaufstellung vom 18. September 2012 weiters 14 % der 10.480 Berufseinpender, somit

1.467 Einwohnergleichwerte, auf. Bei diesen Pendlern sei aber zu beachten, dass keinesfalls die gesamte Anzahl den drei Innenstadtapotheken zuordenbar sei. Die Beschwerdeführerin habe selbst glaubhaft dargestellt, dass es im Einzugsbereich der Betriebsstätte der von ihr beantragten Apotheke eine große Zahl von Beschäftigten gebe. Von den 10.480 Beschäftigten seien somit zumindest 3.500 abzuziehen, die zum Versorgungsgebiet der beantragten Apotheke gehörten. Im Gebiet der drei Innenstadtapotheken verblieben somit 6.980 zu berücksichtigende Beschäftigte. 14 % davon (dieser Prozentsatz ergibt sich aus der von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführten Studie "Apothekennutzung in der Nähe des Arbeitsplatzes") entsprächen 970 Einwohnergleichwerten. Auch die Österreichische Apothekerkammer habe in ihrer gutachtlichen Äußerung vom 1. August 2012 die Ansicht vertreten, dass die meisten Arbeitsplätze im Umkreis der Betriebsstätte der beantragten Apotheke lägen.

Das sich aus den Berufseinpendlern somit ergebenden Kundenpotenzial im Ausmaß von 970 ständigen Einwohnern sei "in einem Höchstmaß nun doch zumindest als Rechnungsgröße beim Versorgungspotenzial genannt (worden), wiewohl nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes Tagespendler bei der Ermittlung des Versorgungspotenzials überhaupt nicht zu berücksichtigen sind".

Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin könne auch aus der Anzahl von Schülern und Studenten kein zusätzliches Apothekenpotenzial abgeleitet werden. Dennoch werde auf Grund des Saldos von 232 Nichttagespendlern und aufgrund von 260 Internatsschülern des Bundeskonvikts in Eisenstadt ein zusätzliches Kundenpotenzial von 251 Personen berücksichtigt.

Zum von der Beschwerdeführerin vorgelegten Privatgutachten der I-GmbH betreffend das aus der Fachärztekonzentration in Eisenstadt resultierende zusätzliche Kundenpotenzial sei auszuführen, dass die Grundstruktur und der - obwohl in sich schlüssige - Aufbau dieses Gutachtens in mehrfacher Hinsicht nicht den apothekenrechtlichen Anforderungen entsprächen. Das Gutachten arbeite nicht mit Gebäudedaten, sondern mit Rasterdaten, wobei jeweils Flächen von 250 x 250 m erfasst worden seien. Daraus resultiere eine Ungenauigkeit gegenüber der nach apothekenrechtlichen Gesichtspunkten erforderlichen exakten Zuordnung nach Gebäuden. Weiters ordne dieses Gutachten die Einwohner eines bestimmten Gebietes auf Grund der Erreichbarkeit der jeweiligen Ordination den (Fach-)Ärzten und in weiterer Folge den Apotheken zu. Ein derartiger Automatismus könne für die spezifisch apothekenrechtliche Beurteilung nicht angenommen werden. Überdies könnten nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes Fachärzte nur in Bezirksstädten mit Zentrumsfunktion in ländlichen Regionen als Einflutungserreger wirken. Im Umland von Eisenstadt seien aber eine Reihe von weiteren öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken vorhanden, sodass ein Einfluten für die Arzneimittelversorgung nicht erforderlich sei, selbst wenn Fachärzte in Eisenstadt aufgesucht würden. Der hauptsächliche Anknüpfungspunkt für den Apothekenbesuch sei der Wohnort. Das Umland von Eisenstadt sei bestens mit Apotheken versorgt. Der Schlussfolgerung des Privatgutachtens, dass Personen, für die die Innenstadtapotheken in Eisenstadt nicht die nächstgelegenen seien, allein auf Grund der Erreichbarkeit von Fachärzten diesen Apotheken zuzuordnen seien, könne nicht gefolgt werden. Auch die Apothekerkammer habe das Privatgutachten als ungeeignet angesehen, weil die Zuordnung der Bevölkerung nicht ausgehend von deren Wohnsitz getroffen werde, sondern ausgehend von der Lage der Ordination des jeweils am besten erreichbaren Arztes. Weiters habe die Apothekerkammer darauf verwiesen, dass sich nach einer von ihr in Auftrag gegebenen Studie herausgestellt habe, dass hohe Fachärztkonzentrationen keine nachweisbare Auswirkung auf die Inanspruchnahme öffentlicher Apotheken hätten.

Insgesamt ergebe sich somit, dass keine Studien vorhanden seien, welche nachvollziehbar eine Quantifizierung des aus Facharztkonzentrationen resultierenden zusätzlichen Potenzials an Apothekenkunden erlaubten. Die Berücksichtigung von Facharztkonzentrationen scheitere somit an der Quantifizierbarkeit des daraus resultierenden zusätzlichen Versorgungspotenzials.

Unter Berücksichtigung aller Beweismittel und des Vorbringens der Beschwerdeführerin gelange die belangte Behörde somit "unter maximaler Anrechnung selbst ungenügend untermauerter bzw. nicht heranzuziehender Daten" zu einer Gesamtversorgungszahl von nur insgesamt 16.229 zu versorgenden Personen, die den drei Innenstadtapotheken in Eisenstadt nach Eröffnung der beantragten Apotheke verblieben. Der Bedarf an der neu beantragten Apotheke sei daher nicht gegeben.

Über die gegen diesen Bescheid gerichtete Beschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof nach Aktenvorlage und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde sowie Erstattung von Gegenschriften durch die mitbeteiligten Parteien erwogen:

Gemäß § 10 Abs. 1 Apothekengesetz 1907, RGBl. Nr. 5 (ApG) in der Fassung BGBl. I Nr. 41/2006, ist die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen, wenn (Z 1) in der Gemeinde des Standortes der öffentlichen Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat und (Z 2) ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht. Gemäß Paragraph 10, Absatz eins, Apothekengesetz 1907, RGBl. Nr. 5 (ApG) in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 41 aus 2006,, ist die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen, wenn (Ziffer eins,) in der Gemeinde des Standortes der öffentlichen Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat und (Ziffer 2,) ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

Ein Bedarf besteht gemäß § 10 Abs. 2 Z 3 ApG nicht, 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 Ein Bedarf besteht gemäß Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG nicht, 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

5.500 betragen wird.

Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z 3 sind gemäß § 10 Abs. 4 ApG 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. Zu versorgende Personen gemäß Absatz 2, Ziffer 3, sind gemäß Paragraph 10, Absatz 4, ApG 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.

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

Zunächst sei festgehalten, dass das Unionsrecht nach dem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 13. Februar 2014 in der Rechtssache Sokoll-Seebacher, C-367/12, der Abweisung eines Apothekenkonzessionsantrages wegen Verringerung des Kundenpotenzials einer benachbarten Apotheke auf unter 5.500 zu versorgende Personen entgegen steht, wenn die neu beantragte Apotheke erforderlich ist, um für die in bestimmten ländlichen und abgelegenen Gebieten wohnhafte Bevölkerung - unter Bedachtnahme auf die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln durch ärztliche Hausapotheken und unter Berücksichtigung der bei der Bedarfsprüfung im Vordergrund stehenden Erreichbarkeit mit Kraftfahrzeugen - die zumutbare Erreichbarkeit einer Arzneimittelabgabestelle zu gewährleisten. Liegen diese Voraussetzungen vor, so haben die Gerichte und Behörden die Bestimmung des § 10 Abs. 2 Z 3 ApG unangewendet zu lassen und die Konzession - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - ohne Rücksicht auf eine allfällige Einschränkung des Kundenpotenzials der benachbarten Apotheken auf unter 5.500 ständige Einwohner zu erteilen. Ist die Erteilung der beantragten Konzession nicht bereits aus diesen Gründen unionsrechtlich erforderlich, so ist § 10 Abs. 2 Z 3 ApG weiterhin anzuwenden (vgl. das hg. Erkenntnis vom

27. März 2014, Zl. 2013/10/0209). Zunächst sei festgehalten, dass das Unionsrecht nach dem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 13. Februar 2014 in der Rechtssache Sokoll-Seebacher, C-367/12, der Abweisung eines Apothekenkonzessionsantrages wegen Verringerung des Kundenpotenzials einer benachbarten Apotheke auf unter 5.500 zu versorgende Personen entgegen steht, wenn die neu beantragte Apotheke erforderlich ist, um für die in bestimmten ländlichen und abgelegenen Gebieten wohnhafte Bevölkerung - unter Bedachtnahme auf die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln durch ärztliche Hausapotheken und unter Berücksichtigung der bei der Bedarfsprüfung im Vordergrund stehenden Erreichbarkeit mit Kraftfahrzeugen - die zumutbare Erreichbarkeit einer Arzneimittelabgabestelle zu gewährleisten. Liegen diese Voraussetzungen vor, so haben die Gerichte und Behörden die Bestimmung des Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG unangewendet zu lassen und die Konzession - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - ohne Rücksicht auf eine allfällige Einschränkung des Kundenpotenzials der benachbarten Apotheken auf unter 5.500 ständige Einwohner zu erteilen. Ist die Erteilung der beantragten Konzession nicht bereits aus diesen Gründen unionsrechtlich erforderlich, so ist Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG weiterhin anzuwenden vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 27. März 2014, Zl. 2013/10/0209).

Im vorliegenden Fall befindet sich die in Aussicht genommene Betriebsstätte der neu beantragten Apotheke im Stadtgebiet von Eisenstadt, in dem bereits drei Apotheken bestehen. Die Entfernung der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu beantragten Apotheke zur Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke beträgt nach den insoweit nicht bestrittenen Feststellungen der belangten Behörde etwa 1,6 Straßenkilometer (1.620 m). Somit kann sich der Anfahrtsweg für die Bevölkerung durch die Neuerrichtung der beantragten Apotheke maximal um 1,6 km verkürzen. Es ist von vornherein auszuschließen, dass dies erforderlich ist, um für die Bevölkerung eines bestimmten abgelegenen ländlichen Gebietes einen zumutbaren Anfahrtsweg zu gewährleisten (vgl. auch dazu das zitierte hg. Erkenntnis, Zl. 2013/10/0209). Im vorliegenden Fall befindet sich die in Aussicht genommene Betriebsstätte der neu beantragten Apotheke im Stadtgebiet von Eisenstadt, in dem bereits drei Apotheken bestehen. Die Entfernung der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu beantragten Apotheke zur Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke beträgt nach den insoweit nicht bestrittenen Feststellungen der belangten Behörde etwa 1,6 Straßenkilometer (1.620 m). Somit kann sich der Anfahrtsweg für die Bevölkerung durch die Neuerrichtung der beantragten Apotheke maximal um 1,6 km verkürzen. Es ist von vornherein auszuschließen, dass dies erforderlich ist, um für die Bevölkerung eines bestimmten abgelegenen ländlichen Gebietes einen zumutbaren Anfahrtsweg zu gewährleisten vergleiche , auch dazu das zitierte hg. Erkenntnis, Zl. 2013/10/0209).

Die Anwendung von § 10 Abs. 2 Z 3 ApG durch die belangte Behörde begegnet daher im vorliegenden Fall keinen Bedenken. Die Anwendung von Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG durch die belangte Behörde begegnet daher im vorliegenden Fall keinen Bedenken.

Die Beschwerdeführerin wendet sich nicht gegen die - auf Grund der Situierung der drei Apotheken in der Innenstadt von Eisenstadt in einer maximalen Entfernung zueinander von 300 m unbedenkliche (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 20. November 2013, Zl. 2012/10/0125, und die dort zitierte Vorjudikatur) - Ansicht der belangten Behörde, das Potenzial dieser drei Apotheken sei unter Anwendung der Divisionsmethode gemeinsam zu ermitteln. Ein Bedarf an der von der Beschwerdeführerin beantragten Apotheke bestünde daher nur, wenn diesen drei Apotheken ein gemeinsames Versorgungspotenzial im Ausmaß des Bedarfs von 16.500 ständigen Einwohnern verbliebe. Die Beschwerdeführerin wendet sich nicht gegen die - auf Grund der Situierung der drei Apotheken in der Innenstadt von Eisenstadt in einer maximalen Entfernung zueinander von 300 m unbedenkliche vergleiche etwa das hg. Erkenntnis vom 20. November 2013, Zl. 2012/10/0125, und die dort zitierte Vorjudikatur) - Ansicht der belangten Behörde, das Potenzial dieser drei Apotheken sei unter Anwendung der Divisionsmethode gemeinsam zu ermitteln. Ein Bedarf an der von der Beschwerdeführerin beantragten Apotheke bestünde daher nur, wenn diesen drei Apotheken ein gemeinsames Versorgungspotenzial im Ausmaß des Bedarfs von 16.500 ständigen Einwohnern verbliebe.

Die gemäß § 10 Abs. 2 Z 3 ApG durchzuführende Bedarfsprüfung hat sich auf eine - auf entsprechende Ermittlungen gestützte - prognostische Zuordnung konkreter Kundenpotenziale zu den beteiligten Apotheken zu gründen: Die Behörde hat zunächst festzustellen, wieviele Personen aus dem Kreis der ständigen Einwohner im Umkreis von 4 Straßenkilometern um die Betriebsstätten der bestehenden öffentlichen Apotheken nach Errichtung der geplanten Apotheke ihren Arzneimittelbedarf auf Grund der örtlichen Verhältnisse voraussichtlich weiterhin aus den bestehenden öffentlichen Apotheken decken werden. Ergibt sich dabei die kritische Zahl der zu versorgenden Personen (hier 16.500 für die drei Innenstadtapotheken) nicht schon aus den ständigen Einwohnern des 4-Kilometer-

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 weiterhin zu versorgenden Personen erreicht wird. Die Bedarfsbeurteilung hat sich somit primär an der Wohnbevölkerung zu orientieren, im Übrigen ist jedoch auch ein durch andere Umstände als den Wohnsitz begründeter Bedarf an einer öffentlichen Apotheke zu berücksichtigen. Während der Gesetzgeber bei der Beurteilung des Bedarfs durch die Wohnbevölkerung jedoch auf eine Durchschnittsbetrachtung abstellt, sodass der "ständige Einwohner" als "zu versorgende Person" gilt, ohne dass im Einzelnen festgestellt werden müsste, in welchem Ausmaß durch ihn ein Bedarf an der öffentlichen Apotheke (mit)begründet wird, sind bei der Beurteilung des durch andere Umstände als den Wohnsitz hervorgerufenen Bedarfs grundsätzlich auf die im Gesetz angeführten Tatbestände ("Beschäftigung", "Einrichtungen", "Verkehr") bezogene Ermittlungen erforderlich, aus denen eine Inanspruchnahme der betreffenden Apotheken ersichtlich wird, die jener durch eine bestimmte Anzahl ständiger Einwohner (der Maßstabfigur des § 10 ApG) entspricht. Erst auf einer solchen Grundlage kann die Anzahl jener "zu versorgenden Personen" ermittelt werden, die im Sinn von § 10 Abs. 5 ApG bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen sind. Wenn die hiezu erforderlichen einzelfallbezogenen Feststellungen nicht oder nur mit unververtretbarem Aufwand getroffen werden können, ist es zulässig, auf allgemeine, für den jeweiligen Fall repräsentative Untersuchungsergebnisse zurückzugreifen und auf diesem Weg Ausmaß und Verhältnis, in dem die Inanspruchnahme der Apotheke zu jener eines ständigen Einwohners steht, aufzuzeigen (vgl. nochmals das hg. Erkenntnis vom 20. November 2013, Zl. 2012/10/0125, und die dort zitierte Vorjudikatur). Die gemäß Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG durchzuführende Bedarfsprüfung hat sich auf eine - auf entsprechende Ermittlungen gestützte - prognostische Zuordnung konkreter Kundenpotenziale zu den beteiligten Apotheken zu gründen: Die Behörde hat zunächst festzustellen, wieviele Personen aus dem Kreis der ständigen Einwohner im Umkreis von 4 Straßenkilometern um die Betriebsstätten der bestehenden öffentlichen Apotheken nach Errichtung der geplanten Apotheke ihren Arzneimittelbedarf auf Grund der örtlichen Verhältnisse voraussichtlich weiterhin aus den bestehenden öffentlichen Apotheken decken werden. Ergibt sich dabei die kritische Zahl der zu versorgenden Personen (hier 16.500 für die drei Innenstadtapotheken) nicht schon aus den ständigen Einwohnern des 4-Kilometer-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 weiterhin zu versorgenden Personen erreicht wird. Die Bedarfsbeurteilung hat sich somit primär an der Wohnbevölkerung zu orientieren, im Übrigen ist jedoch auch ein durch andere Umstände als den Wohnsitz begründeter Bedarf an einer öffentlichen Apotheke zu berücksichtigen. Während der Gesetzgeber bei der Beurteilung des Bedarfs durch die Wohnbevölkerung jedoch auf eine Durchschnittsbetrachtung abstellt, sodass der "ständige Einwohner" als "zu versorgende Person" gilt, ohne dass im Einzelnen festgestellt werden müsste, in welchem Ausmaß durch ihn ein Bedarf an der öffentlichen Apotheke (mit)begründet wird, sind bei der Beurteilung des durch andere Umstände als den Wohnsitz hervorgerufenen Bedarfs grundsätzlich auf die im Gesetz angeführten Tatbestände ("Beschäftigung", "Einrichtungen", "Verkehr") bezogene Ermittlungen erforderlich, aus denen eine Inanspruchnahme der betreffenden Apotheken ersichtlich wird, die jener durch eine bestimmte Anzahl ständiger Einwohner (der Maßstabfigur des Paragraph 10, ApG) entspricht. Erst auf einer solchen Grundlage kann die Anzahl jener "zu versorgenden Personen" ermittelt werden, die im Sinn von Paragraph 10, Absatz 5, ApG bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen sind. Wenn die hiezu erforderlichen einzelfallbezogenen Feststellungen nicht oder nur mit unververtretbarem Aufwand getroffen werden können, ist es zulässig, auf allgemeine, für den jeweiligen Fall repräsentative Untersuchungsergebnisse zurückzugreifen und auf diesem Weg Ausmaß und Verhältnis, in dem die Inanspruchnahme der Apotheke zu jener eines ständigen Einwohners steht, aufzuzeigen vergleiche , nochmals das hg. Erkenntnis vom 20. November 2013, Zl. 2012/10/0125, und die dort zitierte Vorjudikatur).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die belangte Behörde das den drei Innenstadtapotheken verbleibende Kundenpotenzial in den drei Bereichen (Fach-)Ärztelkonzentration, Beschäftigte und "untererfasste" Einwohner (nicht zuordenbare Wohnsitzfälle) nicht bzw. nicht im gehörigen Ausmaß berücksichtigt habe. Ausgehend vom festgestellten Versorgungspotenzial dieser drei Apotheken im Ausmaß von 16.229 Einwohnergleichwerten sei jeder dieser drei Punkte für sich schon ausreichend, um zu einer positiven Bedarfsbeurteilung zu gelangen.

Zum Bereich (Fach-)Ärztelkonzentration bringt die Beschwerdeführerin vor, dass in Eisenstadt insgesamt 69 Ärzte niedergelassen seien. Eine Auswertung hätte ergeben, dass von den in den Eisenstädter Apotheken eingelösten Rezepten 30 % von Fachärzten ausgestellt worden seien. Im Durchschnitt seien im Burgenland nur 19 % der eingelösten Rezepte von Fachärzten ausgestellt. Bei der Ermittlung dieser Prozentsätze handle es sich nicht um die Erhebung des - nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bei der Bedarfsbeurteilung irrelevanten - subjektiven

Kundenverhalten, sondern um eine empirische Datenerhebung, aus der sich die Auswirkungen der Fachärztekonzentration auf das Apothekenkundenverhalten ergebe. Eisenstadt komme als Landeshauptstadt sogar eine bedeutendere Zentrumsfunktion zu als Bezirksorten in ländlicher Umgebung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kämen daher Fachärzte als "Einflutungserreger" in Betracht. Zum Ausmaß dieses zusätzlichen Potenzials habe die Beschwerdeführerin das Privatgutachten der I-GmbH vorgelegt. In diesem Gutachten würden die Einwohner nach ihrem Wohnsitz den nächstgelegenen Fachärzten und über die Lage deren Ordinationen den bestehenden Apotheken zugeordnet. Dass dieses Gutachten nicht auf die einzelnen Gebäude, sondern auf Rasterzellen im Ausmaß von 250 x 250 m abstelle, bewirke keine größere Ungenauigkeit.

Dazu ist auszuführen, dass es sich nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bei Facharztpatienten in Bezirksorten mit Zentrumsfunktion und sehr hoher Anzahl von Fachärzten um ein zusätzlich zu versorgendes Kundenpotenzial im Sinn von § 10 Abs. 5 ApG ("auf Grund der Inanspruchnahme von Einrichtungen") handeln kann (vgl. etwa das bereits zitierte Erkenntnis, 2012/10/0125, mwN). Da einzelfallbezogene Feststellungen dazu nicht mit vertretbarem Aufwand möglich sind, ist es - wie dargestellt - zulässig, auf allgemeine, repräsentative Untersuchungsergebnisse zurückzugreifen. In einer solchen Studie ist das Ausmaß der Apothekennutzung durch einen - von außerhalb des Versorgungsgebietes kommenden - Facharztbesucher zu ermitteln und dem Ausmaß der Apothekennutzung durch die Maßstabfigur des "ständigen Einwohners" gegenüber zu stellen. Dazu ist auszuführen, dass es sich nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bei Facharztpatienten in Bezirksorten mit Zentrumsfunktion und sehr hoher Anzahl von Fachärzten um ein zusätzlich zu versorgendes Kundenpotenzial im Sinn von Paragraph 10, Absatz 5, ApG ("auf Grund der Inanspruchnahme von Einrichtungen") handeln kann vergleiche , etwa das bereits zitierte Erkenntnis, 2012/10/0125, mwN). Da einzelfallbezogene Feststellungen dazu nicht mit vertretbarem Aufwand möglich sind, ist es - wie dargestellt - zulässig, auf allgemeine, repräsentative Untersuchungsergebnisse zurückzugreifen. In einer solchen Studie ist das Ausmaß der Apothekennutzung durch einen - von außerhalb des Versorgungsgebietes kommenden - Facharztbesucher zu ermitteln und dem Ausmaß der Apothekennutzung durch die Maßstabfigur des "ständigen Einwohners" gegenüber zu stellen.

Im von der Beschwerdeführerin vorgelegten Privatgutachten der I-GmbH werden die ständigen Einwohner eines Gebietes außerhalb des Vier-Kilometer-Umkreises den wohnsitznächsten Ordinationen von Fachärzten und Ärzten für Allgemeinmedizin und in weiterer Folge den diesen Ordinationssitzen nächstgelegenen Apotheken zugeordnet, wobei jeder Einwohner zu 19 % der den Facharztordinationen nächstgelegenen Apotheke und zu 81 % der dem Ordinationssitz des Arztes für Allgemeinmedizin nächstgelegenen Apotheke wie ein ständiger Einwohner zugeordnet wird.

Dieses Gutachten ist aus mehreren Gründen nicht geeignet, den durch die nach Eisenstadt einflutenden Facharztpatienten verursachten zusätzlichen Bedarf zu quantifizieren:

Zunächst ist bei der Aufteilung des Kundenpotenzials auf die Lage der Arztordinationen innerhalb eines Stadtgebietes nicht Bedacht zu nehmen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Jänner 1995, Zl. 94/10/0123). Weiters geht das Privatgutachten ohne nähere Begründung davon aus, dass alle Patienten nach einem Arztbesuch die allenfalls erforderlichen Medikamente in der der Ordination nächstgelegenen Apotheke besorgen. Überdies teilt dieses Gutachten die von außerhalb des Versorgungsgebietes der drei Innenstadtapotheken einflutenden Patienten der dem jeweiligen Ordinationssitz nächstgelegenen Apotheke wie ständige Einwohner zu. Bei dem durch einflutende Facharztpatienten hervorgerufenen Bedarf handelt es sich jedoch um einen solchen gemäß § 10 Abs. 5 ApG auf Grund "der Inanspruchnahme von Einrichtungen", der - wie oben dargestellt - im Einzelfall oder durch repräsentative Untersuchungen zu ermitteln und dem Bedarf eines ständigen Einwohners gegenüber zu stellen ist. Derartiges findet sich im Privatgutachten nicht. Zunächst ist bei der Aufteilung des Kundenpotenzials auf die Lage der Arztordinationen innerhalb eines Stadtgebietes nicht Bedacht zu nehmen vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 23. Jänner 1995, Zl. 94/10/0123). Weiters geht das Privatgutachten ohne nähere Begründung davon aus, dass alle Patienten nach einem Arztbesuch die allenfalls erforderlichen Medikamente in der der Ordination nächstgelegenen Apotheke besorgen. Überdies teilt dieses Gutachten die von außerhalb des Versorgungsgebietes der drei Innenstadtapotheken einflutenden Patienten der dem jeweiligen Ordinationssitz nächstgelegenen Apotheke wie ständige Einwohner zu. Bei dem durch einflutende Facharztpatienten hervorgerufenen Bedarf handelt es sich jedoch um einen solchen gemäß

Paragraph 10, Absatz 5, ApG auf Grund "der Inanspruchnahme von Einrichtungen", der - wie oben dargestellt - im Einzelfall oder durch repräsentative Untersuchungen zu ermitteln und dem Bedarf eines ständigen Einwohners gegenüber zu stellen ist. Derartiges findet sich im Privatgutachten nicht.

Das von der Beschwerdeführerin vorgelegte Privatgutachten ist daher nicht geeignet, das zusätzliche Kundenpotenzial auf Grund der zu den Eisenstädter Fachärzten einflutenden Patienten zu quantifizieren. Da sich dieses Potenzial nach den Ausführungen der belangten Behörde - denen eine Stellungnahme der Österreichischen Apothekerkammer zu Grunde liegt - aber auch auf andere Weise nicht quantifizieren lässt, begegnet die Nichtberücksichtigung dieses Potenzials durch die belangte Behörde keinen Bedenken (vgl. auch dazu das bereits mehrfach zitierte hg. Erkenntnis, Zl. 2012/10/0125). Das von der Beschwerdeführerin vorgelegte Privatgutachten ist daher nicht geeignet, das zusätzliche Kundenpotenzial auf Grund der zu den Eisenstädter Fachärzten einflutenden Patienten zu quantifizieren. Da sich dieses Potenzial nach den Ausführungen der belangten Behörde - denen eine Stellungnahme der Österreichischen Apothekerkammer zu Grunde liegt - aber auch auf andere Weise nicht quantifizieren lässt, begegnet die Nichtberücksichtigung dieses Potenzials durch die belangte Behörde keinen Bedenken vergleiche , auch dazu das bereits mehrfach zitierte hg. Erkenntnis, Zl. 2012/10/0125).

Weiters macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die belangte Behörde ihr Vorbringen, wonach im den drei Innenstadtapotheken verbleibenden Versorgungsgebiet 1.078 Personen beschäftigt seien, nicht ausreichend berücksichtigt habe. Zur Quantifizierung des daraus resultierenden Bedarfs hätte die im Auftrag der Apothekerkammer erstellte Studie "Apothekennutzung in der Nähe des Arbeitsplatzes" herangezogen werden müssen.

Dazu ist zunächst auf die Ausführungen der belangten Behörde zu verweisen, wonach sie bei ihrer Aufstellung über das den drei Innenstadtapotheken nach Errichtung der beantragten Apotheke verbleibende - jedenfalls zu geringe - Versorgungspotenzial die

"Berufspendler ... in einem Höchstmaß nun doch zumindest als

Rechnungsgröße beim Versorgungspotenzial genannt" habe, obwohl Tagespendler als Versorgungspotenzial nicht zu berücksichtigen seien.

Damit hat sie primär zum Ausdruck gebracht, dass Tagespendler (die von außerhalb des Versorgungsgebietes einflutenden Arbeitnehmer) ihrer Meinung nach nicht zu berücksichtigen seien. Weiters hat sie als Eventualbegründung ins Treffen geführt, dass selbst bei rechnerischer Berücksichtigung dieses Kundenpotenzials "in einem Höchstmaß" der Bedarf für die neu zu errichtende Apotheke nicht gegeben sei.

Das dargestellte Beschwerdevorbringen ist nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit der von der belangten Behörde somit primär vertretenen Ansicht aufzuzeigen, dass die (nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin insgesamt 1.078) im Versorgungsgebiet der drei Innenstadtapotheken beschäftigten Arbeitnehmer - soweit sie von außerhalb des Versorgungsgebietes einpendeln - vorliegend kein zusätzliches Kundenpotenzial dieser Apotheken darstellten.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kann es sich bei von außerhalb des Versorgungsgebietes einpendelnden Arbeitnehmern um ein zusätzlich zu versorgendes Kundenpotenzial im Sinn von § 10 Abs. 5 ApG handeln (vgl. etwa das Erkenntnis vom 9. Dezember 2013, Zl. 2012/10/0196). Der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch im bereits mehrfach zitierten Erkenntnis, Zl. 2012/10/0125, mit näherer Begründung, auf die gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, ausgesprochen, dass die Studie "Apothekennutzung in der Nähe des Arbeitsplatzes", deren Nichtberücksichtigung die Beschwerdeführerin vorliegend geltend macht, nicht geeignet ist, das zusätzliche Kundenpotenzial auf Grund von Einpendlern zu quantifizieren. Lasse sich das zusätzliche Potenzial weder mit vertretbarem Aufwand durch einzelfallbezogene Feststellungen, noch durch repräsentative Studien ermitteln, so könne ein solches Potenzial nicht berücksichtigt werden. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kann es sich bei von außerhalb des Versorgungsgebietes einpendelnden Arbeitnehmern um ein zusätzlich zu versorgendes Kundenpotenzial im Sinn von Paragraph 10, Absatz 5, ApG handeln vergleiche , etwa das Erkenntnis vom 9. Dezember 2013, Zl. 2012/10/0196). Der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch im bereits mehrfach zitierten Erkenntnis, Zl. 2012/10/0125, mit näherer Begründung, auf die gemäß Paragraph 43, Absatz 2, VwGG verwiesen wird, ausgesprochen, dass die Studie "Apothekennutzung in der Nähe des Arbeitsplatzes", deren Nichtberücksichtigung die Beschwerdeführerin vorliegend geltend macht, nicht geeignet ist, das zusätzliche Kundenpotenzial auf Grund von Einpendlern zu quantifizieren. Lasse sich das zusätzliche Potenzial weder mit vertretbarem Aufwand durch einzelfallbezogene Feststellungen, noch durch repräsentative Studien ermitteln, so könne ein solches Potenzial nicht

berücksichtigt werden.

Schon aus diesem Grund zeigt die Beschwerdeführerin mit ihrem Vorbringen, das von den einflutenden Beschäftigten verursachte zusätzliche Kundenpotenzial hätte durch Heranziehung dieser Studie festgestellt werden müssen, keinen relevanten Verfahrensmangel auf.

Unter Zugrundelegung der somit unbedenklichen primären Ansicht der belangten Behörde, dass aus den von außerhalb des Versorgungsgebiets einpendelnden Beschäftigten kein zusätzliches Versorgungspotenzial der drei Innenstadtapotheken abgeleitet werden könne, verringert sich das von der belangten Behörde angenommene gemeinsame Versorgungspotenzial dieser drei Apotheken um das lediglich als "Rechnungsgröße" berücksichtigte Potenzial auf Grund der "Berufspendler" im Ausmaß von 970 Einwohnerngleichwerten auf 15.259 Einwohnerngleichwerte.

Weiters macht die Beschwerdeführerin geltend, dass es sich bei den als zusätzliches Versorgungspotenzial der drei Innenstadtapotheken geltend gemachten "untererfassten Einwohnern" (645 Personen mit Hauptwohnsitz und eine solche Anzahl von Personen mit Nebenwohnsitz, die einen Bedarf im Ausmaß jenes eines ständigen Einwohners verursachen) entgegen der Annahme der belangten Behörde ausschließlich um solche handle, die nach der Projektgebietsauswertung der Statistik Austria dem verbleibenden Versorgungsgebiet der drei Innenstadtapotheken zuzurechnen seien. Diese Einwohner seien bereits in jenem Verhältnis, das sich aus der Volkszählung 2011 ergebe, auf Hauptwohnsitzfälle und Nebenwohnsitzfälle aufgeteilt worden. Die belangte Behörde habe ohne Grund 50 % der Hauptwohnsitzfälle zu Nebenwohnsitzfällen "degradiert".

Mit diesem Vorbringen vermag die Beschwerdeführerin schon deshalb keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen, weil das den drei Innenstadtapotheken nach der - wie oben dargestellt unbedenklichen - von der belangten Behörde primär vertretenen Ansicht verbleibende Versorgungspotenzial im Ausmaß von 15.259 ständigen Einwohnern selbst bei gänzlicher Berücksichtigung der "untererfassten Einwohner" nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin weniger als 16.500 betragen würde.

Aus all diesen Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG in der gemäß § 79 Abs. 11 letzter Satz leg. cit. anzuwendenden Fassung vor der Novellierung durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, BGBl. I Nr. 33, als unbegründet abzuweisen. Aus all diesen Gründen war die Beschwerde gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG in der gemäß Paragraph 79, Absatz 11, letzter Satz leg. cit. anzuwendenden Fassung vor der Novellierung durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, Bundesgesetzblatt , I Nr. 33, als unbegründet abzuweisen.

Der Spruch über den Aufwandersatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Der Spruch über den Aufwandersatz gründet auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit , der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,.

Wien, am 25. April 2014

Gerichtsentscheidung

EuGH 62012CJ0367 Sokoll-Seebacher VORAB

Schlagworte

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2 Gemeinschaftsrecht Auslegung Allgemein EURallg3 Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang, partielle Nichtanwendung von innerstaatlichem Recht EURallg1

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2014:2013100022.X00

Im RIS seit

03.06.2014

Zuletzt aktualisiert am

03.09.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at