

TE Vwgh Erkenntnis 2013/11/20 2012/10/0125

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.11.2013

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
82/04 Apotheken Arzneimittel;

Norm

ApG 1907 §10 Abs1 idF 2006/I/041;

ApG 1907 §10 Abs2 Z3;

ApG 1907 §10 Abs2;

ApG 1907 §10 Abs3;

ApG 1907 §10 Abs4;

ApG 1907 §10 Abs5;

ApG 1907 §10;

VwGG §42 Abs2 Z3 litb;

VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Mizner und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Lukasser, Dr. Hofbauer und Dr. Fasching als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Uhlir, über die Beschwerde der P Apotheke P KG in F, vertreten durch Dr. Wolfgang Völkl, Rechtsanwalt in 1090 Wien, Nußdorfer Straße 10-12,

gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit vom 6. Juni 2012, Zl. BMG-262728/0002-II/A/4/2012, betreffend Apothekenkonzession (mitbeteiligte Partei: MB in Graz, vertreten durch Dr. Hans Günther Medwed, Mag. Michael Medwed und Mag. Johann Sparowitz, Rechtsanwälte in 8010 Graz, A. Kolpinggasse 2), zu Recht erkannt:

Spruch

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

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Burgenland vom 22. Dezember 1999 wurde der mitbeteiligten Partei die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in R erteilt. Dieser Bescheid wurde über Berufung der damaligen Inhaberin der Apotheke der Beschwerdeführerin in F mit Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen vom 30. April 2001 behoben und der Konzessionsantrag der mitbeteiligten Partei abgewiesen.

Mit hg. Erkenntnis vom 14. Mai 2002, Zl.2001/10/0135, wurde dieser Bescheid infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, die belangte Behörde sei in der Frage der Zurechnung eines näher beschriebenen Personenkreises zum Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin weder der im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer dargestellten Auffassung gefolgt, noch habe sie ihren abweichenden Standpunkt begründet. Vielmehr habe sie lediglich auf die Schwierigkeit verwiesen, den durch Tageseinpendler erzeugten Medikamentenbedarf zu ermitteln, sodass "kein genauer Anteil an sonstigen Personen zugerechnet werden" könne.

Mit dem im fortgesetzten Verfahren ergangenen Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 10. Dezember 2003 wurde der Bescheid des Landeshauptmannes von Burgenland vom 22. Dezember 1999 neuerlich behoben und der Konzessionsantrag der mitbeteiligten Partei abgewiesen.

Dieser Bescheid wurde mit hg. Erkenntnis vom 4. Juli 2005, Zl.2003/10/0295, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, die belangte Behörde habe ihre Annahme, den beiden in F bestehenden öffentlichen Apotheken, nämlich der Apotheke der nunmehrigen Beschwerdeführerin und der S.-Apotheke, würde bei Neuerrichtung der beantragten Apotheke ein gemeinsames Versorgungspotential von weniger als 11.000 Personen verbleiben, auf Ermittlungsergebnisse gestützt, die nicht überprüfbar seien. Zwar lägen keine Umstände vor, die im vorliegenden Fall gegen die Zulässigkeit der sogenannten "Divisionsmethode" für die Ermittlung des den beiden öffentlichen Apotheken verbleibenden Versorgungspotentials sprächen. Allerdings seien die Grundlagen für die prognostische Inanspruchnahme der beiden Apotheken durch Zweitwohnungsbesitzer sowie durch Personen, die sich trotz Weiterbestandes von ärztlichen Hausapotheken in der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke versorgten, nicht in einem die Nachprüfung der Ermittlungsergebnisse ermöglichenden Ausmaß offengelegt worden. Gleiches gelte für den angenommenen Zusammenhang zwischen Fremdennächtigungen und der Inanspruchnahme von Apothekenleistungen. Aus Gründen der Verfahrensökonomie wurde schließlich auf die hg. Judikatur betreffend die Berücksichtigung von Fachärzten als "Einflutungserreger" aufmerksam gemacht, sowie darauf, dass § 10 Abs. 5 Apothekengesetz 1907, RGBl. Nr. 5 (ApG), bei der Bedarfsprüfung die Berücksichtigung von Personen anordne, die auf Grund der "Inanspruchnahme von Einrichtungen" zu versorgen seien. Dieser Bescheid wurde mit hg. Erkenntnis vom 4. Juli 2005, Zl.2003/10/0295, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, die belangte Behörde habe ihre Annahme, den beiden in F bestehenden öffentlichen Apotheken, nämlich der Apotheke der nunmehrigen Beschwerdeführerin und der S.-Apotheke, würde bei Neuerrichtung der beantragten Apotheke ein gemeinsames Versorgungspotential von weniger als 11.000 Personen verbleiben, auf Ermittlungsergebnisse gestützt, die nicht überprüfbar seien. Zwar lägen keine Umstände vor, die im vorliegenden Fall gegen die Zulässigkeit der sogenannten "Divisionsmethode" für die Ermittlung des den beiden öffentlichen Apotheken verbleibenden Versorgungspotentials sprächen. Allerdings seien die Grundlagen für die prognostische Inanspruchnahme der beiden Apotheken durch Zweitwohnungsbesitzer sowie durch Personen, die sich trotz Weiterbestandes von ärztlichen Hausapotheken in der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke versorgten, nicht in einem die Nachprüfung der Ermittlungsergebnisse ermöglichenden Ausmaß offengelegt worden. Gleiches gelte für den angenommenen Zusammenhang zwischen

Fremdennachtigungen und der Inanspruchnahme von Apothekenleistungen. Aus Gründen der Verfahrensökonomie wurde schließlich auf die hg. Judikatur betreffend die Berücksichtigung von Fachärzten als "Einflutungserreger" aufmerksam gemacht, sowie darauf, dass Paragraph 10, Absatz 5, Apothekengesetz 1907, RGBl. Nr. 5 (ApG), bei der Bedarfsprüfung die Berücksichtigung von Personen anordne, die auf Grund der "Inanspruchnahme von Einrichtungen" zu versorgen seien.

Mit dem im fortgesetzten Verfahren ergangenen Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend vom 7. Juli 2008 wurde die gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Burgenland vom 22. Dezember 1999 erhobene Berufung abgewiesen und der erstinstanzliche Bescheid bestätigt.

Der Bescheid vom 7. Juli 2008 wurde mit dem hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 2009, Zl.2008/10/0173, VwSlg 17772 A/2009, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen habe, es liege bei einem Bezirksort mit Zentrumsfunktion in ländlicher Umgebung, in dem eine im Verhältnis zu Einwohnerzahl sehr hohe Anzahl von Fachärzten den Berufssitz habe, nahe, dass durch die betreffenden Ärzte eine erheblich ins Gewicht fallende Anzahl von Personen aus der weiteren Umgebung (auch außerhalb des 4-Kilometer-Umkreises um die beteiligten Apotheken) des betreffenden Ortes medizinisch versorgt würden. Die Feststellung des daraus resultierenden zusätzlichen Versorgungspotentials der beiden Apotheken in F könne insbesondere auf Erfahrungswerte oder allgemeine empirische Untersuchungsergebnisse gestützt werden. Die belangte Behörde habe das den beiden Apotheken in F nach Eröffnung der neu zu errichtenden Apotheke in R verbleibende Potenzial unter Zuhilfenahme eines Zuschlagsfaktors ermittelt, der jedoch nicht darauf abstelle, in welchem Ausmaß bei diesen Apotheken Rezepte von außerhalb des Bereiches gemäß § 10 Abs. 4 ApG stammenden Kunden eingelöst worden seien. Vielmehr sei durch eine Division des Arzneimittelgesamtumsatzes der Apotheken in F durch den durchschnittlichen Arzneimittelbedarf je Einwohner ermittelt worden, wie viele Personen mit durchschnittlichem Arzneimittelverbrauch von den beiden Apotheken in F versorgt würden. Von dieser Zahl sei dann die Zahl jener Personen in Abzug gebracht worden, für die diese Apotheken die nächstgelegenen Arzneimittelabgabestellen darstellten. Diese Vorgangsweise entspreche nicht dem Gesetz. Dieses sehe nämlich die Berücksichtigung solcher Personen vor, die auf Grund bestimmter, in § 10 Abs. 5 ApG genannter Umstände zu versorgen seien. Eine Berücksichtigung von auf Grund der Fachärztdichte in F durch die hier bestehenden öffentlichen Apotheken zusätzlich zu versorgenden Personen bedürfe daher entsprechend belegter Aussagen darüber, in welchem Ausmaß die im Einzugsbereich der bestehenden Apotheken ordinierenden Ärzte von der außerhalb des 4-Kilometer-Umkreises wohnhaften Bevölkerung in Anspruch genommen würden und in welchem Ausmaß dies eine Inanspruchnahme von Apothekenleistungen aus den beteiligten Apotheken indiziere. Gleiches gelte für die übrigen "Einflutungserreger" im Sinn von § 10 Abs. 5 ApG. Erst auf einer solcherart ermittelten Sachverhaltsgrundlage könnten hinreichend aussagekräftige Kennzahlen für den Zusammenhang zwischen der Lage von Arztordinationen, allenfalls auch anderen als "Einflutungserreger" anzusehenden Einrichtungen, und einer solchen Inanspruchnahme der öffentlichen Apotheken, die der Inanspruchnahme durch eine bestimmte Anzahl ständiger Einwohner entspräche, gefunden und auf dieser Basis die Anzahl jener Personen ermittelt werden, die im Sinn von § 10 Abs. 5 ApG bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen seien. Im Zusammenhang mit der solcherart vorzunehmenden Gewichtung komme den Umsatzkennziffern Bedeutung zu. Diese könnten Hilfsmittel bei der Ermittlung des Versorgungspotentials im Rahmen einer retrograden Methode darstellen, allerdings die auf Zuordnung bestimmter Personenkreise bezogenen Ermittlungen nicht entbehrlich machen. Der Bescheid vom 7. Juli 2008 wurde mit dem hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 2009, Zl. 2008/10/0173, VwSlg 17772 A/2009, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen habe, es liege bei einem Bezirksort mit Zentrumsfunktion in ländlicher Umgebung, in dem eine im Verhältnis zu Einwohnerzahl sehr hohe Anzahl von Fachärzten den Berufssitz habe, nahe, dass durch die betreffenden Ärzte eine erheblich ins Gewicht fallende Anzahl von Personen aus der weiteren Umgebung (auch außerhalb des 4-Kilometer-Umkreises um die beteiligten Apotheken) des betreffenden Ortes medizinisch versorgt würden. Die Feststellung des daraus resultierenden zusätzlichen Versorgungspotentials der beiden Apotheken in F könne insbesondere auf Erfahrungswerte oder allgemeine empirische Untersuchungsergebnisse gestützt werden. Die belangte Behörde habe das den beiden Apotheken in F nach Eröffnung der neu zu errichtenden Apotheke in R verbleibende Potenzial unter Zuhilfenahme eines Zuschlagsfaktors ermittelt, der jedoch nicht darauf abstelle, in welchem Ausmaß bei diesen Apotheken Rezepte von außerhalb des Bereiches gemäß Paragraph 10, Absatz 4, ApG stammenden Kunden eingelöst worden seien. Vielmehr sei durch eine Division des Arzneimittelgesamtumsatzes der

Apotheken in F durch den durchschnittlichen Arzneimittelbedarf je Einwohner ermittelt worden, wie viele Personen mit durchschnittlichem Arzneimittelverbrauch von den beiden Apotheken in F versorgt würden. Von dieser Zahl sei dann die Zahl jener Personen in Abzug gebracht worden, für die diese Apotheken die nächstgelegenen Arzneimittelabgabestellen darstellten. Diese Vorgangsweise entspreche nicht dem Gesetz. Dieses sehe nämlich die Berücksichtigung solcher Personen vor, die auf Grund bestimmter, in Paragraph 10, Absatz 5, ApG genannter Umstände zu versorgen seien. Eine Berücksichtigung von auf Grund der Facharztichte in F durch die hier bestehenden öffentlichen Apotheken zusätzlich zu versorgenden Personen bedürfe daher entsprechend belegter Aussagen darüber, in welchem Ausmaß die im Einzugsbereich der bestehenden Apotheken ordinierenden Ärzte von der außerhalb des 4-Kilometer-Umkreises wohnhaften Bevölkerung in Anspruch genommen würden und in welchem Ausmaß dies eine Inanspruchnahme von Apothekenleistungen aus den beteiligten Apotheken indiziere. Gleiches gelte für die übrigen "Einflutungserreger" im Sinn von Paragraph 10, Absatz 5, ApG. Erst auf einer solcherart ermittelten Sachverhaltsgrundlage könnten hinreichend aussagekräftige Kennzahlen für den Zusammenhang zwischen der Lage von Arztordinationen, allenfalls auch anderen als "Einflutungserreger" anzusehenden Einrichtungen, und einer solchen Inanspruchnahme der öffentlichen Apotheken, die der Inanspruchnahme durch eine bestimmte Anzahl ständiger Einwohner entspräche, gefunden und auf dieser Basis die Anzahl jener Personen ermittelt werden, die im Sinn von Paragraph 10, Absatz 5, ApG bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen seien. Im Zusammenhang mit der solcherart vorzunehmenden Gewichtung komme den Umsatzkennziffern Bedeutung zu. Diese könnten Hilfsmittel bei der Ermittlung des Versorgungspotentials im Rahmen einer retrograden Methode darstellen, allerdings die auf Zuordnung bestimmter Personenkreise bezogenen Ermittlungen nicht entbehrlich machen.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid hat der Bundesminister für Gesundheit die Berufung gegen die Konzessionserteilung an die mitbeteiligte Partei mit Bescheid des Landeshauptmannes von Burgenland vom 22. Dezember 1999 neuerlich abgewiesen. Zur Begründung führte die belangte Behörde aus, dass im fortgesetzten Verfahren die Österreichische Apothekerkammer mit der Erstellung eines aktuellen und den Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Gutachtens beauftragt worden sei. Dieses Gutachten vom 11. Februar 2011 sei zum Ergebnis gekommen, dass den beiden Apotheken in F ein Kundenpotenzial von insgesamt 9.970 zu versorgenden Personen verbleibe, wobei die neuen Studien für Beschäftigte und für ambulante Patienten die Berücksichtigung von zusätzlich zu versorgenden Personen als "Einwohnergleichwerte" erlaubt hätten.

Aus dem - im angefochtenen Bescheid wörtlich wiedergegebenen -

Gutachten der Apothekerkammer sei Folgendes hervorgehoben:

Auf Grund der geringen Entfernung - von 200 m - zwischen den Betriebsstätten der Apotheke der Beschwerdeführerin und der S.- Apotheke sei eine konkrete Ermittlung des jeweiligen Versorgungspotenzials dieser beiden öffentlichen Apotheken in F bei lebensnaher Betrachtung nicht möglich, weil derart geringe Entfernungsunterschiede im Regelfall die Entscheidung zum Aufsuchen der einen oder anderen Apotheke nicht beeinflussten. Das Versorgungspotenzial der beiden Apotheken sei daher in Anwendung der "Divisionsmethode" gemeinsam überprüft worden.

Nach Errichtung der neuen Apotheke verbleibe den beiden Apotheken in F ein gemeinsames Versorgungspotenzial von

7.287 ständigen Einwohnern aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern um die Betriebsstätten und von 202 ständigen Einwohnern, für die diese Apotheken - obwohl außerhalb des 4- Kilometer-Polygons gelegen - die nächstgelegenen Arzneimittelabgabestellen seien.

Dazu kämen die weiterhin von hausapothekenführenden Ärzten versorgten 4.364 ständigen Einwohner des in der Anlage 1 grün eingezeichneten Polygons, für die die Apotheken in F die nächstgelegenen öffentlichen Apotheken seien. Da Ermittlungen über die Deckung des Arzneimittelbedarfs dieser Personen in den öffentlichen Apotheken nur mit unververtretbarem Aufwand möglich seien, habe die Apothekerkammer dazu die Durchführung einer repräsentativen empirischen Studie veranlasst. Grundlage dieser Studie sei das tatsächliche Verhalten der ständigen Einwohner aus 30 Gemeinden gewesen, die von ärztlichen Hausapotheken versorgt würden. Anhand einer Analyse der in der jeweils nächstgelegenen öffentlichen Apotheke eingelösten Rezepte habe festgestellt werden können, dass sich 22 % der untersuchten Personen trotz einer vorhandenen ärztlichen Hausapotheke in der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke mit Arzneimitteln versorgt hätten. Dieser Prozentsatz gelte für ganz Österreich, weil in der Studie sieben von

acht relevanten Bundesländern (in Wien bestünden keine ärztlichen Hausapotheken) berücksichtigt worden seien. Demnach entsprächen die 4.364 ständigen Einwohner des grünen Polygons einem Versorgungspotenzial von 960 ständigen Einwohnern.

Bei den Gemeinden Söchau, Loipersdorf und Stein, deren Gemeindegebiet zum Teil zum Versorgungsgebiet der beiden Apotheken in F gehöre, handle es sich um Fremdenverkehrsgemeinden mit einem Verhältnis von Fremdennächtigungen pro Jahr zu Personen mit Hauptwohnsitz von mehr als 10 zu 1. Auch zum - anders nicht mit vertretbarem Aufwand ermittelbaren - Bedarf dieser Fremden sei eine Studie in Auftrag gegeben worden. Nach dieser Studie resultiere aus 650 Nächtigungen von Fremden pro Jahr ein Bedarf in der Höhe des Bedarfs eines ständigen Einwohners. Aus den vorliegend zu berücksichtigenden 66.244 Fremdennächtigungen pro Jahr ergebe sich demnach ein zusätzliches Potenzial von 102 "Einwohnergleichwerten".

Im Versorgungsgebiet der beiden Apotheken in F hätten 446 Personen ihren Zweitwohnsitz. Zum - im Einzelfall nicht mit vertretbarem Aufwand ermittelbaren - Bedarf dieser Personen sei ebenfalls eine allgemeine Studie in Auftrag gegeben worden. Diese - im einzelnen dargestellte - Studie habe u.a. ergeben, dass der Arzneimittelbedarf einer Person mit Nebenwohnsitz in einer Fremdenverkehrsgemeinde 10,7 % und in einer anderen Gemeinde mit bis zu 20.000 Einwohnern 13,1 % des Arzneimittelbedarfes eines ständigen Einwohners ausmache. Demnach seien die 405 Personen mit Zweitwohnsitz im roten und blauen Polygon mit 13,1 % (= 53 "Einwohnergleichwerte") und die 41 Personen mit Zweitwohnsitz im grünen Polygon zu 10,7 % (= 4 "Einwohnergleichwerte") zu berücksichtigen.

Weiters seien die 320 Mitarbeiter des im Versorgungsgebiet der beiden Apotheken in F gelegenen Landeskrankenhauses F zu berücksichtigen. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sei zu prüfen, in welchem Ausmaß diese Beschäftigten von den Apotheken in F voraussichtlich zu versorgen seien und in welcher Relation der dadurch hervorgerufene Bedarf zum Bedarf eines ständigen Einwohners stehe. Da auch derartige Erhebungen für den Einzelfall nur mit unvertretbarem Aufwand möglich seien, habe die Österreichische Apothekerkammer dazu eine Studie beim Institut GfK Austria in Auftrag gegeben. Die Studie "Apothekennutzung in der Nähe des Arbeitsplatzes" (im Folgenden: Arbeitsplatz-Studie) sei anhand von 2.000 repräsentativen Interviews, die von zahlreichen Qualitätssicherungsmaßnahmen begleitet worden seien, erstellt worden. Sie komme zum Ergebnis, dass jeder Österreicher pro Jahr im Durchschnitt 12,25-mal eine Apotheke aufsuche. Für 46 % aller Berufstätigen sei die dem Arbeitsplatz nächstgelegene Apotheke zugleich die dem Wohnsitz nächstgelegene.

Durchschnittlich besuchten Berufstätige eine Apotheke in der Nähe des Arbeitsplatzes, die nicht die "wohnsitznächste" sei, 1,67-mal pro Jahr. Unter Anwendung dieser Zahlen auf den gegenständlichen Fall entsprächen die genannten 320 Arbeitnehmer 24 "Einwohnergleichwerten".

Nach dem Akteninhalt beruht dies auf folgender Berechnungsmethode: Für 54 % der 320 Beschäftigten, somit 173 Personen sind die Apotheken in F nicht zugleich die wohnsitznächsten. Um den Bedarf dieser Personen mit jenem eines ständigen Einwohners in Relation zu setzen, wird diese Zahl durch die durchschnittliche jährliche Apothekennutzungsfrequenz eines ständigen Einwohners von 12,25 dividiert und mit der Apothekennutzungsfrequenz eines Arbeitnehmers von 1,67 multipliziert.

Weiters sei festzustellen, dass es im Landeskrankenhaus F pro Jahr insgesamt 19.711 ambulant behandelte Patienten gebe, dieser Personenkreis, der von keiner Anstaltsapotheke versorgt werde, sei gemäß § 10 Abs. 5 ApG als Potential der beiden Apotheken in F zu berücksichtigen. Zur Nutzung von Apotheken in der Nähe eines Krankenhauses durch Ambulanzpatienten dieses Krankenhauses sei mangels vertretbarer Möglichkeit der Feststellung im Einzelfall über Auftrag der Apothekerkammer vom Institut GfK Austria die Studie "Apothekennutzung durch Patienten, die eine Ambulanz aufgesucht haben" (im Folgenden: Ambulanz-Studie) erstellt worden. Auch diese Studie beruhe auf 2.000 repräsentativen Interviews, die von zahlreichen Qualitätssicherungsmaßnahmen begleitet worden seien. Nach dem Ergebnis dieser Studie suche jeder Österreicher im Durchschnitt 12,25-mal eine Apotheke auf. Für 46 % aller Ambulanzbesucher sei die der Ambulanz nächstgelegene Apotheke zugleich die dem Wohnsitz nächstgelegene. Durchschnittlich suchten Ambulanzbesucher eine Apotheke in der Nähe der Ambulanz, die nicht die wohnsitznächste sei, 1,54-mal pro Jahr auf. Unter Heranziehung dieser Zahlen auf den gegenständlichen Fall entsprächen die Weiters sei festzustellen, dass es im Landeskrankenhaus F pro Jahr insgesamt 19.711 ambulant behandelte Patienten gebe, dieser Personenkreis, der von keiner Anstaltsapotheke versorgt werde, sei gemäß Paragraph 10, Absatz 5, ApG als Potential der beiden Apotheken in F zu berücksichtigen. Zur Nutzung von Apotheken in der Nähe eines Krankenhauses durch

Ambulanzpatienten dieses Krankenhauses sei mangels vertretbarer Möglichkeit der Feststellung im Einzelfall über Auftrag der Apothekerkammer vom Institut GfK Austria die Studie "Apothekennutzung durch Patienten, die eine Ambulanz aufgesucht haben" (im Folgenden: Ambulanz-Studie) erstellt worden. Auch diese Studie beruhe auf 2.000 repräsentativen Interviews, die von zahlreichen Qualitätssicherungsmaßnahmen begleitet worden seien. Nach dem Ergebnis dieser Studie suche jeder Österreicher im Durchschnitt 12,25-mal eine Apotheke auf. Für 46 % aller Ambulanzbesucher sei die der Ambulanz nächstgelegene Apotheke zugleich die dem Wohnsitz nächstgelegene. Durchschnittlich suchten Ambulanzbesucher eine Apotheke in der Nähe der Ambulanz, die nicht die wohnsitznächste sei, 1,54-mal pro Jahr auf. Unter Heranziehung dieser Zahlen auf den gegenständlichen Fall entsprächen die

19.711 ambulanten Patienten des Krankenhauses F einem zusätzlichen Versorgungspotential der beiden Apotheken in F im Ausmaß von 1338 "Einwohnergleichwerten". Aus dem Akteninhalt ist ersichtlich, dass dies auf folgender Berechnungsmethode beruht:

Für 54 % der 19.711 Beschäftigten, somit 10.643 Personen sind die Apotheken in F nicht zugleich die Wohnsitznächsten. Um den Bedarf dieser Personen mit jenem eines ständigen Einwohners in Relation zu setzen, wird diese Zahl durch die durchschnittliche jährliche Apothekennutzungsfrequenz eines ständigen Einwohners von 12,25 dividiert und mit der durchschnittlichen Apothekennutzungsfrequenz eines Ambulanzpatienten von 1,54 multipliziert.

Insgesamt ergebe sich somit ein den beiden Apotheken in F verbleibendes gemeinsames Versorgungspotential, das dem Bedarf von

9.970 ständigen Einwohnern entspreche.

In F befänden sich 20 - im einzelnen aufgelistete - Fachärzte sowie eine psychotherapeutische Praxis. Die Steiermärkische Gebietskrankenkasse habe am 14. Februar 2012 die Anzahl der Patienten dieser Fachärzte im Jahr 2010 mit 26.187 bekannt gegeben. Dabei sei ein Patient immer nur einmal gezählt worden, auch wenn er mehrmals pro Jahr von einem Arzt derselben Fachrichtung behandelt worden sei. Patienten, die Ärzte verschiedener Fachrichtungen aufgesucht hätten, seien allerdings bei jeder dieser Fachrichtungen einmal gezählt worden. Die bekannt gegebene Zahl berücksichtige nur Patienten, die bei der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse versichert seien. Im Hinblick auf das - im dritten Rechtsgang ergangene - Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. Oktober 2009 sei die Ermittlung jenes Bedarfs erforderlich, der durch diese Facharztpatienten hervorgerufen werde. Die Möglichkeit der Quantifizierung durch eine eigene Studie sei "nicht zustande gekommen". Es seien daher weitere Lösungsansätze ventiliert worden. Über die "Gesundheit Österreich GmbH" sei die belangte Behörde zu keinen entsprechenden Kennziffern für die Erhebung des Bedarfs von Facharztpatienten gelangt. Eine Prüfungsmöglichkeit anhand von Umsatzzahlen sei nach Mitteilung des Gutachters aus Datenschutzgründen nicht möglich. In einer Studie aus dem Jahr 2006 seien die Errichtungskriterien für Apotheken in ausgewählten Ländern analysiert worden. Diese Studie habe ergeben, dass Fachärzte bei der Errichtung von Apotheken in anderen Ländern nicht berücksichtigt würden.

Weiters führte die belangte Behörde nach Wiedergabe der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen aus, dass die persönlichen Voraussetzungen der Mitbeteiligten für die Erteilung der begehrten Apothekenkonzession vorlägen. In R ordinierten Ärzte für Allgemeinmedizin, es gäbe jedoch keine ärztliche Hausapotheke. Die Mindestentfernung zwischen Apothekenbetriebsstätten von 500 m werde eingehalten. Die gesetzlichen Voraussetzungen gemäß § 10 Abs. 1 Z 1 und § 10 Abs. 2 Z 2 ApG seien daher erfüllt. Weiters führte die belangte Behörde nach Wiedergabe der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen aus, dass die persönlichen Voraussetzungen der Mitbeteiligten für die Erteilung der begehrten Apothekenkonzession vorlägen. In R ordinierten Ärzte für Allgemeinmedizin, es gäbe jedoch keine ärztliche Hausapotheke. Die Mindestentfernung zwischen Apothekenbetriebsstätten von 500 m werde eingehalten. Die gesetzlichen Voraussetzungen gemäß Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer eins und Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 2, ApG seien daher erfüllt.

Zur Bedarfsprüfung gemäß § 10 Abs. 2 Z 3 ApG sei Folgendes auszuführen. Zur Bedarfsprüfung gemäß Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG sei Folgendes auszuführen:

Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die Anwendung der Divisionsmethode wende, sei auf das im zweiten Rechtsgang ergangene Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. Juli 2005 verwiesen, welches die Anwendung der Divisionsmethode im gegenständlichen Fall nicht beanstandete. Auf Grund der Entfernung zwischen den beiden Apotheken in F von nur 200 m liege ein typischer Anwendungsfall der Divisionsmethode vor. Bei lebensnaher

Betrachtung stelle diese geringe Entfernung kein Auswahlkriterium für das Aufsuchen der einen oder anderen Apotheke dar. Die belangte Behörde sei an die Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes gebunden.

Im gegenständlichen komplexen Fall sei vor allem die Zuordnung der nach den Kriterien des § 10 Abs. 5 ApG zusätzlich zu versorgenden Personen, insbesondere der Facharztpatienten, zu prüfen gewesen. Hinsichtlich der Zuordnung der Einwohner von Gebieten mit bestehend bleibenden ärztlichen Hausapotheken, der Personen mit Zweitwohnsitz, der Fremdennachtigungen, der Beschäftigten im Landeskrankenhaus F und der ambulanten Patienten dieses Krankenhauses schließe sich die belangte Behörde dem schlüssigen Gutachten der Apothekerkammer an, dem die Beschwerdeführerin nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten sei. Im gegenständlichen komplexen Fall sei vor allem die Zuordnung der nach den Kriterien des Paragraph 10, Absatz 5, ApG zusätzlich zu versorgenden Personen, insbesondere der Facharztpatienten, zu prüfen gewesen. Hinsichtlich der Zuordnung der Einwohner von Gebieten mit bestehend bleibenden ärztlichen Hausapotheken, der Personen mit Zweitwohnsitz, der Fremdennachtigungen, der Beschäftigten im Landeskrankenhaus F und der ambulanten Patienten dieses Krankenhauses schließe sich die belangte Behörde dem schlüssigen Gutachten der Apothekerkammer an, dem die Beschwerdeführerin nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten sei.

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin gegen die Ambulanzstudie sei nicht zielführend. Bei der Ermittlung des Faktors 1,54 für die Anzahl der Apothekenbesuche pro Ambulanzpatient seien die Personen, die nach einem Ambulanzbesuch nie eine Apotheke aufgesucht hätten, entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin bereits berücksichtigt. Ebenso wenig sei die Anzahl der auf Grund der Ambulanzpatienten zu berücksichtigenden "Einwohnergleichwerte" durch 3,35 zu dividieren. Bei der Ausgangszahl von 19.711 handle es sich nämlich um die jährliche Anzahl der Ambulanzpatienten (die durchschnittlich 3,35 x pro Jahr die Ambulanz aufsuchen) und nicht um die Anzahl der Ambulanzfälle.

Weiters habe die Beschwerdeführerin vorgebracht, ihre private Rezeptzählung über zwei Monate hätte einen Anteil an von Ambulanzpatienten eingelösten Rezepten von lediglich 2,69 % ergeben; unter Zugrundelegung der Feststellungen im angefochtenen Bescheid hätte dieser Anteil jedoch 15 % betragen müssen.

Dem sei entgegenzuhalten, dass die Heranziehung von Ergebnissen einer Rezeptzählung nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht zulässig sei. Bei den vorzunehmenden Prognoseentscheidungen komme es nicht darauf an, wo die Einwohner bisher ihre Rezepte eingelöst hätten. Welches zusätzliche Kundenpotenzial sich auf Grund der Ambulanzpatienten ergeben könne, zeige die Ambulanz-Studie auf.

Nach dem im zweiten Rechtsgang ergangenen Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. Juli 2005 seien Patienten der in F ansässigen Fachärzte als mögliches weiteres Potenzial der Apotheken in F zu berücksichtigen. Die Methode zur Ermittlung der daraus resultierenden "Einwohnergleichwerte" unter Zuhilfenahme eines aus den Umsatzzahlen errechneten Zuschlagsfaktors sei vom Verwaltungsgerichtshof im dritten Rechtsgang als nicht dem Gesetz entsprechend beurteilt worden. Um den Bedarf an der neuen Apotheke positiv beurteilen zu können, sei zu dem sich aus dem Gutachten der Apothekerkammer ergebenden Potenzial lediglich ein zusätzliches Potenzial von 1.030 zu versorgenden Personen erforderlich. Im Gutachten sei das aus dem Facharztbesuch resultierende Potential mangels verwertbarer "Facharztstudie" unberücksichtigt geblieben. Nach Mitteilung des Gutachters anlässlich mehrerer Besprechungen sei keine weitere Prüfungsmöglichkeit anhand von Umsatzdaten gegeben.

Daher sei der Versuch unternommen worden, den Arzneimittelbedarf von Facharztpatienten unter Heranziehung der Patientenstöcke der Fachärzte in erweiterter Anwendung der Ambulanz-Studie zu ermitteln. Die belangte Behörde sei der Ansicht, dass diese Studie wahrscheinlich auch das Verhalten von Personen widerspiegle, die - von außerhalb des Versorgungsgebietes der Apotheken in F kommend - Fachärzte aufsuchten. Im Fall von gesundheitlichen Beschwerden sei es denkbar, dass sich Patienten wahlweise an Ambulanzen oder Fachärzte wendeten. Der belangten Behörde sei jedoch bewusst, dass es zu diesem Versuch der Quantifizierung noch keine Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gebe.

Unter Heranziehung der Grundsätze der Ambulanz-Studie ergebe sich, dass für 46 % der insgesamt 26.187 jährlichen Facharztpatienten in F die im Zusammenhang mit dem Facharztbesuch aufgesuchte Apotheke ohnehin die wohnsitznächste sei. Es seien daher nur 54 % der Patienten, das seien 14.140, zu berücksichtigen. Um die Apothekenbesuchsfrequenz dieser Facharztpatienten mit jener eines ständigen Einwohners in Relation zu setzen, sei diese Zahl durch die durchschnittliche jährliche Apothekennutzungsfrequenz eines ständigen Einwohners von 12,25 zu

dividieren und mit der durchschnittlichen jährlichen Apothekennutzungsfrequenz eines Ambulanzpatienten von 1,54 zu multiplizieren. Daraus ergebe sich ein zusätzliches Versorgungspotenzial von 1.778 "Einwohnergleichwerten". Diese Zahl sei jedoch als Mindestwert anzusehen, weil die gemeldeten

26.187 Facharztpatienten nur jene seien, die bei der Gebietskrankenkasse versichert seien. Nach Mitteilung der Apothekerkammer handle es sich hierbei um etwa 70 % aller Facharztpatienten.

Unter Berücksichtigung dieses zusätzlichen Potenzials verbleibe den beiden Apotheken in F nach Errichtung der beantragten Apotheke der Mitbeteiligten ein gemeinsames Versorgungspotential im Ausmaß des Bedarfs von 11.748 ständigen Einwohnern. Der Bedarf an der neu zu errichteten Apotheke sei daher gegeben.

Über die dagegen gerichtete Beschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof nach Aktenvorlage und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde sowie Erstattung einer Gegenschrift durch die mitbeteiligte Partei erwogen:

Gemäß § 10 Abs. 1 Apothekengesetz 1907, RGBl. Nr. 5 (ApG) in der hier maßgeblichen 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 hier maßgeblichen 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 Apotheke aus weiterhin zu versorgenden Personen sich infolge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5.500 betragen wird. Ein Bedarf besteht gemäß Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG nicht, wenn die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheke 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 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. Zu versorgende Personen gemäß Absatz 2, Ziffer 3, sind gemäß Paragraph 10, Absatz 4, ApG 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.

Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner im Sinne 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 Sinne 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.

Dem angefochtenen Bescheid liegt die Auffassung zu Grunde, das den beiden in F bestehenden öffentlichen Apotheken nach Errichtung der beantragten Apotheke verbleibende Potenzial an zu versorgenden ständigen Einwohnern im Sinn von § 10 Abs. 4 ApG, das wegen der besonderen Verhältnisse im vorliegenden Fall im Weg der Divisionsmethode zu ermitteln sei, würde nur 7.287 und somit pro Apotheke weniger als 5.500 Personen betragen. Daher sei gemäß § 10 Abs. 5 ApG das zusätzliche Potenzial aus "der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs" zu berücksichtigen. Nach dem Gutachten der Apothekerkammer und den diesem zugrundeliegenden Studien vergrößere sich das Kundenpotenzial unter Berücksichtigung der - außerhalb des 4 km-Umkreises wohnenden - Personen, für die diese Apotheken die nächstgelegenen seien, der durch ärztliche Hausapotheken versorgten Personen, der Personen mit Zweitwohnsitz, der Fremdenmächtingen, der Beschäftigten des Landeskrankenhauses und der Inanspruchnahme von Ambulanzen des Landeskrankenhauses auf insgesamt 9.970 "Einwohnergleichwerte". Überdies ergebe sich aus der Inanspruchnahme von Fachärzten ein - im Gutachten der Apothekerkammer mangels Quantifizierbarkeit nicht berücksichtigtes - zusätzliches Potential von Dem angefochtenen Bescheid liegt die Auffassung zu Grunde, das den beiden in F bestehenden öffentlichen Apotheken nach Errichtung der beantragten Apotheke verbleibende Potenzial an zu versorgenden ständigen Einwohnern im Sinn von Paragraph

10, Absatz 4, ApG, das wegen der besonderen Verhältnisse im vorliegenden Fall im Weg der Divisionsmethode zu ermitteln sei, würde nur 7.287 und somit pro Apotheke weniger als 5.500 Personen betragen. Daher sei gemäß Paragraph 10, Absatz 5, ApG das zusätzliche Potenzial aus "der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs" zu berücksichtigen. Nach dem Gutachten der Apothekerkammer und den diesem zugrundeliegenden Studien vergrößere sich das Kundenpotenzial unter Berücksichtigung der - außerhalb des 4 km-Umkreises wohnenden - Personen, für die diese Apotheken die nächstgelegenen seien, der durch ärztliche Hausapotheken versorgten Personen, der Personen mit Zweitwohnsitz, der Fremdennachtigungen, der Beschäftigten des Landeskrankenhauses und der Inanspruchnahme von Ambulanzen des Landeskrankenhauses auf insgesamt 9.970 "Einwohnergleichwerte". Überdies ergebe sich aus der Inanspruchnahme von Fachärzten ein - im Gutachten der Apothekerkammer mangels Quantifizierbarkeit nicht berücksichtigtes - zusätzliches Potential von 1.778 "Einwohnergleichwerten".

Die Beschwerdeführerin wendet sich zunächst gegen die Anwendung der Divisionsmethode und bringt dazu vor, dass alle Kunden, die aus Richtung Süden oder Südwesten zur Stadt-Apotheke wollten, zunächst an der Apotheke der Beschwerdeführerin "vorbeifluten" müssten. Unter Bedachtnahme auf die Maßstabfigur eines logisch denkenden Apothekenkunden sei daher die Divisionsmethode nicht anzuwenden. Ein (kranker) Apothekenkunde werde nicht den zusätzlichen Weg in die 200 m weiter entfernte Stadt-Apotheke, somit einen Umweg von insgesamt 400 m in Kauf nehmen. Der Fall sei nicht mit jenem vergleichbar, der dem hg. Erkenntnis vom 18. April 2012, Zl. 2010/10/0254, zugrunde liege, weil es dort unter anderem auch um die Zurechnung gesunder Einwohner eines Einkaufszentrums gegangen sei. Überdies befinde sich zwar das Landeskrankenhaus in der Nähe der Betriebsstätte der Apotheke der Beschwerdeführerin, die Facharztordinationen seien jedoch rund um die Betriebsstätte der Stadt-Apotheke situiert. Die belangte Behörde habe die für die Anwendung der Divisionsmethode maßgeblichen konkreten geografischen Verhältnisse nicht festgestellt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in der gegenständlichen Angelegenheit zur Anwendung der Divisionsmethode bereits in dem im zweiten Rechtsgang ergangenen Erkenntnis vom 4. Juli 2005, Zl. 2003/10/0295, Folgendes ausgeführt:

"Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Juli 2004, Zl. 2001/10/0086, und die dort zitierte Vorjudikatur) hat sich die Prüfung des Bedarfs gemäß § 10 Abs. 2 Z 3 ApG auf eine - auf entsprechende Ermittlungsergebnisse gestützte - prognostische Zuordnung konkreter Kundenpotentiale zu den beteiligten Apotheken zu gründen." Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Juli 2004, Zl. 2001/10/0086, und die dort zitierte Vorjudikatur) hat sich die Prüfung des Bedarfs gemäß Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG auf eine - auf entsprechende Ermittlungsergebnisse gestützte - prognostische Zuordnung konkreter Kundenpotentiale zu den beteiligten Apotheken zu gründen.

...

Machen besondere Gründe eine Zuordnung konkreter Kundenpotentiale zu einer Apotheke nach den Gesichtspunkten der örtlichen Nähe und Erreichbarkeit unmöglich, ist andererseits aber eindeutig, dass das in Rede stehende Kundenpotential von den Betriebsstätten mehrerer Apotheken aus zu versorgen ist, wird in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes als Ermittlungsmethode ausnahmsweise die sogenannten 'Divisionsmethode' zugelassen (vgl. nochmals das zitierte Erkenntnis vom 22. Juli 2004 und die dort zitierte Vorjudikatur). Die Methode der gleichteiligen Zurechnung bestimmter Kundenkreise zu den beteiligten Apotheken kann demnach insbesondere in Ansehung der Einwohner solcher Gebiete in Betracht kommen, die in größerer Entfernung von den Betriebsstätten der beteiligten Apotheken und zu diesen in annähernd gleicher Entfernung liegen; in solchen Fällen kann gesagt werden, dass relativ - im Verhältnis zur insgesamt zurückzulegenden Distanz - geringfügige Entfernungsunterschiede keinen Umstand darstellen, der bei lebensnaher Betrachtung für die Zurechnung zur einen oder anderen Apotheke den Ausschlag geben könnte. Die Anwendung der Divisionsmethode wurde aber auch in jenem Fall nicht beanstandet, indem die wesentlich weniger als 500 m betragende Entfernung der Betriebsstätten der beteiligten Apotheken zueinander in einem Stadtzentrum eine andere Zuordnung nahezu unmöglich machte (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. April 1999, Zl. 98/10/0426). Machen besondere Gründe eine Zuordnung konkreter Kundenpotentiale zu einer Apotheke nach den Gesichtspunkten der örtlichen Nähe und Erreichbarkeit unmöglich, ist andererseits aber eindeutig, dass das in Rede stehende Kundenpotential von den Betriebsstätten mehrerer Apotheken aus zu versorgen ist, wird in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes als Ermittlungsmethode ausnahmsweise die sogenannten

'Divisionsmethode' zugelassen vergleiche , nochmals das zitierte Erkenntnis vom 22. Juli 2004 und die dort zitierte Vorjudikatur). Die Methode der gleichteiligen Zurechnung bestimmter Kundenkreise zu den beteiligten Apotheken kann demnach insbesondere in Ansehung der Einwohner solcher Gebiete in Betracht kommen, die in größerer Entfernung von den Betriebsstätten der beteiligten Apotheken und zu diesen in annähernd gleicher Entfernung liegen; in solchen Fällen kann gesagt werden, dass relativ - im Verhältnis zur insgesamt zurückzulegenden Distanz - geringfügige Entfernungsunterschiede keinen Umstand darstellen, der bei lebensnaher Betrachtung für die Zurechnung zur einen oder anderen Apotheke den Ausschlag geben könnte. Die Anwendung der Divisionsmethode wurde aber auch in jenem Fall nicht beanstandet, indem die wesentlich weniger als 500 m betragende Entfernung der Betriebsstätten der beteiligten Apotheken zueinander in einem Stadtzentrum eine andere Zuordnung nahezu unmöglich machte vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 26. April 1999, Zl. 98/10/0426).

Davon ausgehend zeigt die Beschwerde nicht auf, dass die Anwendung der 'Divisionsmethode' im Beschwerdefall nicht am Platz wäre. Nach den Darlegungen im angefochtenen Bescheid sind die beiden in Rede stehenden öffentlichen Apotheken nämlich in einem Ort mit Zentrumsfunktion und - daraus resultierend - zahlreichen 'Einflutungserregern', und weiters in einer solchen Distanz zueinander situiert, dass die Entfernungsunterschiede bei Erreichung der jeweiligen Apotheke letztlich nicht als die entscheidenden Gesichtspunkte für die Auswahl der Apotheke durch die Kunden gelten können. Konkrete Umstände, die gegen die Zulässigkeit der 'Divisionsmethode' sprechen, hat die beschwerdeführende Partei selbst nicht vorgebracht. Die Auffassung der belangten Behörde, es lägen im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine Ermittlung der Kundenpotentiale der in (F) bestehenden öffentlichen Apotheken nach der 'Divisionsmethode' vor, ist daher nicht als rechtswidrig zu beanstanden."

Die Beschwerdeführerin vermag mit dem dargestellten - im Wesentlichen bereits im Verwaltungsverfahren erstatteten - Vorbringen keine gegen die Anwendung der Divisionsmethode sprechenden Gründe aufzuzeigen. Der bloße Umstand, dass für aus einer bestimmten Richtung kommende Kunden der Weg zu der einen Apotheke an der anderen vorbeiführt, spricht nicht gegen die Anwendung dieser Methode. Vielmehr ergibt sich bei der von der dargestellten Judikatur geforderten lebensnahen Betrachtung unter Berücksichtigung der Erreichbarkeit der Betriebsstätte sowohl mit Kraftfahrzeugen als auch zu Fuß (vgl. dazu das Erkenntnis vom 16. Juni 2009, Zl. 2005/10/0107 = VwSlg 17709/A), dass eine lediglich um 200 m größere Entfernung für die Entscheidung zum Aufsuchen der einen oder anderen Apotheke regelmäßig nicht ausschlaggebend ist. Die Behauptung, dass es sich bei Apothekenkunden zum Teil um kranke Personen handle, kann daran nichts ändern. Die Beschwerdeführerin vermag mit dem dargestellten - im Wesentlichen bereits im Verwaltungsverfahren erstatteten - Vorbringen keine gegen die Anwendung der Divisionsmethode sprechenden Gründe aufzuzeigen. Der bloße Umstand, dass für aus einer bestimmten Richtung kommende Kunden der Weg zu der einen Apotheke an der anderen vorbeiführt, spricht nicht gegen die Anwendung dieser Methode. Vielmehr ergibt sich bei der von der dargestellten Judikatur geforderten lebensnahen Betrachtung unter Berücksichtigung der Erreichbarkeit der Betriebsstätte sowohl mit Kraftfahrzeugen als auch zu Fuß vergleiche , dazu das Erkenntnis vom 16. Juni 2009, Zl. 2005/10/0107 = VwSlg 17709/A), dass eine lediglich um 200 m größere Entfernung für die Entscheidung zum Aufsuchen der einen oder anderen Apotheke regelmäßig nicht ausschlaggebend ist. Die Behauptung, dass es sich bei Apothekenkunden zum Teil um kranke Personen handle, kann daran nichts ändern.

Die Anwendung der Divisionsmethode zur Ermittlung des den beiden Apotheken in F nach Errichtung der neuen Apotheke verbleibenden Kundenpotenzials ist daher nicht rechtswidrig.

Zur Ermittlung des gemeinsamen Potenzials der beiden Apotheken in F hat sich die belangte Behörde primär auf das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 11. Februar 2011 gestützt.

Mit dem Vorbringen, dieses Gutachten sei im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides bereits mehr als ein Jahr alt gewesen, gelingt es der Beschwerdeführerin nicht, einen relevanten Verfahrensmangel aufzuzeigen. Sie macht zwar geltend, dass "keinesfalls ausgeschlossen werden kann, dass sich die für die Entscheidung maßgeblichen Verhältnisse seit Erstattung des Gutachtens ... wesentlich geändert haben", bringt aber nicht vor, welche wesentlichen Änderungen tatsächlich eingetreten seien.

Weiters wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Berücksichtigung eines Kundenpotenzials auf Grund der von der Apothekerkammer in Auftrag gegebenen und in ihrem Gutachten herangezogenen Ambulanz-Studie und gegen die Berechnung des von Facharztpatienten hervorgerufenen zusätzlichen Potenzials durch die belangte Behörde unter

Heranziehung der Grundlagen dieser Studie.

Dazu bringt die Beschwerdeführerin vor, dass sich bei einer Rezeptzählung in ihrer Apotheke ein Anteil von durch Ambulanzpatienten eingelösten Rezepten von lediglich 2,69 % ergeben habe. Unter Zugrundelegung der auf der Ambulanz-Studie gründenden Ausführungen im Gutachten der Apothekerkammer müsste sich dieser Anteil jedoch auf 15,5 % belaufen. Dies entspreche dem Ergebnis von Rezeptzählungen in ähnlich gelagerten Fällen. So habe sich z.B. bei einer Apotheke in W aus dem auf der Ambulanz-Studie basierenden Gutachten ein Anteil von Ambulanzpatienten von 23,53 % ergeben, während dieser Anteil auf Grund der durchgeführten Rezeptzählung lediglich 1,2 % betragen habe. Bei einer anderen Apotheke habe der Anteil laut Gutachten 37,41 %, nach der Rezeptzählung tatsächlich jedoch nur 13,53 % betragen. Bei einer Apotheke in Z habe sich nach dem auf der Ambulanz-Studie beruhenden Gutachten ein Anteil von durch Ambulanzpatienten eingelösten Rezepten von 24,22 % ergeben, während dieser Anteil nach der tatsächlichen Zählung der Rezepte nur 0,22 % betragen habe. Dem auf Grund dieser Umstände gestellten Antrag auf Durchführung einer Rezeptzählung im vorliegenden Verfahren habe die belangte Behörde nicht entsprochen. Auch auf das Vorbringen betreffend die Unschlüssigkeit der Ambulanz-Studie sei die belangte Behörde nicht eingegangen. Die Heranziehung der Ambulanz-Studie zur Quantifizierung des zusätzlichen Potenzials auf Grund der Apothekennutzung durch Facharztpatienten sei ohne jede Grundlage erfolgt. Es "steht nirgends geschrieben", dass das Verhalten von Facharztpatienten jenem von Ambulanzpatienten gleichzusetzen sei. Überdies leide die Ambulanz-Studie an dem gleichen Mangel wie die Studie über die Inanspruchnahme von öffentlichen Apotheken durch Besucher eines Einkaufszentrums, weil auch hier der als Maßstab herangezogene Umstand, dass 2.000 angeblich Befragte aus dem Kreis der ständigen Einwohner angegeben hätten, in den letzten 12 Monaten durchschnittlich 12,25-mal eine Apotheke aufgesucht zu haben, in Wahrheit nichts über das Ausmaß der Inanspruchnahme einer öffentlichen Apotheke durch einen ständigen Einwohner besage. Der Verwaltungsgerichtshof habe daher im Erkenntnis vom 18. April 2012, Zl. 2010/10/0254, ausgesprochen, dass die Methode der Befragung von Personen über die ihnen erinnerliche Häufigkeit ihrer Apothekenbesuche in den letzten 12 Monaten nicht zur Ermittlung eines Umrechnungsschlüssels von anderen Personengruppen in Einwohnergleichwerte geeignet sei. Wenn überhaupt, so hätten Ambulanzpatienten nur dann als zusätzliches Potenzial berücksichtigt werden dürfen, wenn ihnen von der Spitalsambulanz ein Rezept ausgestellt worden sei. Eine Studie mit entsprechender Aussagekraft erfordere daher, dass vom Spital nicht nur die Anzahl der Ambulanzpatienten, sondern auch die Anzahl der an Ambulanzpatienten ausgestellten Rezepte bekannt gegeben werde.

Mit diesem Vorbringen zeigt die Beschwerdeführerin einen relevanten Verfahrensmangel auf:

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, wie viele Personen aus dem Kreis der ständigen Einwohner im Umkreis von vier Straßenkilometern um die Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke(n) nach Errichtung der geplanten Apotheke ihren Arzneimittelbedarf auf Grund der örtlichen Verhältnisse voraussichtlich weiterhin aus der (den) bestehenden öffentlichen Apotheke(n) decken werden. Ergibt sich dabei für eine bestehende öffentliche 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 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 Apotheke(n) 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. etwa das von der Beschwerdeführerin zitierte hg. Erkenntnis vom 18. April 2012, 2010/10/0254, und die dort zitierte Vorjudikatur). Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass es sich bei Ambulanzpatienten (vgl. etwa das Erkenntnis vom 23. Jänner 1995, Zl. 94/10/0123) und in Bezirksorten mit Zentrumsfunktion und sehr hoher Anzahl von Fachärzten auch bei Facharztpatienten (vgl. etwa das im vorliegenden Fall im dritten Rechtsgang ergangene hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 2009, Zl. 2008/10/0173, VwSlg 17772 A/2009) um ein zusätzlich zu versorgendes Kundenpotenzial im Sinn von § 10 Abs. 5 ApG ("auf Grund der Inanspruchnahme von Einrichtungen") handeln kann. 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, wie viele Personen aus dem Kreis der ständigen Einwohner im Umkreis von vier Straßenkilometern um die Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke(n) nach Errichtung der geplanten Apotheke ihren Arzneimittelbedarf auf Grund der örtlichen Verhältnisse voraussichtlich weiterhin aus der (den) bestehenden öffentlichen Apotheke(n) decken werden. Ergibt sich dabei für eine bestehende öffentliche 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 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 Apotheke(n) 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 , etwa das von der Beschwerdeführerin zitierte hg. Erkenntnis vom 18. April 2012, 2010/10/0254, und die dort zitierte Vorjudikatur). Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass es sich bei Ambulanzpatienten vergleiche , etwa das Erkenntnis vom 23. Jänner 1995, Zl. 94/10/0123) und in Bezirksorten mit Zentrumsfunktion und sehr hoher Anzahl von Fachärzten auch bei Facharztpatienten vergleiche , etwa das im vorliegenden Fall im dritten Rechtsgang ergangene hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 2009, Zl. 2008/10/0173, VwSlg 17772 A/2009) um ein zusätzlich zu versorgendes Kundenpotenzial im Sinn von Paragraph 10, Absatz 5, ApG ("auf Grund der Inanspruchnahme von Einrichtungen") handeln kann.

Nach den Feststellungen der belangten Behörde werden die beiden bestehenden Apotheken in F von den Ambulanzpatienten des Landeskrankenhauses F - die nicht bereits auf Grund ihres Wohnsitzes zum Kundenpotenzial dieser Apotheken gehören - in einem Ausmaß in Anspruch genommen, das jenem von 1.338 ständigen Einwohnern entspricht. Diese Feststellung hat die belangte Behörde auf die dem Gutachten der Apothekerkammer zugrunde liegende Ambulanz-Studie gestützt. Diese Studie geht von dem nach den obigen Ausführungen richtigen Ansatz aus, den durch einen durchschnittlichen Ambulanzpatienten hervorgerufenen zusätzlichen Bedarf in Relation zum Bedarf eines ständigen Einwohners zu setzen.

Die dazu erforderliche Ermittlung des durchschnittlichen Bedarfs eines ständigen Einwohners erfolgte jedoch nicht in einem mängelfreien Verfahren:

Die Ambulanz-Studie beruht nach dem bei den Verwaltungsakten erliegenden "Ergebnisbericht" auf der Befragung von 2.000 Personen ab 15 Jahren im Zeitraum von Jänner bis März 2010, wobei diese Personen angegeben haben, innerhalb des vorangegangenen Jahres im Durchschnitt je 12,25-mal eine Apotheke aufgesucht zu haben. Diese

Nutzungsfrequenz wurde als Ausmaß der durchschnittlichen Apothekeninanspruchnahme eines ständigen Einwohners herangezogen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zum auf dieselbe Weise ermittelten Bedarf eines ständigen Einwohners im Rahmen der Studie "Apothekennutzung durch Besucher von Einkaufs- oder Fachmarktzentren" im zitierten Erkenntnis zur Zl. 2010/10/0254 Folgendes ausgeführt:

"Schließlich erweist sich noch die dem angefochtenen Bescheid zugrundeliegende Beurteilung des Ausmaßes, indem die Apothekennutzung durch einfache 'Besucher der Einkaufszentren' jenem durch ständige Einwohner entspricht, als mangelhaft. Der als Maßstab herangezogene Umstand, dass 2000 Befragte angegeben hätten, in den letzten 12 Monaten eine Apotheke durchschnittlich 12,25 Mal aufgesucht zu haben, besagt in Wahrheit nämlich noch nichts über das (in der Sache wesentliche) Ausmaß der Inanspruchnahme einer öffentlichen Apotheke durch einen 'ständigen Einwohner' iSd § 10 ApG."Schließlich erweist sich noch die dem angefochtenen Bescheid zugrundeliegende Beurteilung des Ausmaßes, indem die Apothekennutzung durch einfache 'Besucher der Einkaufszentren' jenem durch ständige Einwohner entspricht, als mangelhaft. Der als Maßstab herangezogene Umstand, dass 2000 Befragte angegeben hätten, in den letzten 12 Monaten eine Apotheke durchschnittlich 12,25 Mal aufgesucht zu haben, besagt in Wahrheit nämlich noch nichts über das (in der Sache wesentliche) Ausmaß der Inanspruchnahme einer öffentlichen Apotheke durch einen 'ständigen Einwohner' iSd Paragraph 10, ApG.

...

In der Frage, in welchem Ausmaß durch einen 'ständigen Einwohner' im Sinne des § 10 Abs. 2 Z 3 und Abs. 3 ApG Bedarf an einer öffentlichen Apotheke begründet wird, geht es hingegen nicht um Gegebenheiten des konkreten Falles. Vielmehr stellt der Gesetzgeber hier auf eine Durchschnittsbetrachtung ab: Der 'ständige Einwohner' gilt als 'zu versorgende Person', ohne dass im Einzelfall festgestellt werden müsste, in welchem Ausmaß durch ihn ein Bedarf an einer öffentlichen Apotheke begründet wird (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 26. September 2011, Zl. 2009/10/0261, und die dort zitierte Vorjudikatur). Gleichzeitig ist der 'ständige Einwohner' als 'Maßstabfigur' die zentrale Bezugsgröße für die Frage, ob bei Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke (noch) von der Existenzfähigkeit einer bestehenden öffentlichen Apotheke ausgegangen werden kann; dies ist nur dann zu bejahen, wenn von der bestehenden öffentlichen Apotheke weiterhin mindestens 5500 Personen zu versorgen sein werden und zwar in einem Ausmaß, dass der Versorgung von 5500 ständigen Einwohnern entspricht. In der Frage, in welchem Ausmaß durch einen 'ständigen Einwohner' im Sinne des Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3 und Absatz 3, ApG Bedarf an einer öffentlichen Apotheke begründet wird, geht es hingegen nicht um Gegebenheiten des konkreten Falles. Vielmehr stellt der Gesetzgeber hier auf eine Durchschnittsbetrachtung ab: Der 'ständige Einwohner' gilt als 'zu versorgende Person', ohne dass im Einzelfall festgestellt werden müsste, in welchem Ausmaß durch ihn ein Bedarf an einer öffentlichen Apotheke begründet wird vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 26. September 2011, Zl. 2009/10/0261, und die dort zitierte Vorjudikatur). Gleichzeitig ist der 'ständige Einwohner' als 'Maßstabfigur' die zentrale Bezugsgröße für die Frage, ob bei Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke (noch) von der Existenzfähigkeit einer bestehenden öffentlichen Apotheke ausgegangen werden kann; dies ist nur dann zu bejahen, wenn von der bestehenden öffentlichen Apotheke weiterhin mindestens 5500 Personen zu versorgen sein werden und zwar in einem Ausmaß, dass der Versorgung von 5500 ständigen Einwohnern entspricht.

Bei der Ermittlung des durch einen 'ständigen Einwohner' hervorgerufenen Bedarfs nach einer öffentlichen Apotheke, an dem dann eine Inanspruchnahme im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG gemessen werden kann, ist daher im Sinne einer Durchschnittsbetrachtung der Bedarf der Bevölkerung nach Leistungen der öffentlichen Apotheken im Allgemeinen heranzuziehen. Dabei können der durchschnittliche Medikamentenverbrauch, der Arzneimittelumsatz udgl. nicht außer Acht gelassen werden. Es sind alle verfügbaren Daten einzusetzen, um jenen Durchschnittsbedarf festzustellen, der dem Bedarf eines 'ständigen Einwohners' im Sinne des § 10 Abs. 2 Z 3 ApG zugrunde liegt. Bei der Ermittlung des durch einen 'ständigen Einwohner' hervorgerufenen Bedarfs nach einer öffentlichen Apotheke, an dem dann eine Inanspruchnahme im Sinne des Paragraph 10, Absatz 5, ApG gemessen werden kann, ist daher im Sinne einer Durchschnittsbetrachtung der Bedarf der Bevölkerung nach Leistungen der öffentlichen Apotheken im Allgemeinen heranzuziehen. Dabei können der durchschnittliche Medikamentenverbrauch, der Arzneimittelumsatz udgl. nicht außer Acht gelassen werden. Es sind alle verfügbaren Daten einzusetzen, um jenen Durchschnittsbedarf festzustellen, der dem Bedarf eines 'ständigen Einwohners' im Sinne des Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG zugrunde liegt.

Zur Feststellung dieses Bedarfs war die dem angefochtenen Bescheid zugrunde liegende Methode der Befragung von Personen über die ihnen erinnerliche Häufigkeit ihrer Apothekenbesuche in den letzten 12 Monaten somit nicht geeignet. Die den Ergebnissen der Studie zugrunde liegende Gleichsetzung der durch Befragung ermittelten Nutzungsfrequenz einer Apotheke 'durch jeden Österreicher und jede Österreicherin' (12,25 Mal pro Jahr) mit dem Ausmaß der Inanspruchnahme einer öffentlichen Apotheke durch einen 'ständigen Einwohner' gemäß § 10 ApG belastet daher die darauf aufbauende Berücksichtigung von Kunden der in Rede stehenden Einkaufszentren wie 'ständige Einwohner' mit einem (weiteren) Mangel." Zur Feststellung dieses Bedarfs war die dem angefochtenen Bescheid zugrunde liegende Methode der Befragung von Personen über die ihnen erinnerliche Häufigkeit ihrer Apothekenbesuche in den letzten 12 Monaten somit nicht geeignet. Die den Ergebnissen der Studie zugrunde liegende Gleichsetzung der durch Befragung ermittelten Nutzungsfrequenz einer Apotheke 'durch jeden Österreicher und jede Österreicherin' (12,25 Mal pro Jahr) mit dem Ausmaß der Inanspruchnahme einer öffentlichen Apotheke durch einen 'ständigen Einwohner' gemäß Paragraph 10, ApG belastet daher die darauf aufbauende Berücksichtigung von Kunden der in Rede stehenden Einkaufszentren wie 'ständige Einwohner' mit einem (weiteren) Mangel."

Die auf derselben Methode der Bedarfserhebung eines ständigen Einwohners aufbauende Ermittlung des durch die Ambulanzpatienten des Landeskrankenhauses F hervorgerufenen zusätzlichen Bedarfs im Ausmaß von 1.338 "Einwohnergleichwerten" beruht aus diesem Grund ebenfalls auf einem Verfahrensmangel. Dies gilt auch für die Ermittlung des durch die Beschäftigten im Landeskrankenhaus F hervorgerufenen zusätzlichen Bedarfs im Ausmaß von 24 "Einwohnergleichwerten", die ebenfalls auf derselben Methode der Erhebung des durchschnittlichen Bedarfs eines ständigen Einwohners beruht. Schließlich belastet dieser Verfahrensmangel auch die Berücksichtigung des von den Patienten der Fachärzte hervorgerufenen zusätzlichen Kundenpotentials durch die belangte Behörde im Wege der Übernahme der Daten - somit auch des Bedarfs eines ständigen Einwohners - aus der Ambulanzstudie.

Überdies hat die belangte Behörde zwar ausgeführt, dass die Quantifizierung des von Facharztpatienten hervorgerufenen zusätzlichen Kundenpotentials von Apotheken nicht möglich sei, weil eine entsprechende Studie nicht vorliege. Auch mehrere Besprechungen mit dem Gutachter hätten keine Möglichkeit der Quantifizierung ergeben. Dennoch hat die belangte Behörde dieses Potential durch Übertragung der Daten aus der Ambulanz-Studie ermittelt, ohne auf die Darlegungen der Apothekerkammer einzugehen, wonach die Erstellung einer repräsentativen Studie als nicht möglich erachtet wurde. Die Annahme der belangten Behörde, wonach "die Ambulanzstudie wahrscheinlich gleichermaßen auch das Verhalten von Personen widerspiegeln vermag, die - von außerhalb kommend - Fachärzte aufsuchen", ist keine nachvollziehbare Begründung dafür, die Ergebnisse der Ambulanz-Studie (insbesondere Frequenz der Apothekennutzung und Herkunft der Patienten) ohne weiteres auf Facharztpatienten zu übertragen. Auch insofern belastete die belangte Behörde ihren Bescheid mit einem Verfahrensmangel.

Soweit die Beschwerdeführerin ins Treffen führt, dass die Ergebnisse der Ambulanz-Studie auch dem Ergebnis der in ihrer Apotheke durchgeführten Rezeptzählung widerspreche, ist sie darauf hinzuweisen, dass es nicht darauf ankommt, wo die betreffenden Personen ihre Arzneimittel tatsächlich besorgen, sondern ausschließlich auf das auf Grund objektiver Umstände zu prognostizierende Kundenverhalten nach Errichtung der neuen Apotheke (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Mai 2008, Zlen. 2006/10/0254, 2007/10/0268). Soweit die Beschwerdeführerin ins Treffen führt, dass die Ergebnisse der Ambulanz-Studie auch dem Ergebnis der in ihrer Apotheke durchgeführten Rezeptzählung widerspreche, ist sie darauf hinzuweisen, dass es nicht darauf ankommt, wo die betreffenden Personen ihre Arzneimittel tatsächlich besorgen, sondern ausschließlich auf das auf Grund objektiver Umstände zu prognostizierende Kundenverhalten nach Errichtung der neuen Apotheke vergleiche, etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Mai 2008, Zlen. 2006/10/0254, 2007/10/0268).

Für das fortgesetzte Verfahren sei hinzugefügt, dass nach der oben dargestellten hg. Judikatur für die Berücksichtigung eines zusätzlichen Bedarfs aufgrund der in § 10 Abs. 5 ApG genannten "Einflutungserreger" konkrete, auf die im Gesetz angeführten Tatbestände ("Beschäftigung", "Einrichtungen", "Verkehr") bezogene Ermittlungen erforderlich sind, wobei es zulässig ist, auf allgemeine, für den jeweiligen Fall repräsentative Untersuchungsergebnisse zurückzugreifen, wenn die an sich erforderlichen einzelfallbezogenen Feststellungen nicht oder nur mit unververtretbarem Aufwand getroffen werden können. Lässt sich das zusätzliche Potenzial jedoch weder mit vertretbarem Aufwand durch einzelfallbezogene Feststellungen, noch durch repräsentative Studien ermitteln, so kann ein solches Potenzial nicht berücksichtigt werden. Für das fortgesetzte Verfahren sei hinzugefügt, dass nach der oben dargestellten hg. Judikatur für die Berücksichtigung eines zusätzlichen Bedarfs aufgrund der in Paragraph 10, Absatz 5, ApG genannten

"Einflutungserreger" konkrete, auf die im Gesetz angeführten Tatbestände ("Beschäftigung", "Einrichtungen", "Verkehr") bezogene Ermittlungen erforderlich sind, wobei es zulässig ist, auf allgemeine, für den jeweiligen Fall repräsentative Untersuchungsergebnisse zurückzugreifen, wenn die an sich erforderlichen einzelfallbezogenen Feststellungen nicht oder nur mit unververtretbarem Aufwand getroffen werden können. Lässt sich das zusätzliche Potenzial jedoch weder mit vertretbarem Aufwand durch einzelfallbezogene Feststellungen, noch durch repräsentative Studien ermitteln, so kann ein solches Potenzial nicht berücksichtigt werden.

Auf Grund der oben aufgezeigten Verfahrensmängel war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. Auf Grund der oben aufgezeigten Verfahrensmängel war der angefochtene Bescheid gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 3, Litera b, und c wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

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

Wien, am 20. November 2013

Schlagworte

Begründung Begründungsmangel Besondere Rechtsgebiete

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2013:2012100125.X00

Im RIS seit

18.12.2013

Zuletzt aktualisiert am

03.03.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at