

TE Uvs Bescheid 2009/4/24 MIX/42/2919/2008

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.04.2009

Index

82/04 Apotheken Arzneimittel

Norm

ApG §10

Beachte

Beschwerde vom VfGH abgelehnt durch VfGH B 755/09-3 vom 21.9.2009

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Mag. DDr. Tessar über die Berufung der Frau Mag. pharm. Andrea C., vertreten durch Dr. Wolfgang V., gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 40 - Soziales, Sozial- und Gesundheitsrecht, vom 29.1.2008, Zl.: GR-1-2126/05, mit welchem das Ansuchen um Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke im Wiener Gemeindebezirk mit dem angestrebten Standort "Gebiet im Wiener Gemeindebezirk, das umschlossen wird von den Straßenzügen beginnend an der Kreuzung S-Straße/Lu-gasse - Lu-gasse - J-Straße - Lo-straße - S-Straße - Fplatz - S-Straße bis zum Ausgangspunkt sämtliche Straßen und Plätze beidseitig bzw. allseitig" und der in Aussicht genommenen künftigen Betriebsstätte in Wien, S-Straße, abgewiesen wurde, wie folgt entschieden: Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Mag. DDr. Tessar über die Berufung der Frau Mag. pharm. Andrea C., vertreten durch Dr. Wolfgang römisch fünf., gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 40 - Soziales, Sozial- und Gesundheitsrecht, vom 29.1.2008, Zl.: GR-1-2126/05, mit welchem das Ansuchen um Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke im Wiener Gemeindebezirk mit dem angestrebten Standort "Gebiet im Wiener Gemeindebezirk, das umschlossen wird von den Straßenzügen beginnend an der Kreuzung S-Straße/Lu-gasse - Lu-gasse - J-Straße - Lo-straße - S-Straße - Fplatz - S-Straße bis zum Ausgangspunkt sämtliche Straßen und Plätze beidseitig bzw. allseitig" und der in Aussicht genommenen künftigen Betriebsstätte in Wien, S-Straße, abgewiesen wurde, wie folgt entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und der angefochtene Bescheid bestätigt. Gemäß Paragraph 66, Absatz 4, AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und der angefochtene Bescheid bestätigt.

Text

Der angefochtene Bescheid vom 29.1.2008 hat nachfolgenden Spruch:

„Das Ansuchen von Frau Mag. pharm. Andrea C. um Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke im Wiener Gemeindebezirk mit dem angestrebten Standort „Gebiet im Wiener Gemeindebezirk, das umschlossen wird von den Straßenzügen beginnend an der Kreuzung S-Straße/Lu-gasse - Lu-gasse - J-Straße - Lo-

straße - S-Straße - F-platz - S-Straße bis zum Ausgangspunkt sämtliche Straßen und Plätze beidseitig bzw. allseitig

und der in Aussicht genommenen künftigen Betriebsstätte in Wien, S-Straße, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 10 Abs 2 und 51 Apothekengesetz (ApG), RGBL. Nr. 5/1907 in der geltenden Fassung. Rechtsgrundlage: Paragraphen 10, Absatz 2 und 51 Apothekengesetz (ApG), RGBL. Nr. 5 aus 1907, in der geltenden Fassung.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung wurde ausgeführt wie folgt:

„In der außen bezeichneten Apothekenrechtssache erhebe ich innerhalb offener Frist gegen den Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 40, MA 40-GR-1-2126/05, vom 29.01.2008, Berufung.

Ich fechte den vorstehend angeführten Bescheid seinem gesamten Inhalt nach an, mache als Berufungsgründe Rechtswidrigkeit infolge von Verfahrensmängeln sowie inhaltliche Rechtswidrigkeit geltend und stelle den Antrag, den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass mir die beantragte Konzession erteilt wird

in eventu ihn aufzuheben und zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die Verwaltungsbehörde I. Instanz zurückzuverweisen. in eventu ihn aufzuheben und zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die Verwaltungsbehörde römisch eins. Instanz zurückzuverweisen.

Begründung:

1. Inhaltliche Rechtswidrigkeit:

Die Verwaltungsbehörde I. Instanz hat in dem, dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegten Ermittlungsverfahren die Frage des Eintrittes der sogenannten negativen Bedarfsvoraussetzungen gemäß § 10 Abs 2 Z 3 ApG, für den Fall der Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke in S. durch mich, hinsichtlich der Apotheke „Z.“ an der Anschrift B-Straße, Wien, zu Unrecht geprüft und bejaht. Die Verwaltungsbehörde römisch eins. Instanz hat in dem, dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegten Ermittlungsverfahren die Frage des Eintrittes der sogenannten negativen Bedarfsvoraussetzungen gemäß Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG, für den Fall der Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke in S. durch mich, hinsichtlich der Apotheke „Z.“ an der Anschrift B-Straße, Wien, zu Unrecht geprüft und bejaht.

Dies aus folgendem Grund: Mit Erkenntnis vom 02.03.1998, G 37/97 (VfSlg. 15.301/1998), hat der Verfassungsgerichtshof § 10 Abs 2 Z 1 ApG in der damaligen Fassung als gegen die Erwerbsausübungsfreiheit verstoßend aufgehoben. § 10 Abs 2 Z 1 ApG in der damals geltenden Fassung sah vor, dass auch die Konzessionswerber für neu zu errichtende öffentliche Apotheken ein Versorgungspotential von mindestens 5500 zu versorgende Personen nachweisen müssen (nach der damaligen Absicht des Gesetzgebers offenbar um ihre Existenzfähigkeit zu gewährleisten). Diese Bestimmung hat der Verfassungsgerichtshof mit der Begründung aufgehoben, dass es jedem Apotheker, der die Konzession zur Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke anstrebt, selbst überlassen bleiben muss, das damit verbundene unternehmerische Risiko im Rahmen der verfassungsgesetzlich garantierten Erwerbsausübungsfreiheit selbst zu beurteilen. Dies aus folgendem Grund: Mit Erkenntnis vom 02.03.1998, G 37/97 (VfSlg. 15.301 aus 1998,), hat der Verfassungsgerichtshof Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, ApG in der damaligen Fassung als gegen die Erwerbsausübungsfreiheit verstoßend aufgehoben. Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, ApG in der damals geltenden Fassung sah vor, dass auch die Konzessionswerber für neu zu errichtende öffentliche Apotheken ein Versorgungspotential von mindestens 5500 zu versorgende Personen nachweisen müssen (nach der damaligen Absicht des Gesetzgebers offenbar um ihre Existenzfähigkeit zu gewährleisten). Diese Bestimmung hat der Verfassungsgerichtshof mit der Begründung aufgehoben, dass es jedem Apotheker, der die Konzession zur Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke anstrebt, selbst überlassen bleiben muss, das damit verbundene unternehmerische Risiko im Rahmen der verfassungsgesetzlich garantierten Erwerbsausübungsfreiheit selbst zu beurteilen.

Das hat in weiterer Folge dazu geführt, dass von verschiedenen, mit der Materie betrauten Juristen, die Auffassung vertreten wurde, dass zwar öffentliche Apotheken, die vor Erlassung des Verfassungsgerichtshof Erkenntnisses errichtet worden waren, auch weiterhin den Existenzschutz gemäß § 10 Abs 2 Z 3 ApG genießen sollten, solche die danach errichtet worden sind aber nicht mehr. Diese Bedenken hat der Gesetzgeber dadurch auszuräumen versucht, dass er mit der Apothekengesetznovelle 2006, BGBl. I vom 28.03.2006 einen neuen Abs 8 in den § 10 eingefügt hat, der auch "Neuapotheken", die nach dem 02.03.1998 errichtet worden sind, den selben Existenzschutz wie "Altapotheken"

einräumt, in dem er nämlich anordnet, dass als bestehende Apotheken im Sinne des Abs 2 Z 2 und Z 3 auch alle nach der Kundmachung BGBl. I Nr. 53/1998 rechtskräftig erteilte Konzessionen zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke zu gelten haben. Das hat in weiterer Folge dazu geführt, dass von verschiedenen, mit der Materie betrauten Juristen, die Auffassung vertreten wurde, dass zwar öffentliche Apotheken, die vor Erlassung des Verfassungsgerichtshofurteils errichtet worden waren, auch weiterhin den Existenzschutz gemäß Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG genießen sollten, solche die danach errichtet worden sind aber nicht mehr. Diese Bedenken hat der Gesetzgeber dadurch auszuräumen versucht, dass er mit der Apothekengesetznovelle 2006, BGBl. I Nr. 53 vom 28.03.2006 einen neuen Absatz 8, in den Paragraph 10, eingefügt hat, der auch "Neuapotheken", die nach dem 02.03.1998 errichtet worden sind, den selben Existenzschutz wie "Altapotheken" einräumt, in dem er nämlich anordnet, dass als bestehende Apotheken im Sinne des Absatz 2, Ziffer 2 und Ziffer 3, auch alle nach der Kundmachung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 53 aus 1998, rechtskräftig erteilte Konzessionen zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke zu gelten haben.

Ungeachtet dessen ist aber zB der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich weiterhin der Auffassung gewesen, dass auch diese Bestimmung verfassungswidrig sei. Es hat daher in einem Verfahren über den Antrag um Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke, in dem die Österreichische Apothekerkammer ein Gutachten erstattet hat, wonach die negativen Bedarfsvoraussetzungen bei einer von der Neuerrichtung betroffenen, für deren Errichtung die Konzession aber erst am 17.09.2004 erteilt worden ist, die negativen Bedarfsvoraussetzungen gemäß § 10 Abs 2 Z 3 ApG eintreten würden, dies allerdings mit der Auflage, dass die Konzession an den weiteren Antragsteller erteilt, von dieser Konzession erst ab dem Zeitpunkt Gebrauch gemacht werden darf, ab dem über eine allfällige Beschwerde gegen diesen Bescheid durch den Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof entschieden wird. Ungeachtet dessen ist aber zB der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich weiterhin der Auffassung gewesen, dass auch diese Bestimmung verfassungswidrig sei. Es hat daher in einem Verfahren über den Antrag um Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke, in dem die Österreichische Apothekerkammer ein Gutachten erstattet hat, wonach die negativen Bedarfsvoraussetzungen bei einer von der Neuerrichtung betroffenen, für deren Errichtung die Konzession aber erst am 17.09.2004 erteilt worden ist, die negativen Bedarfsvoraussetzungen gemäß Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG eintreten würden, dies allerdings mit der Auflage, dass die Konzession an den weiteren Antragsteller erteilt, von dieser Konzession erst ab dem Zeitpunkt Gebrauch gemacht werden darf, ab dem über eine allfällige Beschwerde gegen diesen Bescheid durch den Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof entschieden wird.

Der Inhaber der Apotheke, dem mit Bescheid vom 17.09.2004 die Konzession zur Errichtung der "Erstapotheke" erteilt wurde, hat gegen dieses Erkenntnis eine Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof eingebracht und hat dieser zu B 1047/07 mit Beschluss vom 20.06.2007 das Vorverfahren eingeleitet - eine Entscheidung ist derzeit noch offen.

Beweis: beiliegendes Erkenntnis des UVS Oberösterreich, beiliegender Beschluss des Verfassungsgerichtshofes.

Die gleiche Rechtslage ist aber auch hier gegeben. Auch Frau Mag. pharm. Jutta T., der Konzessionärin der Einspruchswerberin, wurde die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb der D-apotheke erst nach Aufhebung des § 10 Abs 2 Z 1 ApG durch den Verfassungsgerichtshof im Jahre 1998 erteilt, sodass auch ihr, wenn man die Überlegungen des UVS OÖ als zutreffend erachtet, kein Einspruchsrecht gegen meinen Antrag um Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in S. zustehen würde. Die gleiche Rechtslage ist aber auch hier gegeben. Auch Frau Mag. pharm. Jutta T., der Konzessionärin der Einspruchswerberin, wurde die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb der D-apotheke erst nach Aufhebung des Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, ApG durch den Verfassungsgerichtshof im Jahre 1998 erteilt, sodass auch ihr, wenn man die Überlegungen des UVS OÖ als zutreffend erachtet, kein Einspruchsrecht gegen meinen Antrag um Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in S. zustehen würde.

Beweis: von der Magistratsabteilung 15 beizuschaffender Akt betreffend die Erteilung der Konzession an Frau Mag. pharm. Jutta

T..

Für den Fall, dass daher der Verfassungsgerichtshof im Zuge des eingeleiteten Verfahrens § 12 Abs 8 Apothekengesetz ebenfalls als verfassungswidrig aufheben sollte, ist auch klar, dass mir die beantragte Konzession zu erteilen wäre. Für den Fall, dass daher der Verfassungsgerichtshof im Zuge des eingeleiteten Verfahrens Paragraph 12, Absatz 8,

Apothekengesetz ebenfalls als verfassungswidrig aufheben sollte, ist auch klar, dass mir die beantragte Konzession zu erteilen wäre.

2. Rechtswidrigkeit infolge von Verletzung von Verfahrensvorschriften:

Die belangte Behörde begründet die Abweisung meines Antrages damit, dass nach einem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 22.09.2006, also eines Gutachtens, das zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung rund 1 ½ Jahre alt gewesen ist, sich das Versorgungspotential der Apotheke "Z." an der Anschrift B-Straße, Wien, auf 2878 Personen verringern würde, wenn mir die beantragte Konzession erteilt würde.

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass einer der tragenden Grundsätze des AVG ist, dass die Erlassung eines Bescheides jeweils auf Grundlage der Sach- und Rechtslage, wie sie sich im Zeitpunkt der Bescheiderlassung darstellt, zu erfolgen hat und damit ein derart altes Gutachten keine seriöse Entscheidungsgrundlage für die Erlassung des angefochtenen Bescheides sein kann. Die Verwaltungsbehörde I. Instanz hätte vielmehr vor Bescheiderlassung ein Ergänzungsgutachten der Österreichischen Apothekerkammer einholen müssen. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass einer der tragenden Grundsätze des AVG ist, dass die Erlassung eines Bescheides jeweils auf Grundlage der Sach- und Rechtslage, wie sie sich im Zeitpunkt der Bescheiderlassung darstellt, zu erfolgen hat und damit ein derart altes Gutachten keine seriöse Entscheidungsgrundlage für die Erlassung des angefochtenen Bescheides sein kann. Die Verwaltungsbehörde römisch eins. Instanz hätte vielmehr vor Bescheiderlassung ein Ergänzungsgutachten der Österreichischen Apothekerkammer einholen müssen.

Wenn man bedenkt, dass die von der Österreichischen Apothekerkammer ihrem Gutachten zugrunde gelegten Meldedaten noch aus dem Jahr 2005 (!) stammen, da sie von der Stadt Wien immer nur einmal jährlich zum Jahresende aktualisiert werden (siehe S. 4 des Gutachtens, letzter Satz), ergibt sich umso mehr die Richtigkeit meiner vorstehend angeführten Argumente.

Darüber hinaus wurden für nachstehende Bauvorhaben, die bereits im Jahre 2007 begonnen und im Jahre 2008 abgeschlossen werden, die Baubewilligungen erteilt:

F-Straße 50 Wohneinheiten

B-Straße 81 Wohneinheiten

Beweis: beiliegende Internetausdrucke.

Dazu kommen noch die der Verwaltungsbehörde I. Instanz von der Magistratsabteilung 18 mit Schreiben vom 29.01.2008 mitgeteilten, die bis spätestens 2010 realisiert werden sollen: Dazu kommen noch die der Verwaltungsbehörde römisch eins. Instanz von der Magistratsabteilung 18 mit Schreiben vom 29.01.2008 mitgeteilten, die bis spätestens 2010 realisiert werden sollen:

Stadterweiterungsgebiet O-steig 400 Wohneinheiten

M-gasse/Fe-gasse 20 Wohneinheiten,

sodass die gemäß § 10 Abs 2 Z 3 ApG normierte Anzahl von 5500 Personen bereits kurzfristig überschritten werden wird. Es ist unverständlich, dass weder die Österreichische Apothekerkammer, noch die Verwaltungsbehörde I. Instanz diese, von einer Behörde stammende objektive Mitteilung, bei Erlassung des angefochtenen Bescheides bzw. Erstattung des Gutachtens auch nur in irgendeiner Weise berücksichtigt haben, sodass sich das von der Verwaltungsbehörde I. Instanz durchgeführte Verfahren auch aus diesem Grunde als nachhaltig mangelhaft erweist. Sodass die gemäß Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG normierte Anzahl von 5500 Personen bereits kurzfristig überschritten werden wird. Es ist unverständlich, dass weder die Österreichische Apothekerkammer, noch die Verwaltungsbehörde römisch eins. Instanz diese, von einer Behörde stammende objektive Mitteilung, bei Erlassung des angefochtenen Bescheides bzw. Erstattung des Gutachtens auch nur in irgendeiner Weise berücksichtigt haben, sodass sich das von der Verwaltungsbehörde römisch eins. Instanz durchgeführte Verfahren auch aus diesem Grunde als nachhaltig mangelhaft erweist.

Aus all diesen Wohnbauvorhaben ergibt sich ein offensichtlich bereits konkret absehbares weiteres Versorgungspotential von mindestens 2550 zusätzlich zu versorgenden Personen für die Apotheke

"Z.".

Letztlich sind auch noch drei weitere Arztpraxen in unmittelbarer Umgebung der Betriebsstätte der Apotheke der Einspruchswerberin anzuführen und zwar:

Dr. Therese W., Facharzt für Gynäkologie, E-gasse

Dr. Peter R., Arzt für Allgemeinmedizin, K-gasse

Dr. Herbert K., Arzt für Allgemeinmedizin, J-straße

Ich stelle daher den Antrag,

das Berufungsverfahren bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes in der Beschwerdesache B 1047/07 gemäß § 38 AVG zu unterbrechen bzw. mir die beantragte Konzession, wie der UVS Oberösterreich unter der Auflage zu erteilen, dass von dieser Konzession erst ab dem Zeitpunkt Gebrauch gemacht werden darf, ab dem über eine allfällige Beschwerde gegen den Bescheid durch den Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof positiv - entschieden ist.“.das Berufungsverfahren bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes in der Beschwerdesache B 1047/07 gemäß Paragraph 38, AVG zu unterbrechen bzw. mir die beantragte Konzession, wie der UVS Oberösterreich unter der Auflage zu erteilen, dass von dieser Konzession erst ab dem Zeitpunkt Gebrauch gemacht werden darf, ab dem über eine allfällige Beschwerde gegen den Bescheid durch den Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof positiv - entschieden ist.“.

Dem vorgelegten Akt ist zu entnehmen, dass Frau Mag. pharm. Andrea C. mit Schriftsatz vom 4.2.2005 den Antrag auf Neukonzession einer öffentlichen Apotheke in Wien, S-Straße, stellte.

Gegen diesen Antrag wurde seitens der Apotheke „Z.“ Mag. T. & Dr. P. OHG mit Schriftsatz vom 5.8.2005 ein Einspruch eingebracht. Mit Schriftsatz vom 31.10.2005 teilte der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 18 mit wie folgt:

„Nach Abschluss der Erhebungen betreffend der neu zu errichtenden Apotheke der Konzessionswerberin Frau Mag. pharm. Andrea C. für den gemäß Kundmachung angeführten Standort:

"Gebiet im Wiener Gemeindebezirk, das umschlossen wird von den Straßenzügen beginnend an der Kreuzung S-Straße/Lu-gasse – Lu-gasse - J-Straße - Lo-straße - S-Straße - F-platz - S-Straße bis zum Ausgangspunkt sämtliche Straßen und Plätze beidseitig bzw. allseitig"

teilt die Magistratsabteilung 18 mit:

Im vorangeführt beschriebenen Standortgebiet (Abgrenzung, städtebauliche Situation siehe Planbeilage) leben laut Bevölkerungsevidenz März 2004 ca. 264 Menschen in ca. 112 Wohnungen. Laut Großzählung 2001 sind in rund 27 Arbeitsstätten etwa 158 Menschen beschäftigt.

Bezüglich der aktuellen Wohnbautätigkeit wurden in unmittelbarer Nähe des abgegrenzten Standortgebietes im Jahr 2003 119 Wohnungen im Bereich Lu-gasse/Jo-Straße fertiggestellt.

Im direkten Umfeld des Standortgebietes befindet sich ein kleines Stadterweiterungsgebiet - F-Straße - auf dem kurzfristig (bis ins Jahr 2010) rund 50 Wohneinheiten geplant sind.

Im weiteren Umfeld des abgegrenzten Standortgebietes befinden sich weitere Stadterweiterungsgebiete, wobei diese auch als Teile der Standortgebiete der Apotheke "Z." und der Apotheke "Neu-S. im B7" gesehen werden müssen.

Als kurzfristig realisierbares Stadterweiterungsprojekt ist dabei der O-steig zu erwähnen, wo bis ins Jahr 2010 insgesamt 400 Wohneinheiten (ca. 840 Einwohner) geplant sind. Zu den mittelfristig realisierbaren Stadterweiterungsprojekten zählen die M-gasse, die Phasen 1 und 2 Nördlich H-spital, der Bahnhof S. und die B-Straße West. Auf diesen Gebieten sollen zusammen bis ins Jahr 2015 etwa 620 Wohneinheiten (ca. 1.300 Einwohner)errichtet werden. Es kann also kurzfristig von einem Neubauvolumen von ca. 50 Wohnungen (ca. 105 Einwohnern) in unmittelbarer Nähe des beschriebenen Standortgebietes sowie kurz- bis mittelfristig von weiteren 1.020 Wohnungen (ca. 2.445 Einwohnern) im weiteren Umfeld des abgegrenzten Standortgebietes ausgegangen werden. Die Entfernung des beantragten Betriebsstättenstandortes im Bezirk, S-Straße, zu dem Apothekenstandort der Einspruchswerberin beträgt (in Straßenmeter): ·

Apotheke "Z.", B-Straße, Wien: ca. 820 m

Entfernungen zu einem weiteren Apothekenstandort:

Apotheke "Neu-S. im B7", B-Straße, Wien: ca. 1.480 m.". Im Gutachten vom 22.9.2006 führte die Österreichische Apothekerkammer aus wie folgt:

„Zur Frage des Bedarfes an der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke nimmt die Österreichische Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Wien) gemäß § 10 Abs 7 Apothekengesetz (ApG) idgF wie folgt gutächtlich Stellung: „Zur Frage des Bedarfes an der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke nimmt die Österreichische Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Wien) gemäß Paragraph 10 Absatz 7, Apothekengesetz (ApG) idgF wie folgt gutächtlich Stellung:

I. Grundlagenrömisches eins. Grundlagen

Gemäß § 10 Abs I ApG ist die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen, wenn in der Gemeinde des Standortes der geplanten öffentlichen Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat sowie Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht. Gemäß Paragraph 10, Abs römisches eins ApG ist die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen, wenn in der Gemeinde des Standortes der geplanten öffentlichen Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat sowie Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

Gemäß § 10 Abs 2 ApG besteht ein solcher Bedarf nicht, wenn * sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs I ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, oder Gemäß Paragraph 10, Absatz 2, ApG besteht ein solcher Bedarf nicht, wenn * sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach Paragraph 342, Abs römisches eins ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, oder

* die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke weniger als 500 Meter beträgt, oder

* 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.

Gemäß § 10 Abs 3 ApG besteht ein Bedarf auch dann nicht, wenn sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke eine ärztliche Hausapotheke und eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die versorgungswirksam höchstens 1 ½ besetzten Vertragsstellen nach Abs 2 Z. I entspricht und in der Gemeinde keine weitere Vertragsstelle nach § 342 Abs 1 ASVG von einem Arzt für Allgemeinmedizin besetzt ist. Gemäß Paragraph 10, Absatz 3, ApG besteht ein Bedarf auch dann nicht, wenn sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke eine ärztliche Hausapotheke und eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die versorgungswirksam höchstens 1 ½ besetzten Vertragsstellen nach Absatz 2, Z. römisches eins entspricht und in der Gemeinde keine weitere Vertragsstelle nach Paragraph 342, Absatz eins, ASVG von einem Arzt für Allgemeinmedizin besetzt ist.

Gemäß § 62a Abs 3 ApG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 41/2006 gilt für Konzessionsverfahren, welche bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 41/2006 anhängig waren bis zum Ablauf des 31. Oktobers 2006 die Rechtslage vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 41/2006. Dies bedeutet, dass für diese Verfahren gemäß § 10 Abs 2 ApG ein Bedarf nicht besteht, wenn Gemäß Paragraph 62 a, Absatz 3, ApG in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 41 aus 2006, gilt für Konzessionsverfahren, welche bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 41 aus 2006, anhängig waren bis zum Ablauf des 31. Oktobers 2006 die Rechtslage vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 41 aus 2006. Dies bedeutet, dass für diese Verfahren gemäß Paragraph 10, Absatz 2, ApG ein Bedarf nicht besteht, wenn

* sich im Umkreis von 4 Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und die Zahl der von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden

öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen weniger als 5.500 beträgt, oder

* die Entfernung zwischen der in Aussichtgenommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke weniger als 500 Meter beträgt, oder

* die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen sich in Folge der Neuerrichtung verringert und weniger als

5.500 betragen wird.

Zu versorgende Personen sind primär die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern von der Betriebsstätte der zu prüfenden öffentlichen Apotheke, die aufgrund der örtlichen Verhältnisse aus dieser öffentlichen Apotheke weiterhin zu versorgen sein werden. Beträgt die ermittelte Zahl dieser ständigen Einwohner weniger als 5.500, so sind auch die aufgrund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen (§ 10 Abs 5 ApG). Zu versorgende Personen sind primär die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern von der Betriebsstätte der zu prüfenden öffentlichen Apotheke, die aufgrund der örtlichen Verhältnisse aus dieser öffentlichen Apotheke weiterhin zu versorgen sein werden. Beträgt die ermittelte Zahl dieser ständigen Einwohner weniger als 5.500, so sind auch die aufgrund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen (Paragraph 10 A, b, s, 5, ApG).

Bei der Gruppe der Zweitwohnungsbesitzer und der Pendler ist im konkreten Einzelfall festzustellen, in welchem Umfang durch sie der Bedarf an einer öffentlichen Apotheke mitbegründet wird, wobei lokalen, strukturellen und betrieblichen Gegebenheiten ein besonderes Augenmerk zuzuwenden ist.

II. Methodendiskussion zwei. Methode

Das gegenständliche Gutachten basiert hinsichtlich der ständigen Einwohner, die der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke zuzurechnen sind bzw. den umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken im Falle der Neuerrichtung verbleiben, auf digitalen Landkarten von Österreich (GEOAtlas/StreetMap Address; Datenstand Dezember 2005). Diese Karten sind aus den digitalen Straßendaten der Firma Teleatlas abgeleitet und um zusätzliche Inhalte (Einbahninformationen, Adressdaten, Landes-, Bezirks- und Gemeindegrenzen, Zählsprengelinformationen, Straßenkategorisierungen etc.) von Geomarketing angereichert und stehen in allen- individuell wählbaren - Maßstäben zur Verfügung, sodass im Bedarfsfall Ausschnittsvergrößerungen zur exakten Dokumentation des ermittelten Versorgungspolygons möglich sind. Die Darstellung und die Ermittlung der jeweiligen Versorgungspolygone der einzelnen Apotheken erfolgt auf Basis einiger speziell für die Österreichische Apothekerkammer programmierten Tools des Programmpaketes ArcView Version 9.1. Dazu gehören unter anderen Funktionen, wie die automatische Ermittlung eines 500-Meter- bzw. 4-Kilometer- Polygons unter Berücksichtigung sämtlicher öffentlicher Fuß- bzw. Straßenverbindungen. Bei Entfernungen bis zu 500 Metern - ausgehend von der jeweils untersuchten Betriebsstätte - werden auch Fußwege programmtechnisch berücksichtigt. Bei größeren Entfernungen werden ausschließlich ganzjährig befahrbare Straßenverbindungen herangezogen. Weiters ermöglicht dieses Programm jede Art von Entfernungsmessungen und automatisierte Entfernungshalbierungen auf Basis individueller Routenwahl (über jede mögliche Straßenverbindung).

Die auf den Grundsätzen des Apothekengesetzes und der dazu ergangenen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes erstellten Versorgungspolygone werden elektronisch an den Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 14- ADV Referat KP2, Vienna GIS-Dienste bzw. an Statistik Austria übermittelt. Dort wird die Anzahl der in dem jeweils so erstellten Polygon wohnenden Personen - getrennt nach Haupt- und Nebenwohnsitzen - erhoben und als Gesamtzahl je Polygon rückübermittelt.

Die Einwohnerdaten des Magistrates der Stadt Wien stammen vom 1. April 2006. Die von Statistik Austria bekanntgegebenen Einwohnerzahlen der Hauptwohnsitze entsprechen den Ergebnissen des Bevölkerungsregisters (PopReg) vom 1. Jänner 2006, die der Zweitwohnsitze den Ergebnissen der Großzählung (Volkszählung, Gebäude- und Wohnungszählung, Arbeitsstättenzählung) vom 15. Mai 2001.

III. Befunddiskussion drei. Befund

1. Neu zu errichtende öffentliche Apotheke in Wien

Nach den vorliegenden Unterlagen und ergänzenden Ermittlungen befindet sich im Umkreis von 4 Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte keine ärztliche Hausapotheke. Somit konnten Erhebungen zur Zahl von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen unterbleiben.

2. Bestehende öffentliche Apotheke "Z." in Wien

Für den Fall der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke werden nach den ho. vorliegenden Ermittlungsergebnissen und ergänzenden Erhebungen in der Versorgung aus der bestehenden öffentlichen Apotheke "Z." im Wiener Gemeindebezirk 2.306 ständige Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin verbleiben.

Hierbei wurden die 1.943 ständigen Einwohner (lt. MA 14- ADV Referat KP2 - Stand 1. April 2006; vgl. Anlage I) des Wiener Teiles des orange-farbenen Polygons (vgl. Anlagen 3 bis 5) berücksichtigt. Ebenso berücksichtigt wurden die 333 ständigen Einwohner (lt. Statistik Austria vom 22. Juni 2006; vgl. Anlage 2) des niederösterreichischen Teiles im orangefarbenen Polygon (vgl. Anlage 3 bis 5). Hierbei wurden die 1.943 ständigen Einwohner (römisch eins t. MA 14- ADV Referat KP2 - Stand 1. April 2006; vergleiche Anlage römisch eins) des Wiener Teiles des orange-farbenen Polygons (vgl. Anlagen 3 bis 5) berücksichtigt. Ebenso berücksichtigt wurden die 333 ständigen Einwohner (römisch eins t. Statistik Austria vom 22. Juni 2006; vergleiche Anlage 2) des niederösterreichischen Teiles im orangefarbenen Polygon (vgl. Anlage 3 bis 5).

Ebenso wurden die 11 sich in Errichtung befindlichen Wohneinheiten des Bauvorhabens in der Eb-gasse in Wien des Bauträgers „Pa.“

(vgl. Anlage 6) berücksichtigt. Unter Berücksichtigung des gültigen Wohnungsneubelegungsfaktors von 2,7 Personen pro Wohneinheit ergeben sich aus den 11 Wohneinheiten weitere 30 zu versorgende Personen. Die Wohneinheiten der Bauvorhaben in der F-Straße, in der W-gasse, J-Straße, in der B-Straße und im T-weg/R-gasse wurden nicht berücksichtigt, da mit dem Bau noch nicht begonnen wurde bzw. noch kein Baubeginn feststeht oder bereits bezogen und somit diese Personen in der Zahl der ständigen Einwohner bereits enthalten sind. Die Zuteilung der Personen erfolgte unter Berücksichtigung sämtlicher maßgeblicher örtlicher Verhältnisse. Im konkreten Fall waren keine geographischen oder verkehrstechnischen Besonderheiten zu beachten, sodass bei der Zuteilung die Entfernung, die von den zu versorgenden Personen zur jeweils nächstliegenden öffentlichen Apotheke zurückzulegen sein wird, ausschlaggebend war. Da die Zahl der weiterhin in der Versorgung aus der bestehenden öffentlichen Apotheke verbleibenden "ständigen Einwohner" 5.500 unterschreitet, sind im konkreten Fall weitere Ermittlungen hinsichtlich zusätzlich zu versorgender Personengemäß § 10 Abs 5 ApG erforderlich: (vgl. Anlage 6) berücksichtigt. Unter Berücksichtigung des gültigen Wohnungsneubelegungsfaktors von 2,7 Personen pro Wohneinheit ergeben sich aus den 11 Wohneinheiten weitere 30 zu versorgende Personen. Die Wohneinheiten der Bauvorhaben in der F-Straße, in der W-gasse, J-Straße, in der B-Straße und im T-weg/R-gasse wurden nicht berücksichtigt, da mit dem Bau noch nicht begonnen wurde bzw. noch kein Baubeginn feststeht oder bereits bezogen und somit diese Personen in der Zahl der ständigen Einwohner bereits enthalten sind. Die Zuteilung der Personen erfolgte unter Berücksichtigung sämtlicher maßgeblicher örtlicher Verhältnisse. Im konkreten Fall waren keine geographischen oder verkehrstechnischen Besonderheiten zu beachten, sodass bei der Zuteilung die Entfernung, die von den zu versorgenden Personen zur jeweils nächstliegenden öffentlichen Apotheke zurückzulegen sein wird, ausschlaggebend war. Da die Zahl der weiterhin in der Versorgung aus der bestehenden öffentlichen Apotheke verbleibenden "ständigen Einwohner" 5.500 unterschreitet, sind im konkreten Fall weitere Ermittlungen hinsichtlich zusätzlich zu versorgender Personengemäß Paragraph 10, Absatz 5, ApG erforderlich:

Hier sind zunächst die 571 ständigen Einwohner (lt. Statistik Austria vom 22. Juni 2006; vgl. Anlage 2) des grünen Polygons (vgl. Anlagen 3 und 4) trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheken in Ha. und Gr. teilweise zu berücksichtigen, da für diese Personen die bestehende öffentliche Apotheke "Z." in Wien - obwohl außerhalb des 4-km-Polygons - die nächstgelegene öffentliche Apotheke ist. Hinsichtlich der Berücksichtigung von ständigen Einwohnern aus Gemeinden, die auch nach Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke von ärztlichen Hausapotheken versorgt werden, führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass "Feststellungen zu der Frage, in welchem Ausmaß die Bewohner eines Gebietes ihren Arzneimittelbedarf schon bisher bei einer ärztlichen Hausapotheke gedeckt haben, soweit auf

den Einzelfall bezogene Ermittlungen nicht oder nur mit unvertretbarem Aufwand möglich sind, auch auf allgemeine, für den jeweiligen Fall repräsentative Untersuchungsergebnisse gestützt werden können." (VwGH 2001/1/0135 vom 14. Mai 2002). Da Ermittlungen im Einzelfall tatsächlich nur mit unvertretbarem Aufwand (Einzelbefragungen hinsichtlich des Arzneimittelbezuges beim Arzt und/oder in der nächstliegenden öffentlichen Apotheke) möglich sind, sah sich die Österreichische Apothekerkammer veranlasst, eine diesbezügliche empirische repräsentative Studie durchzuführen (vgl. beiliegende Studie). Hier sind zunächst die 571 ständigen Einwohner (römisch eins t. Statistik Austria vom 22. Juni 2006; vergleiche Anlage 2) des grünen Polygons vergleiche Anlagen 3 und 4) trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheken in Ha. und Gr. teilweise zu berücksichtigen, da für diese Personen die bestehende öffentliche Apotheke "Z." in Wien - obwohl außerhalb des 4-km-Polygons - die nächstgelegene öffentliche Apotheke ist. Hinsichtlich der Berücksichtigung von ständigen Einwohnern aus Gemeinden, die auch nach Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke von ärztlichen Hausapotheken versorgt werden, führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass "Feststellungen zu der Frage, in welchem Ausmaß die Bewohner eines Gebietes ihren Arzneimittelbedarf schon bisher bei einer ärztlichen Hausapotheke gedeckt haben, soweit auf den Einzelfall bezogene Ermittlungen nicht oder nur mit unvertretbarem Aufwand möglich sind, auch auf allgemeine, für den jeweiligen Fall repräsentative Untersuchungsergebnisse gestützt werden können." (VwGH 2001/1/0135 vom 14. Mai 2002). Da Ermittlungen im Einzelfall tatsächlich nur mit unvertretbarem Aufwand (Einzelbefragungen hinsichtlich des Arzneimittelbezuges beim Arzt und/oder in der nächstliegenden öffentlichen Apotheke) möglich sind, sah sich die Österreichische Apothekerkammer veranlasst, eine diesbezügliche empirische repräsentative Studie durchzuführen (vergleiche beiliegende Studie).

Grundlage dieser Studie war das tatsächliche Verhalten der ständigen Einwohner aus 30 Gemeinden, die von ärztlichen Hausapotheken versorgt sind. Anhand einer Analyse der Rezepte in den jeweils nächstliegenden öffentlichen Apotheken konnte festgestellt werden, dass sich 22 % der untersuchten Personen trotz einer vorhandenen ärztlichen Hausapotheke in der nächstliegenden öffentlichen Apotheke mit Arzneimitteln versorgen. Dies ist im Einzelfall auf jeweils einige der folgenden Ursachen zurückzuführen:

- * Mehr als 6 % aller in öffentlichen Apotheken eingelösten Verordnungen sind magistrale Verordnungen (Individualzubereitungen des Apothekers). Erfahrungsgemäß werden auch von hausapothekenführenden Ärzten derartige Rezepte gleichermaßen ausgestellt, welche dann aber teilweise in öffentlichen Apotheken eingelöst werden.
- * Bei ärztlichen Hausapotheken gibt es Urlaubssperren sowie Sperren aufgrund der Erkrankung des hausapothekenführenden Arztes. Geht man nur von einer fünf- bis sechswöchigen Abwesenheit des hausapothekenführenden Arztes aus, so entspricht dies ca. 10 % eines Kalenderjahres. In dieser Zeit sind die Patienten gezwungen, andere Ärzte (ohne ärztliche Hausapotheke) aufzusuchen, deren Verschreibungen dann in einer öffentlichen Apotheke einzulösen sind. * Ein weiteres Argument, das den Bedarf nach einer öffentlichen Apotheke untermauert, sind die günstigeren Öffnungszeiten einer öffentlichen Apotheke, denn dadurch ist man nicht an die meist nur kurzen Ordinationszeiten des hausapothekenführenden Arztes gebunden. * Weiters ist festzustellen, dass auch während der Zeit, in der sich der hausapothekenführende Arzt bei Hausbesuchen befindet, keine Abgabe von Medikamenten aus der Ordination des hausapothekenführenden Arztes erfolgen darf.
- * Nach Facharztbesuchen werden häufig öffentliche Apotheken aufgesucht.
- * Ebenso spricht der steigende Anteil der Selbstmedikation für eine verstärkte Inanspruchnahme der öffentlichen Apotheke auch von Personen, in deren Wohnsitzgemeinde eine ärztliche Hausapotheke besteht.
- * Darüber hinaus verfügen öffentliche Apotheken im Normalfall über ein wesentlich breiteres Sortiment, insbesondere auch im Bereich der nicht rezeptpflichtigen Arzneimittel.

Der in dieser Studie ermittelte Prozentsatz gilt nach h.o. Auffassung für ganz Österreich, da in der Untersuchung 7 von 8 relevanten Bundesländern (in Wien bestehen keine ärztlichen Hausapotheken) berücksichtigt waren. Die Tatsache, dass die Abweichungen der Einzelergebnisse in den in der Studie jeweils untersuchten Fällen nur gering waren und nicht auf regionale Besonderheiten, sondern auf subjektive Verhaltensweisen der Bevölkerung zurückzuführen waren, spricht für die Anwendung des ermittelten Gesamtprozentsatzes auch für den konkreten Einzelfall.

Die 571 ständigen Einwohner des o.a. Versorgungsgebietes sind demnach - trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheken in Ha. und Gr. - zu 22 % (= 126 Personen) dem Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen Apotheke "Z." in Wien zuzurechnen. Im oben umschriebenen Versorgungsgebiet haben 285 Personen ihren

Zweitwohnsitz (orange- farbiges Polygon, der in Wien liegende Teil:

90 Personen mit Zweitwohnsitz; der in Niederösterreich liegende Teil: 142 Personen mit Zweitwohnsitz; grünes Polygon: 53 Personen mit Zweitwohnsitz (= aufgrund der bestehen bleibenden ärztlichen Hausapotheken in Ha. und Gr. wurden nur 22 % der 242 Personen mit Zweitwohnsitz aus dem grünen Polygon berücksichtigt; vgl. Anlagen I und 2)). Diese Personen sind je nach Inanspruchnahme des Zweitwohnsitzes aliquot zu berücksichtigen. 90 Personen mit Zweitwohnsitz; der in Niederösterreich liegende Teil: 142 Personen mit Zweitwohnsitz; grünes Polygon: 53 Personen mit Zweitwohnsitz (= aufgrund der bestehen bleibenden ärztlichen Hausapotheken in Ha. und Gr. wurden nur 22 % der 242 Personen mit Zweitwohnsitz aus dem grünen Polygon berücksichtigt; vergleiche Anlagen römisch eins und 2)). Diese Personen sind je nach Inanspruchnahme des Zweitwohnsitzes aliquot zu berücksichtigen.

Die Ermittlung, in welchem Umfang durch die Gruppe der Zweitwohnungsbesitzer der Bedarf an einer öffentlichen Apotheke mitbegründet wird, ist im Einzelfall mangels vorhandener Daten nur mit unververtretbarem Aufwand möglich (Einzelbefragungen). Aus diesem Grund hat die Österreichische Apothekerkammer im Sinne der jüngsten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. VwGH, ZI. 2001/10/0105 vom 22. April 2002) eine Studie beim Fessel-GFK-Institut für Marktforschung (siehe beiliegende Studie 02/143.868) in Auftrag gegeben, die einerseits die durchschnittliche Nutzungsdauer von Zweitwohnsitzen - differenziert nach städtischen, ländlichen und Fremdenverkehrs-Gebieten - erhebt und andererseits feststellt, in welchem Ausmaß Zweitwohnungsbesitzer Apothekenleistungen in der dem Zweitwohnsitz nächstgelegenen Apotheke in Anspruch nehmen. Diese aktuelle Erhebung basiert auf einer Sekundäranalyse einer Studie, die das Fessel-GFK-Institut für Marktforschung bereits im Jahr 1997 im Auftrag der Österreichischen Apothekerkammer durchgeführt hat. Befragt wurden dabei insgesamt 4.000 Österreicherinnen und Österreicher ab 16 Jahre. Die Ermittlung, in welchem Umfang durch die Gruppe der Zweitwohnungsbesitzer der Bedarf an einer öffentlichen Apotheke mitbegründet wird, ist im Einzelfall mangels vorhandener Daten nur mit unververtretbarem Aufwand möglich (Einzelbefragungen). Aus diesem Grund hat die Österreichische Apothekerkammer im Sinne der jüngsten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche z.B. VwGH, ZI. 2001/10/0105 vom 22. April 2002) eine Studie beim Fessel-GFK-Institut für Marktforschung (siehe beiliegende Studie 02/143.868) in Auftrag gegeben, die einerseits die durchschnittliche Nutzungsdauer von Zweitwohnsitzen - differenziert nach städtischen, ländlichen und Fremdenverkehrs-Gebieten - erhebt und andererseits feststellt, in welchem Ausmaß Zweitwohnungsbesitzer Apothekenleistungen in der dem Zweitwohnsitz nächstgelegenen Apotheke in Anspruch nehmen. Diese aktuelle Erhebung basiert auf einer Sekundäranalyse einer Studie, die das Fessel-GFK-Institut für Marktforschung bereits im Jahr 1997 im Auftrag der Österreichischen Apothekerkammer durchgeführt hat. Befragt wurden dabei insgesamt 4.000 Österreicherinnen und Österreicher ab 16 Jahre.

Für die Sekundäranalyse wurden zunächst die Gemeinden, in denen die Befragten mit Zweitwohnsitzen ihren Zweitwohnsitz haben, in vier Gruppen klassifiziert (anhand der Postleitzahlen):

- * Fremdenverkehrsgemeinden (Verhältnis Fremdennachtigungen pro Jahr zu Hauptwohnsitzen mindestens 10:1)

- * Wien

- * Gemeinden mit bis zu 20.000 Einwohnern (welche sich nicht in

einem Umkreis von 20 Straßenkilometern um eine Gemeinde mit mehr als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen befinden), exklusive Fremdenverkehrsgemeinden und

- * Gemeinden mit über 20.000 Einwohnern (Gemeinden mit mehr als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen bzw. Gemeinden mit weniger als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen, die in einem Straßenverbindungs-Umkreis von 20 km um solche Gemeinden gelegen sind), exklusive Wien und Fremdenverkehrsgemeinden

Nach diesen Segmentierungsmerkmalen wurde dann eine Verrechnung des Datenbestandes in Hinblick auf die Nutzungsdauer des Zweitwohnsitzes pro Jahr vorgenommen. Diese Datenanalyse hat das folgende Ergebnis erbracht.

Die durchschnittliche Nutzungsdauer des Zweitwohnsitzes (Mittelwerte der tagesgenauen Erhebung) pro Jahr beträgt im Durchschnitt über alle Zweitwohnsitz-Gemeindetypen 47,1 Tage und im Detail

- * in Fremdenverkehrsgemeinden 38,9 Tage

- * in Wien 46,6 Tage

* in Gemeinden mit bis zu 20.000 Einwohnern 47,9 Tage

* in Gemeinden mit über 20.000 Einwohnern 51,3 Tage

Umgerechnet in Prozent beträgt die Nutzung von Zweitwohnsitzen in * Fremdenverkehrsgemeinden (Verhältnis Fremdenübernachtungen pro Jahr zu Hauptwohnsitzen mindestens 10:1) 10,7 %

* Wien 12,8 %

* Gemeinden mit bis zu 20.000 Einwohnern (welche sich nicht in

einem Umkreis von 20 Straßenkilometern um eine Gemeinde mit mehr als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen befinden), exklusive Fremdenverkehrsgemeinden 13,1 %

* Gemeinden mit über 20.000 Einwohnern (Gemeinden mit mehr als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen bzw. Gemeinden mit weniger als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen, die in einem Straßenverbindungs-Umkreis von 20 km um solche Gemeinden gelegen sind), exklusive Wien und Fremdenverkehrsgemeinden 14,1%

Zusätzlich zur durchschnittlichen Nutzungsdauer des Zweitwohnsitzes ermöglicht die Sekundäranalyse aber auch Aussagen zur Häufigkeit eines Apothekenbesuchs am Zweitwohnsitz. Die Nutzer von Zweitwohnsitzen besuchen im Schnitt 1,01 mal pro Jahr eine Apotheke an ihrem Zweitwohnsitz. Verglichen mit der - oben beschriebenen - Nutzungshäufigkeit des Zweitwohnsitzes pro Jahr, erbringt das eine Nutzungswahrscheinlichkeit pro Aufenthaltstag von 0,0214. Dieser Wert entspricht exakt der Apotheken-Nutzungswahrscheinlichkeit der Gesamtbevölkerung an ihrem Hauptwohnsitz. Dort liegt der Wert bei 0,021368 und errechnet sich aus durchschnittlich 7,8 Apothekenbesuchen pro Jahr gebrochen durch 365 mögliche Nutzungstage.

Die 90 Personen mit Zweitwohnsitz des in Wien liegenden Teiles im oben angeführten Versorgungsgebiet sind demnach zu 12,8% (= 12 "Einwohnergleichwerte") und die 195 Personen mit Zweitwohnsitz des in Niederösterreich liegenden Teiles sind demnach zu 14,1 % (= 27 "Einwohnergleichwerte") dem Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen Apotheke "Z." in Wien zuzurechnen.

Hinsichtlich des Verkehrspublikums, welches der Apotheke "Z."

aufgrund ihrer Lage zuzurechnen ist, ist auszuführen, dass als weiterer Bedarfserreger das Kaufhaus M. in Wien

(Tagesfrequenz lt. Ausführungen der Fa. M. rund 1.600 Personen; vgl. Anlage 7) zu berücksichtigen ist. Im Sinne des § 10 Abs 5 Apothekengesetz sind die auf Grund der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen. Da das Ausmaß des dadurch hervorgerufenen Bedarfs im Einzelfall nur mit unververtretbarem Aufwand möglich wäre, hat die Österreichische Apothekerkammer eine allgemeine, österreichweit gültige Studie bei der Firma Ma. ("Ort der zuletzt aufgesuchten Apotheke, April 2004, Ergebnisse einer repräsentativen Konsumentenbefragung"; vgl. beiliegende Studie) in Auftrag gegeben. (Tagesfrequenz römisch eins t. Ausführungen der Fa. M. rund 1.600 Personen; vergleiche Anlage 7) zu berücksichtigen ist. Im Sinne des Paragraph 10, Absatz 5, Apothekengesetz sind die auf Grund der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen. Da das Ausmaß des dadurch hervorgerufenen Bedarfs im Einzelfall nur mit unververtretbarem Aufwand möglich wäre, hat die Österreichische Apothekerkammer eine allgemeine, österreichweit gültige Studie bei der Firma Ma. ("Ort der zuletzt aufgesuchten Apotheke, April 2004, Ergebnisse einer repräsentativen Konsumentenbefragung"; vergleiche beiliegende Studie) in Auftrag gegeben.

An Hand von 1.000 repräsentativen Interviews, die von zahlreichen Qualitätssicherungsmaßnahmen begleitet wurden, kommt die Studie zu folgendem Ergebnis:

7 % der Befragten gaben an, dass sie zuletzt eine Apotheke im Rahmen von anderen Einkäufen oder sonstigen Erledigungen aufgesucht haben. Eine ergänzende Studie ebenfalls der Firma Ma. (vgl. beiliegende Studie "Einkaufshäufigkeit", Februar 2005) kommt zum Ergebnis, dass die Österreicherinnen und Österreicher ihre Einkäufe des kurzfristigen Bedarfs nur zu einem geringen Teil täglich erledigen; für Österreich ergibt sich aus dieser Befragung insgesamt ein Durchschnitt für die Erledigungen des kurzfristigen Bedarfes von 3,63 Tagen. Die tägliche Kundenfrequenz des M. Marktes von 1.600 Personen entspricht demnach einer theoretischen Personenzahl von 7 % der Befragten gaben an, dass sie zuletzt eine Apotheke im Rahmen von anderen Einkäufen oder sonstigen Erledigungen aufgesucht haben. Eine ergänzende Studie ebenfalls der Firma Ma. vergleiche beiliegende Studie

"Einkaufshäufigkeit", Februar 2005) kommt zum Ergebnis, dass die Österreicherinnen und Österreicher ihre Einkäufe des kurzfristigen Bedarfs nur zu einem geringen Teil täglich erledigen; für Österreich ergibt sich aus dieser Befragung insgesamt ein Durchschnitt für die Erledigungen des kurzfristigen Bedarfes von 3,63 Tagen. Die tägliche Kundenfrequenz des M. Marktes von 1.600 Personen entspricht demnach einer theoretischen Personenzahl von 5.808 Kunden.

Unter Heranziehung des oben genannten allgemein gültigen Prozentsatzes von 7 % auch auf den gegenständlichen Fall entsprechen die genannten 5.808 Kunden 407 "Einwohnergleichwerten"

Mit weiteren zusätzlich zu versorgenden Personen gemäß § 10 Abs 5 ApG ist im oben umschriebenen Versorgungsgebiet nicht zu rechnen. Das Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen ~ Apotheke "Z." in Wien stellt sich somit wie folgt dar: Mit weiteren zusätzlich zu versorgenden Personen gemäß Paragraph 10, Absatz 5, ApG ist im oben umschriebenen Versorgungsgebiet nicht zu rechnen. Das Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen ~ Apotheke "Z." in Wien stellt sich somit wie folgt dar:

Versorgungsgebiet	Versorgungspotential
orange-farbiges Polygon	
ständige Einwohner	2.276
Bauvorhaben (im o.a. Versorgungsgebiet)	
Einwohnergleichwerte	30
grünes Polygon (aufgrund der bestehen	
bleibenden ärztlichen Hausapotheken in Ha. und Gr. zu 22% berücksichtigt)	
ständige Einwohner	126
Kaufhaus (M.)	
Einwohnergleichwerte	407
Personen mit Zweitwohnsitz	
(im o.a. Versorgungsgebiet)	
Einwohnergleichwerte	39
Summe	2.878

IV. Gutachtenrömisch vier. Gutachten

1. Neu zu errichtende öffentliche Apotheke in Wien

Aufgrund des o.a. Befundes befindet sich im Umkreis von 4 Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte keine ärztliche Hausapotheke. Somit war die Zahl der von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen nicht zu erheben.

2. Bestehende öffentliche Apotheke "Z." in Wien

Aufgrund des o.a. Befundes wird die bestehende öffentliche Apotheke "Z." in Wien im Falle der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke in Wien weniger als 5.500 Personen aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin zu versorgen haben, bestehend aus 2.306 ständigen Einwohnern innerhalb des 4-km-Polygons sowie 572 zusätzlich zu versorgenden Personen im Sinne des § 10 Abs 5 ApG. V. Schlussbemerkungen
Aufgrund des o.a. Befundes wird die bestehende öffentliche Apotheke "Z." in Wien im Falle der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke in Wien weniger als 5.500 Personen aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin zu versorgen haben, bestehend aus 2.306 ständigen Einwohnern innerhalb des 4-km-Polygons sowie 572 zusätzlich zu versorgenden Personen im Sinne des Paragraph 10 A, b, s, 5 ApG. römisch fünf. Schlussbemerkungen

Zusammenfassend und abschließend ist festzustellen, dass aufgrund des Befundes und den daraus resultierenden gutachtlichen Erwägungen der Bedarf an der angesuchten neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in Wien (S-Straße) nicht gegeben ist, da die Zahl der von der Betriebsstätte der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheke

"Z." aus weiterhin zu versorgenden Personen sich infolge der Neuerrichtung verringert und unter 5.500 betragen wird. Durch die Bewilligung der angesuchten neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in Wien (S-Straße) wäre aufgrund der Entfernungsverhältnisse (vgl. Anlagen 3 und 4) in erster Linie die bestehende öffentliche Apotheke "Z." betroffen. Deshalb wurde im gegenständlichen Gutachten das dieser bestehenden öffentlichen Apotheke im Fall der Bewilligung der angesuchten neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke verbleibende Versorgungspotential erhoben. Da sich das Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen Apotheke "Z." in Wien bei Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke verringert und unter 5.500 betragen wird, konnte im konkreten Fall auf eine allfällige Untersuchung der zukünftigen Versorgungspotentiale weiterer umliegender öffentlicher Apotheken verzichtet werden, da diese am Ergebnis des Gutachtens nichts abzuändern vermag.“.Zusammenfassend und abschließend ist festzustellen, dass aufgrund des Befundes und den daraus resultierenden gutächtlichen Erwägungen der Bedarf an der angesuchten neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in Wien (S-Straße) nicht gegeben ist, da die Zahl der von der Betriebsstätte der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheke "Z." aus weiterhin zu versorgenden Personen sich infolge der Neuerrichtung verringert und unter 5.500 betragen wird. Durch die Bewilligung der angesuchten neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in Wien (S-Straße) wäre aufgrund der Entfernungsverhältnisse vergleiche Anlagen 3 und 4) in erster Linie die bestehende öffentliche Apotheke "Z." betroffen. Deshalb wurde im gegenständlichen Gutachten das dieser bestehenden öffentlichen Apotheke im Fall der Bewilligung der angesuchten neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke verbleibende Versorgungspotential erhoben. Da sich das Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen Apotheke "Z." in Wien bei Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke verringert und unter 5.500 betragen wird, konnte im konkreten Fall auf eine allfällige Untersuchung der zukünftigen Versorgungspotentiale weiterer umliegender öffentlicher Apotheken verzichtet werden, da diese am Ergebnis des Gutachtens nichts abzuändern vermag.“.

Daraufhin wurde der in Berufung gezogene Bescheid erlassen. Mit Schriftsatz vom 9.3.2009 gab die Österreichische Apothekerkammer neuerlich ein Gutachten ab, welches lautet wie folgt:

„Zur Frage des Bedarfes an der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke nimmt die Österreichische Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Wien) gemäß § 10 Abs 7 Apothekengesetz (ApG) idgF wie folgt gutächtlich Stellung;„Zur Frage des Bedarfes an der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke nimmt die Österreichische Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Wien) gemäß Paragraph 10, Absatz 7, Apothekengesetz (ApG) idgF wie folgt gutächtlich Stellung:

I. Grundlagenrömisch eins. Grundlagen

Gemäß § 10 Abs 1 ApG ist die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen, wenn in der Gemeinde des Standortes der geplanten öffentlichen Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat sowie Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht. Gemäß Paragraph 10, Absatz eins, ApG ist die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen, wenn in der Gemeinde des Standortes der geplanten öffentlichen Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat sowie Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

Gemäß § 10 Abs 2 ApG besteht ein solcher Bedarf nicht, wenn * sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs 1 ASVG (volle Planstellen) bestehen, die von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, oder Gemäß Paragraph 10, Absatz 2, ApG besteht ein solcher Bedarf nicht, wenn * sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach Paragraph 342, Absatz eins, ASVG (volle Planstellen) bestehen, die von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, oder

* die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke weniger als 500 Meter beträgt, oder

* 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.

Gemäß § 10 Abs 3 ApG besteht ein Bedarf auch dann nicht, wenn sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke eine ärztliche Hausapotheke und eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die versorgungswirksam höchstens 1 ½ besetzten Vertragsstellen nach Abs 2 Z. 1 entspricht und in der Gemeinde keine weitere Vertragsstelle nach § 342 Abs 1 ASVG von einem Arzt für Allgemeinmedizin besetzt ist. Gemäß Paragraph 10, Absatz 3, ApG besteht ein Bedarf auch dann nicht, wenn sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke eine ärztliche Hausapotheke und eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die versorgungswirksam höchstens 1 ½ besetzten Vertragsstellen nach Abs 2 Ziffer eins, entspricht und in der Gemeinde keine weitere Vertragsstelle nach Paragraph 342, Abs römisch eins ASVG von einem Arzt für Allgemeinmedizin besetzt ist.

Gemäß § 62a Abs 4 ApG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 41/2006 gilt für Konzessionsverfahren, welche bereits zum Zeitpunkt der Kundmachung BGBl. I Nr. 1/2006 (10. Jänner 2006) anhängig waren und bis zum Ablauf des 31. Oktobers 2006 nicht rechtskräftig abgeschlossen wurden, dass § 10 Abs 2 ApG in der Form anzuwenden ist, dass ein Bedarf dann nicht besteht, wenn Gemäß Paragraph 62 a, Absatz 4, ApG in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 41 aus 2006, gilt für Konzessionsverfahren, welche bereits zum Zeitpunkt der Kundmachung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 1 aus 2006, (10. Jänner 2006) anhängig waren und bis zum Ablauf des 31. Oktobers 2006 nicht rechtskräftig abgeschlossen wurden, dass Paragraph 10, Absatz 2, ApG in der Form anzuwenden ist, dass ein Bedarf dann nicht besteht, wenn

* sich in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine ärztliche Hausapotheke befindet und in der Gemeinde oder im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte zum Zeitpunkt der Antragstellung weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs 1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, bestehen, oder* sich in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine ärztliche Hausapotheke befindet und in der Gemeinde oder im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte zum Zeitpunkt der Antragstellung weniger als zwei Vertragsstellen nach Paragraph 342, Abs 1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, bestehen, oder

* die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke weniger als 500 Meter beträgt, oder

* die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen sich in Folge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5.500 betragen wird.

Zu versorgende Personen sind primär die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern von der Betriebsstätte der zu prüfenden öffentlichen Apotheke, die aufgrund der örtlichen Verhältnisse aus dieser öffentlichen Apotheke weiterhin zu versorgen sein werden. Beträgt die ermittelte Zahl dieser ständigen Einwohner weniger als 5.500, so sind auch die aufgrund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen (§ 10 Abs 5 ApG). Zu versorgende Personen sind primär die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern von der Betriebsstätte der zu prüfenden öffentlichen Apotheke, die aufgrund der örtlichen Verhältnisse aus dieser öffentlichen Apotheke weiterhin zu versorgen sein werden. Beträgt die ermittelte Zahl dieser ständigen Einwohner weniger als 5.500, so sind auch die aufgrund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen (Paragraph 10 A, b, s, 5 ApG).

Bei der Gruppe der Zweitwohnungsbesitzer und der Pendler ist im konkreten Einzelfall festzustellen, in welchem Umfang durch sie der Bedarf an einer öffentlichen Apotheke mitbegründet wird, wobei lokalen, strukturellen und betrieblichen Gegebenheiten ein besonderes Augenmerk zuzuwenden ist.

II. Methodend römisch zwei. Methode

Das gegenständliche Gutachten basiert hinsichtlich der ständigen Einwohner, die der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke zuzurechnen sind bzw. den umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken im Falle der Neuerrichtung

verbleiben, auf digitalen Landkarten von Österreich (GEO Atlas/StreetMap Address, Datenstand Oktober 2007). Diese Karten sind aus den digitalen Straßendaten der Firma Teleatlas abgeleitet und um zusätzliche Inhalte (Einbahninformationen, Adressdaten, Landes-, Bezirks- und Gemeindegrenzen, Zählspengelinformationen, Straßenkategorisierungen etc.) von Geomarketing angereichert und stehen in allen - individuell wählbaren - Maßstäben zur Verfügung, sodass im Bedarfsfall Ausschnittsvergrößerungen zur exakten Dokumentation des ermittelten Versorgungspolygons möglich sind. Die Darstellung und die Ermittlung der jeweiligen Versorgungspolygone der einzelnen Apotheken erfolgt auf Basis einiger speziell für die Österreichische Apothekerkammer programmierten Tools des Programmpaketes ArcView Version 9.2. Dazu gehören unter anderen Funktionen, wie die automatische Ermittlung eines 500-Meter- bzw. 4-Kilometer-Polygons unter Berücksichtigung sämtlicher öffentlicher Fuß- bzw. Straßenverbindungen. Bei Entfernungen bis zu 500 Metern - ausgehend von der jeweils untersuchten Betriebsstätte - werden auch Fußwege programmtechnisch berücksichtigt. Bei größeren Entfernungen werden ausschließlich ganzjährig befahrbare Straßenverbindungen herangezogen. Weiters ermöglicht dieses Programm jede Art von Entfernungsmessungen und automatisierte Entfernungshalbierungen auf Basis individueller Routenwahl (über jede mögliche Straßenverbindung).

Die auf den Grundsätzen des Apothekengesetzes und der dazu ergangenen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes erstellten Versorgungspolygone für Niederösterreich werden elektronisch an Statistik Austria übermittelt. Dort wird die Anzahl der in dem jeweils so erstellten Polygon wohnenden Personen - getrennt nach Haupt- und Nebenwohnsitzen - erhoben und als Gesamtzahl je Polygon rückübermittelt.

Die Einwohnerzahlen der Hauptwohnsitze für Niederösterreich entstammen dem Gebäude und Wohnungsregister (GWR) vom August 2008, die der Zweitwohnsitze den Ergebnissen der Großzählung (Volkszählung, Gebäude- und Wohnungszählung, Arbeitsstättenzählung) vom 15. Mai 2001.

Die erstellten Versorgungspolygone für Wien werden elektronisch an den Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 14- ADVReferat KP2, Vienna GIS-Dienste, übermittelt. Dort wird die Anzahl der in dem jeweils so erstellten Polygon wohnenden Personen - getrennt nach Haupt- und Nebenwohnsitzen - erhoben und als Gesamtzahl je Polygon rückübermittelt. Die Einwohnerdaten sind maximal 3 Monate alt. III. Befund Die erstellten Versorgungspolygone für Wien werden elektronisch an den Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 14- ADVReferat KP2, Vienna GIS-Dienste, übermittelt. Dort wird die Anzahl der in dem jeweils so erstellten Polygon wohnenden Personen - getrennt nach Haupt- und Nebenwohnsitzen - erhoben und als Gesamtzahl je Polygon rückübermittelt. Die Einwohnerdaten sind maximal 3 Monate alt. römisch drei. Befund

I. Neu zu errichtende öffentliche Apotheke in Wien römisch eins. Neu zu errichtende öffentliche Apotheke in Wien

Nach den vorliegenden Unterlagen und ergänzenden Ermittlungen befindet sich in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte keine ärztliche Hausapotheke. Somit konnten Erhebungen zur Anzahl der Vertragsstellen nach § 342 Abs1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin in der Gemeinde oder im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte besetzt sind, unterbleiben. Nach den vorliegenden Unterlagen und ergänzenden Ermittlungen befindet sich in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte keine ärztliche Hausapotheke. Somit konnten Erhebungen zur Anzahl der Vertragsstellen nach Paragraph 342, Abs1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin in der Gemeinde oder im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte besetzt sind, unterbleiben.

2. Bestehende öffentliche Apotheke "Z." in Wien

Für den Fall der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke werden nach den ho. vorliegenden Ermittlungsergebnissen und ergänzenden Erhebungen in der Versorgung aus der bestehenden öffentlichen Apotheke "Z." im Wiener Gemeindebezirk 2.528 ständige Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin verbleiben.

Hierbei wurden die 2.168 ständigen Einwohner (lt. MA 14- ADV Referat KP2; ViennaGIS Dienste; Stand der Daten: 5. Jänner 2009; vgl. Anlage Ia) des Wiener Teiles im orangefarbenen Polygon (vgl. Anlagen 2 und 3) berücksichtigt. Ebenso berücksichtigt wurden die 360 ständigen Einwohner (lt. Statistik Austria vom 12. Februar 2009; vgl. Anlage Ib) des im niederösterreichischen Teil liegenden orange-farbenen Polygons (vgl. Anlagen 2 und 3). Hierbei wurden die 2.168 ständigen Einwohner (römisch eins t. MA 14- ADV Referat KP2; ViennaGIS Dienste; Stand der Daten: 5. Jänner 2009; vergleiche Anlage römisch eins a) des Wiener Teiles im orangefarbenen Polygon vergleiche Anlagen 2 und 3)

berücksichtigt. Ebenso berücksichtigt wurden die 360 ständigen Einwohner (römisch eins t. Statistik Austria vom 12. Februar 2009; vergleiche Anlage römisch eins b) des im niederösterreichischen Teil liegenden orange-farbenen Polygons (vgl. Anlagen 2 und 3).

Die Zuteilung der Personen erfolgte unter Berücksichtigung sämtlicher maßgeblicher örtlicher Verhältnisse. Im konkreten Fall waren keine geographischen oder verkehrstechnischen Besonderheiten zu beachten, sodass bei der Zuteilung die Entfernung, die von den zu versorgenden Personen zur jeweils nächstliegenden öffentlichen Apotheke zurückzulegen sein wird, ausschlaggebend war. Da die Zahl der weiterhin in der Versorgung aus der bestehenden öffentlichen Apotheke verbleibenden "ständigen Einwohner" 5.500 unterschreitet, sind im konkreten Fall weitere Ermittlungen hinsichtlich zusätzlich zu versorgender Personen gemäß § 10 Abs 5 ApG erforderlich: Die Zuteilung der Personen erfolgte unter Berücksichtigung sämtlicher maßgeblicher örtlicher Verhältnisse. Im konkreten Fall waren keine geographischen oder verkehrstechnischen Besonderheiten zu beachten, sodass bei der Zuteilung die Entfernung, die von den zu versorgenden Personen zur jeweils nächstliegenden öffentlichen Apotheke zurückzulegen sein wird, ausschlaggebend war. Da die Zahl der weiterhin in der Versorgung aus der bestehenden öffentlichen Apotheke verbleibenden "ständigen Einwohner" 5.500 unterschreitet, sind im konkreten Fall weitere Ermittlungen hinsichtlich zusätzlich zu versorgender Personen gemäß Paragraph 10, Absatz 5, ApG erforderlich:

Hier sind zunächst die 774 ständigen Einwohner (lt. Statistik Austria vom 12. Februar 2009; vgl. Anlage 1a) des grünen Polygons (vgl. Anlagen 2 und 4) trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheken in Ha. und Gr. teilweise zu berücksichtigen, da für diese Personen die bestehende öffentliche Apotheke "Z." in Wien - obwohl außerhalb des 4-km-Polygons - die nächstgelegene öffentliche Apotheke ist. Hier sind zunächst die 774 ständigen Einwohner (römisch eins t. Statistik Austria vom 12. Februar 2009; vergleiche Anlage 1a) des grünen Polygons (vgl. Anlagen 2 und 4) trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheken in Ha. und Gr. teilweise zu berücksichtigen, da für diese Personen die bestehende öffentliche Apotheke "Z." in Wien - obwohl außerhalb des 4-km-Polygons - die nächstgelegene öffentliche Apotheke ist.

Hinsichtlich der Berücksichtigung von ständigen Einwohnern aus Gemeinden, die auch nach Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke von ärztlichen Hausapotheken versorgt werden, führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass "Feststellungen zu der Frage, in welchem Ausmaß die Bewohner eines Gebietes ihren Arzneimittelbedarf schon bisher bei einer ärztlichen Hausapotheke gedeckt haben, soweit auf den Einzelfallbezogene Ermittlungen nicht oder nur mit unververtretbarem Aufwand möglich sind, auch auf allgemeine, für den jeweiligen Fall repräsentative Untersuchungsergebnisse gestützt werden können." (VwGH 2001/10/0135 vom 14. Mai 2002)

.

Da Ermittlungen im Einzelfall tatsächlich nur mit unververtretbarem Aufwand (Einzelbefragungen hinsichtlich des Arzneimittelbezuges beim Arzt und/oder in der nächstliegenden öffentlichen Apotheke) möglich sind, sah sich die Österreichische Apothekerkammer veranlasst, eine diesbezügliche empirische repräsentative Studie durchzuführen (vgl. beiliegende Studie). Da Ermittlungen im Einzelfall tatsächlich nur mit unververtretbarem Aufwand (Einzelbefragungen hinsichtlich des Arzneimittelbezuges beim Arzt und/oder in der nächstliegenden öffentlichen Apotheke) möglich sind, sah sich die Österreichische Apothekerkammer veranlasst, eine diesbezügliche empirische repräsentative Studie durchzuführen (vgl. beiliegende Studie).

Grundlage dieser Studie war das tatsächliche Verhalten der ständigen Einwohner aus 30 Gemeinden, die von ärztlichen Hausapotheken versorgt sind. Anhand einer Analyse der Rezepte in den jeweils nächstliegenden öffentlichen Apotheken konnte festgestellt werden, dass sich 22 % der untersuchten Personen trotz einer vorhandenen ärztlichen Hausapotheke in der nächstliegenden öffentlichen Apotheke mit Arzneimitteln versorgen. Dies ist im Einzelfall auf jeweils einige der folgenden Ursachen zurückzuführen:

- * Mehr als 6 % aller in öffentlichen Apotheken eingelösten Verordnungen sind magistrale Verordnungen (Individualzubereitungen des Apothekers). Erfahrungsgemäß werden auch von hausapothekenführenden Ärzten derartige Rezepte gleichermaßen ausgestellt, welche dann aber teilweise in öffentlichen Apotheken eingelöst werden.

- * Bei ärztlichen Hausapotheken gibt es Urlaubssperren sowie Sperren aufgrund der Erkrankung des hausapothekenführenden Arztes. Geht man nur von einer fünf- bis sechswöchigen Abwesenheit des hausapothekenführenden Arztes aus, so entspricht dies ca. 10% eines Kalenderjahres. In dieser Zeit sind die Patienten gezwungen, andere Ärzte (ohne ärztliche Hausapotheke) aufzusuchen, deren Verschreibungen dann in einer

öffentlichen Apotheke einzulösen sind. * Ein weiteres Argument, das den Bedarf nach einer öffentlichen Apotheke untermauert, sind die günstigeren Öffnungszeiten einer öffentlichen Apotheke, denn dadurch ist man nicht an die meist nur kurzen Ordinationszeiten des hausapothekenführenden Arztes gebunden. * Weiters ist festzustellen, dass auch während der Zeit, in der sich der hausapothekenführende Arzt bei Hausbesuchen befindet, keine Abgabe von Medikamenten aus der Ordination des hausapothekenführenden Arztes erfolgen darf.

* Nach Facharztbesuchen werden häufig öffentliche Apotheken aufgesucht.

* Ebenso spricht der steigende Anteil der Selbstmedikation für eine verstärkte Inanspruchnahme der öffentlichen Apotheke auch von Personen, in deren Wohnsitzgemeinde eine ärztliche Hausapotheke besteht.

* Darüber hinaus verfügen öffentliche Apotheken im Normalfall über ein wesentlich breiteres Sortiment, insbesondere auch im Bereich der nicht rezeptpflichtigen Arzneimittel.

Der in dieser Studie ermittelte Prozentsatz gilt nach h.o. Auffassung für ganz Österreich, da in der Untersuchung 7 von 8 relevanten Bundesländer (in Wien bestehen keine ärztlichen Hausapotheken) berücksichtigt waren. Die Tatsache, dass die Abweichungen der Einzelergebnisse in den in der Studie jeweils untersuchten Fällen nur gering waren und nicht auf regionale Besonderheiten, sondern auf subjektive Verhaltensweisen der Bevölkerung zurückzuführen waren, spricht für die Anwendung des ermittelten Gesamtprozentsatzes auch für den konkreten Einzelfall.

Die 774 ständigen Einwohner des grünen Polygons sind demnach - trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheken in Ha. und Gr. - zu 22 % (= 170 Personen) dem Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen Apotheke "Z." in Wien zuzurechnen.

Im oben umschriebenen Versorgungsgebiet haben 297 Personen ihren Zweitwohnsitz (orange-farbiges Polygon:= 102 Personen mit Zweitwohnsitz im Wiener Teil; lt. MA 14- ADV Referat KP2;ViennaGISDienste, Stand der Daten: 5. Jänner 2009; vgl. Anlage Ia und 142 Personen mit Zweitwohnsitz im niederösterreichischen Teil; lt. Statistik Austria vom 12.Februar 2009; vgl. Anlage Ib;Im oben umschriebenen Versorgungsgebiet haben 297 Personen ihren Zweitwohnsitz (orange-farbiges Polygon:= 102 Personen mit Zweitwohnsitz im Wiener Teil; römisch eins t. MA 14- ADV Referat KP2;ViennaGISDienste, Stand der Daten: 5. Jänner 2009; vergleiche Anlage römisch eins a und 142 Personen mit Zweitwohnsitz im niederösterreichischen Teil; römisch eins t. Statistik Austria vom 12.Februar 2009; vergleiche Anlage römisch eins b;

grünes Polygon:=53 Personen mit Zweitwohnsitz (aufgrund der bestehen bleibenden ärztlichen Hausapotheken in Ha. und Gr. werden die 240 Personen mit Zweitwohnsitz im grünen Polygon zu 22 % berücksichtigt;

lt. Statistik Austria vom 12. Februar 2009; vgl. Anlage Ib). Diese Personen sind je nach Inanspruchnahme des Zweitwohnsitzes aliquot zu berücksichtigen.römisch eins t. Statistik Austria vom 12. Februar 2009; vergleiche Anlage römisch eins b). Diese Personen sind je nach Inanspruchnahme des Zweitwohnsitzes aliquot zu berücksichtigen.

Die Ermittlung, in welchem Umfang durch die Gruppe der Zweitwohnungsbesitzer der Bedarf an einer öffentlichen Apotheke mitbegründet wird, ist im Einzelfall mangels vorhandener Daten nur mit unvertretbarem Aufwand möglich (Einzelbefragungen). Aus diesem Grund hat die Österreichische Apothekerkammer im Sinne der jüngsten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. VwGH, Zl. 200 I/1 % 105 vom 22. April 2002) eine Studie beim Fessel-GFK-Institut für Marktforschung (siehe beiliegende Studie 02/143.868) in 8 Auftrag gegeben, die einerseits die durchschnittliche Nutzungsdauer von Zweitwohnsitzen - differenziert nach städtischen, ländlichen und Fremdenverkehrs-Gebieten - erhebt und andererseits feststellt, in welchem Ausmaß Zweitwohnungsbesitzer Apothekenleistungen in der dem Zweitwohnsitz nächstgelegenen Apotheke in Anspruch nehmen.Die Ermittlung, in welchem Umfang durch die Gruppe der Zweitwohnungsbesitzer der Bedarf an einer öffentlichen Apotheke mitbegründet wird, ist im Einzelfall mangels vorhandener Daten nur mit unvertretbarem Aufwand möglich (Einzelbefragungen). Aus diesem Grund hat die Österreichische Apothekerkammer im Sinne der jüngsten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche z.B. VwGH, Zl. 200 I/1 % 105 vom 22. April 2002) eine Studie beim Fessel-GFK-Institut für Marktforschung (siehe beiliegende Studie 02/143.868) in 8 Auftrag gegeben, die einerseits die durchschnittliche Nutzungsdauer von Zweitwohnsitzen - differenziert nach städtischen, ländlichen und Fremdenverkehrs-Gebieten - erhebt und andererseits feststellt, in welchem Ausmaß Zweitwohnungsbesitzer Apothekenleistungen in der dem Zweitwohnsitz nächstgelegenen Apotheke in Anspruch nehmen.

Diese aktuelle Erhebung basiert auf einer Sekundäranalyse einer Studie, die das Fessel-GFK-Institut für Marktforschung bereits im Jahr 1997 im Auftrag der Österreichischen Apothekerkammer durchgeführt hat. Befragt wurden dabei insgesamt 4.000 Österreicherinnen und Österreicher ab 16 Jahre.

Für die Sekundäranalyse wurden zunächst die Gemeinden, in denen die Befragten mit Zweitwohnsitzen ihren Zweitwohnsitz haben, in vier Gruppen klassifiziert (anhand der Postleitzahlen):

- * Fremdenverkehrsgemeinden (Verhältnis Fremdennachtungen pro Jahr zu Hauptwohnsitzen mindestens 10:1)

- * Wien

- * Gemeinden mit bis zu 20.000 Einwohnern (welche sich nicht in

einem Umkreis von 20 Straßenkilometern um eine Gemeinde mit mehr als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen befinden), exklusive Fremdenverkehrsgemeinden und

- * Gemeinden mit über 20.000 Einwohnern (Gemeinden mit mehr als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen bzw. Gemeinden mit weniger als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen, die in einem Straßenverbindungs-Umkreis von 20 km um solche Gemeinden gelegen sind), exklusive Wien und Fremdenverkehrsgemeinden

Nach diesen Segmentierungsmerkmalen wurde dann eine Verrechnung des Datenbestandes in Hinblick auf die Nutzungsdauer des Zweitwohnsitzes pro Jahr vorgenommen. Diese Datenanalyse hat das folgende Ergebnis erbracht.

Die durchschnittliche Nutzungsdauer des Zweitwohnsitzes (Mittelwerte der tagesgenauen Erhebung) pro Jahr beträgt im Durchschnitt über alle Zweitwohnsitz-Gemeindetypen 47,1 Tage und im Detail

- * in Fremdenverkehrsgemeinden 38,9 Tage

- * in Wien 46,6 Tage

- * in Gemeinden mit bis zu 20.000 Einwohnern 47,9 Tage

- * in Gemeinden mit über 20.000 Einwohnern 51,3 Tage

Umgerechnet in Prozent beträgt die Nutzung von Zweitwohnsitzen in * Fremdenverkehrsgemeinden (Verhältnis Fremdennachtungen pro Jahr zu Hauptwohnsitzen mindestens 10:1) 10,7 %

- * Wien 12,8 %

- * Gemeinden mit bis zu 20.000 Einwohnern (welche sich nicht in

einem Umkreis von 20 Straßenkilometern um eine Gemeinde mit mehr als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen befinden), exklusive Fremdenverkehrsgemeinden 13,1 %

- * Gemeinden mit über 20.000 Einwohnern (Gemeinden mit mehr als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen bzw. Gemeinden mit weniger als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen, die in einem Straßenverbindungs-Umkreis von 20 km um solche Gemeinden gelegen sind), exklusive Wien und Fremdenverkehrsgemeinden 14,1%

Zusätzlich zur durchschnittlichen Nutzungsdauer des Zweitwohnsitzes ermöglicht die Sekundäranalyse aber auch Aussagen zur Häufigkeit eines Apothekenbesuchs am Zweitwohnsitz. Die Nutzer von Zweitwohnsitzen besuchen im Schnitt 1,01 mal pro Jahr eine Apotheke an ihrem Zweitwohnsitz. Verglichen mit der - oben beschriebenen - Nutzungshäufigkeit des Zweitwohnsitzes pro Jahr, erbringt das eine Nutzungswahrscheinlichkeit pro Aufenthaltstag von 0,0214. Dieser Wert entspricht exakt der Apotheken-Nutzungswahrscheinlichkeit der Gesamtbevölkerung an ihrem Hauptwohnsitz. Dort liegt der Wert bei 0,021368 und errechnet sich aus durchschnittlich 7,8 Apothekenbesuchen pro Jahr gebrochen durch 365 mögliche Nutzungstage.

Die 102 Personen mit Zweitwohnsitz im Wiener Teil des oben angeführten Versorgungsgebietes sind demnach zu 12,8% (= 13 "Einwohnergleichwerte") und die 195 Personen mit Zweitwohnsitz im niederösterreichischen Teil sind demnach zu 14,1 % (= 27 "Einwohnergleichwerte") dem Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen Apotheke "Z." in Wien zuzurechnen. Die 102 Personen mit Zweitwohnsitz im Wiener Teil des oben angeführten Versorgungsgebietes sind demnach zu 12,8% (= 13 "Einwohnergleichwerte") und die 195 Personen mit Zweitwohnsitz im niederösterreichischen Teil sind demnach zu 14,1 % (= 27 "Einwohnergleichwerte") dem Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen Apotheke "Z." in Wien zuzurechnen.

Das Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen

Apotheke "Z." in Wien

stellt sich somit wie folgt dar:

Versorgungsgebiet	Versorgungspotential
orange-farbiges Polygon	
ständige Einwohner	2.528
grünes Polygon	
(aufgrund der bestehen	
bleibenden ärztlichen	
Hausapotheken	
in Ha. und Gr. zu	
22% berücksichtigt)	
ständige Einwohner	170
Personen mit Zweitwohnsitz	
(im o.a. Versorgungsgebiet)	
Einwohnergleichwerte	40
Summe	2.738

Gemäß den der Österreichischen Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Wien) im Rahmen des Konzessionsverfahrens von der Behörde erster und zweiter Instanz übermittelten Unterlagen ist zu den von der Konzessionswerberin in der Berufung angeführten Bauvorhaben folgendes festzustellen:

Die Bauvorhaben in der F-Straße sowie in der B-Straße wurden nach Angaben der Konzessionswerberin bereits im Jahr 2008 fertig gestellt. Da die Einwohnerdaten lt. MA 14- ADV Referat KP2;ViennaGISDienste aus dem Jahr 2009 stammen, sind die aus diesen Bauvorhaben resultierenden Einwohner in den von der MA 14 übermittelten Einwohnerzahlen bereits enthalten. Die Bauvorhaben in der F-Straße sowie in der B-Straße wurden nach Angaben der Konzessionswerberin bereits im Jahr 2008 fertig gestellt. Da die Einwohnerdaten römisch eins t. MA 14- ADV Referat KP2;ViennaGISDienste aus dem Jahr 2009 stammen, sind die aus diesen Bauvorhaben resultierenden Einwohner in den von der MA 14 übermittelten Einwohnerzahlen bereits enthalten.

Zu den aus dem Stadterweiterungsgebiet O-steig (400 Wohneinheiten) resultierenden Einwohnern ist festzustellen, dass für einen Großteil dieses Stadterweiterungsgebietes die Apotheke "Z." nicht die nächstgelegene öffentliche Apotheke darstellt, sondern zumindest teilweise die Apotheke "Neu-S. im B7" bzw. im Fall der Bewilligung die neu angesuchte Apotheke der Konzessionswerberin. Zu den von der Konzessionswerberin genannten 620 Wohneinheiten im Bereich M-gasse/ Fe-gasse ist festzustellen, dass sich lt. Schreiben der MA 18 diese 620 Wohneinheiten auf folgende Projekte aufteilen: Zu den aus dem Stadterweiterungsgebiet O-steig (400 Wohneinheiten) resultierenden Einwohnern ist festzustellen, dass für einen Großteil dieses Stadterweiterungsgebietes die Apotheke "Z." nicht die nächstgelegene öffentliche Apotheke darstellt, sondern zumindest teilweise die Apotheke "Neu-S. im B7" bzw. im Fall der Bewilligung die neu angesuchte Apotheke der Konzessionswerberin. Zu den von der Konzessionswerberin genannten 620 Wohneinheiten im Bereich M-gasse/ Fe-gasse ist festzustellen, dass sich römisch eins t. Schreiben der MA 18 diese 620 Wohneinheiten auf folgende Projekte aufteilen:

M-gasse,

Phase I nördlich H-spital, Phase römisch eins nördlich H-spital,

Phase 2 nördlich H-spital,

Bahnhof S. und B-Straße West

Entgegen den Ausführungen der Konzessionswerberin gibt die MA 18 für diese Projekte als Realisierungshorizont das Jahr 2015 - also weit in der Zukunft liegend - an.

Da selbst bei Berücksichtigung sämtlicher von der Konzessionswerberin angeführten 1.020 Wohneinheiten unter Berücksichtigung des Wohnungsbelegungsfaktors (siehe Anlage5) für Wien von 1,99 Personen pro Wohneinheit (dies ergäbe 2.030 zusätzlich zu versorgende Personen) der Apotheke "Z." kein 5.500 Personen übersteigendes Versorgungspotential verbliebe, ist aus Sicht der Österreichischen Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Wien) der Bedarf an der neu angesuchten Apotheke keinesfalls gegeben.

IV. Gutachtenrömisch vier. Gutachten

I. Neu zu errichtende öffentliche Apotheke in Wierrömisch eins. Neu zu errichtende öffentliche Apotheke in Wien

Aufgrund des o.a. Befundes befindet sich in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte keine ärztliche Hausapotheke. Somit konnten Erhebungen zur Anzahl der Vertragsstellen nach § 342 Abs1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin in der Gemeinde oder im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte besetzt sind, unterbleiben. Aufgrund des o.a. Befundes befindet sich in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte keine ärztliche Hausapotheke. Somit konnten Erhebungen zur Anzahl der Vertragsstellen nach Paragraph 342, Abs1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin in der Gemeinde oder im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte besetzt sind, unterbleiben.

2. Bestehende öffentliche Apotheke "Z." in Wien

Aufgrund des o.a. Befundes wird die bestehende öffentliche Apotheke "Z." in Wien im Falle der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke in Wien weniger als 5.500 Personen aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin zu versorgen haben, bestehend aus 2.528 ständigen Einwohnern innerhalb des 4-km-Polygons sowie 210 zusätzlich zu versorgenden Personen im Sinne des § 10 Abs 5 ApG. V. Schlussbemerkungen. Aufgrund des o.a. Befundes wird die bestehende öffentliche Apotheke "Z." in Wien im Falle der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke in Wien weniger als 5.500 Personen aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin zu versorgen haben, bestehend aus 2.528 ständigen Einwohnern innerhalb des 4-km-Polygons sowie 210 zusätzlich zu versorgenden Personen im Sinne des Paragraph 10, Absatz 5, ApG. römisch fünf. Schlussbemerkungen

Zusammenfassend und abschließend ist festzustellen, dass aufgrund des Befundes und den daraus resultierenden gutächtlichen Erwägungen der Bedarf an der angesuchten neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in Wien (S-Straße) nicht gegeben ist, da die Zahl der von der Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke "Z." in Wien aus weiterhin zu versorgenden Personen sich infolge der Neuerrichtung verringert und unter 5.500 betragen wird. Da sich das Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen Apotheke "Z." in Wien bei Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke verringert und unter 5.500 betragen wird, konnte im konkreten Fall auf eine allfällige Untersuchung der zukünftigen Versorgungspotentiale weiterer umliegender öffentlicher Apotheken verzichtet werden, da diese am Ergebnis des Gutachtens nichts abzuändern vermag.

Abschließend weist die Österreichische Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Wien) darauf hin, dass in Gerasdorf ein Ansuchen um die Erteilung der Bewilligung zum Betrieb einer Filialapotheke (Mag.pharm. Jutta T., Betriebsstätte: Grundstück Nr. 3991KG Se.) und ein Konzessionsansuchen zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke (Mag.pharm. Ingrid G., Betriebsstätte: Grundstück Nr. 399/ I) anhängig sind. Abschließend weist die Österreichische Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Wien) darauf hin, dass in Gerasdorf ein Ansuchen um die Erteilung der Bewilligung zum Betrieb einer Filialapotheke (Mag.pharm. Jutta T., Betriebsstätte: Grundstück Nr. 3991KG Se.) und ein Konzessionsansuchen zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke (Mag.pharm. Ingrid G., Betriebsstätte: Grundstück Nr. 399/ römisch eins) anhängig sind.

Zu den von der Konzessionswerberin geäußerten Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität des § 12 Abs 8 Apothekengesetz (gemeint ist wohl § 10 Abs 8 Apothekengesetz) verweist die Österreichische Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Wien) auf die beiden Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes vom 22. September 2008 (ZIn. B 1047/07-9 und B 1084/07-13).“. Zu den von der Konzessionswerberin geäußerten Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität des Paragraph 12, Absatz 8, Apothekengesetz (gemeint ist wohl Paragraph 10, Absatz 8, Apothekengesetz) verweist die Österreichische Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Wien) auf die beiden Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes vom 22. September 2008 (ZIn. B 1047/07-9 und B 1084/07-13).“.

Aus den dem Gutachten beige-schlossenen Anlagen ist ersichtlich, dass die gegenständlich beantragte Apotheke mitten im dicht besiedelten Gebiet (Ortskern) von S. liegt und dass die Apotheke „Z.“ am westlichen Ende desselben dicht besiedelten Gebiets (Ortskerns) von S. liegt. Weiters ist aus dem in der Anlage dargestellten Versorgungsgebiet der Apotheke „Z.“ und dem in der Anlage eingezeichneten beantragten Betriebsstandort und den in der Anlage dargestellten Betriebsstandorten der Nachbarapotheken ersichtlich, dass das derzeitige Versorgungsgebiet der Apotheke „Z.“ das gesamte dicht besiedelte Gebiet bzw. den Ortskern von S. umfasst. Folglich ist davon auszugehen, dass im Falle der Genehmigung der gegenständlich beantragten Apotheke die Anzahl der durch die Apotheke „Z.“ versorgten Personen deutlich verringert würde. Mit Schreiben vom 6.4.2009 gab die Berufungswerberin nachfolgende Stellungnahme ab:

„In der außen bezeichneten Apothekenrechtssache nehme ich innerhalb offener Frist zum Ergebnis des durchgeführten Ermittlungsverfahrens Stellung

wie folgt:

1. Ich erkläre hiemit ausdrücklich, auf die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung zu verzichten.
2. Das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer nehme ich nolens volens zur Kenntnis.
3. Verweise ich nochmals darauf, dass die Konzession zum Betrieb der Apotheke "Z." an der Anschrift Wien, B-Straße, erst nach Erlassung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 02.03.1998 (VfSlg. 15103/1998) erlassen wurde und es damit aus nachstehenden Gründen gleichheitswidrig ist:3. Verweise ich nochmals darauf, dass die Konzession zum Betrieb der Apotheke "Z." an der Anschrift Wien, B-Straße, erst nach Erlassung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 02.03.1998 (VfSlg. 15103 aus 1998,) erlassen wurde und es damit aus nachstehenden Gründen gleichheitswidrig ist:

Im Erkenntnis VfSlg. 15103/1998 hat der Verfassungsgerichtshof mit an nichts zu überbietender Deutlichkeit zur Aufhebung des § 10 Abs 2 Z 1 ApG der (damals) für eine neue Apotheke ein 5.500 Personen übersteigendes Versorgungspotential gefordert hat, ausgeführt, dass die Existenzfähigkeit einer solchen neu geschaffenen Apotheke durch den Gesetzgeber nicht garantiert, sondern der Einschätzung des Konzessionswerbers überlassen wird. Dieser hat nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes zu entscheiden, ob der die mit der Errichtung einer öffentlichen Apotheke verbundenen Verpflichtungen erfüllen und gleichzeitig ein wirtschaftlich lebensfähiges Unternehmen führen kann. Allein daraus lässt sich schon die Schlussfolgerung ziehen, dass der Verfassungsgerichtshof im Sinne des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Erwerbsausübungsfreiheit jedenfalls davon ausgegangen ist, dass pro futuro ein Schutzbedürfnis für jene Apotheken, die bei ihrer Schaffung über kein Mindestversorgungspotential mehr verfügen mussten, auch gegeben ist. Im Erkenntnis VfSlg. 15103 aus 1998, hat der Verfassungsgerichtshof mit an nichts zu überbietender Deutlichkeit zur Aufhebung des Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, ApG der (damals) für eine neue Apotheke ein 5.500 Personen übersteigendes Versorgungspotential gefordert hat, ausgeführt, dass die Existenzfähigkeit einer solchen neu geschaffenen Apotheke durch den Gesetzgeber nicht garantiert, sondern der Einschätzung des Konzessionswerbers überlassen wird. Dieser hat nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes zu entscheiden, ob der die mit der Errichtung einer öffentlichen Apotheke verbundenen Verpflichtungen erfüllen und gleichzeitig ein wirtschaftlich lebensfähiges Unternehmen führen kann. Allein daraus lässt sich schon die Schlussfolgerung ziehen, dass der Verfassungsgerichtshof im Sinne des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Erwerbsausübungsfreiheit jedenfalls davon ausgegangen ist, dass pro futuro ein Schutzbedürfnis für jene Apotheken, die bei ihrer Schaffung über kein Mindestversorgungspotential mehr verfügen mussten, auch gegeben ist.

Eine andere Auslegung dieses Erkenntnisses in Verbindung mit dem durch die Apothekengesetznovelle 2006 neu geschaffenen § 10 Abs 8 ApG verbietet sich meines Erachtens im Hinblick auf das verfassungsgesetzlich gewährleistete Gleichheitsrecht. Wenn der Verfassungsgerichtshof nämlich in diesem Erkenntnis davon ausgegangen ist, dass pro futuro eine neue Apotheke nicht (mehr) über ein Mindestversorgungspotential verfügen muss, so kann ihm nicht die wohl gleichheitswidrige und auch unlogische Auffassung unterstellt werden, dass sich der Inhaber einer nach dem März 1998 errichteten Apotheke im Fall der Neuerrichtung einer Apotheke in seiner Umgebung darauf berufen kann, dass der Bedarf an dieser neuen Apotheke nicht gegeben ist, weil sich das Versorgungspotential seiner Apotheke auf weniger als 5.500 Personen verringert, obwohl sie selbst nie über ein Mindestversorgungspotential verfügen musste. Daran ändert auch der Teil der Begründung des Verfassungsgerichtshofes in Punkt IV B 2d des Erkenntnisses VfSlg. 15103/1998 nichts, weil der Verfassungsgerichtshof dort ausdrücklich darauf abstellt, dass die Aufhebung des § 10 Abs

2 Z 1 ApG zu einem. Abbau der Unterschiede zwischen Konzessionsinhabern und Konzessionswerbern führen soll. Diese Passage kann wohl nicht anders ausgelegt werden. Eine andere Auslegung dieses Erkenntnisses in Verbindung mit dem durch die Apothekengesetznovelle 2006 neu geschaffenen Paragraph 10, Absatz 8, ApG verbietet sich meines Erachtens im Hinblick auf das verfassungsgesetzlich gewährleistete Gleichheitsrecht. Wenn der Verfassungsgerichtshof nämlich in diesem Erkenntnis davon ausgegangen ist, dass pro futuro eine neue Apotheke nicht (mehr) über ein Mindestversorgungspotential verfügen muss, so kann ihm nicht die wohl gleichheitswidrige und auch unlogische Auffassung unterstellt werden, dass sich der Inhaber einer nach dem März 1998 errichteten Apotheke im Fall der Neuerrichtung einer Apotheke in seiner Umgebung darauf berufen kann, dass der Bedarf an dieser neuen Apotheke nicht gegeben ist, weil sich das Versorgungspotential seiner Apotheke auf weniger als 5.500 Personen verringert, obwohl sie selbst nie über ein Mindestversorgungspotential verfügen musste. Daran ändert auch der Teil der Begründung des Verfassungsgerichtshofes in Punkt römisch vier B 2d des Erkenntnisses VfSlg. 15103 aus 1998, nichts, weil der Verfassungsgerichtshof dort ausdrücklich darauf abstellt, dass die Aufhebung des Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, ApG zu einem. Abbau der Unterschiede zwischen Konzessionsinhabern und Konzessionswerbern führen soll. Diese Passage kann wohl nicht anders ausgelegt werden.

Letztlich darf man auch nicht übersehen, dass der Verfassungsgerichtshof das diesem Erkenntnis zugrundeliegende Verfahren aufgrund von Gesetzesprüfungsanträgen des Verwaltungsgerichtshofes eingeleitet hat, der m. E. zu Recht davon ausgegangen, dass das damals geltende Apothekenkonzessionssystem dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Erwerbsausübungsfreiheit nicht entspricht. Er hat im Sinne des öffentlichen Interesses an der Gesundheitsvorsorge allerdings nur jenen Teil des Apothekenkonzessionssystems aufgehoben, der für eine neue öffentliche Apotheke ein Mindestversorgungspotential von 5.500 Personen vorsah und hat den (damals) bestehenden Apotheken durch die Nichtaufhebung des § 10 Abs 2 Z 3 ApG weiterhin einen Bestandschutz im Sinne des öffentlichen Interesses garantiert. Nicht aber kann daraus der Schluss gezogen werden, dass der Verfassungsgerichtshof damit auch jenen Apotheken, die nach dem 2.3.1998 bewilligt wurden, einen Bestandschutz garantieren wollte, nämlich in dem Sinn, dass sie sich im Fall der Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke in ihrer Umgebung darauf berufen können, nicht (mehr) über ein 5.500 Personen umfassendes Versorgungspotential zu verfügen, obwohl sie ein solches nie haben mussten. Wäre der Verfassungsgerichtshof im Jahr 1998 dieser Auffassung gewesen, hätte er den § 10 Abs 2 Z 1 ApG in der damals geltenden Fassung nicht aufgehoben. Die nunmehrige Regelung des § 10 Abs 8 ApG führt nämlich genau dazu, dass die im Jahr 1998 erfolgte Aufhebung des § 10 Abs 2 Z 1 ApG, der auch für eine neue Apotheke ein Mindestversorgungspotential von 5.500 Personen vorsah, völlig sinnentleert wäre. Letztlich darf man auch nicht übersehen, dass der Verfassungsgerichtshof das diesem Erkenntnis zugrundeliegende Verfahren aufgrund von Gesetzesprüfungsanträgen des Verwaltungsgerichtshofes eingeleitet hat, der m. E. zu Recht davon ausgegangen, dass das damals geltende Apothekenkonzessionssystem dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Erwerbsausübungsfreiheit nicht entspricht. Er hat im Sinne des öffentlichen Interesses an der Gesundheitsvorsorge allerdings nur jenen Teil des Apothekenkonzessionssystems aufgehoben, der für eine neue öffentliche Apotheke ein Mindestversorgungspotential von 5.500 Personen vorsah und hat den (damals) bestehenden Apotheken durch die Nichtaufhebung des Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG weiterhin einen Bestandschutz im Sinne des öffentlichen Interesses garantiert. Nicht aber kann daraus der Schluss gezogen werden, dass der Verfassungsgerichtshof damit auch jenen Apotheken, die nach dem 2.3.1998 bewilligt wurden, einen Bestandschutz garantieren wollte, nämlich in dem Sinn, dass sie sich im Fall der Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke in ihrer Umgebung darauf berufen können, nicht (mehr) über ein 5.500 Personen umfassendes Versorgungspotential zu verfügen, obwohl sie ein solches nie haben mussten. Wäre der Verfassungsgerichtshof im Jahr 1998 dieser Auffassung gewesen, hätte er den Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, ApG in der damals geltenden Fassung nicht aufgehoben. Die nunmehrige Regelung des Paragraph 10, Absatz 8, ApG führt nämlich genau dazu, dass die im Jahr 1998 erfolgte Aufhebung des Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, ApG, der auch für eine neue Apotheke ein Mindestversorgungspotential von 5.500 Personen vorsah, völlig sinnentleert wäre.

Diese Kernaussagen des Verfassungsgerichtshofs zum Konzessionssystem werden offensichtlich auch durch die Entstehungsgeschichte des § 10 Abs 8 ApG nicht widerlegt bzw. releviert. Diese Kernaussagen des Verfassungsgerichtshofs zum Konzessionssystem werden offensichtlich auch durch die Entstehungsgeschichte des Paragraph 10, Absatz 8, ApG nicht widerlegt bzw. releviert.

Gemäß Art. II des Initiativantrages 751/A XXII. GP vom 7.12.2005 sollte lediglich § 3 Abs 4 ApG geändert werden,

wonach dem Antragsteller, der kein österreichisches Apothekerdiplom gemäß § 3a Abs 2 ApG erworben hat, die Berechtigung nur zu erteilen ist, wenn sie für eine Apotheke beantragt wird, die seit mindestens drei Jahren betrieben wird. Gemäß Artikel römisch zwei, des Initiativantrages 751/A römisch 22 . Gesetzgebungsperiode vom 7.12.2005 sollte lediglich Paragraph 3, Absatz 4, ApG geändert werden, wonach dem Antragsteller, der kein österreichisches Apothekerdiplom gemäß Paragraph 3 a, Absatz 2, ApG erworben hat, die Berechtigung nur zu erteilen ist, wenn sie für eine Apotheke beantragt wird, die seit mindestens drei Jahren betrieben wird.

Wie sich aus der Begründung dieses Initiativantrages ergibt, war diese Änderung aus Gründen der Anpassung an das Gemeinschaftsrecht erforderlich. Auch dem Bericht des Gesundheitsausschusses 1293 Big NR XXII. GP ist lediglich die bereits umschriebene geplante Änderung des Apothekengesetzes zu entnehmen. Wie sich aus der Begründung dieses Initiativantrages ergibt, war diese Änderung aus Gründen der Anpassung an das Gemeinschaftsrecht erforderlich. Auch dem Bericht des Gesundheitsausschusses 1293 Big NR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode ist lediglich die bereits umschriebene geplante Änderung des Apothekengesetzes zu entnehmen.

Gegenstand der 139. Sitzung des Nationalrates vom 1.3.2006 war der den Abgeordneten gemäß § 53 Abs 4 GOG erst in der zweiten Lesung verteilte Abänderungsantrag AA-202 XXII. GP zum Bericht des Gesundheitsausschusses über den Initiativantrag 751/A zu 1293 Big NR XXII. GP, der die nunmehr in Art. II BGBl. I Nr. 41/2006 Z 2 bis 14 enthaltenen Änderungen des Apothekengesetzes enthält. Die Erläuterungen zu diesem Abänderungsantrag AA-202 XXII. GP weisen darauf hin, dass mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14.10.2005, Zlen. G13/05, G37/05 und G 46/05, wesentliche Regelungen für das Verhältnis ärztlicher Hausapotheken und öffentlicher Apotheken als verfassungswidrig aufgehoben wurden, diese Aufhebung mit 31.10.2006 in Kraft trete und es dringend angezeigt erscheine, diese für die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung wesentliche Frage einer verfassungskonformen Neuregelung zuzuführen. Abgesehen davon, dass der neue § 10 Abs 8 ApG mit der durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14.10.2005 angeblich erforderlichen Neuregelung des Verhältnisses zwischen ärztlichen Hausapotheken und öffentlichen Apotheken aber schon überhaupt nichts zu tun hat, enthält der Abänderungsantrag in seiner Begründung lediglich den Hinweis, dass der neue Abs 8 "eine Klarstellung" enthalte. Nähere Motive, die den Gesetzgeber zur Erlassung der verfassungswidrigen Norm veranlasst haben könnten, sind weder den Erläuterungen noch dem stenografischen Protokoll über die 139. Sitzung des Nationalrates XXII. GP zu entnehmen, was aber in Hinblick auf das o. a. Erkenntnis umso mehr geboten gewesen wäre. Lediglich der Wortmeldung der Abgeordneten Csörgits ist zu entnehmen, dass der Abänderungsantrag am selben Tag in ihrem Klub um 18:26 eingelangt war und es jedenfalls besser gewesen wäre, diese völlig neue Materie besser vorbereiten zu lassen.

Gegenstand der 139. Sitzung des Nationalrates vom 1.3.2006 war der den Abgeordneten gemäß Paragraph 53, Absatz 4, GOG erst in der zweiten Lesung verteilte Abänderungsantrag AA-202 römisch 22 . Gesetzgebungsperiode zum Bericht des Gesundheitsausschusses über den Initiativantrag 751/A zu 1293 Big NR römisch 22 . GP, der die nunmehr in Artikel römisch zwei, BGBl. römisch eins Nr. 41 aus 2006, Ziffer 2 bis 14 enthaltenen Änderungen des Apothekengesetzes enthält. Die Erläuterungen zu diesem Abänderungsantrag AA-202 römisch 22 . Gesetzgebungsperiode weisen darauf hin, dass mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14.10.2005, Zlen. G13/05, G37/05 und G 46/05, wesentliche Regelungen für das Verhältnis ärztlicher Hausapotheken und öffentlicher Apotheken als verfassungswidrig aufgehoben wurden, diese Aufhebung mit 31.10.2006 in Kraft trete und es dringend angezeigt erscheine, diese für die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung wesentliche Frage einer verfassungskonformen Neuregelung zuzuführen. Abgesehen davon, dass der neue Paragraph 10, Absatz 8, ApG mit der durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14.10.2005 angeblich erforderlichen Neuregelung des Verhältnisses zwischen ärztlichen Hausapotheken und öffentlichen Apotheken aber schon überhaupt nichts zu tun hat, enthält der Abänderungsantrag in seiner Begründung lediglich den Hinweis, dass der neue Absatz 8, "eine Klarstellung" enthalte. Nähere Motive, die den Gesetzgeber zur Erlassung der verfassungswidrigen Norm veranlasst haben könnten, sind weder den Erläuterungen noch dem stenografischen Protokoll über die 139. Sitzung des Nationalrates römisch 22 . Gesetzgebungsperiode zu entnehmen, was aber in Hinblick auf das o. a. Erkenntnis umso mehr geboten gewesen wäre. Lediglich der Wortmeldung der Abgeordneten Csörgits ist zu entnehmen, dass der Abänderungsantrag am selben Tag in ihrem Klub um 18:26 eingelangt war und es jedenfalls besser gewesen wäre, diese völlig neue Materie besser vorbereiten zu lassen.

Zur Frage des neuen § 10 Abs 8 ApG gibt es in der 139. Sitzung des Nationalrates überhaupt keine Äußerung, was nicht weiter verwundert, hat diese Bestimmung doch mit dem Verhältnis zwischen ärztlichen Hausapotheken und öffentlichen Apotheken überhaupt nichts zu tun, die Aufnahme des § 10 Abs 8 ApG in die Apothekengesetznovelle

2006 sollte offenbar nur dazu dienen, den logischen Bruch, den das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes aus dem Jahr 1998 geschaffen hat und der für Jedermann eigentlich sofort erkennbar war, in irgendeiner Weise zu "kitten". Zur Frage des neuen Paragraph 10, Absatz 8, ApG gibt es in der 139. Sitzung des Nationalrates überhaupt keine Äußerung, was nicht weiter verwundert, hat diese Bestimmung doch mit dem Verhältnis zwischen ärztlichen Hausapotheken und öffentlichen Apotheken überhaupt nichts zu tun, die Aufnahme des Paragraph 10, Absatz 8, ApG in die Apothekengesetznovelle 2006 sollte offenbar nur dazu dienen, den logischen Bruch, den das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes aus dem Jahr 1998 geschaffen hat und der für Jedermann eigentlich sofort erkennbar war, in irgendeiner Weise zu "kitten".

Ich lege zu dieser Frage auch den Bescheid des UVS Oberösterreich vor und verweise auf die darin enthaltene Begründung zu § 10 Abs 8 ApG. Ich lege zu dieser Frage auch den Bescheid des UVS Oberösterreich vor und verweise auf die darin enthaltene Begründung zu Paragraph 10, Absatz 8, ApG.

Richtig ist, dass der Verfassungsgerichtshof aufgrund der mittlerweile dagegen eingebrachten Beschwerde des Einspruchswerbers, die Behandlung der Beschwerde mit Beschluss vom 22.09.2008 abgelehnt hat, weil der Einspruchswerber seiner Auffassung nach nicht in einem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht verletzt worden sei. Beide Parteien haben allerdings für den Fall der Nichtstattgebung der Beschwerde die Abtretung ihrer Beschwerden an den Verwaltungsgerichtshof beantragt. Nachdem der Verwaltungsgerichtshof auch die treibende Kraft für das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 02.03.1998 gewesen ist, kann nicht ausgeschlossen werden, dass er aufgrund der vorstehenden Überlegungen von sich aus einen Gesetzesprüfungsantrag beim Verfassungsgerichtshof einbringt und sich dieser dann doch mit dieser Materie auch materiellrechtlich wieder auseinandersetzen müsste.

Ich stelle daher abschließend nachstehenden

Antrag:

1. Zu überlegen, ob da. nicht doch auch ein Gesetzesprüfungsantrag betreffend den § 10 Abs 8 ApG eingebracht werden sollte.
1. Zu überlegen, ob da. nicht doch auch ein Gesetzesprüfungsantrag betreffend den Paragraph 10, Absatz 8, ApG eingebracht werden sollte.
2. Beim Verwaltungsgerichtshof zu klären, ob dieser beabsichtigt einen Gesetzesprüfungsantrag betreffend den § 10 Abs 8 ApG beim Verfassungsgerichtshof einzubringen, zutreffendenfalls das gegenständliche Verfahren bis zur Erledigung dieses Gesetzesprüfungsantrages durch den Verfassungsgerichtshof gemäß § 38 AVG auszusetzen.
2. Beim Verwaltungsgerichtshof zu klären, ob dieser beabsichtigt einen Gesetzesprüfungsantrag betreffend den Paragraph 10, Absatz 8, ApG beim Verfassungsgerichtshof einzubringen, zutreffendenfalls das gegenständliche Verfahren bis zur Erledigung dieses Gesetzesprüfungsantrages durch den Verfassungsgerichtshof gemäß Paragraph 38, AVG auszusetzen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

§ 10 ApothekenG i.d.F. BGBl. I Nr. 41/2006 lautet wie folgt: Paragraph 10, ApothekenG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 41 aus 2006, lautet wie folgt:

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

1. in der Gemeinde des Standortes der öffentlichen Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat und
2. ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

(2) Ein Bedarf besteht nicht, wenn

1. sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, oder
1. sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach Paragraph 342, Absatz eins, ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, oder
2. die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke weniger als 500 m beträgt oder

3. die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen sich in Folge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5 500 betragen wird.

(3) Ein Bedarf gemäß Abs 2 Z 1 besteht auch dann nicht, wenn sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke (3) Ein Bedarf gemäß Absatz 2, Ziffer eins, besteht auch dann nicht, wenn sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke

1. 1. Ziffer eins

eine ärztliche Hausapotheke und

2. 2. Ziffer 2

eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die versorgungswirksam höchstens eineinhalb besetzten Vertragsstellen

nach Abs 2 Z 1 entspricht und in der Gemeinde keine weitere eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die

versorgungswirksam höchstens eineinhalb besetzten Vertragsstellen nach Absatz 2, Ziffer eins, entspricht und in

der Gemeinde keine weitere

Vertragsstelle nach § 342 Abs 1 ASVG von einem Arzt für Allgemeinmedizin besetzt ist. Vertragsstelle nach Paragraph

342, Absatz eins, ASVG von einem Arzt für Allgemeinmedizin besetzt ist.

(3a) In einem Zeitraum, während dessen ein Gesamtvertrag gemäß § 341 ASVG nicht besteht, besteht ein Bedarf gemäß Abs 2 Z 1 dann nicht, wenn in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke weniger als zwei Ärzte für Allgemeinmedizin zum Zeitpunkt der Antragstellung ihren ständigen Berufssitz haben und sich dort eine ärztliche Hausapotheke befindet. (3a) In einem Zeitraum, während dessen ein Gesamtvertrag gemäß Paragraph 341, ASVG nicht besteht, besteht ein Bedarf gemäß Absatz 2, Ziffer eins, dann nicht, wenn in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke weniger als zwei Ärzte für Allgemeinmedizin zum Zeitpunkt der Antragstellung ihren ständigen Berufssitz haben und sich dort eine ärztliche Hausapotheke befindet.

(3b) Bei der Prüfung gemäß Abs 2 Z 1 sind bloß vorübergehende Vertragsstellen, die einmalig und auf höchstens 3 Jahre befristet sind, nicht zu berücksichtigen. (3b) Bei der Prüfung gemäß Absatz 2, Ziffer eins, sind bloß vorübergehende Vertragsstellen, die einmalig und auf höchstens 3 Jahre befristet sind, nicht zu berücksichtigen.

(4) Zu versorgende Personen gemäß Abs 2 Z 3 sind die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern von der Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse aus dieser bestehenden öffentlichen Apotheke weiterhin zu versorgen sein werden. (4) Zu versorgende Personen gemäß Absatz 2, Ziffer 3, sind die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern von der Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse aus dieser bestehenden öffentlichen Apotheke weiterhin zu versorgen sein werden.

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

(6) Die Entfernung gemäß Abs 2 Z 2 darf ausnahmsweise unterschritten werden, wenn es besondere örtliche Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung dringend gebieten. (6) Die Entfernung gemäß Absatz 2, Ziffer 2, darf ausnahmsweise unterschritten werden, wenn es besondere örtliche Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung dringend gebieten.

(7) Zur Frage des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist ein Gutachten der österreichischen Apothekerkammer einzuholen. Soweit gemäß § 29 Abs 3 und 4 Ärzte betroffen sind, ist auch ein Gutachten der Österreichischen Ärztekammer einzuholen. (7) Zur Frage des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist ein Gutachten der österreichischen Apothekerkammer einzuholen. Soweit gemäß Paragraph 29, Absatz 3 und 4 Ärzte betroffen sind, ist auch ein Gutachten der Österreichischen Ärztekammer einzuholen.

(8) Als bestehende Apotheken im Sinne des Abs 2 Z 2 und 3 gelten auch alle nach der Kundmachung BGBl. I Nr. 53/1998 rechtskräftig erteilten Konzessionen zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke. (8) Als bestehende

Apotheken im Sinne des Absatz 2, Ziffer 2 und 3 gelten auch alle nach der Kundmachung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 53 aus 1998, rechtskräftig erteilten Konzessionen zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke.“

Aus diesem Gesetzeswortlaut des § 10 Abs 8 ApG geht somit eindeutig hervor, dass für die Frage, ob das negative Bedarfskriterium des § 10 Abs 2 Z 3 ApG bei einem Apothekenkonzessionsbescheid zur Anwendung zu kommen hat, irrelevant ist, ob die jeweilige durch dieses negative Bedarfskriterium in ihrer Existenz gesicherte öffentliche Apotheke jemals mehr als 5.500 Personen versorgt hatte. Durch die Berufungswerberin wird nun vorgebracht, dass es die Verfassung, daher der Gleichheitsgrundsatz, gebiete, dass einer öffentlichen Apotheke, welche zum Zeitpunkt ihrer Konzessionierung nicht mehr als 5.500 Personen versorgt hat, gesetzlich kein Existenzschutz eingeräumt werden dürfe. Unnachvollziehbarer Weise untermauert die Berufungswerberin ihr Vorbringen mit dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs VfSlg. Nr 15.103/1998 und der darin enthaltenen Aussage, dass die Forderung eines Personenkreises, welcher durch eine beantragte Apotheke versorgt werden wird, mit der Erwerbsausübungsfreiheit nicht in Einklang zu bringen ist. Wenn man nämlich das angeführte Erkenntnis aufmerksam liest, wird man nämlich erkennen, dass durch dieses Erkenntnis im Gegensatz zum Verständnis der Berufungswerberin die von der Berufungswerberin aufgezeigte Fragestellung ausdrücklich und endgültig beantwortet worden ist. Diesem verfassungsgerichtlichen Verfahren lag nämlich ein Gesetzesprüfungsantrag des Verwaltungsgerichtshofs zugrunde, welcher nicht nur das letztlich aufgehobene positive Bedarfskriterium einer durch die beantragte Apotheke geforderten Mindestanzahl an versorgten Personen als verfassungswidrig anfocht, sondern auch das obangeführte negative Bedarfskriterium einer Mindestanzahl von von jeder Nachbarapotheke im Konzessionsfalle weiterhin zu versorgenden Personen. Entgegen diesem Gesetzesprüfungsantrag differenzierte der Verfassungsgerichtshof nun zwischen dem positiven, die beantragte Apotheke betreffenden Bedarfskriterium, und dem negativen, die Nachbarapotheken betreffenden Bedarfskriterium. Aus diesem Gesetzeswortlaut des Paragraph 10, Absatz 8, ApG geht somit eindeutig hervor, dass für die Frage, ob das negative Bedarfskriterium des Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG bei einem Apothekenkonzessionsbescheid zur Anwendung zu kommen hat, irrelevant ist, ob die jeweilige durch dieses negative Bedarfskriterium in ihrer Existenz gesicherte öffentliche Apotheke jemals mehr als 5.500 Personen versorgt hatte. Durch die Berufungswerberin wird nun vorgebracht, dass es die Verfassung, daher der Gleichheitsgrundsatz, gebiete, dass einer öffentlichen Apotheke, welche zum Zeitpunkt ihrer Konzessionierung nicht mehr als 5.500 Personen versorgt hat, gesetzlich kein Existenzschutz eingeräumt werden dürfe. Unnachvollziehbarer Weise untermauert die Berufungswerberin ihr Vorbringen mit dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs VfSlg. Nr 15.103 aus 1998, und der darin enthaltenen Aussage, dass die Forderung eines Personenkreises, welcher durch eine beantragte Apotheke versorgt werden wird, mit der Erwerbsausübungsfreiheit nicht in Einklang zu bringen ist. Wenn man nämlich das angeführte Erkenntnis aufmerksam liest, wird man nämlich erkennen, dass durch dieses Erkenntnis im Gegensatz zum Verständnis der Berufungswerberin die von der Berufungswerberin aufgezeigte Fragestellung ausdrücklich und endgültig beantwortet worden ist. Diesem verfassungsgerichtlichen Verfahren lag nämlich ein Gesetzesprüfungsantrag des Verwaltungsgerichtshofs zugrunde, welcher nicht nur das letztlich aufgehobene positive Bedarfskriterium einer durch die beantragte Apotheke geforderten Mindestanzahl an versorgten Personen als verfassungswidrig anfocht, sondern auch das obangeführte negative Bedarfskriterium einer Mindestanzahl von von jeder Nachbarapotheke im Konzessionsfalle weiterhin zu versorgenden Personen. Entgegen diesem Gesetzesprüfungsantrag differenzierte der Verfassungsgerichtshof nun zwischen dem positiven, die beantragte Apotheke betreffenden Bedarfskriterium, und dem negativen, die Nachbarapotheken betreffenden Bedarfskriterium.

Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs greifen demnach Bestimmungen, welche die Zulassung zur Erwerbsausübung (auch) von dem Umstand abhängig machen, ob eine Existenzgefährdung bestehender öffentlicher Apotheken eintritt, aufgrund des durch diese Zugangsbeschränkungen verfolgten öffentlichen Interesses der Sicherung einer bestmöglichen Heilmittelversorgung der Bevölkerung für sich allein nicht unverhältnismäßig in die Erwerbsausübungsfreiheit ein.

Wörtlich führt der Verfassungsgerichtshof in diesem Erkenntnis aus:

„In seiner bisherigen Judikatur hat der Verfassungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen, daß Bedenken gegen die gesetzlich geforderte Berücksichtigung der Existenzfähigkeit bestehender Apotheken bei der Konzessionerteilung an neu zu errichtende Apotheken nicht bestehen. Diese Anforderung diene der klaglosen Versorgung der Bevölkerung mit Heilmitteln und liege damit im öffentlichen Interesse (VfSlg. 8765/1980, 10386/1985, 10692/1985, 11937/1988, 12873/1991). Konkret nahm der Verfassungsgerichtshof an, daß die bestehenden öffentlichen Apotheken sonst ihrer

Betriebspflicht allenfalls nicht ordnungsgemäß nachkommen, so etwa nicht über das hierfür erforderliche Heilmittelager verfügen könnten (VfSlg. 10386/1985). Er hat auch im Erk. VfSlg. 10386/1985 die Annahme für gerechtfertigt gehalten, daß nur wirtschaftlich gesunde und starke Apotheken ein optimales Medikamentenlager halten können. Der Verfassungsgerichtshof sieht sich auch durch die Argumente des Verwaltungsgerichtshofes im Primär Antrag nicht veranlaßt, von dieser Position abzurücken. Wie der Verfassungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - und auch der Verwaltungsgerichtshof nicht bezweifelt -, liegt das Ziel, das klaglose Funktionieren der Heilmittelversorgung der Bevölkerung zu sichern, jedenfalls im öffentlichen Interesse. Dieses Ziel besteht darin, wie der Verwaltungsgerichtshof ebenfalls (unter Zitierung von Puck in FS Wenger, 577, 579) zutreffend ausführt, die benötigten Arzneimittel in einwandfreier Beschaffenheit, rasch, überall, jederzeit und zu erschwinglichen Preisen für den Konsumenten verfügbar zu machen. Der Verfassungsgerichtshof hält es für plausibel, daß dieses Ziel angesichts des konkreten rechtlichen und wirtschaftlichen Umfeldes, in dem Apotheken zu arbeiten haben, Betriebe mit einer bestimmten Mindestgröße voraussetzt. Nur solche Betriebe sind bei einer Durchschnittsbetrachtung wirtschaftlich in der Lage, geschultes Personal aufzunehmen, das zur raschen Versorgung erforderliche Heilmittelager zu unterhalten, die erforderliche und erwartete Beratung der Kunden durchzuführen, die detaillierten Regeln über die Betriebspflicht und den Bereitschaftsdienst zu beachten und die erforderliche Fortbildung zu gewährleisten. „In seiner bisherigen Judikatur hat der Verfassungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen, daß Bedenken gegen die gesetzlich geforderte Berücksichtigung der Existenzfähigkeit bestehender Apotheken bei der Konzessionerteilung an neu zu errichtende Apotheken nicht bestehen. Diese Anforderung diene der klaglosen Versorgung der Bevölkerung mit Heilmitteln und liege damit im öffentlichen Interesse (VfSlg. 8765 aus 1980,, 10386 aus 1985,, 10692 aus 1985,, 11937 aus 1988,, 12873 aus 1991.). Konkret nahm der Verfassungsgerichtshof an, daß die bestehenden öffentlichen Apotheken sonst ihrer Betriebspflicht allenfalls nicht ordnungsgemäß nachkommen, so etwa nicht über das hierfür erforderliche Heilmittelager verfügen könnten (VfSlg. 10386 aus 1985.). Er hat auch im Erk. VfSlg. 10386 aus 1985, die Annahme für gerechtfertigt gehalten, daß nur wirtschaftlich gesunde und starke Apotheken ein optimales Medikamentenlager halten können. Der Verfassungsgerichtshof sieht sich auch durch die Argumente des Verwaltungsgerichtshofes im Primär Antrag nicht veranlaßt, von dieser Position abzurücken. Wie der Verfassungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - und auch der Verwaltungsgerichtshof nicht bezweifelt -, liegt das Ziel, das klaglose Funktionieren der Heilmittelversorgung der Bevölkerung zu sichern, jedenfalls im öffentlichen Interesse. Dieses Ziel besteht darin, wie der Verwaltungsgerichtshof ebenfalls (unter Zitierung von Puck in FS Wenger, 577, 579) zutreffend ausführt, die benötigten Arzneimittel in einwandfreier Beschaffenheit, rasch, überall, jederzeit und zu erschwinglichen Preisen für den Konsumenten verfügbar zu machen. Der Verfassungsgerichtshof hält es für plausibel, daß dieses Ziel angesichts des konkreten rechtlichen und wirtschaftlichen Umfeldes, in dem Apotheken zu arbeiten haben, Betriebe mit einer bestimmten Mindestgröße voraussetzt. Nur solche Betriebe sind bei einer Durchschnittsbetrachtung wirtschaftlich in der Lage, geschultes Personal aufzunehmen, das zur raschen Versorgung erforderliche Heilmittelager zu unterhalten, die erforderliche und erwartete Beratung der Kunden durchzuführen, die detaillierten Regeln über die Betriebspflicht und den Bereitschaftsdienst zu beachten und die erforderliche Fortbildung zu gewährleisten.

Dazu kommt, daß öffentliche Apotheken bei ihrer betrieblichen Tätigkeit in einem überdurchschnittlichen Ausmaß in ein Netz von öffentlichrechtlichen Verpflichtungen eingebunden sind und besonderen Beschränkungen etwa hinsichtlich der Betriebszeiten, des Bereitschaftsdienstes, der Werbung oder der Preisbildung unterliegen (vgl. auch VfSlg. 13328/1993). Alle diese Anforderungen und Restriktionen sind offenbar auf den gemeinsamen Nenner zurückzuführen, daß durch die öffentlichen Apotheken der "klaglose Betrieb für die öffentliche Sanitätspflege" (so die Formulierung des §6 Abs1 ApG) gesichert sein soll. Anders als der Verwaltungsgerichtshof ist der Verfassungsgerichtshof der Auffassung, daß sich öffentliche Apotheken dadurch auch von anderen Berufen des Gesundheitswesens, etwa den freiberuflich tätigen Ärzten, unterscheiden, die derartigen Verpflichtungen und Beschränkungen nicht oder nur in gelinderem Maße unterliegen. Die öffentliche Inpflichtnahme für bestimmte, im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben und die Betriebspflicht hat der Verfassungsgerichtshof bei Rauchfangkehrern als ausreichende Rechtfertigung dafür angesehen, diesen Unternehmen Schutz vor wirtschaftlichen Schwierigkeiten auch in Form von weitgehenden Zugangsbeschränkungen zu gewähren. Er hat es in diesem Zusammenhang für nicht ausgeschlossen erachtet, daß im Fall eines uneingeschränkten Wettbewerbs eine freie Konkurrenz zu Lasten der gewissenhaften Besorgung der feuerpolizeilichen Aufgaben gehen könnte, wodurch öffentliche Interessen ebenfalls gravierend beeinträchtigt werden würden (VfSlg. 12296/1990). Diese Überlegungen treffen aber auf öffentliche Apotheken, denen im Interesse eines klaglosen Betriebes für die öffentliche Sanitätspflege nicht nur eine

Betriebspflicht, sondern darüber hinaus zahlreiche weitere Verpflichtungen und Restriktionen auferlegt sind, umso mehr zu. Dazu kommt, daß öffentliche Apotheken bei ihrer betrieblichen Tätigkeit in einem überdurchschnittlichen Ausmaß in ein Netz von öffentlichrechtlichen Verpflichtungen eingebunden sind und besonderen Beschränkungen etwa hinsichtlich der Betriebszeiten, des Bereitschaftsdienstes, der Werbung oder der Preisbildung unterliegen (vergleiche auch VfSlg. 13328 aus 1993,). Alle diese Anforderungen und Restriktionen sind offenbar auf den gemeinsamen Nenner zurückzuführen, daß durch die öffentlichen Apotheken der "klaglose Betrieb für die öffentliche Sanitätspflege" (so die Formulierung des §6 Abs1 ApG) gesichert sein soll. Anders als der Verwaltungsgerichtshof ist der Verfassungsgerichtshof der Auffassung, daß sich öffentliche Apotheken dadurch auch von anderen Berufen des Gesundheitswesens, etwa den freiberuflich tätigen Ärzten, unterscheiden, die derartigen Verpflichtungen und Beschränkungen nicht oder nur in gelinderem Maße unterliegen. Die öffentliche Inpflichtnahme für bestimmte, im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben und die Betriebspflicht hat der Verfassungsgerichtshof bei Rauchfangkehrern als ausreichende Rechtfertigung dafür angesehen, diesen Unternehmen Schutz vor wirtschaftlichen Schwierigkeiten auch in Form von weitgehenden Zugangsbeschränkungen zu gewähren. Er hat es in diesem Zusammenhang für nicht ausgeschlossen erachtet, daß im Fall eines uneingeschränkten Wettbewerbs eine freie Konkurrenz zu Lasten der gewissenhaften Besorgung der feuerpolizeilichen Aufgaben gehen könnte, wodurch öffentliche Interessen ebenfalls gravierend beeinträchtigt werden würden (VfSlg. 12296 aus 1990,). Diese Überlegungen treffen aber auf öffentliche Apotheken, denen im Interesse eines klaglosen Betriebes für die öffentliche Sanitätspflege nicht nur eine Betriebspflicht, sondern darüber hinaus zahlreiche weitere Verpflichtungen und Restriktionen auferlegt sind, umso mehr zu.

f) Der Verfassungsgerichtshof ist daher zusammenfassend der Meinung, daß Regelungen, die im Bereich der Heilmittelversorgung der Bevölkerung die Zulassung zur Erwerbsausübung (auch) von dem Umstand abhängig machen, ob eine Existenzgefährdung bestehender öffentlicher Apotheken eintritt, im öffentlichen Interesse liegen, zur Zielerreichung - nämlich der Sicherung einer bestmöglichen Heilmittelversorgung der Bevölkerung - geeignet sind und für sich allein auch nicht unverhältnismäßig in die Erwerbsausübungsfreiheit eingreifen. Die Regelungen des §10 Abs2 Z2 und 3 ApG, die den bestehenden öffentlichen Apotheken einen gewissen Existenzschutz gewähren, widersprechen daher nicht dem Art6 StGG. Der diesbezügliche Antrag des Verwaltungsgerichtshofes war sohin abzuweisen (s. Pkt. II des Spruches). f) Der Verfassungsgerichtshof ist daher zusammenfassend der Meinung, daß Regelungen, die im Bereich der Heilmittelversorgung der Bevölkerung die Zulassung zur Erwerbsausübung (auch) von dem Umstand abhängig machen, ob eine Existenzgefährdung bestehender öffentlicher Apotheken eintritt, im öffentlichen Interesse liegen, zur Zielerreichung - nämlich der Sicherung einer bestmöglichen Heilmittelversorgung der Bevölkerung - geeignet sind und für sich allein auch nicht unverhältnismäßig in die Erwerbsausübungsfreiheit eingreifen. Die Regelungen des §10 Abs2 Z2 und 3 ApG, die den bestehenden öffentlichen Apotheken einen gewissen Existenzschutz gewähren, widersprechen daher nicht dem Art6 StGG. Der diesbezügliche Antrag des Verwaltungsgerichtshofes war sohin abzuweisen (s. Pkt. römisch zwei des Spruches).

Demgegenüber stellen aber Zugangsbeschränkungen, welche nicht der Sicherung der Existenzfähigkeit bestehender öffentlicher Apotheken dienen, dann einen Verstoß gegen die Erwerbsausübungsfreiheit dar, wenn der Zweck dieser Zugangsbeschränkungen lediglich in der Wirtschaftlichkeit eines beantragten Apothekenunternehmens liegt. Vielmehr sind derartige Zugangsbeschränkungen, nach Sicht des Verfassungsgerichtshofs, nur dann sachlich gerechtfertigte Eingriffe in die Erwerbsausübungsfreiheit, wenn durch diese unterbunden werden soll, dass die beantragte Apotheke „infolge wirtschaftlicher Schwierigkeiten außerstande wäre, die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung zu gewährleisten, weshalb es für die Bevölkerung günstiger wäre, wenn eine neue Apotheke nicht errichtet wird.“

Der Verfassungsgerichtshof differenzierte daher hinsichtlich ein und desselben Grundrechts, nämlich des Grundrechts der Erwerbsausübungsfreiheit, zwischen die beantragte Apotheke betreffende Zugangsbeschränkungen (daher positive Bedarfskriterien) und bestehende Nachbarapotheken betreffende Zugangsbeschränkungen (daher negative Bedarfskriterien). Im Ergebnis erachtet der Verfassungsgerichtshof das öffentliche Interesse an der Sicherung der Existenzfähigkeit bereits bestehender öffentlicher Apotheken wesentlich höher als das Interesse an der Sicherstellung der Existenzfähigkeit erst zu errichtender Apotheken.

Bei Zugrundelegung der Argumentation der Berufungswerberin stellt nun aber diese Differenzierung der Wertigkeit öffentlicher Interessen eine gleichheitswidrige Gesetzesauslegung bzw. die diese Differenzierung festschreibende Bestimmung des § 10 Abs 9 ApG eine verfassungswidrige Rechtslage dar. Wie die Berufungswerberin zu dieser

Schlussfolgerung nun aber zu gelangen vermag, zumal diese Differenzierung vom Verfassungsgerichtshof selbst ausdrücklich als sachlich (und somit als nicht gleichheitswidrig) eingestuft worden ist, bleibt unerfindlich. Bei Zugrundelegung der Argumentation der Berufungswerberin stellt nun aber diese Differenzierung der Wertigkeit öffentlicher Interessen eine gleichheitswidrige Gesetzesauslegung bzw. die diese Differenzierung festschreibende Bestimmung des Paragraph 10, Absatz 9, ApG eine verfassungswidrige Rechtslage dar. Wie die Berufungswerberin zu dieser Schlussfolgerung nun aber zu gelangen vermag, zumal diese Differenzierung vom Verfassungsgerichtshof selbst ausdrücklich als sachlich (und somit als nicht gleichheitswidrig) eingestuft worden ist, bleibt unerfindlich.

Ganz im Gegenteil, müsste eine gesetzliche Bestimmung, welche nur hinsichtlich von öffentlichen Apotheken, welche vor dem 2.4.1998 errichtet worden sind, ein öffentliches Interesse an der Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln statuiert (und insofern ein negatives Bedarfskriterium zum Zwecke der Existenzsicherung von solchen Apotheken normiert), dagegen ein solches öffentliches Versorgungssicherungsinteresse (und insofern ein Existenzsicherungsinteresse für bestehende öffentliche Apotheken) bei den übrigen öffentlichen Apotheken verneint, im Hinblick auf den Zweck dieses öffentlichen Interesses, nämlich der Sicherung einer bestmöglichen Heilmittelversorgung der Bevölkerung, als unsachlich und daher verfassungswidrig eingestuft werden. Der „verfassungskonformen“ Interpretation des § 10 Abs 2 ApG durch den UVS Oberösterreich (vgl. VwSen-590155/11/Gf/Ga vom 3.5.2007), wonach unter einer „bestehenden Apotheke“ nur eine vor dem 2.4.1998 genehmigte Apotheke zu verstehen ist, vermag schon aus diesem Grunde nicht beigetreten zu werden. Ganz im Gegenteil, müsste eine gesetzliche Bestimmung, welche nur hinsichtlich von öffentlichen Apotheken, welche vor dem 2.4.1998 errichtet worden sind, ein öffentliches Interesse an der Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln statuiert (und insofern ein negatives Bedarfskriterium zum Zwecke der Existenzsicherung von solchen Apotheken normiert), dagegen ein solches öffentliches Versorgungssicherungsinteresse (und insofern ein Existenzsicherungsinteresse für bestehende öffentliche Apotheken) bei den übrigen öffentlichen Apotheken verneint, im Hinblick auf den Zweck dieses öffentlichen Interesses, nämlich der Sicherung einer bestmöglichen Heilmittelversorgung der Bevölkerung, als unsachlich und daher verfassungswidrig eingestuft werden. Der „verfassungskonformen“ Interpretation des Paragraph 10, Absatz 2, ApG durch den UVS Oberösterreich vergleiche VwSen-590155/11/Gf/Ga vom 3.5.2007), wonach unter einer „bestehenden Apotheke“ nur eine vor dem 2.4.1998 genehmigte Apotheke zu verstehen ist, vermag schon aus diesem Grunde nicht beigetreten zu werden.

Im Übrigen vermag bei Zugrundelegung der zuvor ausgeführten Überlegungen die vom UVS Oberösterreich angenommene verfassungsrechtliche Problematik, welche diesen zu einer verfassungskonformen Interpretation nötigte, nicht geteilt zu werden; was offenkundig auch der Sichtweise des Verfassungsgerichtshofs entspricht (vgl. den Ablehnungsbeschluss vom 22.9.2008, Zl. B 1047/07). Im Übrigen vermag bei Zugrundelegung der zuvor ausgeführten Überlegungen die vom UVS Oberösterreich angenommene verfassungsrechtliche Problematik, welche diesen zu einer verfassungskonformen Interpretation nötigte, nicht geteilt zu werden; was offenkundig auch der Sichtweise des Verfassungsgerichtshofs entspricht vergleiche den Ablehnungsbeschluss vom 22.9.2008, Zl. B 1047/07).

Folglich ist von der Verfassungskonformität des § 10 ApG (insbesondere des § 10 Abs 8 ApG) auszugehen und das Nichtvorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen für die gegenständlich projektierte öffentliche Apotheke zu bejahen. Folglich ist von der Verfassungskonformität des Paragraph 10, ApG (insbesondere des Paragraph 10, Absatz 8, ApG) auszugehen und das Nichtvorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen für die gegenständlich projektierte öffentliche Apotheke zu bejahen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zuletzt aktualisiert am

03.05.2010

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenat UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at