

# TE Lvwg Erkenntnis 2014/5/22 KUVS-470/26/2012

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.05.2014

## Entscheidungsdatum

22.05.2014

## Index

82/04 Apotheken Arzneimittel

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz

## Norm

ApG 1907 §10

ASVG §342

1. ASVG § 342 heute
2. ASVG § 342 gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 191/2023
3. ASVG § 342 gültig von 01.08.2023 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2023
4. ASVG § 342 gültig von 01.01.2020 bis 31.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018
5. ASVG § 342 gültig von 03.08.2017 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2017
6. ASVG § 342 gültig von 01.01.2016 bis 02.08.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
7. ASVG § 342 gültig von 01.09.2010 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/2010
8. ASVG § 342 gültig von 01.01.2010 bis 31.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 147/2009
9. ASVG § 342 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2007
10. ASVG § 342 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2003
11. ASVG § 342 gültig von 01.08.2001 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
12. ASVG § 342 gültig von 01.01.1994 bis 31.07.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 411/1996

## Anmerkung

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 11. August 2015, Zahl:

Ro 2014/10/0112-5, wurde die Revision gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Kärnten vom 22. Mai 2014, Zahl: KUVS-470/26/2012, zurückgewiesen.

## Text

Das Landesverwaltungsgericht Kärnten hat durch xxx über die Berufung (nunmehr Beschwerde) des xxx, vertreten durch xxx, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft xxx vom 25. Jänner 2012, Zahl: KL20-GW-79/2010, mit welchem dem Beschwerdeführer die Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in xxx gemäß §§ 10 Abs. 2 Z 1 und 3 sowie 51 Abs. 1 Apothekengesetz nicht erteilt wurde, nach Durchführung von öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. Juni 2012 und 28. April 2014, gemäß § 28 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVGDas Landesverwaltungsgericht Kärnten hat durch xxx über die Berufung

(nunmehr Beschwerde) des xxx, vertreten durch xxx, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft xxx vom 25. Jänner 2012, Zahl: KL20-GW-79/2010, mit welchem dem Beschwerdeführer die Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in xxx gemäß Paragraphen 10, Absatz 2, Ziffer eins und 3 sowie 51 Absatz eins, Apothekengesetz nicht erteilt wurde, nach Durchführung von öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. Juni 2012 und 28. April 2014, gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG

zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet römisch eins. Die Beschwerde wird als unbegründet

a b g e w i e s e n .

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig. römisch zwei. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

#### Entscheidungsgründe:

1.1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft xxx vom 25. Jänner 2012, Zahl: KL20-GW-79/2010, wurde dem Konzessionsantrag von xxx (im Folgenden: Konzessionswerber) zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in xxx keine Folge gegeben; der Spruch des Bescheides lautete wie folgt:

„xxx wird die Bewilligung zur Erteilung der Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in xxx gemäß §§ 10 Abs. 2 Ziff. 1 und 3 sowie 51 Abs. 1 Apothekengesetz, RGBL. Nr. 5/1907 idF. BGBl. Nr. I Nr. 135/2009,“ xxx wird die Bewilligung zur Erteilung der Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in xxx gemäß Paragraphen 10, Absatz 2, Ziff. 1 und 3 sowie 51 Absatz eins, Apothekengesetz, RGBL. Nr. 5 aus 1907, in der Fassung Bundesgesetzblatt Nr. römisch eins Nr. 135 aus 2009,

n i c h t e r t e i l t .“

In der Begründung wird von der belangten Behörde im Wesentlichen ausgeführt, dass ein Bedarf iSd § 10 Abs. 2 Z 1 ApG nicht gegeben sei, da sich in der gegenständlichen Gemeinde eine ärztliche Hausapotheke befindet und in der Gemeinde lediglich eine Vertragsstelle nach § 342 Abs. 1 ASVG besetzt ist; weiters wird in der Bescheidbegründung darauf hingewiesen, dass - den Darlegungen im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer folgend - auch kein Bedarf iSd § 10 Abs. 2 Z 3 ApG gegeben ist. In der Begründung wird von der belangten Behörde im Wesentlichen ausgeführt, dass ein Bedarf iSd Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, ApG nicht gegeben sei, da sich in der gegenständlichen Gemeinde eine ärztliche Hausapotheke befindet und in der Gemeinde lediglich eine Vertragsstelle nach Paragraph 342, Absatz eins, ASVG besetzt ist; weiters wird in der Bescheidbegründung darauf hingewiesen, dass - den Darlegungen im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer folgend - auch kein Bedarf iSd Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG gegeben ist.

1.2. Gegen diesen Bescheid wendet sich die vorliegende Berufung (nunmehr: Beschwerde). Begründend wird im Wesentlichen ausgeführt, dass die Ärztin, welche eine Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke in der Gemeinde xxx besitze, über keinen Kassenvertrag nach dem ASVG verfüge; in diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass die Ordination der Ärztin nur schwer erreichbar und diese Ärztin überdies in einem Gesundheitszentrum in xxx tätig sei. Daher bestehe diese Hausapotheke lediglich formell, sie erfülle in keiner Weise die Intentionen des Apothekengesetzgebers, dass damit eine möglichst umfassende, flächendeckende, primär am Bedarf der Wohnbevölkerung orientierte Heilmittelversorgung gewährleistet sein soll. Weiters wird in der Berufung auch das von der Österreichischen Apothekerkammer erstellte Gutachten hinsichtlich der Bedarfsprüfung nach § 10 Abs. 2 Z 3 ApG gerügt. 1.2. Gegen diesen Bescheid wendet sich die vorliegende Berufung (nunmehr: Beschwerde). Begründend wird im Wesentlichen ausgeführt, dass die Ärztin, welche eine Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke in der Gemeinde xxx besitze, über keinen Kassenvertrag nach dem ASVG verfüge; in diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass die Ordination der Ärztin nur schwer erreichbar und diese Ärztin überdies in einem Gesundheitszentrum in xxx tätig sei. Daher bestehe diese Hausapotheke lediglich formell, sie erfülle in keiner Weise die Intentionen des Apothekengesetzgebers, dass damit eine möglichst umfassende, flächendeckende, primär am Bedarf der Wohnbevölkerung orientierte Heilmittelversorgung gewährleistet sein soll. Weiters wird in der Berufung auch das von der Österreichischen Apothekerkammer erstellte Gutachten hinsichtlich der Bedarfsprüfung

nach Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG gerügt.

1.3. Die belangte Behörde hat den bezughabenden Verwaltungsakt zur weiteren Veranlassung der Rechtsmittelinstanz übermittelt.

1.4. In der gegenständlichen Angelegenheit fanden am 6. Juni 2012 und am 28. April 2014 öffentliche mündliche Verhandlungen statt.

2. Das Landesverwaltungsgericht Kärnten hat über das zulässige Rechtsmittel wie folgt erwogen:

Einleitend ist festzuhalten, dass das gegenständliche mit Ablauf des 31.12.2013 beim Unabhängigen Verwaltungssenat für Kärnten anhängige Verfahren gemäß § 3 Abs. 7 Z 1 des Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetzes, BGBl I Nr. 33/2013, durch das Landesverwaltungsgericht Kärnten weitergeführt wird. Einleitend ist festzuhalten, dass das gegenständliche mit Ablauf des 31.12.2013 beim Unabhängigen Verwaltungssenat für Kärnten anhängige Verfahren gemäß Paragraph 3, Absatz 7, Ziffer eins, des Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetzes, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, durch das Landesverwaltungsgericht Kärnten weitergeführt wird.

Zur gegenständlichen Angelegenheit:

Am 4. Oktober 2010 ist bei der Bezirkshauptmannschaft xxx das Ansuchen des Konzessionswerbers um die Erteilung der Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in xxx mit der geplanten Betriebsstätte auf dem Grundstück Parzelle Nr. xxx, KG xxx, xxx, eingelangt. Aufgrund dieses Ansuchens hat die belangte Behörde ein Verfahren nach dem Apothekengesetz mit der Kundmachung dieses Ansuchens eingeleitet (Kundmachung in der Kärntner Landeszeitung vom 14. Oktober 2010).

Gegen die Erteilung der beantragten Konzession haben die Apotheke-xxx, die xxx KG in xxx, und die xxx-Apotheke in xxx, Einspruch erhoben. Weiters hat xxx, gleichzeitig mit dem Einspruch auch den Antrag auf Zuerkennung der Parteistellung im gegenständlichen Verfahren gestellt; begründend wurde ausgeführt, dass er am 30. Jänner 2009 beim xxx um die Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in xxx angesucht habe und das von der Österreichischen Apothekerkammer eingeholte Gutachten zum Schluss komme, dass ein Bedarf an der angesuchten Apotheke gegeben sei (Anmerkung: Konzession wurde erteilt).

Im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens wurde ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer eingeholt und sind im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 7. Juli 2011, Zahl: IV-47/4/4-293/5/11, folgender Befund und folgende Schlussfolgerungen enthalten:

„III. Befund

1. Neu zu errichtende öffentliche Apotheke in xxx

Nach den vorliegenden Unterlagen und ergänzenden Ermittlungen befindet sich in xxx eine ärztliche Hausapotheke und zwar die von xxx. Somit waren Erhebungen zur Anzahl der Vertragsstellen nach § 342 Abs.1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte besetzt sind, durchzuführen. Nach den vorliegenden Unterlagen und ergänzenden Ermittlungen befindet sich in xxx eine ärztliche Hausapotheke und zwar die von xxx. Somit waren Erhebungen zur Anzahl der Vertragsstellen nach Paragraph 342, Absatz eins, ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte besetzt sind, durchzuführen.

In xxx befinden sich vier Ärzte für Allgemeinmedizin (Dr. xxx, Dr. xxx, Dr. xxx und Dr. xxx). Einen Kassenvertrag nach § 342 Abs. 1 ASVG besitzt nur Fr. Dr. xxx(xxx). In xxx befinden sich vier Ärzte für Allgemeinmedizin (Dr. xxx, Dr. xxx, Dr. xxx und Dr. xxx). Einen Kassenvertrag nach Paragraph 342, Absatz eins, ASVG besitzt nur Fr. Dr. xxx(xxx).

Aufgrund der Tatsache, dass sich in xxx eine ärztliche Hausapotheke befindet und nur eine Vertragsstelle nach § 342 Abs. 1 ASVG vorhanden ist, besteht derzeit im Sinne des § 10 Abs. 2 Z. 1 Apothekengesetz kein Bedarf an einer öffentlichen Apotheke in xxx. Aufgrund der Tatsache, dass sich in xxx eine ärztliche Hausapotheke befindet und nur eine Vertragsstelle nach Paragraph 342, Absatz eins, ASVG vorhanden ist, besteht derzeit im Sinne des Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, Apothekengesetz kein Bedarf an einer öffentlichen Apotheke in xxx.

Weitere Bedarfsprüfungen der umliegenden Apotheken haben ergeben:

2. Rechtskräftig bewilligte öffentliche Apotheke von xxx in xxx.

Für den Fall der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke werden nach den ho. vorliegenden Ermittlungsergebnissen und ergänzenden Erhebungen in der Versorgung aus der rechtskräftig bewilligten öffentlichen Apotheke in xxx-xxx 2.218 ständige Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin verbleiben.

Hierbei wurden die 2.218 ständigen Einwohner (lt. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vgl. Anlage 1) des dunkelgrünen Polygons (vgl. Anlagen 2 und 3) berücksichtigt. Hierbei wurden die 2.218 ständigen Einwohner (römisch eins t. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vergleiche Anlage 1) des dunkelgrünen Polygons vergleiche Anlagen 2 und 3) berücksichtigt.

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 rechtskräftig bewilligten 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: Da die Zahl der weiterhin in der Versorgung aus der rechtskräftig bewilligten 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 ständigen Einwohner des mittelgrünen Polygons (vgl. Anlagen 2 und 3) zu berücksichtigen, da für diese Personen die rechtskräftig bewilligte öffentliche Apotheke in xxx-xxx - obwohl außerhalb des 4-km-Polygons - die nächstgelegene Arzneimittelabgabestelle ist. Aus datenschutzrechtlichen Gründen (Statistik Austria darf Einwohnerzahlen, die kleiner oder gleich 30 Personen sind, nicht bekannt geben; lt. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vgl. Anlage I) wurde die Anzahl der ständigen Einwohner in diesem Gebiet von Statistik Austria nicht bekannt gegeben. Aus diesem Grund wurde von einem „Maximal-Wert“ von 30 Person ausgegangen. Hier sind zunächst die ständigen Einwohner des mittelgrünen Polygons vergleiche Anlagen 2 und 3) zu berücksichtigen, da für diese Personen die rechtskräftig bewilligte öffentliche Apotheke in xxx-xxx - obwohl außerhalb des 4-km-Polygons - die nächstgelegene Arzneimittelabgabestelle ist. Aus datenschutzrechtlichen Gründen (Statistik Austria darf Einwohnerzahlen, die kleiner oder gleich 30 Personen sind, nicht bekannt geben; römisch eins t. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vergleiche Anlage römisch eins) wurde die Anzahl der ständigen Einwohner in diesem Gebiet von Statistik Austria nicht bekannt gegeben. Aus diesem Grund wurde von einem „Maximal-Wert“ von 30 Person ausgegangen.

Weiters sind die 350 ständigen Einwohner (lt. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vgl. Anlage 1) des hellgrünen Polygons (vgl. Anlagen 2 und 3) trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheke in xxx teilweise zu berücksichtigen, da für diese Personen die rechtskräftig bewilligte öffentliche Apotheke in xxx-xxx - obwohl außerhalb des 4-km-Polygons - die nächstgelegene öffentliche Apotheke ist. Weiters sind die 350 ständigen Einwohner (römisch eins t. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vergleiche Anlage 1) des hellgrünen Polygons vergleiche Anlagen 2 und 3) trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheke in xxx teilweise zu berücksichtigen, da für diese Personen die rechtskräftig bewilligte öffentliche Apotheke in xxx-xxx - 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 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 (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 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 350 ständigen Einwohner des hellgrünen Polygons sind demnach - trotz bestehender ärztlicher Hausapotheke in xxx - zu 22 % (= 77 Personen) dem Versorgungspotential der rechtskräftig bewilligten öffentlichen Apotheke in xxx-xxx zuzurechnen.

Im oben umschriebenen Versorgungsgebiet haben 237 Personen ihren Zweitwohnsitz (dunkelgrünes Polygon: = 207 Personen mit Zweitwohnsitz; mittelgrünes Polygon: = 30 Personen mit Zweitwohnsitz (für das mittelgrüne Polygon wurde wiederum aus datenschutzrechtlichen Gründen von einem „Maximal-Wert“ von 30 Personen ausgegangen); im hellgrünen Polygon: = Hausapothekenpolygon sind keine Zweitwohnsitze verzeichnet lt. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vgl. Anlage 1). Diese Personen sind je nach Inanspruchnahme des Zweitwohnsitzes aliquot zu berücksichtigen. Im oben umschriebenen Versorgungsgebiet haben 237 Personen ihren Zweitwohnsitz (dunkelgrünes Polygon: = 207 Personen mit Zweitwohnsitz; mittelgrünes Polygon: = 30 Personen mit Zweitwohnsitz (für das mittelgrüne Polygon wurde wiederum aus datenschutzrechtlichen Gründen von einem „Maximal-Wert“ von 30 Personen ausgegangen); im

hellgrünen Polygon: = Hausapothekenpolygon sind keine Zweitwohnsitze verzeichnet römisch eins t. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vergleiche Anlage 1). 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 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. Aus diesem Grund hat die Österreichische Apothekerkammer im Sinne der 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 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)

?

xxx

?

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 237 Personen mit Zweitwohnsitz des oben angeführten Versorgungsgebietes sind demnach zu 14,1 % (=33 „Einwohnergleichwerte“) dem Versorgungspotential der rechtskräftig bewilligten öffentlichen Apotheke in xxx-xxx zuzurechnen.

□

### 3. Bestehende öffentliche xxx-Apotheke in xxx

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 xxx-Apotheke in xxx 2.024 ständige Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin verbleiben.

Hierbei wurden die 2.024 ständigen Einwohner (lt. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vgl. Anlage 1) des dunkelblauen Polygons (vgl. Anlagen 2. 4 und 5) berücksichtigt. Hierbei wurden die 2.024 ständigen Einwohner (römisch eins t. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vergleiche Anlage 1) des dunkelblauen Polygons vergleiche Anlagen 2. 4 und 5) berücksichtigt.

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: 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 256 ständigen Einwohner (lt. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vgl. Anlage 1) des mittelblauen Polygons (vgl. Anlagen 2, 4 und 5) zu berücksichtigen, da für diese Personen die bestehende öffentliche xxx-Apotheke in xxx - obwohl außerhalb des 4-km-Polygons - die nächstgelegene Arzneimittelabgabestelle ist. Hier sind zunächst die 256 ständigen Einwohner (römisch eins t. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vergleiche Anlage 1) des mittelblauen Polygons vergleiche Anlagen 2, 4 und 5) zu berücksichtigen, da für diese Personen die bestehende öffentliche xxx-Apotheke in xxx - obwohl außerhalb des 4-km-Polygons - die nächstgelegene Arzneimittelabgabestelle ist.

Weiters sind die 1.105 ständigen Einwohner (lt. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vgl. Anlage 1) des hellblauen Polygons (vgl. Anlagen 2, 4 und 5) trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheke in xxx teilweise zu berücksichtigen, da für

diese Personen die bestehende öffentliche xxx-Apotheke in xxx - obwohl außerhalb des 4-km-Polygons - die nächstgelegene öffentliche Apotheke ist. Weiters sind die 1.105 ständigen Einwohner (römisch eins t. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vergleiche Anlage 1) des hellblauen Polygons (vergleiche Anlagen 2, 4 und 5) trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheke in xxx teilweise zu berücksichtigen, da für diese Personen die bestehende öffentliche xxx-Apotheke in xxx - 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 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 (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 ho. 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 1.105 ständigen Einwohner des hellblauen Polygons sind demnach - trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheke in xxx - zu 22 %

(= 243 Personen) dem Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen xxx-Apotheke in xxx zuzurechnen. Die 1.105 ständigen Einwohner des hellblauen Polygons sind demnach - trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheke in xxx - zu 22 % , (= 243 Personen) dem Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen xxx-Apotheke in xxx zuzurechnen.

Im oben umschriebenen Versorgungsgebiet haben 286 Personen ihren Zweitwohnsitz (dunkelblaues Polygon: = 245 Personen mit Zweitwohnsitz; mittelblaues Polygon: = 19 Personen mit Zweitwohnsitz; hellblaues Polygon: = 22 Personen mit Zweitwohnsitz (aufgrund der bestehen bleibenden ärztlichen Hausapotheke in xxx werden die 100 Personen mit Zweitwohnsitz im hellgrünen Polygon zu 22 % berücksichtigt); lt. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vgl. Anlage 1). Diese Personen sind je nach Inanspruchnahme des Zweitwohnsitzes aliquot zu berücksichtigen. Im oben umschriebenen Versorgungsgebiet haben 286 Personen ihren Zweitwohnsitz (dunkelblaues Polygon: = 245 Personen mit Zweitwohnsitz; mittelblaues Polygon: = 19 Personen mit Zweitwohnsitz; hellblaues Polygon: = 22 Personen mit Zweitwohnsitz (aufgrund der bestehen bleibenden ärztlichen Hausapotheke in xxx werden die 100 Personen mit Zweitwohnsitz im hellgrünen Polygon zu 22 % berücksichtigt); römisch eins t. Statistik Austria vom 5. Mai 2011; vergleiche Anlage 1). 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 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. Aus diesem Grund hat die Österreichische Apothekerkammer im Sinne der 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 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)

?

xxx

?

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 %

? xxx 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 286 Personen mit Zweitwohnsitz des oben angeführten Versorgungsgebietes sind demnach zu 14,1 % (=40 „Einwohnergleichwerte“) dem Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen xxx-Apotheke in xxx zuzurechnen.

□

#### IV. Gutachtenrömisch vier. Gutachten

##### 1. Neu zu errichtende öffentliche Apotheke in xxx

Aufgrund des o.a. Befundes befand sich in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke. Erhebungen zur Anzahl der Vertragsstellen nach § 342 Abs.1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte besetzt sind, ergaben, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung nur eine Vertragsstelle in der Gemeinde xxx von einer Ärztin für Allgemeinmedizin besetzt war. Aufgrund des o.a. Befundes befand sich in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke. Erhebungen zur Anzahl der Vertragsstellen nach Paragraph 342, Absatz eins, ASVG, die von

Ärzten für Allgemeinmedizin in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte besetzt sind, ergaben, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung nur eine Vertragsstelle in der Gemeinde xxx von einer Ärztin für Allgemeinmedizin besetzt war.

## 2. Rechtskräftig bewilligte öffentliche Apotheke von xxx in xxx-xxx

Aufgrund des o.a. Befundes wird die rechtskräftig bewilligte öffentliche Apotheke in xxx-xxx im Falle der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke in xxx weniger als 5.500 Personen aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin zu versorgen haben, bestehend aus 2.218 ständigen Einwohnern innerhalb des 4-km-Polygons sowie 140 zusätzlich zu versorgenden Personen im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG. Aufgrund des o.a. Befundes wird die rechtskräftig bewilligte öffentliche Apotheke in xxx-xxx im Falle der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke in xxx weniger als 5.500 Personen aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin zu versorgen haben, bestehend aus 2.218 ständigen Einwohnern innerhalb des 4-km-Polygons sowie 140 zusätzlich zu versorgenden Personen im Sinne des Paragraph 10, Absatz 5, ApG.

## 3. Bestehende öffentliche xxx-Apotheke in xxx

Aufgrund des o.a. Befundes wird die bestehende öffentliche xxx-Apotheke in xxx im Falle der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke in xxx weniger als 5.500 Personen aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin zu versorgen haben, bestehend aus 2.024 ständigen Einwohnern innerhalb des 4-km-Polygons sowie 539 zusätzlich zu versorgenden Personen im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG. Aufgrund des o.a. Befundes wird die bestehende öffentliche xxx-Apotheke in xxx im Falle der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke in xxx weniger als 5.500 Personen aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin zu versorgen haben, bestehend aus 2.024 ständigen Einwohnern innerhalb des 4-km-Polygons sowie 539 zusätzlich zu versorgenden Personen im Sinne des Paragraph 10, Absatz 5, ApG.

## V. Schlussbemerkungen 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 xxx (Grundstück Nr. xxx KG xxx) nicht gegeben ist, da sich in xxx eine ärztliche Hausapotheke befindet und zum Zeitpunkt des Ansuchens nur eine Vertragsstelle von einem Arzt für Allgemeinmedizin besetzt war und die Zahl der von den Betriebsstätten der umliegenden bestehenden oder rechtskräftig bewilligten öffentlichen Apotheken (xxx-Apotheke in xxx sowie rechtskräftig bewilligte öffentliche Apotheke in xxx-xxx) aus weiterhin zu versorgenden Personen sich infolge der Neuerrichtung verringert und unter 5.500 betragen wird.“

Die Ausführungen im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer wurden vom Konzessionswerber bestritten, sodass von der belangten Behörde eine ergänzende Stellungnahme eingeholt wurde. In der mit 5. Jänner 2012 datierten ergänzenden Stellungnahme führt die Österreichische Apothekerkammer Folgendes aus:

„Zur Stellungnahme des Konzessionswerbers vom 28. August 2011 nimmt die Österreichische Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Kärnten) wie folgt ergänzende Stellung:

Gemäß § 10 Abs. 1 Apothekengesetz (ApG) ist die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen, wenn: Gemäß Paragraph 10, Absatz eins, Apothekengesetz (ApG) ist die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke 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.

Die Voraussetzung des § 10 Abs. 1 Z 1 ApG ist unbestritten erfüllt, da mehrere Ärzte in xxx ordinieren. Die Voraussetzung des Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer eins, ApG ist unbestritten erfüllt, da mehrere Ärzte in xxx ordinieren.

Zur Frage des Bedarfes determiniert § 10 Abs. 2 ApG: Zur Frage des Bedarfes determiniert Paragraph 10, Absatz 2, ApG:

(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 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.

Gemäß § 10 Abs. 2 Z 1 Apothekengesetz besteht also ein 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) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind. Gemäß den der Österreichischen Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Kärnten) vorliegenden Unterlagen befand sich in xxx zum Zeitpunkt der Antragstellung eine ärztliche Hausapotheke und es war nur 1 Vertragsstelle § 342 Abs. 1 ASVG von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt. Das bedeutet, dass schon aufgrund dieser Bestimmung kein Bedarf an einer neuen Apotheke in xxx besteht. Gemäß Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, Apothekengesetz besteht also ein 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) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind. Gemäß den der Österreichischen Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Kärnten) vorliegenden Unterlagen befand sich in xxx zum Zeitpunkt der Antragstellung eine ärztliche Hausapotheke und es war nur 1 Vertragsstelle Paragraph 342, Absatz eins, ASVG von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt. Das bedeutet, dass schon aufgrund dieser Bestimmung kein Bedarf an einer neuen Apotheke in xxx besteht.

Im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Kärnten) vom 7. Juli 2011 wurde - obwohl schon die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 Z 1 ApG nicht erfüllt sind - die Anzahl der den umliegenden Apotheken verbleibenden Einwohner ermittelt. Sowohl für die rechtskräftig bewilligte Apotheke von Hrn. xxx in xxx-xxx, als auch für die bestehende xxx Apotheke in xxx wurde die im § 10 Abs. 2 Z 3 ApG definierte Mindestanzahl von je 5.500 zu versorgenden Personen bei Weitem nicht erreicht (siehe Gutachten vom 7. Juli 2011). Auch gemäß § 10 Abs. 2 Z 3 ApG ist daher der Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in xxx nicht gegeben. Im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Kärnten) vom 7. Juli 2011 wurde - obwohl schon die Voraussetzungen des Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, ApG nicht erfüllt sind - die Anzahl der den umliegenden Apotheken verbleibenden Einwohner ermittelt. Sowohl für die rechtskräftig bewilligte Apotheke von Hrn. xxx in xxx-xxx, als auch für die bestehende xxx Apotheke in xxx wurde die im Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG definierte Mindestanzahl von je 5.500 zu versorgenden Personen bei Weitem nicht erreicht (siehe Gutachten vom 7. Juli 2011). Auch gemäß Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG ist daher der Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in xxx nicht gegeben.

Die Behauptung des Konzessionswerbers, dass es sich bei dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer (in seinem Schreiben fälschlicherweise als „Ärztchammer“ bezeichnet) um ein „konstruiertes Gutachten einer Interessensvertretung“ handelt, wird entschieden zurückgewiesen. Die Versorgungspolygone der betroffenen Apotheken werden von der Österreichischen Apothekerkammer aufgrund der Bestimmungen des Apothekengesetzes und der dazu ergangenen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ermittelt. Hier wird entsprechend den apothekengesetzlichen Bestimmungen vorgegangen und nicht „konstruiert“.

Die Österreichische Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Kärnten) hält daher ihr Gutachten vom 7. Juli 2011 vollinhaltlich aufrecht und sieht den Bedarf an der neu zu errichtenden Apotheke in xxx weiterhin als nicht gegeben.

Die belangte Behörde hat nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens den gegenständlichen Bescheid erlassen (siehe Punkt 1.1.); dieser Bescheid wird nun vom Konzessionswerber bekämpft.

Im Rechtsmittelverfahren wurde eine Anfrage an die Kärntner Gebietskrankenkasse gestellt, wie viele Vertragsstellen

nach § 342 Abs. 1 ASVG von Ärzten für Allgemeinmedizin im Gemeindegebiet von xxx besetzt sind; mit Schreiben vom 13. März 2012 teilte die Kärntner Gebietskrankenkasse mit, dass sich im Gemeindegebiet von xxx eine Planstelle für einen Arzt für Allgemeinmedizin befindet, die mit Frau xxx besetzt ist. Im Rechtsmittelverfahren wurde eine Anfrage an die Kärntner Gebietskrankenkasse gestellt, wie viele Vertragsstellen nach Paragraph 342, Absatz eins, ASVG von Ärzten für Allgemeinmedizin im Gemeindegebiet von xxx besetzt sind; mit Schreiben vom 13. März 2012 teilte die Kärntner Gebietskrankenkasse mit, dass sich im Gemeindegebiet von xxx eine Planstelle für einen Arzt für Allgemeinmedizin befindet, die mit Frau xxx besetzt ist.

Im Rechtsmittelverfahren hat der Rechtsvertreter des Konzessionswerbers einen ergänzenden Schriftsatz, welcher mit 1.6.2012 datiert war, eingebracht und darin Folgendes vorgebracht:

„1.) Zur Hausapotheke:

Bereits in der Berufung wurde eingehend dargestellt, dass zwar formell in der Gemeinde xxx eine Hausapotheke besteht, diese Hausapotheke tatsächlich jedoch in keiner Weise betrieben wird und noch weniger den Intentionen des Apothekengesetzes hinsichtlich der Zielsetzung der Sicherung der bestmöglichen Heilmittelversorgung der Bevölkerung auch nur annähernd entspricht. Tatsächlich wird nämlich von der Inhaberin der Hausapotheke, Frau xxx eine Wahlarztordination in deren Wohnhaus xxx in xxx betrieben, wobei keinerlei Ordinationszeiten bestehen und Ordinationszeiten lediglich nach Vereinbarung existieren. In Wahrheit ist Frau xxx im Gesundheitszentrum xxx in xxx, xxx ganztätig beschäftigt und wird die Wahlarztordination in Wahrheit auch nicht betrieben. Noch weniger wird diese Ordination bzw. die damit verbundene Hausapotheke von der Bevölkerung in Anspruch genommen. Es darf auch darauf verwiesen werden, dass nach den nunmehr geltenden gesetzlichen Bestimmungen des Apothekengesetzes eine Hausapotheke ausschließlich bei Vorliegen eines Kassenvertrages genehmigt wird. Die von Frau xxx formell geführte Hausapotheke dient in keiner Weise der Arzneimittelversorgung zur Sicherung der ärztlichen Versorgung im Gebiet der Gemeinde xxx.

2. )Zum Gutachten der Apothekerkammer:

Bereits in der Berufung wurde eingehend dargestellt, dass Entscheidungsgrundlage für die erkennende Behörde ausschließlich das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer darstellt und auf eigene Erhebungen seitens der Bezirkshauptmannschaft xxx vollkommen verzichtet worden ist. Dieses Gutachten beruht jedoch auf unrichtigen Annahmen, wie im Folgenden dargestellt werden wird.

Der Konzessionswerber hat beim Apothekennetzwerk eine Analyse eingeholt, die eindrucksvoll unter Beweis stellt, dass das Gutachten der Apothekerkammer von falschen Voraussetzungen ausgeht. Das Gutachten der Apothekerkammer berücksichtigt ausschließlich das Versorgungspotential der rechtskräftig bewilligten öffentlichen Apotheke von Herrn xxx in xxx-xxx und nimmt überhaupt nicht auf die bereits in xxx bestehende und tatsächlich betriebene Apotheke bedacht. In xxx sind 8.174 Personen mit Hauptwohnsitz gemeldet. Dazu kommen 591 Personen mit Nebenwohnsitz, die auf Grund des anzuwendenden Schlüssels mit 14 %, das sind 83 Personen zusätzlich, zu berücksichtigen sind. Dies ergibt eine Zahl von 8.257 Personen. Wenn man nunmehr die bestehende Apotheke mit 5.500 Personen berücksichtigt, ergibt sich bereits alleine daraus ein Überschuss von 2.757 Personen, der für die Apotheke von xxx verbleibt. Dazu kommen allerdings noch die Gemeinden xxx und xxx, wobei dort Hausapotheken bestehen. xxx weist eine Einwohnerzahl von 2.459 Personen auf, bei 331 Nebenwohnsitzen und 374 Beschäftigten, sodass in Summe, wiederum unter Anwendung der entsprechenden Schlüssel, eine Zahl von 616 für die Gemeinde xxx ergibt. Für die Gemeinde xxx bestehen 1.488 Einwohner mit Hauptwohnsitz, die auf Grund der bestehenden Hausapotheke mit 22 % hiervon, das sind 327 Personen, weiters Personen mit Nebenwohnsitz 565, die mit 14 %, das sind 80 Personen zu berücksichtigen sind und dazu kommen Beschäftigte im Ausmaß von 556 Personen, die auf Grund der Berechnungszahl laut Österreichischer Apothekerkammer mit 41 Personen zu berücksichtigen sind, sodass hier weitere 448 Personen maßgeblich dazu kommen. Vollkommen unberücksichtigt bleibt auch die Gemeinde xxx mit gemeldeten Hauptwohnsitzen im Ausmaß von 2.569 Personen, wobei dort keine Hausapotheke besteht. Weiters mit Nebenwohnsitzen im Ausmaß von 407 Personen, die auf Grund des anzuwendenden Schlüssels von 14 % zu berücksichtigen mit 57 Personen und Beschäftigte im Ausmaß von 321 Personen, wiederum auf Grund der anzuwendenden Berechnungszahl zu berücksichtigen mit 24 Personen, was weitere 2.650 zu berücksichtigenden Personen ergibt.

Insgesamt bestehen daher für die Gemeinden xxx, xxx, xxx und

xxx zu berücksichtigende Personenzahlen von 11.971, die alleine schon nahezu den Bedarf von 2 Apotheken abdecken.

Vollkommen unberücksichtigt allerdings wurde, dass in xxx aktuell umfangreichste Bautätigkeit besteht. Laut beiliegendem Aktenvermerk vom 22.05.2012 ist davon auszugehen, dass durch die Fertigstellung der dort genannten Wohneinheiten ein Einwohnerzuwachs in xxx zwischen 1.500 und 1.600 Personen bis 2013 gegeben sein wird. Alleine dadurch wird dann für beide Apotheken und zwar für die bestehende Apotheke in xxx, für die bewilligte, allerdings nicht bestehende Apotheke in xxx des xxx, die jeweilige Schlüsselzahl von 5.500 bei Weitem erreicht werden, ohne dass dazu Einwohnerzahlen aus der Gemeinde xxx berücksichtigt werden müssten.

Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Gebiet xxx, wobei der Einfachheit halber auch die in der Anlage vorgelegte Tabelle verwiesen wird.

In Wahrheit ergibt sich zusammenfassend, dass durch die zu bewilligende Apotheke in xxx weder die bereits bestehende Apotheke xxx, noch die bewilligte und bisher noch nicht bestehende Apotheke des xxx, beeinträchtigt werden wird, noch die beiden bestehenden Apotheken in xxx.

All diese Umstände hat im Übrigen der Konzessionswerber bereits in seinen Eingaben an die Bezirkshauptmannschaft xxx aufgezeigt gehabt, die jedoch in keiner Weise von der entscheidenden Behörde berücksichtigt worden sind.

Die Ausführungen in der Berufung werden ausdrücklich aufrechterhalten.“

Am 6. Juni 2012 fand eine öffentlich mündliche Verhandlung statt; in weiterer Folge wurde eine ergänzende gutachterliche Stellungnahme der Apothekerkammer eingeholt und die Verhandlung am 28. April 2014 fortgesetzt.

In der ergänzenden gutachterlichen Stellungnahme der Apothekerkammer vom 3. Februar 2014, Zl. IV-47/4/4-293/14/10-14, wird dargelegt, dass im Falle der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke in xxx das Versorgungspotenzial von benachbarten Apotheken („xxx-Apotheke“ in xxx und die rechtskräftig bewilligte Apotheke von xxx in xxx-xxx) unter 5.500 zu versorgende Personen liegen würde. Hinsichtlich der bestehenden öffentlichen xxx-Apotheke in xxx wird Folgendes ausgeführt:

„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 xxx-Apotheke in xxx 2.008 ständige Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin verbleiben.

Hierbei wurden die 2.008 ständigen Einwohner (lt. Statistik Austria vom 15. Jänner 2014; vgl. Anlage I) des dunkelblauen Polygons (vgl. Anlagen 2, 5 und 6) berücksichtigt. Hierbei wurden die 2.008 ständigen Einwohner (römisch eins t. Statistik Austria vom 15. Jänner 2014; vergleiche Anlage römisch eins) des dunkelblauen Polygons vergleiche Anlagen 2, 5 und 6) berücksichtigt.

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: 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 223 ständigen Einwohner (lt. Statistik Austria vom 15. Jänner 2014; vgl. Anlage I) des mittelblauen Polygons (vgl. Anlagen 2 und 5) zu berücksichtigen, da für diese Personen die bestehende öffentliche xxx-Apotheke in xxx - obwohl außerhalb des 4-km-Polygons - die nächstgelegene Arzneimittelabgabestelle ist. Hier sind zunächst die 223 ständigen Einwohner (römisch eins t. Statistik Austria vom 15. Jänner 2014; vergleiche Anlage römisch eins) des mittelblauen Polygons vergleiche Anlagen 2 und 5) zu berücksichtigen, da für diese Personen die bestehende öffentliche xxx-Apotheke in xxx - obwohl außerhalb des 4-km-Polygons - die nächstgelegene Arzneimittelabgabestelle ist.

Weiters sind die 1.132 ständigen Einwohner (lt. Statistik Austria vom 15. Jänner 2014; vgl. Anlage I) des hellblauen Polygons (vgl. Anlagen 2, 5 und 6) trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheke in xxx teilweise zu berücksichtigen, da für diese Personen die bestehende öffentliche xxx-Apotheke in xxx - obwohl außerhalb des 4-km-Polygons - die nächstgelegene öffentliche Apotheke ist. Weiters sind die 1.132 ständigen Einwohner (römisch eins t. Statistik Austria vom 15. Jänner 2014; vergleiche Anlage römisch eins) des hellblauen Polygons vergleiche Anlagen 2, 5 und 6) trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheke in xxx teilweise zu berücksichtigen, da für diese Personen die bestehende öffentliche xxx-Apotheke in xxx - 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 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 (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 ho. 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 1.132 ständigen Einwohner des hellblauen Polygons sind demnach - trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheke in xxx - zu 22 % (= 249 Personen) dem Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen xxx-Apotheke in xxx

zuzurechnen. Die 1.132 ständigen Einwohner des hellblauen Polygons sind demnach - trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheke in xxx - zu 22 % (= 249 Personen) dem Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen xxx-Apotheke in xxx, zuzurechnen.

Im oben umschriebenen Versorgungsgebiet haben 301 Personen ihren Zweitwohnsitz (dunkelblaues Polygon: = 233 Personen mit Zweitwohnsitz; mittelblaues Polygon: = 42 Personen mit Zweitwohnsitz; hellblaues Polygon: = 26 Personen mit Zweitwohnsitz (aufgrund der bestehen bleibenden ärztlichen Hausapotheke in xxx werden die 118 Personen mit Zweitwohnsitz im hellblauen Polygon zu 22 % berücksichtigt): lt. Statistik Austria vom 15. Jänner 2014; vgl. Anlage I). Diese Personen sind je nach Inanspruchnahme des Zweitwohnsitzes aliquot zu berücksichtigen. Im oben umschriebenen Versorgungsgebiet haben 301 Personen ihren Zweitwohnsitz (dunkelblaues Polygon: = 233 Personen mit Zweitwohnsitz; mittelblaues Polygon: = 42 Personen mit Zweitwohnsitz; hellblaues Polygon: = 26 Personen mit Zweitwohnsitz (aufgrund der bestehen bleibenden ärztlichen Hausapotheke in xxx werden die 118 Personen mit Zweitwohnsitz im hellblauen Polygon zu 22 % berücksichtigt): römisch eins t. Statistik Austria vom 15. Jänner 2014; vergleiche Anlage römisch eins). 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 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. Aus diesem Grund hat die Österreichische Apothekerkammer im Sinne der 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 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 301 Personen mit Zweitwohnsitz des oben angeführten Versorgungsgebietes sind demnach zu 14,1 % (=42 „Einwohnergleichwerte“) dem Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen xxx-Apotheke in xxx zuzurechnen.

Das Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen xxx-Apotheke in xxx stellt sich somit wie folgt dar:

□

Weiters wurde für die xxx-Apotheke in xxx ein Verlustpolygon erhoben

(= türkis-farbiges Polygon; vgl. Anlage 7). Dieses Polygon ist jener Teil des Einzugsgebietes der xxx-Apotheke, der unter ausschließlicher Berücksichtigung der Entfernung bisher dieser zuzurechnen war und im Falle der Errichtung der

beantragten neuen öffentlichen Apotheke in xxx unter ausschließlicher Berücksichtigung der Entfernung dieser zuzurechnen wäre. (= türkis-farbiges Polygon; vergleiche Anlage 7). Dieses Polygon ist jener Teil des Einzugsgebietes der xxx-Apotheke, der unter ausschließlicher Berücksichtigung der Entfernung bisher dieser zuzurechnen war und im Falle der Errichtung der beantragten neuen öffentlichen Apotheke in xxx unter ausschließlicher Berücksichtigung der Entfernung dieser zuzurechnen wäre.

Für das Verlustpolygon „Verlust\_xxx-Apo“ wurden von Statistik Austria 102 Hauptwohnsitze (diese entsprechen aufgrund der bestehenbleibenden ärztlichen Hausapotheke in xxx 22 „Einwohnergleichwerte“) und 7 Nebenwohnsitze (= 2 „Einwohnergleichwerte“) ausgewiesen (lt. Statistik Austria vom 15. Jänner 2014; vgl. Anlage I). Für das Verlustpolygon „Verlust\_xxx-Apo“ wurden von Statistik Austria 102 Hauptwohnsitze (diese entsprechen aufgrund der bestehenbleibenden ärztlichen Hausapotheke in xxx 22 „Einwohnergleichwerte“) und 7 Nebenwohnsitze (= 2 „Einwohnergleichwerte“) ausgewiesen (römisch eins t. Statistik Austria vom 15. Jänner 2014; vergleiche Anlage römisch eins).

Unter der Annahme, dass diese wenigen Personen aufgrund der vom Konzessionswerber geschilderten örtlichen Besonderheiten (Hochplateau) schon bisher nicht dem Versorgungspotential der xxx-Apotheke in xxx zuzurechnen waren, ergäbe sich keine Änderung des der xxx-Apotheke zurechenbaren Versorgungspotentials und diese wäre keine betroffene Apotheke im Sinne der apothekengesetzlichen Bestimmungen und dann wäre der Bedarf an der beantragten neu zu errichtenden Apotheke aus Sicht der xxx- Apotheke in xxx gegeben.

Die vom Konzessionswerber in der Anlage 10 genannten 665 Beschäftigten konnten von der Österreichischen Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Kärnten) nicht berücksichtigt werden, da weder die Datenquelle angeführt ist, noch angegeben ist, welche Betriebe zu berücksichtigen wären.

Zur Berücksichtigung von Beschäftigten als zusätzlich zu versorgenden Personen ist im Allgemeinen folgendes anzumerken:

Der Verwaltungsgerichtshof hat dazu in seinem Erkenntnis vom 23. Oktober 1995, ZI.95/10/0003, ausgeführt, dass konkrete, entsprechend begründete Feststellungen erforderlich sind, in welchem Ausmaß Beschäftigte von der zu prüfenden Apotheke voraussichtlich zu versorgen wären und in welcher Relation der dadurch hervorgerufene Bedarf zu dem durch die ständigen Einwohner im Sinne des § 10 Abs. 2 Z. 1 Apothekengesetz hervorgerufenen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen wäre. Da die Ermittlung des dadurch hervorgerufenen Bedarfs im Einzelfall mangels vorhandener Daten nur mit unvertretbarem Aufwand (Einzelbefragungen) möglich wäre, hat die Österreichische Apothekerkammer im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes eine Studie bei der GfK Austria („Apothekennutzung in der Nähe des Arbeitsplatzes - Erweitert Jänner 2013“; vgl. beiliegende Studie) in Auftrag gegeben. An Hand von 2.000 repräsentativen Interviews, die von zahlreichen Qualitätssicherungsmaßnahmen begleitet wurden, kommt die Studie zu folgendem Ergebnis: Der Verwaltungsgerichtshof hat dazu in seinem Erkenntnis vom 23. Oktober 1995, ZI. 95/10/0003, ausgeführt, dass konkrete, entsprechend begründete Feststellungen erforderlich sind, in welchem Ausmaß Beschäftigte von der zu prüfenden Apotheke voraussichtlich zu versorgen wären und in welcher Relation der dadurch hervorgerufene Bedarf zu dem durch die ständigen Einwohner im Sinne des Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, Apothekengesetz hervorgerufenen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen wäre. Da die Ermittlung des dadurch hervorgerufenen Bedarfs im Einzelfall mangels vorhandener Daten nur mit unvertretbarem Aufwand (Einzelbefragungen) möglich wäre, hat die Österreichische Apothekerkammer im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes eine Studie bei der GfK Austria („Apothekennutzung in der Nähe des Arbeitsplatzes - Erweitert Jänner 2013“; vergleiche beiliegende Studie) in Auftrag gegeben. An Hand von 2.000 repräsentativen Interviews, die von zahlreichen Qualitätssicherungsmaßnahmen begleitet wurden, kommt die Studie zu folgendem Ergebnis:

Jeder Österreicher und jede Österreicherin sucht pro Jahr im Durchschnitt 11,86 Mal eine Apotheke auf. Für 49 % aller Berufstätigen ist die dem Arbeitsplatz nächstgelegene Apotheke zugleich die dem Wohnsitz nächstgelegene Apotheke. Durchschnittlich suchen Berufstätige eine Apotheke in der Nähe des Arbeitsplatzes, die nicht die wohnsitznächste ist, 1,05 Mal pro Jahr auf. Um das spezifische Einkaufsverhalten in einer Apotheke in der Nähe des Arbeitsplatzes im

Vergleich zum ständigen Einwohner zu berücksichtigen, wird im Verhältnis 2,74 zu 2,72 Packungen gewichtet. Unter Heranziehung dieser Zahlen auf den gegenständlichen Fall entsprechen die genannten 665 Arbeitnehmer 30 „Einwohnergleichwerten“.

Damit man für die xxx-Apotheke in xxx auf ein - wie im Apothekengesetz gefordert - Versorgungspotential von 5.500 zu versorgende Personen kommt, müssten sich im Versorgungspolygon der xxx-Apotheke (unter Berücksichtigung der o.a. 30 Einwohnergleichwerten) 1.293 Wohneinheiten in Errichtung befinden (Zur Berücksichtigung von Wohnbauvorhaben siehe Seite 5 in diesem Gutachten).“

Diese Feststellungen stützen sich auf den Inhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes und auf die im Rechtsmittelverfahren aufgenommenen Beweise; die oben dargelegten Fakten wurden von den Parteien nicht bestritten.

Rechtliche Beurteilung:

Der maßgebliche § 10 ApG hat folgenden Wortlaut: Der maßgebliche Paragraph 10, ApG hat folgenden Wortlaut:

„(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 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.

eine ärztliche Hausapotheke und

2.

eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die versorgungswirksam höchstens eineinhalb 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. eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die versorgungswirksam höchstens eineinhalb besetzten Vertragsstellen nach Absatz 2, Ziffer eins, entspricht und in der Gemeinde keine weitere 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 der zitierten Gesetzesstelle ergibt sich, dass der Gesetzgeber drei Fallkonstellationen dargelegt hat, in welchen jedenfalls ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke nicht besteht (§ 10 Abs. 2 leg. cit.). Hinsichtlich der bestehenden öffentlichen Apotheke ist ein Mindestabstand einzuhalten und darf das Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen Apotheken nicht unter 5.500 zu versorgenden Personen fallen (§ 10 Abs. 2 Z 2 und Z 3 leg.cit.); weiters ist eine Konzessionserteilung dann zu versagen, 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) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind (§ 10 Abs. 2 Z 1 leg.cit).Aus der zitierten Gesetzesstelle ergibt sich, dass der Gesetzgeber drei Fallkonstellationen dargelegt hat, in welchen jedenfalls ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke nicht besteht (Paragraph 10, Absatz 2, leg. cit.). Hinsichtlich der bestehenden öffentlichen Apotheke ist ein Mindestabstand einzuhalten und darf das Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen Apotheken nicht unter 5.500 zu versorgenden Personen fallen (Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 2 und Ziffer 3, leg.cit.); weiters ist eine Konzessionserteilung dann zu versagen, 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) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind (Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, leg.cit).

Im vorliegenden Fall hat der Konzessionswerber in der Gemeinde xxx um die Erteilung einer Konzession nach dem ApG ersucht. Im Gemeindegebiet von xxx ist eine Planstelle für einen Arzt für Allgemeinmedizin mit Frau xxx besetzt (Mitteilung der Kärntner GKK vom 13. März 2012). Weiters wird von Frau xxx eine ärztliche Hausapotheke im Gemeindegebiet von xxx betrieben (xxx); dazu ist anzumerken, dass das Ermittlungsverfahren ergeben hat, dass xxx als Wahlärztin die Ordination betreibt und keine fixen Ordinationszeiten vorgegeben sind (Ordinationszeiten nach

Vereinbarung) – weiters ergibt sich aus den grafischen Darstellungen der Apothekerkammer, dass die Ordination in xxx deutlich vom „Zentrum“ der Ortschaft xxx entfernt ist.

Aus der Judikatur des VfGH (vgl. VfSlg 15103/1998) zur Bedarfsprüfung bei Apothekenkonzessionen ergibt sich, dass eine gesetzliche Regelung, die die Erwerbsausübungsfreiheit beschränkt, nur zulässig ist, wenn das öffentliche Interesse sie gebietet, sie zur Zielerreichung geeignet und adäquat ist und sie auch sonst sachlich gerechtfertigt werden kann. Die Zielsetzung des Apothekengesetzes, das klaglose Funktionieren der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung zu sichern, liegt grundsätzlich im öffentlichen Interesse; es ist eine optimale Arzneimittelversorgung der Bevölkerung zu garantieren. Aus der Judikatur des VfGH (vergleiche VfSlg 15103 aus 1998,) zur Bedarfsprüfung bei Apothekenkonzessionen ergibt sich, dass eine gesetzliche Regelung, die die Erwerbsausübungsfreiheit beschränkt, nur zulässig ist, wenn das öffentliche Interesse sie gebietet, sie zur Zielerreichung geeignet und adäquat ist und sie auch sonst sachlich gerechtfertigt werden kann. Die Zielsetzung des Apothekengesetzes, das klaglose Funktionieren der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung zu sichern, liegt grundsätzlich im öffentlichen Interesse; es ist eine optimale Arzneimittelversorgung der Bevölkerung zu garantieren.

Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Kärnten ist eine optimale Arzneimittelversorgung der Bevölkerung dann nicht gegeben, wenn die ärztliche Hausapotheke nicht vom Arzt, der eine Vertragsstelle nach § 342 Abs. 1 ASVG innehat („Kassenarzt“), sondern lediglich von einem Wahlarzt betrieben wird, da die Behandlung bei einem Wahlarzt für den Patienten wesentlich teurer ist, sodass sich sozialschwache Personen oft Wahlärzte nicht leisten können; weiters ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass die Ordination nicht im Zentrum der Gemeinde liegt und es auch keine fixen Ordinationszeiten gibt. Für Patienten, die sich von der in xxx ansässigen „Kassenärztin“ behandeln lassen, besteht im Gemeindegebiet keine Möglichkeit, sich das von der Ärztin verschriebene Medikament zu besorgen. Daher ist § 10 Abs. 2 Z 1 ApG iSd oben wiedergegebenen Judikatur des VfGH verfassungskonform dahingehend zu interpretieren, dass der Arzt, der über eine Vertragsstelle nach § 342 Abs. 1 ASVG verfügt, auch Inhaber einer Bewilligung zur Führung einer Hausapotheke sein muss, damit eine beantragte Konzessionsbewilligung nach § 10 Abs. 2 Z 1 ApG zu versagen ist. Umgelegt auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass – ausgehend vom vorliegenden Beweisergebnis – die negative Bedarfsvoraussetzung nach § 10 Abs. 2 Z 1 ApG nicht vorliegt. Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Kärnten ist eine optimale Arzneimittelversorgung der Bevölkerung dann nicht gegeben, wenn die ärztliche Hausapotheke nicht vom Arzt, der eine Vertragsstelle nach Paragraph 342, Absatz eins, ASVG innehat („Kassenarzt“), sondern lediglich von einem Wahlarzt betrieben wird, da die Behandlung bei einem Wahlarzt für den Patienten wesentlich teurer ist, sodass sich sozialschwache Personen oft Wahlärzte nicht leisten können; weiters ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass die Ordination nicht im Zentrum der Gemeinde liegt und es auch keine fixen Ordinationszeiten gibt. Für Patienten, die sich von der in xxx ansässigen „Kassenärztin“ behandeln lassen, besteht im Gemeindegebiet keine Möglichkeit, sich das von der Ärztin verschriebene Medikament zu besorgen. Daher ist Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, ApG iSd oben wiedergegebenen Judikatur des VfGH verfassungskonform dahingehend zu interpretieren, dass der Arzt, der über eine Vertragsstelle nach Paragraph 342, Absatz eins, ASVG verfügt, auch Inhaber einer Bewilligung zur Führung einer Hausapotheke sein muss, damit eine beantragte Konzessionsbewilligung nach Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, ApG zu versagen ist. Umgelegt auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass – ausgehend vom vorliegenden Beweisergebnis – die negative Bedarfsvoraussetzung nach Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, ApG nicht vorliegt.

Daher ist nun zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke iSd § 10 Abs. 2 Z 3 ApG gegeben sind. Daher ist nun zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke iSd Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG gegeben sind.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 19.03.2002, Zahl: 2001/10/0069, VwGH 26.09.2011, Zahl: 2009/10/0261) hat sich die gemäß § 10 ApG durchzuführende Bedarfsprüfung auf eine – auf entsprechende Ermittlungsergebnisse gestützte – prognostische Zuordnung konkreter Kundenpotentiale zu den beteiligten Apotheken zu gründen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vergleiche VwGH 19.03.2002, Zahl: 2001/10/0069, VwGH 26.09.2011, Zahl: 2009/10/0261) hat sich die gemäß Paragraph 10, ApG durchzuführende Bedarfsprüfung auf eine – auf entsprechende Ermittlungsergebnisse gestützte – prognostische Zuordnung konkreter Kundenpotentiale zu den beteiligten Apotheken zu gründen.

Zur xxx-Apotheke in xxx ist Folgendes auszuführen:

Zunächst ist festzuhalten, dass nach den Ausführungen im Gutachten der Apothekerkammer das Versorgungspotential der xxx-Apotheke in xxx deutlich unter 5.500 zu versorgenden Personen liegen würde (2.522 zu versorgende Personen).

In der gutachterlichen Stellungnahme der Apothekerkammer vom 3. Februar 2014 sind im dunkelblauen Polygon die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometer zur xxx-Apotheke dargelegt; durch die Bewilligung der vom Konzessionswerber beantragten Apotheke in xxx würde sich dieses Versorgungspotential nicht verändern.

Eine Reduzierung des Versorgungspotenziales ergibt sich jedoch aus dem in der gutachterlichen Äußerung dargestellten türkis-farbigen Polygon (Einwohner außerhalb des Umkreises von 4 Straßenkilometer im Bereich xxx); dazu wird folgendes ausgeführt:

„Für das Verlustpolygon „Verlust xxx-Apo“ wurden von Statistik Austria 102 Hauptwohnsitze (diese entsprechen aufgrund der bestehend bleibenden ärztlichen Hausapotheke in xxx 22 „Einwohnergleichwerte“) und 7 Nebenwohnsitze (= 2 „Einwohnergleichwerte“) ausgewiesen (lt. Statistik Austria vom 15. Jänner 2014; vgl. Anlage I).“ „Für das Verlustpolygon „Verlust xxx-Apo“ wurden von Statistik Austria 102 Hauptwohnsitze (diese entsprechen aufgrund der bestehend bleibenden ärztlichen Hausapotheke in xxx 22 „Einwohnergleichwerte“) und 7 Nebenwohnsitze (= 2 „Einwohnergleichwerte“) ausgewiesen (lt. Statistik Austria vom 15. Jänner 2014; vergleiche Anlage römisch eins).“

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 28.1.2008, ZI2006/10/0249; VwGH 21.5.2008, ZI. 2007/10/0029) sind bei der Bedarfsbeurteilung gemäß § 10 Abs. 5 ApG auch jene Personen außerhalb des 4-km-Straßenpolygons zu berücksichtigen, die aufgrund des „Verkehrs“ in diesem Gebiet zu versorgen sind, wobei die Annahme, es würden sich diese Personen der nächstgelegenen Arzneimittelabgabestelle bedienen, dann gerechtfertigt ist, wenn dem nicht besondere Gründe entgegenstehen. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche VwGH 28.1.2008, ZI 2006/10/0249; VwGH 21.5.2008, ZI.2007/10/0029) sind bei der Bedarfsbeurteilung gemäß Paragraph 10, Absatz 5, ApG auch jene Personen außerhalb des 4-km-Straßenpolygons zu berücksichtigen, die aufgrund des „Verkehrs“ in diesem Gebiet zu versorgen sind, wobei die Annahme, es würden sich diese Personen der nächstgelegenen Arzneimittelabgabestelle bedienen, dann gerechtfertigt ist, wenn dem nicht besondere Gründe entgegenstehen.

In der gutachterlichen Stellungnahme wird ausgeführt, dass der gegenständliche Bereich aufgrund der Entfernungen derzeit der xxx-Apotheke zugerechnet wird; diese Ausführungen sind schlüssig und nachvollziehbar und wurden von den Parteien nicht bestritten. Der vom Rechtsvertreter des Konzessionswerbers vorgebrachte Umstand, dass das Gebiet des Verlustpolygons sich auf einem Hochplateau befindet, stellt keine Besonderheit dar, die ein Abgehen von der Annahme, dass Personen nicht die nächstgelegene Apotheke aufsuchen, sachlich rechtfertigen könnte. Daher ist iSd oben dargelegten Judikatur des VwGH ein Verlustpotenzial für die xxx-Apotheke gegeben, sodass diese durch das gegenständliche Konzessionsverfahren betroffen ist.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 29. Jänner 1996, Zahl:95/10/0099, VwGH 18.02.2010, 2008/10/0310), hat bei Bestehen einer Nachbarapotheke mit einem Versorgungspotential von weniger als 5.500 Personen „jegliche durch die Errichtung der neuen Apotheke bewirkte Verringerung dieses Versorgungspotentials ohne Rücksichten auf das Ausmaß der Verringerung die Unzulässigkeit der Konzessionserteilung für die neue Apotheke zur Folge“. Da nach den schlüssigen und nachvollziehbaren Berechnungen der Apothekerkammer sich das Versorgungspotential der xxx-Apotheke verringern würde und deutlich unter 5.500 zu versorgenden Personen liegen würde (nämlich 2.522 zu versorgende Personen), ist aufgrund dieses Umstandes an der Errichtung der gegenständlich beantragten Apotheke in xxx kein Bedarf iSd § 10 Abs. 2 Z 3 ApG gegeben. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche VwGH 29. Jänner 1996, Zahl: 95/10/0099, VwGH 18.02.2010, 2008/10/0310), hat bei Bestehen einer Nachbarapotheke mit einem Versorgungspotential von weniger als 5.500 Personen „jegliche durch die Errichtung der neuen Apotheke bewirkte Verringerung dieses Versorgungspotentials ohne Rücksichten auf das Ausmaß der Verringerung die Unzulässigkeit der Konzessionserteilung für die neue Apotheke zur Folge“. Da nach den schlüssigen und nachvollziehbaren Berechnungen der Apothekerkammer sich das Versorgungspotential der xxx-Apotheke verringern würde und deutlich unter 5.500 zu versorgenden Personen liegen würde (nämlich 2.522 zu versorgende Personen), ist aufgrund dieses Umstandes an der Errichtung der gegenständlich beantragten Apotheke in xxx kein Bedarf iSd Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer 3, ApG gegeben.

An diesem Ergebnis vermag auch die Entscheidung des EuGH vom 13.02.2014, Rs C-367/12, Sokoll-Seebacher, und das

an diese Entscheidung anknüpfende Erkenntnis des VwGH vom 27. März 2014, Zl. 2013/10/0209, nichts zu ändern. Im Urteilstenor führt der EuGH aus, dass er einer mitgliedstaatlichen Regelung, wie der im Ausgangsverfahren fraglichen, die als essentielles Kriterium bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine starre Grenze von „weiterhin zu versorgenden Personen“ festlegt, entgegensteht, weil die zuständigen nationalen Behörden keine Möglichkeit haben, von dieser Grenze abzuweichen, um örtliche Besonderheiten zu berücksichtigen; begründend wird vom EuGH ausgeführt, dass bei Anwendung des Kriteriums der Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ die Gefahr besteht, dass für bestimmte Personen, die in ländlichen und abgelegenen Regionen außerhalb der Versorgungsgebiete bestehender Apotheken wohnen, kein gleicher und angemessener Zugang zu Apothekendienstleistungen sichergestellt ist. Da xxx zwischen der xxx und der Stadt xxx liegt, kann nicht von einer abgelegenen Region iSd Entscheidung des EuGH gesprochen werden (laut Google Maps beträgt die Distanz vom Gemeindeamt xxx zur xxxapotheke 8,4 km und zum bewilligten Apothekenstandort xxx 5,3 km). Auch aus dem Erkenntnis des VwGH vom 27. März 2014, Zl. 2013/10/0209 kann für den vorliegenden Fall nichts gewonnen werden, da dieser Entscheidung ein anders gelagerter Sachverhalt zu Grunde lag (Konzessionsansuchen betraf ein Stadtgebiet).

Daher ist bereits aufgrund dieser Erwägungen ein Bedarf an der beantragten neu zu errichtenden Apotheke im Sinne des ApG nicht gegeben ist, sodass auf das Versorgungspotential betreffend die rechtskräftig bewilligte Apotheke von xxx in xxx-xxx nicht näher einzugehen war. Zur Zulässigkeit der Revision:

Gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall gegeben, da einerseits eine Rechtsprechung des VwGH zum§ 10 Abs. 2 Z 1 ApG unter Berücksichtigung der besonderen Umstände der vorliegenden Angelegenheit fehlt und andererseits der VwGH eine derartige Fallkonstellation im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH vom 13.02.2014, Rs C-367/12, Sokoll-Seebacher, noch nicht rechtlich zu beurteilen hatte. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall gegeben, da einerseits eine Rechtsprechung des VwGH zum Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, ApG unter Berücksichtigung der besonderen Umstände der vorliegenden Angelegenheit fehlt und andererseits der VwGH eine derartige Fallkonstellation im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH vom 13.02.2014, Rs C-367/12, Sokoll-Seebacher, noch nicht rechtlich zu beurteilen hatte.

### **Schlagworte**

Apothekenkonzession, Bedarfsprüfung, Kassenarzt, ärztliche Hausapotheke, öffentliche Apotheke, Arzt für Allgemeinmedizin, Wahlarzt, Versorgungspolygon

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGKA:2014:KUVS.470.26.2012

### **Zuletzt aktualisiert am**

23.10.2015

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Kärnten LVwg Kärnten, <http://www.lvwg.ktn.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)