jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2008/5/21 2007/10/0029

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 21.05.2008

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
40/01 Verwaltungsverfahren;
82/04 Apotheken Arzneimittel;

Norm

ApG 1907 §10 Abs2 idF 2006/I/041;
ApG 1907 §10 Abs2 idF 2006/I/41;
ApG 1907 §10 Abs2 Z1;
ApG 1907 §10 Abs2 Z2;
ApG 1907 §10 Abs2 Z3 idF 2006/I/041;
ApG 1907 §10 Abs2 Z3 idF 2006/I/41;
ApG 1907 §10 Abs2 Z3;
ApG 1907 §10 Abs2;
ApG 1907 §10 Abs4 idF 2006/I/041;
ApG 1907 §10 Abs4 idF 2006/I/41;
ApG 1907 §10 Abs4;
ApG 1907 §10 Abs5;
ApG 1907 §10;
ApG 1907 §29 Abs4;
ApG 1907 §29 Abs5;
ApG 1907 §48 Abs2;
ApG 1907 §51 Abs3;
AVG §8;
VwGG §13;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Mizner und die Hofräte Dr. Stöberl, Dr. Rigler, Dr. Schick und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Petritz, über die Beschwerde des Mag. pharm. A B in O, vertreten durch Dr. Walter Ratt, Rechtsanwalt in 5270 Mauerkirchen, Obermarkt 26, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 18. Jänner 2007, Zl. Senat-AB-05-0054, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke (mitbeteiligte Partei: Mag. pharm. A Sch in Wien), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 333,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich (UVS) vom 18. Jänner 2007 wurde der mitbeteiligten Partei die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit dem Standort Mariazeller Straße 13, 3... H-G und der

voraussichtlichen Betriebsstätte in 3... H-G,

Mariazeller Straße 13, Grundstück Nr. 65/2, KG H erteilt; die Berufung sowie im einzelnen genannte Anträge des Beschwerdeführers wurden abgewiesen. Begründend wurde nach Darstellung des Verfahrensganges und der angewendeten Rechtsvorschriften im Wesentlichen ausgeführt, die Österreichische Apothekerkammer habe zur Frage des der Marien-Apotheke des Beschwerdeführers in O im Falle der Errichtung der beantragten Apotheke verbleibenden Versorgungspotentials ein Gutachten erstattet. Demnach würden der Marien-Apotheke auf Grund der örtlichen Verhältnisse die 4992 ständigen Einwohner des - planlich dargestellten - grünen Polygons, die 192 ständigen Einwohner des blauen Polygons (das sich zwar außerhalb des 4-km-Straßenpolygons der Marien-Apotheke befinde, für dessen Einwohner diese Apotheke jedoch die nächstgelegenen Arzneimittelabgabestelle sei), 439 ständige Einwohner des roten Polygons (dessen Einwohner einer näher dargestellten Studie zufolge trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheken zu 22 % zu berücksichtigen seien) sowie 63 Einwohnergleichwerte (für die Inanspruchnahme von Apothekenleistungen durch 444 Zweitwohnungsbesitzer im Versorgungsgebiet entsprechend den Ergebnissen einer näher dargestellten Untersuchung), somit insgesamt 5.686 Personen zur Versorgung verbleiben. Im Falle der Errichtung einer weiteren - beantragten - öffentlichen Apotheke in Wilhelmsburg käme es zwar zu einer geringfügigen - planlich dargestellten - räumlichen Verkleinerung des Versorgungsgebietes der Marien-Apotheke. Ein daraus resultierender Verlust an zu versorgenden Personen sei jedoch so gering, dass er nicht entscheidungsrelevant sei. Die Statistik Austria habe für dieses Gebiet aus Datenschutzgründen keine Einwohnerzahlen bekannt geben können; die Zahl der ständigen Einwohner des "Verlustpolygons" sei demnach jedenfalls kleiner als 31.

Der UVS habe in der Folge aktualisierte Daten erhoben, denen zufolge im blauen und im grünen Polygon 411 statt bisher 398 Personen ihren Zweitwohnsitz haben; eine Aktualisierung der Daten im roten Polygon (46 Personen mit Zweitwohnsitz) sei unterblieben, Personen mit Zweitwohnsitz im roten Polygon seien der Marien-Apotheke daher nach Auffassung des UVS nicht zuzurechnen. Berücksichtige man die Gesamtzahlen der Mehrtagespendler in den betroffenen Gemeinden - Daten betreffend Pendler bestünden jeweils nur für das gesamte Gemeindegebiet, nicht jedoch für die unter den Gesichtspunkten der Versorgung mit Arzneimitteln gemäß § 10 Apothekengesetz zu bildenden Polygone - so müsste von der Zahl der der Marien-Apotheke zugerechneten ständigen Einwohnern ein "Pendlersaldo" von 77 Mehrtagespendlern abgezogen werden. Schließlich müsste von der Zahl der durch die Marien-Apotheke weiterhin zu versorgenden Personen noch jene 31 Personen abgezogen werden, die ihr - im Falle der Eröffnung einer weiteren öffentlichen Apotheke in Wilhelmsburg - maximal verloren gehen könnten. Nach Auffassung des UVS verblieben der Marien-Apotheke des Beschwerdeführers somit jedenfalls 5.573 zu versorgende Personen. Die negative Bedarfsvoraussetzung des § 10 Abs. 2 Z. 3 Apothekengesetz sei in Ansehung der Apotheke des Beschwerdeführers daher nicht erfüllt.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde verwies auf die in einem anderen Beschwerdeverfahren bereits vorgelegten Verwaltungsakten und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte. Die mitbeteiligte Partei beteiligte sich am verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

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

1. in der Gemeinde des Standortes der Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat und

2. ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

Ein Bedarf besteht gemäß § 10 Abs. 2 in Verbindung mit § 62a Abs. 4 ApG nicht, wenn

1. sich in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine ärztliche Hausapotheke befindet und in der Gemeinde oder im Umkreis von 4 Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte zum Zeitpunkt der Antragstellung weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, bestehen oder

2. die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und die Betriebsstätte der nächstgelegenen 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 infolge der Neuerrichtung verringert und weniger als

5.500 betragen wird.

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

Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner im Sinne des Abs. 4 weniger als 5.500, so sind gemäß § 10 Abs. 2 ApG die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen.

Zur Frage des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist gemäß § 10 Abs. 7 ApG ein Gutachten der österreichischen Apothekerkammer einzuholen. Soweit gemäß § 29 Abs. 3 und 4 Ärzte betroffen sind, ist auch ein Gutachten der österreichischen Ärztekammer einzuholen.

Dem angefochtenen Bescheid liegt die auf das Gutachten der österreichischen Apothekerkammer gestützte Auffassung zu Grunde, die Zahl der von der Betriebsstätte der Marien-Apotheke in O aus zu versorgenden Personen werde auch nach Errichtung der von der mitbeteiligten Partei beantragten Apotheke mindestens 5.500 betragen; die negative Bedarfsvoraussetzung des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG sei daher in Ansehung der Apotheke des Beschwerdeführers nicht erfüllt.

Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, die Lage der beantragten Apotheke innerhalb des Einkaufszentrums, in dem diese errichtet werden solle, sei erst nach Erstattung des Gutachtens der österreichischen Apothekerkammer präzisiert worden, sodass nicht ausgeschlossen werden könne, dass der von der Apothekerkammer gewählte Messpunkt mit dem Geschäftslokal nicht übereinstimme. Überdies sei die Betriebsstätte von der mitbeteiligten Partei nicht glaubhaft gemacht worden. Betreffend das der Marien-Apotheke verbleibende Versorgungspotential habe die belangte Behörde zwar eingeräumt, dass dieses durch die Bewilligung einer weiteren Apotheke in Wilhelmsburg verringert werde. Sie habe es jedoch unterlassen, das betreffend die Apotheke in Wilhelmsburg anhängige Bewilligungsverfahren mit jenem der mitbeteiligten Partei zu verbinden, obwohl die Möglichkeit bestehe, dass die Marien-Apotheke durch die Errichtung einer weiteren öffentlichen Apotheke in Wilhelmsburg einen Verlust erleide, der ihr Versorgungspotential auf unter 5.500 Personen drücke und sie diesen Umstand im Bewilligungsverfahren der mitbeteiligten Partei nicht einwenden könne, wenn die Verfahren nicht verbunden würden. Abgesehen von dieser verlustreichen Überschneidung des Versorgungsgebietes der Marien-Apotheke mit jenem der (beantragten) weiteren öffentlichen Apotheke in Wilhelmsburg sei die belangte Behörde auch auf die weiteren Überschneidungen des Versorgungsgebietes der Marien-Apotheke mit jenem der Apotheke in St. Georgen, der Apotheke in Spratzern und der Apotheke in Prinzersdorf nicht eingegangen. Völlig außer Acht gelassen habe die belangte Behörde auch, dass das Versorgungspotential der Apotheke in Kirchberg an der Pielach im Falle der Errichtung der beantragten Apotheke unter 5.500 Personen fallen würde. Die von der Österreichischen Apothekerkammer ermittelten Versorgungspolygone seien in unterschiedlichen Maßstäben hergestellt, was ihre Vergleichbarkeit beeinträchtige. Es sei aber zu erkennen, dass der Fluss Pielach den östlichen Teil des grünen Versorgungspolygons vom "hauptsächlichen Siedlungsgebiet" der Marktgemeinde O abtrenne. Auf Grund der nur geringen Anzahl an Brücken suche nur ein geringer Teil der Einwohner des abgetrennten Gebietes die Marien-Apotheke auf. Die 162 Einwohner des blauen Polygons hätten der Marien-Apotheke nicht zugerechnet werden dürfen, weil im Süden eine bessere Verkehrsverbindung nach H-G bestehe als nach O, im Norden eine bessere Verkehrsverbindung nach St. Pölten und sich im Westen der Einzugsbereich von

hausapothekenführenden Ärzten befinde. Nicht berücksichtigt worden seien auch Auspendler von Poppendorf (als Teilbereich der Gemeinde Markersdorf-Haindorf) ebenso wie Auspendler aus dem Teilbereich von St. Pölten. Die Anrechnung von 439 ständigen Einwohnern aus dem roten Polygon sei überhöht, zumal sich im Falle eines Bereitschaftsdienstturnus der hausapothekenführenden Ärzte das Argument, hausapothekenführende Ärzte stünden im Urlaubs-, Krankheitsfall usw. nicht zur Verfügung, erledige. Unberechtigt sei auch die Berücksichtigung von 58 Einwohnergleichwerten für Personen im Versorgungsgebiet der Marien-Apotheke mit Zweitwohnsitz. Schließlich würden zahlreiche Bewohner des Versorgungsgebietes der Marien-Apotheke auf Grund der Zentrumsfunktion von St. Pölten das dortige Krankenhaus ambulant aufsuchen und bei dieser Gelegenheit auch gleich ihre Apothekeneinkäufe tätigen, wodurch sich das Versorgungspotential der Marien-Apotheke weiter verringere. Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften sei noch zu rügen, dass den Anträgen des Beschwerdeführers, die Frist zur Stellungnahme zu den erhobenen Beweisen zu verlängern, ungerechtfertigter Weise nicht entsprochen und der Beschwerdeführer daher im Recht auf ein faires Verfahren verletzt worden sei.

Mit diesem Vorbringen wird keine zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides führende Rechtswidrigkeit aufgezeigt:

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt dargelegt hat, können im Verfahren betreffend die Verleihung einer Konzession zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke die Inhaber umliegender bestehender öffentlicher Apotheken (nur) ihre Existenzgefährdung geltend machen, also lediglich vorbringen, die Entfernung zwischen der künftigen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte ihrer öffentlichen Apotheke betrage weniger als 500 m, bzw. die Zahl der von ihrer bestehenden öffentlichen Apotheke aus weiterhin zu versorgenden Personen werde sich infolge der Neuerrichtung der beantragten Apotheke verringern und weniger als 5.500 betragen. In anderen Fragen kommt den Inhabern bestehender öffentlicher Apotheken hingegen kein Mitspracherecht zu (vgl. z.B. die hg. Erkenntnisse vom 26. April 1999, Zl. 98/10/0426, und vom 28. Jänner 2008, Zl. 2006/10/0160, sowie die dort zitierte Vorjudikatur).

In der Frage, ob die mitbeteiligte Partei die in Aussicht genommene Betriebsstätte glaubhaft gemacht habe, kommt dem Beschwerdeführer daher kein Mitspracherecht zu (vgl. das hg. Erkenntnis vom 11.Juni 2001, Zl. 2000/10/0166), ebenso in der Frage, ob das Versorgungspotential einer anderen als das der Marien-Apotheke infolge der Errichtung der beantragten Apotheke unter 5.500 Personen sinken werde (vgl. nochmals das zit. Erkenntnis vom 28. Jänner 2008 und die dort zit. Vorjudikatur). Weiters ist im vorliegenden Verfahren auch nicht relevant, ob infolge der Errichtung einer anderen als der von der mitbeteiligten Partei beantragten öffentlichen Apotheke für die Marien-Apotheke eine Verringerung des Versorgungspotentials zu erwarten ist. Diese Frage ist gegebenenfalls im Verfahren betreffend die Bewilligung dieser anderen Apotheke von Bedeutung und steht diesfalls dem Beschwerdeführer die Möglichkeit offen, seine Einwände in diesem Verfahren geltend zu machen. Auf das diesbezügliche Vorbringen des Beschwerdeführers war daher im vorliegenden Verfahren nicht weiter einzugehen.

Die gemäß § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG durchzuführende Bedarfsprüfung hat sich nach ständiger hg. Judikatur auf eine - auf entsprechende Ermittlungen gestützte - prognostische Zuordnung konkreter Kundenpotentiale zu den beteiligten Apotheken zu gründen. Die Behörde hat somit festzustellen, wie viele der ständigen Einwohner im Umkreis von 4 km um die Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke(n) nach Errichtung der geplanten Apotheke ihren Arzneimittelbedarf auf Grund der örtlichen Verhältnisse voraussichtlich weiterhin aus der (den) bestehenden öffentlichen Apotheke(n) decken werden. Diese unter den Gesichtspunkten der räumlichen Nähe und leichteren Erreichbarkeit vorzunehmende Zuordnung hat in erster Linie an Hand der Straßenentfernungen zu der (dem) jeweils bestehenden öffentlichen Apotheke(n) im Vergleich zur beantragten Apotheke zu erfolgen. Ergibt sich für eine bestehende öffentliche Apotheke die kritische Zahl zu versorgender Personen nicht schon aus den ständigen Einwohnern des 4-km-Umkreises, so ist weiter zu prüfen, ob diese Zahl unter Berücksichtigung der auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet weiterhin zu versorgenden Personen erreicht wird.

Wohnt die zu versorgende Bevölkerung im 4-km-Umkreis zweier (oder mehrerer) Apotheken, so ist für die Zuordnung des Kundenpotentials zur einen oder anderen Apotheke nach dem Kriterium der örtlichen Verhältnisse im Sinn des § 10 Abs. 4 ApG in erster Linie die leichtere Erreichbarkeit ausschlaggebend, wobei es vor allem auf die zurückzulegende Entfernung unter Berücksichtigung der vorhandenen Verkehrsmöglichkeiten ankommt. Die Zuordnung der Wohnbevölkerung zu den in Betracht kommenden Apotheken hat sich im Überschneidungsbereich der

4-km-Polygone an einer gedachten, nach den Gesichtspunkten der räumlichen Nähe und Erreichbarkeit zu ziehenden örtlichen Trennlinie zu orientieren (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 2008, Zlen. 2004/10/0207, 0208, und die dort zitierte Vorjudikatur).

Dem Einwand des Beschwerdeführers, die Ermittlung der Versorgungspolygone sei von einer Betriebsstätte der beantragten Apotheke ausgegangen, die im Zeitpunkt der Erstattung des Gutachtens der österreichischen Apothekerkammer noch gar nicht präzise festgestanden sei, ist zu entgegnen, dass das Gutachten von einer Betriebsstätte auf dem Grundstück Mariazeller Straße 13 ausgegangen ist und der vorzunehmenden Bedarfsprognose - so die abschließenden Bemerkungen im Gutachten - so lange eine tragfähige Grundlage bietet, als sich die Betriebsstätte der beantragten Apotheke in einem größeren - im einzelnen beschriebenen, über das Grundstück Mariazeller Straße 13 hinausgehenden - Gebiet befindet. Dass es entgegen diesem Gutachten auf die Situierung der Betriebsstätte der beantragten Apotheke in einem Teilbereich des erwähnten Grundstücks ankäme, ist weder ersichtlich noch dem Beschwerdevorbringen zu entnehmen.

Was die Zurechnung der ständigen Einwohner des 4-km-Straßenpolygons um die Betriebsstätte der Marien-Apotheke anlangt, so erfolgte diese nach dem Gutachten unter Berücksichtigung sämtlicher maßgeblichen örtlichen Verhältnisse, wobei mangels geographischer oder verkehrstechnischer Besonderheiten die Entfernung, die von den in Betracht kommenden Personen zur jeweils nächstgelegenen öffentlichen Apotheke zurückzulegen ist, als ausschlaggebend erachtet worden sei. Die Pielach spiele - so der Sachverständige der Österreichischen Apothekerkammer in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde - daher dort eine Rolle, wo keine Straßenverbindung bestehe.

Mit dem nicht näher konkretisierten Hinweis auf die "Trennfunktion" der Pielach und auf die "geringe Anzahl an Brücken" über diesen Fluss zeigt der Beschwerdeführer keine Unrichtigkeit in der unter den Gesichtspunkten der räumlichen Nähe und Erreichbarkeit vorgenommenen Zuordnung der ständigen Einwohner des 4-km-Straßenpolygons zur Marien-Apotheke auf. Ob und gegebenenfalls aus welchen Gründen aber Personen, die unter den erwähnten Gesichtspunkten dem Versorgungspotential der Marien-Apotheke zuzurechnen sind, ihren Arzneimittelbedarf tatsächlich in dieser Apotheke oder in einer anderen Apotheke decken, ist nicht entscheidend. Im Rahmen der vorzunehmenden Prognose kommt es nämlich ausschließlich auf das nach den dargelegten Gesichtspunkten "objektivierte Kundenverhalten" an (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 2008, Zl. 2006/10/0160 und die dort zitierte Vorjudikatur). Ebensowenig ist entscheidend, ob dem Versorgungspotential der Marien-Apotheke zuzurechnende Einwohner anlässlich eines Krankenhausbesuches in St. Pölten gleichzeitig auch ihren Arzneimittelbedarf decken (vgl. nochmals das zitierte Erkenntnis vom 28. Jänner 2008).

Betreffend den Einwand des Beschwerdeführers, die 192 ständigen Einwohner des blauen Polygons hätten der Marien-Apotheke nicht zugerechnet werden dürfen, ist zunächst auf die hg. Judikatur zu § 10 Abs. 5 ApG hinzuweisen, wonach bei der Bedarfsbeurteilung jene Personen außerhalb des 4-km-Straßenpolygons zu berücksichtigen sind, "die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet" zu versorgen sind. "Beschäftigung", "Einrichtungen" und "Verkehr" im betreffenden Gebiet kommen daher jeweils für sich als bedarfsbegründend in Betracht, wobei die Annahme, es würden sich Personen im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG "auf Grund ... des Verkehrs" der nächstgelegenen Arzneimittelabgabestelle bedienen, dann gerechtfertigt ist, wenn dem nicht besondere Gründe entgegenstehen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 14. März 2008, Zl. 2006/10/0258 und die dort zitierte Vorjudikatur). Die belangte Behörde ist, dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer folgend, zur Annahme gelangt, für die erwähnten 192 Einwohner des blauen Polygons sei die Marien-Apotheke in O die nächstgelegene und daher jene Arzneimittelabgabestelle, die sie auf Grund des Verkehrs am leichtesten erreichen könnten. Sie seien daher als von dieser Apotheke zu versorgende Personen zu berücksichtigen.

Besondere Gründe, die dieser Annahme widersprechen, hat der Beschwerdeführer konkret nicht aufgezeigt. Vielmehr hat er sich auf die bloße Behauptung beschränkt, seines Erachtens bestünden kürzere und schnellere Verkehrsverbindungen zur beantragten Apotheke, nach St. Pölten bzw. zu hausapothekenführenden Ärzten. Er hat jedoch nicht einmal ansatzweise Gründe für seine Ansicht dargestellt. Mit der bloßen Behauptung, die Darlegungen im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer seien unzutreffend, wird der Beweiswert dieses Gutachtens allerdings nicht erschüttert.

Betreffend die Rüge, die belangte Behörde habe den "Pendlersaldo" in bestimmten Gebieten nicht erhoben, trifft es

zu, dass in der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Berücksichtigung von Pendlern bei der Ermittlung des Versorgungspotentials im Apothekenkonzessionsverfahren zum Ausdruck gebracht wurde, "Auspendler" würden, soweit es sich um "Tagespendler" handle, sich im Allgemeinen in möglichster Nähe zur Wohnsitzgemeinde mit Heilmitteln versorgen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 26. September 1994, Zl. 94/10/0042 und die dort zitierte Vorjudikatur), sie könnten jedoch, soweit es sich um "Nichttagespendler" handle, den ständigen Einwohnern nicht zugerechnet werden (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 26. April 1999, Zl. 98/10/0426 und die dort zitierte Vorjudikatur). Dem liegt die unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien (1336 Blg NR 17 GP, S 4) und Literatur (Puck,

Die Prüfung des Bedarfes bei öffentlichen Apotheken, in Winkler-FS, S 228) gewonnene Auffassung zu Grunde, bei der Gruppe der Pendler müsse im konkreten Einzelfall festgestellt werden, in welchem Umfang ein Bedarf an einer öffentlichen Apotheke durch sie mitbegründet werde. Während "Tagesauspendler" im Allgemeinen kein von den übrigen ständigen Einwohnern abweichendes Verhalten bei der Deckung ihres Arzneimittelbedarfes zeigten, könne dies bei "Mehrtagesauspendlern" nicht angenommen werden. Diese Auffassung kann jedoch nicht aufrecht erhalten werden:

Betreffend die im Rahmen der Bedarfsprüfung gemäß § 10 ApG zu ermittelnden "zu versorgenden Personen" normiert das Gesetz zum einen die Berücksichtigung der "ständigen Einwohner" des 4-km-Straßenpolygons und zum anderen jener Personen, die aus anderen Gründen ("auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet") einen Bedarf an der in Betracht gezogenen Apotheke begründen.

Die oben erwähnten Gesetzesmaterialien führen in diesem Zusammenhang Folgendes aus:

"Was die Struktur dieses Personenkreises ("zu versorgende Personen") anlangt, soll durch die Erwähnung der ständigen Einwohner bewirkt werden, dass sich die Bedarfsbeurteilung primär an der Wohnbevölkerung (ständige Einwohner) orientiert. Aber auch ein durch andere Umstände als den Wohnsitz hervorgerufener Bedarf - etwa Verkehrsknotenpunkte, Geschäftszentren usw. - kann berücksichtigt werden. Die Fremdennächtigungen werden grundsätzlich bei der Bedarfsbeurteilung nicht heranzuziehen sein. Ausgenommen sind jene Fälle, in denen es sich um ausgesprochene Fremdenverkehrszentren handelt. Hiebei wird im Einzelfall genau zu prüfen sein, in welchem Ausmaß die Fremden im Hinblick auf ihre Aufenthaltsdauer und ihre besonderen Lebensgewohnheiten eine Arzneimittelversorgung in Anspruch nehmen. Bei der Gruppe der Zweitwohnungsbesitzer und der Pendler wird ebenfalls im konkreten Einzelfall festzustellen sein, in welchem Umfang durch sie der Bedarf an einer öffentlichen Apotheke mitbegründet wird, wobei lokalen, strukturellen und betrieblichen Gegebenheiten ein besonderes Augenmerk zuzuwenden sein wird. Grundsätzlich ist jedoch sowohl bei einer allfälligen Berücksichtigung der Fremdennächtigungen, wie auch der Zweitwohnungsbesitzer und der Pendler - wie oben bereits erwähnt - zu verlangen, dass der Großteil der den Bedarf begründenden zu versorgenden Personen innerhalb eines Umkreises von 4 Straßenkilometern von ... den benachbarten bestehenden öffentlichen Apotheken ansässig sein muss."

Die Bedarfsbeurteilung hat sich - so auch die zitierten Gesetzesmaterialien - primär an der "Wohnbevölkerung " zu orientieren, im Übrigen ist jedoch auch ein durch "andere Umstände als den Wohnsitz" begründeter Bedarf an einer öffentlichen Apotheke zu berücksichtigen. Während bei der Beurteilung des durch andere Umstände als den Wohnsitz hervorgerufenen Bedarfs grundsätzlich auf die im Gesetz angeführten Tatbestände ("Beschäftigung", "Einrichtungen", "Verkehr") bezogene Ermittlungen erforderlich sind, stellt das Gesetz bei der Beurteilung des Bedarfs durch die Wohnbevölkerung auf eine Durchschnittsbetrachtung ab: Der "ständige Einwohner", das heißt wer im Allgemeinen nicht bloß fallweise oder vorübergehend im Versorgungsgebiet wohnt (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 14. Mai 2002, Zl. 2001/10/0181), gilt als "zu versorgende Person", ohne dass im Einzelfall festgestellt werden müsste, in welchem Ausmaß durch ihn ein Bedarf an der öffentlichen Apotheke (mit)begründet wird.

Das Gesetz kennt keine Unterscheidung der Wohnbevölkerung in verschiedene Arten ständiger Einwohner. Es liegt dem Gesetz daher auch nicht zu Grunde, dass in Ansehung von Personen, die zwar im Versorgungsgebiet ständig wohnen, dieses Gebiet aber - etwa als Ein- oder Mehrtagespendler - auch vorübergehend verlassen, im Einzelfall geprüft werden müsste, in welchem Ausmaß sie für eine öffentliche Apotheke bedarfsbegründend wirken. Vielmehr sind diese Einwohner - deren Eigenschaft als "ständige Einwohner" nicht zweifelhaft ist - der Bedarfsbeurteilung ohne weitere Prüfung als "zu versorgende Personen" zu Grunde zu legen.

Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zu den zitierten Gesetzesmaterialien: Pendler werden hier nämlich ebenso wie Zweitwohnungsbesitzer und nächtigende Fremde als Personen genannt, deren Anzahl bei der

Bedarfsbeurteilung zusätzlich zur Wohnbevölkerung im Versorgungsgebiet zu berücksichtigen ist. Die Gesetzesmaterialien beziehen sich demnach erkennbar (bloß) auf "Einpendler", sie geben aber keinen Hinweis auf eine gesetzgeberische Absicht, der zufolge - im Gegenzug - "Auspendler" von der Zahl der ständigen Einwohner des Versorgungsgebietes abgezogen werden müssten.

Da § 10 ApG seine im Beschwerdefall anzuwendende Fassung durch die ApG-NovelleBGBl. I Nr. 41/2006 erhielt, die Ein- und Mehrtagespendler betreffende erwähnte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes jedoch auf früheren Fassungen dieser Bestimmung beruht, war für das Abgehen von der in dieser Frage bisher vertretenen Auffassung eine Beschlussfassung gemäß § 13 Abs. 1 VwGG nicht geboten (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2003/12/0162).

Die Berücksichtigung von 22 % der ständigen Einwohner des roten Polygons erachtet der Beschwerdeführer als überhöht, weil die hausapothekenführenden Ärzte einen Bereitschaftsdienstturnus eingerichtet hätten und daher stets ein hausapothekenführender Arzt zur Verfügung stehe. Die Annahme betreffend urlaubs- und krankheitsbedingte Sperren der Hausapotheken treffe daher nicht zu.

Abgesehen davon, dass der Hinweis der Österreichischen Apothekerkammer auf mögliche Gründe, aus denen Personen trotz vorhandener ärztlicher Hausapotheken sich in der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke mit Arzneimitteln versorgten, keine Prämisse des erstatteten Gutachtens darstellt, das vielmehr - wie ausgeführt - auf den Ergebnissen einer empirischen Untersuchung beruht, hat der Beschwerdeführer mit seinem Vorbringen nicht aufgezeigt, dass das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer auf für den vorliegenden Fall nicht anwendbaren oder unzutreffenden Grundlagen beruhte. Der bloße Hinweis, die ermittelte Anzahl an zu versorgenden Personen sei wegen eines Bereitschaftsdienstturnus der hausapothekenführenden Ärzte überhöht, lässt nämlich nicht erkennen, dass und gegebenenfalls inwiefern ein solcher Bereitschaftsdienstturnus zu anderen als den herangezogenen Grundlagen führen könnte. Mit diesem Vorbringen wird daher keine Rechtswidrigkeit des sich auf das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer stützenden angefochtenen Bescheides aufgezeigt. Gleiches gilt für die Behauptung, die Berücksichtigung von 58 Einwohnergleichwerten für Personen mit Zweitwohnsitz im Versorgungsgebiet sei nicht gerechtfertigt.

Soweit der Beschwerdeführer in der planlichen Darstellung der Versorgungspolygone in unterschiedlichen Maßstäben sowie in der seines Erachtens unzureichenden Dauer der ihm für Stellungnahmen im Verwaltungsverfahren gesetzten Fristen einen Verfahrensmangel rügt, hat er nicht zugleich auch dargetan, zu welchem im Ergebnis anderen Bescheid die belangte Behörde bei Vermeidung der behaupteten Mängel gelangt wäre. Er hat es daher unterlassen, die Relevanz der behaupteten Mängel im Sinn des § 42 Abs. 2 Z. 3 VwGG darzulegen.

Die sich somit als unbegründet erweisende Beschwerde war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 21. Mai 2008

Schlagworte

Gesundheitswesen Apotheken

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2007100029.X00

Im RIS seit

27.06.2008

Zuletzt aktualisiert am

08.01.2013

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at