

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/1/28 2004/10/0207

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.01.2008

## **Index**

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
82/04 Apotheken Arzneimittel;

## **Norm**

ApG 1907 §10 Abs1 Z2;  
ApG 1907 §10 Abs2 idF 2001/I/016;  
ApG 1907 §10 Abs3 idF 2001/I/016;  
ApG 1907 §10 Abs4 idF 2001/I/016;

VwRallg;

## **Beachte**

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 2004/10/0208

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner sowie den Senatspräsidenten Dr. Mizner und die Hofräte Dr. Stöberl, Dr. Köhler und Dr. Schick als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Petritz, über die Beschwerden

1. der P Apotheke KG in Graz, vertreten durch Dr. Hans Günther Medwed, Mag. Heinz Kupferschmid, Mag. Michael Medwed und Dr. Ingrid Nöslthaller, Rechtsanwälte in 8010 Graz,

A. Kolpinggasse 2, und 2. der Mag. pharm. M H in Frohnleiten, vertreten durch Dr. Gerda Schildberger, Rechtsanwältin in 8600 Bruck an der Mur, Mittergasse 4, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit und Frauen vom 4. Oktober 2004, Zl. BMGF-262423/0001-I/B/8/2004, betreffend Apothekenkonzession (mitbeteiligte Partei: Mag. pharm. Monika Peer in Graz, vertreten durch Dr. Ulrich Daghofer, Rechtsanwalt in 8010 Graz, Albrechtgasse 3), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführer haben dem Bund zu gleichen Teilen Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 381,90 und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen von jeweils EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Die Mitbeteiligte beantragte am 31. Jänner 2002 die Erteilung der Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb einer

neuen öffentlichen Apotheke in Graz-Straßgang mit einem näher umschriebenen Standort und der Betriebsstätte auf dem Grundstück Nr. 523/4, KG W., Kreuzung Schererstraße - Straßgangerstraße. Dem Antrag lag unter anderem ein Schreiben der ÖWGES Gemeinnützige Wohnbaugesellschaft mbH vom 29. Jänner 2002 bei, wonach die Errichtung von Verkaufs- und Dienstleistungseinrichtungen auf dem oben angeführten Grundstück im Ausmaß von 3.000 m<sup>2</sup> grundsätzlich vorgesehen sei, wobei "uns dieser Bereich auch durchaus als Standort für eine Apotheke geeignet erscheint. Da noch nicht endgültig geklärt ist, ob wir oder eine andere Betreibergesellschaft die Realisierung des Projektes durchführen, sind wir derzeit außer Stande, verbindliche Zusagen zu tätigen, aber gerne bereit, noch weitere Gespräche mit Ihnen zu führen."

Das Ansuchen wurde in der Grazer Zeitung, Amtsblatt für Steiermark, am 1. März 2002 verlautbart.

Die Inhaber von drei bestehenden Apotheken, darunter die erstbeschwerdeführende Partei, erhoben Einsprüche. Die erstbeschwerdeführende Partei brachte vor, im Fall der Errichtung der geplanten Apotheke werde sich die Anzahl der von ihrer Apotheke zu versorgenden Personen auf weniger als 5.500 verringern.

Am 12. März 2002 beantragte die Zweitbeschwerdeführerin die Erteilung der Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit einem näher umschriebenen (dem dem Antrag der Mitbeteiligten zu Grunde liegenden Standort nahezu deckungsgleichen) Standort und der Betriebsstätte (ebenfalls) auf dem Grundstück Nr. 523/4 KG W. Kreuzung Schererstraße/Straßgangerstraße. Zugleich wurde die Zuerkennung der Parteistellung im Verfahren über den Antrag der Mitbeteiligten begehrte, Einspruch gegen deren Antrag erhoben und die Abweisung des Antrages begehrte. Die Zweitbeschwerdeführerin brachte vor, das für die Errichtung der Betriebsstätte vorgesehene Grundstück sei von Dipl. Ing. H., ihrem Ehemann, und Bürgermeister Ing. H. erworben worden und stehe bereits in deren "außerbücherlichem Eigentum". Die Eigentümer der Liegenschaft hätten ihr verbindlich ein Nutzungsrecht zugesagt. Der Mitbeteiligten würden sie hingegen kein Nutzungsrecht einräumen.

Am 5. April 2002 gab die Mitbeteiligte bekannt, sie habe nunmehr die Errichtung der Betriebsstätte auf dem Grundstück Nr. 514/1 KG W., Ecke Straßgangerstraße/Schreinerstraße, etwa 220 m südlich der zunächst angegebenen Liegenschaft und innerhalb des beantragten Standortes, in Aussicht genommen. Vorgelegt wurde eine mit der Eigentümerin der bezeichneten Liegenschaft vereinbarte Option auf die Begründung eines Bestandverhältnisses.

Die Behörde erster Instanz holte nebst anderen Beweismitteln Befund und Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer ein. Diese legte unter anderem dar, der Apotheke der erstbeschwerdeführenden Partei würden nach Errichtung der neuen Apotheke mit der Betriebsstätte Ecke Straßgangerstraße/Schreinerstraße unter Berücksichtigung der Entfernung, die die zu versorgenden Personen zur jeweils nächstgelegenen öffentlichen Apotheke zurückzulegen hätten, 8.143 zu versorgende Personen verbleiben. Dies sei unter Berücksichtigung der maßgeblichen örtlichen Verhältnisse ermittelt worden. Geographische oder verkehrstechnische Besonderheiten seien im vorliegenden Fall nicht gegeben. Ausschlaggebend sei somit die Entfernung, die die zu versorgenden Personen zur jeweils nächstgelegenen öffentlichen Apotheke zurückzulegen hätten. Einer weiteren benachbarten Apotheke würde bei Neuerrichtung der geplanten Apotheke ein Versorgungspotential von 6.813 ständigen Einwohnern verbleiben. Ermittlungen hinsichtlich zusätzlich im Sinne des § 10 Abs. 5 ApG zu versorgender Personen seien daher entbehrlich. Auf die Versorgungspotentiale anderer Apotheken würde sich die Errichtung der neuen Apotheke nicht messbar auswirken. Das Gutachten gehe von der Betriebsstätte Ecke Straßgangerstraße/Schreinergasse aus. Relevante Veränderungen der Versorgungspotentiale durch eine spätere Verlegung der Betriebsstätte seien nur dann ausgeschlossen, wenn sich die Betriebsstätte innerhalb näher - durch die Bezeichnung von Straßenzügen - angegebener Grenzen befindet.

Mit Bescheid vom 11. Dezember 2002 erteilte der Landeshauptmann von Steiermark der Mitbeteiligten die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke mit der Betriebsstätte auf dem Grundstück Nr. 514/1 EZ 242 KG W. (Ecke Straßgangerstraße/Schreinerstraße), wobei als Standort das im oben erwähnten Gutachten der Apothekerkammer umschriebene Gebiet festgesetzt wurde. Sämtliche Einsprüche und der Antrag der zweitbeschwerdeführenden Partei auf Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke auf dem Grundstück Ecke Straßgangerstraße/Schererstraße wurden abgewiesen.

Begründend ging die Behörde von den tatsächlichen Annahmen des Befundes und Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer aus. Sie verwies auf die Erhebungen der Stadt Graz, die ergeben hätten, dass in den nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu ermittelnden Versorgungsbereichen der einspruchswerbenden

Apotheken 7.945 bzw. 9.350 Personen gemeldet und anwesend seien. Die beteiligten Apotheken seien somit keinesfalls in ihrer Existenz gefährdet. Die Darlegungen der erstbeschwerdeführenden Partei, wonach die in ihrem Einzugsgebiet, einem Stadtrandgebiet, wohnende Bevölkerung dort nur nächtige, aber in der Stadt arbeite und die Bedürfnisse des täglichen Lebens befriedige und dort auch die Apotheke aufsuche, und deren Hinweis auf die Lage von Arztordinationen seien nicht geeignet, eine Existenzgefährdung dieser Apotheke im Sinne des Gesetzes aufzuzeigen.

Im Verhältnis zum später gestellten Antrag der zweitbeschwerdeführenden Partei käme jenem der Mitbeteiligten - unbeschadet der späteren Änderung der Lage der in Aussicht genommenen Betriebsstätte - die Priorität zu. Maßgebend sei die frühere Antragstellung, weil der Antrag die Bezeichnung einer damals aus Sicht der Konzessionswerberin möglichen Betriebsstätte enthalten habe und die Errichtung der Betriebsstätte auf dem betreffenden Grundstück auf Grund der Mitteilung des Grundeigentümers nicht ausgeschlossen gewesen sei. Der konkurrierende Antrag der zweitbeschwerdeführenden Partei und die Einsprüche seien daher abzuweisen.

In der Berufung der erstbeschwerdeführenden Partei wurde insbesondere vorgebracht, das Verfahren sei mangelhaft, weil die Behörde bei der "Richtigstellung des Gesuches" hätte überprüfen müssen, "ob diese Rechtszusicherung beim Ort der Betriebsstätte tatsächlich noch aufrecht ist". Die Behörde habe weiters überholte Volkszählungsdaten herangezogen und die Zahlen der Volkszählung 2001 außer acht gelassen. Der Bescheid sei auch rechtswidrig, weil die Behörde vom Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer ausgehe, das aber "in weiten Teilen keineswegs zwingend ist und teilweise sogar gegen Grundgesetze der Logik verstößt". Die im Gutachten genannte Zahl von 8.143 Personen stelle einen "rein theoretischen Maximalwert" dar. "Im Grunde" seien diese Personen nur "Schläfer", die einen "Zug in das Stadtinnere" hätten und ihren Medikamentenbedarf überwiegend auf dem Weg in die Stadt oder in der Stadt selbst abdeckten. Das Gutachten übersehe weiters, dass die Kreuzung Straßgangerstraße - Peter Roseggerstraße sozusagen der "Hauptplatz von Wetzelsdorf" sei. Die von Süden kommenden Patienten näher genannter Ärzte müssten an diesem Platz vorbei und würden dazu tendieren, nicht zur Apotheke der Erstbeschwerdeführerin abzubiegen, sondern geradeaus in Richtung Stadt zu fahren und dort auch den Medikamentenbedarf zu decken. Entgegen der Auffassung der Behörde lägen somit besondere geographische und verkehrstechnische Umstände vor. Auch die Bahnlinie der GKB stelle einen solchen Umstand dar, weil "die Bahnlinie in weiten Bereichen keine Überquerungsmöglichkeit bietet und daher die Bewohner jenseits dieser Bahnlinie für die Apotheke der Beschwerdeführerin zwar nominell vorhanden sind, in Wahrheit aber den Apothekenbedarf wo anders decken". Östlich der Apotheke der Beschwerdeführerin befindet sich im Stadtgebiet nur eine einzige Arztordination, "hinter" der Betriebsstätte der neuen Apotheke hingegen drei Ordinationen, deren Patienten für die Apotheke der Beschwerdeführerin mit Sicherheit wegfallen würden. Darüber hinaus sei "das Verfahren auch nichtig": Zum einen, weil im Bescheid Standort und Betriebsstätte mit "8054 Graz" statt richtig "8052 Graz" angeführt seien; zum anderen, weil in der Kundmachung des Antrages sowohl Standort als auch Betriebsstätte anders angegeben gewesen seien als im Bescheid; und drittens, weil die Behörde den Antrag der Mitbeteiligten gegenüber jenem der Zweitbeschwerdeführerin Priorität eingeräumt habe, obwohl das Schreiben der ÖWGES vom 29. Jänner 2002 - "man kommt aus dem Staunen nicht heraus, wie weich und unverbindlich dieses Schreiben abgefasst ist" - die Erfordernisse des Gesetzes, wonach eben die in Aussicht genommene Betriebsstätte angegeben sein müsse, nicht erfülle.

Die zweitbeschwerdeführende Partei brachte in ihrer Berufung - unter Hinweis darauf, dass ihr Antrag im Hinblick auf die Identität der Standorte und die "unwesentliche" Entfernung der Betriebsstätten mit jenem der Mitbeteiligten konkurrierte - im Wesentlichen geltend, die Mitbeteiligte habe bei der Einbringung ihres Antrages behauptet, über die "nunmehr von mir nachgewiesenermaßen zu Recht in Anspruch genommene Betriebsstätte verfügberechtigt zu sein, ohne dass dies auch tatsächlich der Fall gewesen ist". Aus im Einzelnen dargelegten Umständen gehe hervor, dass die Mitbeteiligte insoweit in ihrem Antrag bewusst falsche Angaben gemacht habe, "was mit den gleichen Rechtsfolgen behaftet sein muss wie die Nichtangabe einer Betriebsstätte".

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Berufungen ab und bestätigte den bekämpften Bescheid mit der Maßgabe der Berichtigung der angeführten Postleitzahl auf "8052". Begründend legte die belangte Behörde nach Darstellung des Verfahrensganges dar, sie habe zunächst die Prioritätsfrage geprüft. Die Mitbeteiligte habe bei der Antragstellung eine Betriebsstättenadresse bekannt gegeben, über die offensichtlich noch Verhandlungen zu führen gewesen wären, wenn nicht am selben Tag, dem 29. Jänner 2002, an dem laut Schreiben der ÖWGES der Mitbeteiligten weitere Gespräche in Aussicht gestellt wurden, der Verkauf an Dipl. Ing. H, den Ehemann der

Zweitbeschwerdeführerin, und Bürgermeister H. beschlossen worden wäre. Davon habe die Mitbeteiligte "offiziell" aber erst im Zuge des Konzessionsantrages der Zweitbeschwerdeführerin vom 12. März 2002 bzw. mit Schreiben der ÖWGES vom 13. März 2003 erfahren. Selbst im zuletzt genannten Schreiben werde die Mitbeteiligte auf weitere Gespräche mit den neuen Eigentümern verwiesen, die, wären die Eigentümer nicht gerade (zufällig) aus dem Umfeld der Zweitbeschwerdeführerin, durchaus auch zu einem positiven Abschluss hätten kommen können. Zugegebenermaßen enthalte das Schreiben der ÖWGES vom 29. Jänner 2002 keine definitive Zusage für den Erwerb oder die Miete dieses Grundstückes. Es enthalte aber sehr wohl die Eröffnung der Möglichkeit für weiterführende Gespräche, wie so oft bei sich anbahnenden Rechtsgeschäften.

Selbst am 13. März 2002 verweise die ÖWGES die Mitbeteiligte an die neuen Eigentümer für weitere Verhandlungen. Dass sich auch die Zweitbeschwerdeführerin bzw. ihr Ehemann gleichzeitig oder auch schon früher um dieses Objekt bemüht hätten, sei der Mitbeteiligten nach der Aktenlage verborgen geblieben. Die vorgelegten eidesstattlichen Erklärungen könnten ein von der Zweitbeschwerdeführerin behauptetes "Erschleichen der Betriebsstättenadresse" seitens der Mitbeteiligten nicht nachweisen. Wenn die ÖWGES bekräftige, keine definitive Zusage getätigt zu haben, so habe sie der Mitbeteiligten aber auch keine definitive Absage erteilt, sondern auf weitere Gespräche verwiesen. Dem Antrag der Mitbeteiligten käme somit die Priorität gegenüber dem Antrag der Zweitbeschwerdeführerin zu.

Unter Hinweis auf das Gutachten der österreichischen Apothekerkammer stellte die belangte Behörde fest, die Apotheke der erstbeschwerdeführenden Partei werde nach Errichtung der neuen öffentlichen Apotheke 8.143 ständige Einwohner weiterhin zu versorgen haben. Entgegen der Berufungsbehauptung, die Behörde hätte mit Volkszählungsdaten aus dem Jahr 1991 operiert, seien nachweislich die aktuellsten Zahlen verwertet worden. Bei der Bedarfsprüfung handle es sich um eine Prognoseentscheidung, die ausschließlich nach entfernungsmaßigen Maßstäben unter Berücksichtigung geographischer Besonderheiten zu treffen sei. Dies erlaube nicht die Sichtweise der Berufung, die Wohnbevölkerung deshalb nicht der nächstgelegenen Apotheke zuzurechnen, weil diese im Arbeitsprozess ins Stadtinnere tendiere. Auch die Ausführungen hinsichtlich einer Bahnlinie seien nicht nachvollziehbar. Die Bahnlinie durchschneide das in Rede stehende Gebiet in nord-südlicher Richtung. Personen, die östlich der Bahnlinie wohnten und Medikamente wollten, müssten die Bahnlinie entlang entweder nach Norden oder Süden gehen. Die nach Süden gehenden, das sei die überwiegende Anzahl der Personen, die zwischen der Peter-Roseggerstraße und der Wetzelsdorferstraße wohnten, müssten dann die Peter-Roseggerstraße nach Norden gehen und kämen unmittelbar an der Apotheke der erstbeschwerdeführenden Partei an der Kreuzung Peter-Roseggerstraße/Abstellerstraße vorbei und könnten dort Medikamente besorgen.

Gegen diesen Bescheid richten sich die wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften erhobenen Beschwerden.

Die belangte Behörde legte die Akten des Berufungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerden beantragt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat beschlossen, die Verfahren über die beiden Beschwerden zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung zu verbinden. Er hat sodann erwogen:

Zur Beschwerde der erstbeschwerdeführenden Partei:

Gemäß § 10 Abs. 1 Z. 2 Apothekengesetz, RGBI. Nr. 5/1907, in der im Beschwerdefall anzuwendenden FassungBGBI. I Nr. 16/2001, (ApG), ist die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen, wenn ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

Ein Bedarf besteht gemäß § 10 Abs. 2 ApG nicht, wenn

1. sich im Umkreis von 4 Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und die Zahl der von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen weniger als 5.500 beträgt, oder
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 weiterhin aus zu versorgenden Personen sich infolge der Neuerrichtung verringert und weniger als

5.500 betragen wird.

Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z. 3 sind gemäß § 10 Abs. 4 ApG die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern von der Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse aus dieser bestehenden öffentlichen Apotheke weiterhin zu versorgen sein werden.

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

Zur Frage des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist gemäß § 10 Abs. 7 ApG ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer einzuholen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 26. März 2007, Zl. 2005/10/0226, und die dort zitierte Vorjudikatur) hat sich die gemäß § 10 ApG durchzuführende Bedarfsprüfung auf eine - auf entsprechende Ermittlungsergebnisse gestützte - prognostische Zuordnung konkreter Kundenpotenziale 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 dem Gesichtspunkt der leichteren Erreichbarkeit vorzunehmende Zuordnung hat in erster Linie an Hand der Straßenentfernungen zu der (den) 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 Kundenpotenzials zur einen oder anderen Apotheke nach dem Kriterium der örtlichen Verhältnisse im Sinne 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. nochmals das zit. hg. Erkenntnis vom 26. März 2007 und die dort zit. Vorjudikatur).

Die Beschwerde macht geltend, die belangte Behörde habe ihre Entscheidung ausschließlich auf Grund der Entferungsverhältnisse getroffen; damit habe sie es unterlassen, andere entscheidende Umstände zu berücksichtigen. Das der Apotheke der Erstbeschwerdeführerin als Versorgungsgebiet zugerechnete Gebiet werde durch die Bahnlinie der Graz - Köflacher Bahn durchschnitten. Das östlich der Graz - Köflacher Bahn liegende Versorgungsgebiet könne nicht der Erstbeschwerdeführerin zugeordnet werden, weil im fraglichen Bereich nur wenige Bahnübergänge bestünden. Es sei allgemein bekannt, dass die zu versorgenden Personen auf Grund der damit verbundenen Wartezeiten Bahnübergänge meiden und den Weg zu einer Apotheke suchen, die sie ohne Hindernis erreichen könnten. Demnach sei "für die wohnende Bevölkerung" zwar theoretisch die Apotheke der Erstbeschwerdeführerin die nächstgelegene öffentliche Apotheke, praktisch jedoch versorgten sich diese Bewohner auf Grund der leichteren Erreichbarkeit in anderen Apotheken, insbesondere in der in der Kärntnerstraße gelegenen Apotheke, mit Medikamenten. Östlich der Graz - Köflacher Bahn wohnten 2.576 Personen, gemeldet und anwesend seien dort 3.123 Personen, die somit von den von der Apotheke der Erstbeschwerdeführerin zu versorgenden Personen abzuziehen seien. Der Bescheid sei mangelhaft, weil die belangte Behörde dem Gutachten der Apothekerkammer gefolgt sei, das eine Auseinandersetzung mit der Frage der östlich der Graz - Köflacher Bahn wohnenden und zu versorgenden Bevölkerung vermissen lasse. In diesem Zusammenhang hätte die belangte Behörde auch Anfragen an die zuständigen Behörden richten müssen. Die Behörde habe daher übersehen, dass der Großteil der in diesem Gebiet liegenden Strecke der Graz - Köflacher Bahn nicht überquert werden könne. Dort, wo Übergänge

vorhanden seien, gebe es Bahnschranken. Es sei nur allzu nachvollziehbar, dass die Bevölkerung es nicht auf sich nehmen werde, einen Bahnübergang in Kauf zu nehmen, um sich mit Medikamenten zu versorgen, wenn es wesentlich einfachere und ohne Hindernisse bestehende Möglichkeiten gäbe.

Im Kern wendet sich die Beschwerde damit gegen die auf Befund und Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer beruhende Auffassung der Behörde, die im 4 - Straßenkilometerpolygon um die beteiligten Apotheken wohnende Bevölkerung sei den Versorgungspotentialen - der oben dargelegten Rechtsprechung entsprechend - mangels geographischer oder verkehrstechnischer Besonderheiten (ausschließlich) unter dem Gesichtspunkt der räumlichen Nähe zuzuordnen. Die Beschwerde zeigt aber nicht auf, dass die Behörde zu dieser Auffassung auf mangelhaft ermittelter Grundlage gelangt wäre. Der angefochtene Bescheid beruht insoweit auf der Feststellung, im Einzugsbereich der beteiligten Apotheken bestünden zahlreiche Straßenverbindungen, die es der Bevölkerung ermöglichen, die jeweils dem Wohnort nächstgelegene Apotheke aufzusuchen (vgl. den Bescheid des Landeshauptmannes vom 11. Dezember 2002, Seite 8); dieser vom angefochtenen Bescheid übernommenen Annahme tritt die Beschwerde - wie schon die Berufung - lediglich mit dem Hinweis entgegen, das östlich der Bahnlinie Graz - Köflach gelegene Gebiet könne dem Versorgungspotential der erstbeschwerdeführenden Partei nicht zugeordnet werden, weil "nur wenige Bahnübergänge" bestünden. Damit wird aber eine Einschränkung der Benützbarkeit der Verkehrsverbindungen zwischen dem in Rede stehenden Gebiet und der (ebenso wie die geplante Apotheke der Mitbeteiligten) westlich der Bahnlinie gelegenen Apotheke der Erstbeschwerdeführerin, die so wesentlich wäre, dass die östlich der Bahnlinie wohnende Bevölkerung nicht dem Versorgungspotential der (nächstgelegenen) Apotheke der Erstbeschwerdeführerin zuzurechnen wäre, nicht konkret aufgezeigt (vgl. zu den Auswirkungen einer stark frequentierten Bahnstrecke auf die Zuordnung von Versorgungspotentialen das Erkenntnis vom 27. Juni 2002, Zl. 2001/10/0040).

Die Beschwerde trägt weiters vor, auch bei der Zurechnung von westlich der Graz - Köflacherbahn wohnenden Personen zum Versorgungspotential der Erstbeschwerdeführerin habe die belangte Behörde die örtlichen Verhältnisse außer Betracht gelassen. Es fehlten konkrete Feststellungen zu den Verkehrsverhältnissen. Auf Grund der Entfernungsverhältnisse habe die belangte Behörde nicht davon ausgehen können, dass sämtliche Einwohner dieses Bereiches die Apotheke der Erstbeschwerdeführerin zu Fuß erreichen würden. Auch würden die Patienten von drei Ärzten, die ihren Medikamentenbedarf in der Apotheke der Erstbeschwerdeführerin decken, künftig wegfallen. Jene Patienten, die künftig diese Ordinationen aufsuchen und aus dem Gebiet, dessen Einwohner der Erstbeschwerdeführerin zugeordnet wurden, "einströmen", würden auf Grund der Lage und Verkehrsverhältnisse künftig ihren Medikamentenbedarf in der neu zu errichtenden Apotheke der Mitbeteiligten decken. Überdies hätten zahlreiche Ärzte im fraglichen Bereich ihren Ordinationssitz in unmittelbarer Nähe der Straßgangerstraße. Diese Patienten würden nicht von der Straßgangerstraße zur Apotheke der Erstbeschwerdeführerin abbiegen, sondern die Straßgangerstraße geradeaus weiterfahren, um zur neu zu errichtenden Apotheke der Mitbeteiligten zu gelangen. Auf dieses Vorbringen der Berufung gehe der angefochtene Bescheid überhaupt nicht ein.

Auch damit wird weder eine inhaltliche Rechtswidrigkeit noch ein relevanter Verfahrensmangel aufgezeigt. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits mehrmals (zuletzt im Erkenntnis vom 26. März 2007, Zl. 2005/10/0123) ausgesprochen, dass im Allgemeinen zwar die Erreichbarkeit der Betriebsstätten der beteiligten Apotheken mit Kraftfahrzeugen im Vordergrund steht. Wenn es aber um Entfernungen von wenigen 100 m geht, kann der Erreichbarkeit der Betriebsstätten zu Fuß für den Entschluss, sich der einen oder der anderen Apotheke zuzuwenden, größeres Gewicht zukommen, als der Erreichbarkeit mit Kraftfahrzeugen oder öffentlichen Verkehrsmitteln.

Die belangte Behörde hat - auch insoweit den auf Befund und Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer aufbauenden Bescheid des Landeshauptmannes übernehmend - ihrer Beurteilung der Erreichbarkeit der in Betracht kommenden Betriebsstätten die Straßenentfernungen zwischen dem fraglichen Gebiet und den Betriebsstätten der beteiligten Apotheken zu Grunde gelegt. Weder kann dem angefochtenen Bescheid - wie die Beschwerde meint - die Annahme entnommen werden, "dass sämtliche Einwohner dieses Bereiches die Apotheke der Erstbeschwerdeführerin zu Fuß erreichen würden", noch kann der Beschwerde konkret entnommen werden, dass und inwiefern die belangte Behörde bei der Zuordnung von Gebieten zu den Versorgungspotentialen von anderen als den tatsächlich zu Grunde gelegten Entfernungsverhältnissen hätte ausgehen und zu einem maßgeblich anderen Ergebnis hätte gelangen können.

Auch der Hinweis der Beschwerde auf die Lage von Arztordinationen zeigt keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen

Bescheides auf. Es wird damit nicht konkret behauptet, dass hier ein Fall vorläge, in dem bei der Zuordnung zu versorgender Bewohner bestimmter Gebiete im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. hiezu z. B. die Erkenntnisse vom 19. März 2002, Zl. 99/10/0143, und vom 15. Februar 1999, Zl. 98/10/0073, jeweils mwN) auf die Lage von Arztordinationen Bedacht zu nehmen wäre.

Der Hinweis der Beschwerde auf die Eigenschaft der Straßgangerstraße als "Hauptverkehrsroute" zeigt ebenfalls nicht auf, dass die von der belangten Behörde - der eingangs dargestellten Rechtsprechung folgend - unter Gesichtspunkten der zu den beteiligten Apotheken jeweils zurückzulegenden Entfernung unter Berücksichtigung der vorhandenen Verkehrsverbindungen (siehe dazu das oben bereits erwähnte Erkenntnis vom 26. März 2007 mwN) vorgenommene Zuordnung von Versorgungspotentialen fehlerhaft wäre.

Auch mit dem Vorbringen der Beschwerde, in der Kundmachung sei ein Standort in 8054 Graz und die Betriebsstätte an der Kreuzung Schererstraße/Straßgangerstraße angegeben worden, der bewilligte Standort liege jedoch in 8052 Graz-Wetzelsdorf, wird nicht aufgezeigt, dass der angefochtene Bescheid die erstbeschwerdeführende Partei in ihren aus § 10 Abs. 1 Z. 2 und 3 ApG abzuleitenden Rechten (vgl. hiezu z. B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12. November 2001, Zl. 2000/10/0108) verletze.

Soweit die Beschwerde eine Verletzung des Parteiengehörs darin sieht, dass die belangte Behörde eine Gegendarstellung der Mitbeteiligten zitiere, die der Erstbeschwerdeführerin nicht zugegangen sei, unterlässt sie es, darzulegen, welche die Entscheidung tragenden Feststellungen die belangte Behörde auf die "Gegendarstellung" gegründet und was die Beschwerdeführerin bei Einräumung des Parteiengehörs vorgebracht hätte; sie zeigt somit die Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels nicht auf.

Die geltend gemachte Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides liegt somit nicht vor; die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Zur Beschwerde der zweitbeschwerdeführenden Partei:

Die zweitbeschwerdeführende Partei trägt unter Hinweis auf Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vor, einem Antrag auf Erteilung einer Apothekenkonzession könne gegenüber dem konkurrierenden Antrag eines Mitbewerbers erst Priorität zuerkannt werden, wenn er sämtliche Angaben enthalte, die für die Beurteilung, ob ein konkurrierender Antrag vorliege, erforderlich seien. Im Antrag sei glaubhaft zu machen, dass an der vom Antragsteller genannten Betriebsstätte diese auch tatsächlich errichtet werden könne. Diese Grundsätze müssten auch dann gelten, wenn der Antragsteller eine Betriebsstätte zwar bekannt gebe, jedoch nicht die geringste Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit bestehe, dass er die Apotheke dort werde errichten können und er sich somit unter Vorspiegelung eines nicht zutreffenden Sachverhaltes in ein Konzessionsverfahren einlässe. Der Antrag der Mitbeteiligten habe von vornherein eine unrichtige Angabe über die Betriebsstätte enthalten, weil sie weder zum Zeitpunkt der Antragstellung noch ihrer Antragergänzung, insbesondere aber nicht zeitlich vor dem vollständigen Ansuchen der Zweitbeschwerdeführerin einen Nachweis über die Verfügbarkeit der von ihr in Aussicht gestellten Betriebsstätte habe erbringen können und ihr Antrag somit nicht vollständig im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gewesen sei. Erst zeitlich später, am 5. April 2002, habe die Mitbeteiligte eine Betriebsstätte bekannt gegeben, über die sie seit 4. April 2004 (an anderen Stellen der Beschwerde: am 4. April 2002 bzw. am 4. April 2003; gemeint ist offenbar der 4. April 2002) verfügberechtigt gewesen sei. Auch der Inhalt des Schreibens der ÖWGES vom 29. Jänner 2002 sei unmissverständlich und lasse keinen Interpretationsspielraum zu Gunsten eines guten Glaubens der Antragstellerin betreffend die Verfügbarkeit der Betriebsstätte zu. Dem Schreiben lasse sich nämlich keine Zusage über die Innehabung des Grundstückes entnehmen. Die belangte Behörde habe somit den Inhalt dieses Schreibens missdeutet, was umso weniger nachvollziehbar sei, als ihr eine umfassende und detaillierte Erklärung des Urkundenverfassers vorliege, wonach seitens der ÖWGES mit der Mitbeteiligten zu keinem Zeitpunkt Vertragsverhandlungen über das Grundstück geführt worden seien.

Dem angefochtenen Bescheid liegt offenbar die Auffassung zu Grunde, die Mitbeteiligte und die Zweitbeschwerdeführerin seien als Bewerber, deren Anträge im Hinblick auf ein Überschreiden des potentiellen Kundenkreises derart konkurrieren, dass bei Erteilung einer Konzession ein Bedarf an einer weiteren Konzession im Sinne des § 10 Abs. 1 Z. 2 ApG nicht bestehe, und somit als "Mitbewerber" um eine Apothekenkonzession im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. die Erkenntnisse vom 13. Oktober 2004, Zl. 2004/10/0138, vom 11. Juni 2001, Zl. 2000/10/0165, vom 28. Februar 2000, VwSlg. 15.356/A, vom 31. Jänner 2000, Zlen.98/10/0084, 0087,

vom 15. Februar 1999, Zl. 98/10/0356, vom 4. November 1996, Zl. 96/10/0008, und vom 30. August 1994, Slg. 14.103/A) anzusehen. Dies wird von der Beschwerde nicht bestritten; sie bekämpft auch nicht die dem angefochtenen Bescheid offenbar zu Grunde liegende Auffassung, die Bedarfsfrage sei im Rahmen einer Prognose, die von der Situierung der künftigen Betriebsstätte - wie im Antrag vom 31. Jänner 2002 bezeichnet - an der Kreuzung Schererstraße - Straßgangerstraße ausginge, nicht anders zu lösen als für den Fall der (der am 5. April 2002 erfolgten Bekanntgabe der Mitbeteiligten zufolge beabsichtigten) Errichtung der Betriebsstätte an der Kreuzung Straßgangerstraße - Schreinerstraße (vgl. hiezu die Entscheidungsgründe des oben zitierten Erkenntnisses vom 13. Oktober 2004 zu einer insoweit vergleichbaren Fallkonstellation).

Nach der oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entscheidet zwischen mehreren Bewerbern um eine Apothekenkonzession, deren Ansuchen einander im Hinblick auf die Bedarfslage ausschließen, die Priorität des Einlangens der Anträge bei der Behörde.

Im bereits erwähnten Erkenntnis vom 11. Juni 2001 legte der Verwaltungsgerichtshof dar, einem Antrag könne gegenüber jenem eines Mitbewerbers (erst) Priorität zuerkannt werden, wenn er sämtliche Angaben enthalte, die für die Beurteilung, ob ein konkurrierender Antrag vorliege, erforderlich seien. Dies sei erst der Fall, wenn die Betriebsstätte genannt wurde. Von der Angabe einer in Aussicht genommenen Betriebsstätte sei die Glaubhaftmachung, dass die Errichtung erfolgen könne, zu unterscheiden. Im Erkenntnis vom 13. Oktober 2004, dem eine dem vorliegenden Beschwerdefall vergleichbare Sachverhaltskonstellation zu Grunde lag, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass "prioritätsbegründend" jener Antrag ist, der sämtliche Angaben enthält, die für die Beurteilung erforderlich sind, ob ein weiterer Antrag einen im dargelegten Sinn konkurrierenden Antrag darstellt.

Im Beschwerdefall ist nicht strittig, dass der - zeitlich erste, nämlich am 31. Jänner 2002 gestellte - Antrag der Mitbeteiligten "sämtliche Angaben" im soeben dargelegten Sinn, insbesondere die Anschrift der ins Auge gefassten Betriebsstätte, enthielt und somit geeignet war, "prioritätsbegründend" im dargelegten Sinn zu wirken. Die Beschwerde hält im Ergebnis dagegen, dass dieser Antrag gleichwohl nicht "prioritätsbegründend" gewesen wäre, weil "nicht die geringste Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit bestanden" habe, dass die Mitbeteiligte die Apotheke am zunächst angegebenen Ort werde errichten können und sie sich somit "unter Vorspiegelung eines nicht zutreffenden Sachverhaltes in ein Konzessionsverfahren eingelassen" habe. Der Antrag der Mitbeteiligten habe "von vornherein eine unrichtige Angabe über die Betriebsstätte enthalten, weil sie weder zum Zeitpunkt der Antragstellung noch ihrer Antragsergänzung, insbesondere aber nicht zeitlich vor dem vollständigen Ansuchen der Zweitbeschwerdeführerin einen Nachweis über die Verfügbarkeit der von ihr in Aussicht gestellten Betriebsstätte erbringen konnte und ihr Antrag somit nicht vollständig im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gewesen" sei.

Mit einer vergleichbaren Sachverhaltskonstellation hatte sich der Verwaltungsgerichtshof bereits im oben zitierten Erkenntnis vom 13. Oktober 2004 auseinander zu setzen. Der Gerichtshof sah einen auf die beabsichtigte Errichtung der Betriebsstätte auf dem Grundstück "KG K EZ 462, B-Straße 534" bezogenen Antrag der Konzessionswerberin Mag. H. vom 2. April 2002 als "prioritätsbegründend" an, obwohl der beschwerdeführende Mitbewerber Mag. B. in der Folge eine Mietoption an diesem Grundstück (das in der Zwischenzeit in das Eigentum des Inhabers einer weiteren benachbarten Apotheke übergegangen war) erworben, seinerseits am 10. Dezember 2002 einen auf der Absicht der Errichtung der Betriebsstätte auf eben diesem Grundstück beruhenden Konzessionsantrag gestellt und Mag. H. sodann am 25. März 2003 angezeigt habe, sie beabsichtige die Betriebsstätte nunmehr auf dem Grundstück "KG K EZ 464, B-Straße 534/K-Platz 5" zu errichten. In den Entscheidungsgründen wies der Gerichtshof darauf hin, Mag. H. hätte zunächst für das ursprünglich genannte Grundstück B Straße 534 im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. insbesondere das Erkenntnis vom 25. Oktober 1995, Slg. 14347/A) glaubhaft gemacht, dass die Errichtung der Betriebsstätte am angegebenen Ort auch wahrscheinlich sei. Auch bezogen auf den Zeitpunkt der Entscheidung lagen Umstände vor, die die Beurteilung der Behörde tragen konnten, wonach die Errichtung der Betriebsstätte am (sodann) angegebenen Ort (B Straße 534/K-platz 5) wahrscheinlich sei. Den Entscheidungsgründen des bezogenen Erkenntnisses ist zu entnehmen, dass dem Antrag der Mag. H., der sämtliche Angaben enthielt, die für die Beurteilung, ob ein konkurrierender Antrag vorliege, erforderlich waren, insbesondere die Bezeichnung der in Aussicht genommenen Betriebsstätte, die Eignung zugestanden wurde, die Priorität der Bewerbung der Mag. H. zu

begründen, dies obwohl sich in der Folge herausstellte, dass Mag. H. das angestrebte Mietverhältnis an der zunächst ins Auge gefassten Liegenschaft nicht begründen konnte und die sodann erteilte Konzession sich antragsgemäß auf eine an anderer Stelle gelegene Betriebsstätte bezog.

Die dort als tragend angesehenen Voraussetzungen der Priorität einer Bewerbung (hier: der Bewerbung der Mitbeteiligten vom 31. Jänner 2002) liegen auch im Beschwerdefall vor. Auf die offenbar von Missbrauchsüberlegungen getragenen Darlegungen der Beschwerde, auf die deren Auffassung gegründet ist, der Antrag sei nicht vollständig gewesen, ist schon deshalb nicht näher einzugehen, weil kein Anhaltspunkt dafür genannt wird, dass die Mitbeteiligte schon im Zeitpunkt der Antragstellung davon ausgehen müssen, die Situierung der Betriebsstätte am angegebenen Ort werde nicht möglich sein.

Die Beschwerde erweist sich daher als nicht berechtigt; sie war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003.

Wien, am 28. Jänner 2008

**Schlagworte**

Standort Parteistellung Umgebung Begriff Verwaltungsverfahrensgemeinschaft VwRallg13

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2004100207.X00

**Im RIS seit**

06.03.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

01.10.2008

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

© 2026 JUSLINE

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

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