jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 2005/7/4 2003/10/0295

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 04.07.2005

Index

82/04 Apotheken Arzneimittel;

Norm

ApG 1907 §10 Abs1 Z2;
ApG 1907 §10 Abs2 Z3;
ApG 1907 §10 Abs2;
ApG 1907 §10 Abs4;
ApG 1907 §10 Abs5;
ApG 1907 §10;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Novak, Dr. Mizner, Dr. Stöberl und Dr. Köhler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Hofer, über die Beschwerde der Mag. pharm. M B in G, vertreten durch Dr. Hans Günther Medwed, Mag. Heinz Kupferschmid und Mag. Michael Medwed, Rechtsanwälte in 8010 Graz, A. Kolpinggasse 2, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 10. November 2003, Zl. 262.728/6- I/B/8/03, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke (mitbeteiligte Partei: Mag. pharm. G K in F, vertreten durch Dr. Peter Bartl & Partner, Rechtsanwälte OEG in 8010 Graz, Hauptplatz 3), zu Recht erkannt:

Spruch

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

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Burgenland vom 22. Dezember 1999 wurde der Beschwerdeführerin die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in R, Hauptstraße 54, erteilt.

Über Berufung der mitbeteiligten Partei wurde dieser Bescheid mit Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen vom 30. April 2001 behoben; der Antrag der Beschwerdeführerin auf Konzessionserteilung wurde abgewiesen.

Mit hg. Erkenntnis vom 14. Mai 2002, Zl. 2001/10/0135, wurde der Bescheid des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Dies im

Wesentlichen mit der Begründung, die - damals - belangte Behörde sei in der Frage der Zurechnung eines näher beschriebenen Personenkreises zum Versorgungspotential der Apotheke der mitbeteiligten Partei weder der im Gutachten der österreichischen Apothekerkammer dargelegten Auffassung gefolgt, noch habe sie ihren Standpunkt begründet, sondern lediglich auf die Schwierigkeit verwiesen, den durch Tageseinpendler erzeugten Medikamentenbedarf zu ermitteln. Betreffend die Frage der Abgrenzung der Versorgungspotentiale von öffentlichen Apotheken und ärztlichen Hausapotheken sah sich der Verwaltungsgerichtshof aus Gründen der Verfahrensökonomie noch veranlasst, darauf hinzuweisen, dass der dem Versorgungspotential einer ärztlichen Hausapotheke zuzurechnende Personenkreis im Allgemeinen danach zu bestimmen sei, in welchem Ausmaß die Bewohner des betreffenden Gebietes ihren Arzneimittelbedarf schon bisher in der ärztlichen Hausapotheke gedeckt hätten. Entsprechende Feststellungen könnten, soweit auf den Einzelfall bezogene Ermittlungen nicht oder nur mit unvertretbarem Aufwand möglich seien, auch auf allgemeine, für den jeweiligen Fall repräsentative Untersuchungsergebnisse gestützt werden.

Im fortgesetzten Verfahren holte die belangte Behörde ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer ein. Diese gelangte in ihrem Gutachten zum Ergebnis, im Falle der Errichtung der von der Beschwerdeführerin beantragten öffentlichen Apotheke würden die in Fürstenfeld bestehenden öffentlichen Apotheken, die Panther-Apotheke (der mitbeteiligten Partei) und die Stadt-Apotheke gemeinsam jedenfalls weniger als 11.000 Personen auf Grund der örtlichen Verhältnisse weiterhin zu versorgen haben, nämlich

5.982 ständige Einwohner und 3.477 zusätzlich zu versorgende Personen im Sinne des § 10 Abs. 5 Apothekengesetz. Der Bedarf an der von der Beschwerdeführerin beantragten öffentlichen Apotheke sei somit nicht gegeben. Auf Grund der geringen Entfernung zwischen den Betriebsstätten der Panther-Apotheke und der Stadt-Apotheke sei eine konkrete Zuordnung des jeweiligen Versorgungspotentials bei lebensnaher Betrachtung nicht möglich. Es sei daher das gemeinsame Versorgungspotential der beiden Apotheken zu prüfen gewesen. Dabei seien die 5.982 ständigen Einwohner von Fürstenfeld berücksichtigt worden. Betreffend die gemäß § 10 Abs. 5 ApG zusätzlich zu versorgenden Personen seien zunächst die 1.223 ständigen Einwohner der Gemeinde Altenmarkt bei Fürstenfeld sowie die 1.220 ständigen Einwohner der Gemeinde Übersbach zu berücksichtigen gewesen, weil die beiden öffentlichen Apotheken für diese Personen - obwohl außerhalb des 4 km-Polygons -

die nächstgelegenen öffentlichen Apotheken darstellten. Die beiden Apotheken seien auch für die 200 ständigen Einwohner des Zählsprengels 004 der Gemeinde Großwilfersdorf, die 271 ständigen Einwohner des Zählsprengels 002 der Gemeinde Blumau, die 1.477 ständigen Einwohner der Gemeinde Söchau, die 1.337 ständigen Einwohner der Gemeinde Loipersdorf bei Fürstenfeld sowie die 505 ständigen Einwohner der Gemeinde Stein - obwohl außerhalb des 4 km-Polygons - die nächstgelegenen öffentlichen Apotheken. Allerdings bestünden in diesen Gemeinden ärztliche Hausapotheken. Da Ermittlungen betreffend das Versorgungspotential dieser ärztlichen Hausapotheken nur mit unvertretbarem Aufwand, nämlich durch Einzelbefragungen beim Arzt bzw. in der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke möglich seien, habe sich die Österreichische Apothekerkammer zur Durchführung einer empirischen repräsentativen Studie veranlasst gesehen. Grundlage dieser Studie sei das tatsächliche Verhalten der ständigen Einwohner aus 30 Gemeinden gewesen, die von ärztlichen Hausapotheken versorgt würden. Anhand einer Analyse der Rezepte in den jeweils nächstliegenden öffentlichen Apotheken habe festgestellt werden können, dass sich 22 % der untersuchten Personen trotz vorhandener ärztlicher Hausapotheke in der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke mit Arzneimitteln versorgten. Dies sei im Einzelfall auf mehrere - im Einzelnen angegebene - Ursachen zurückzuführen. Der solcherart ermittelte Prozentsatz gelte nach Auffassung der Österreichischen Apothekerkammer für ganz Österreich, weil in der Untersuchung sieben von acht relevanten Bundesländern (in Wien gebe es keine ärztlichen Hausapotheken) berücksichtigt worden seien. Die Tatsache, dass die Abweichungen der Einzelergebnisse in den jeweils untersuchten Fällen nur gering gewesen seien und nicht auf regionale Besonderheiten, sondern auf subjektive Verhaltensweisen der Bevölkerung zurückzuführen, spreche für die Anwendung des ermittelten Gesamtprozentsatzes auch für den konkreten Einzelfall. Trotz bestehen bleibender Hausapotheken seien demnach die erwähnten ständigen Einwohner von Großwilfersdorf, Blumau, Söchau, Loipersdorf und Stein mit 22 % (das seien 44, 60, 325, 294 und 111 Personen) dem gemeinsamen Versorgungspotential der beiden öffentlichen Apotheken in Fürstenfeld zuzurechnen. Weiters hätten im umschriebenen Versorgungsgebiet 383 Personen ihren Zweitwohnsitz. Da die Ermittlung, in welchem Umfang durch die Gruppe der Zweitwohnungsbesitzer der Bedarf an einer öffentlichen Apotheke mitbegründet werde, nur durch Einzelbefragungen und daher nur mit unvertretbarem Aufwand möglich sei, habe die Österreichische

Apothekerkammer eine Studie beim Fessel-GFK-Institut für Marktforschung in Auftrag gegeben, in der einerseits die durchschnittliche Nutzungsdauer von Zweitwohnsitzen - differenziert nach städtischen, ländlichen und Fremdenverkehrsgebieten - erhoben und andererseits festgestellt worden sei, in welchem Ausmaß Zweitwohnungsbesitzer Apothekenleistungen in der dem Zweitwohnsitz nächstgelegenen Apotheke in Anspruch nehmen. Diese aktuelle Erhebung basiere auf einer Sekundäranalyse einer Studie, die das erwähnte Institut bereits im Jahre 1997 im Auftrag der Österreichischen Apothekerkammer durchgeführt habe. Dabei seien insgesamt 4.000 Österreicherinnen und Österreicher ab einem Alter von 16 Jahren befragt worden. Demnach besuchten die Nutzer von Zweitwohnsitzen im Schnitt 1,01 Mal pro Jahr eine Apotheke an ihrem Zweitwohnsitz. Verglichen mit der - näher beschriebenen - Nutzungshäufigkeit des Zweitwohnsitzes ergäbe sich eine Nutzungswahrscheinlichkeit pro Aufenthaltstag von 0,0214; dieser Wert entspreche exakt der Apotheken-Nutzungswahrscheinlichkeit der Gesamtbevölkerung an ihrem Hauptwohnsitz (0,021368). Die 383 Personen mit Zweitwohnsitz seien auf Grund einer näher dargestellten Berechnung somit als 50 Einwohnergleichwerte dem Versorgungspotential der beiden öffentlichen Apotheken in Fürstenfeld zuzurechnen. Eine Berücksichtigung von Fremdennächtigungen komme nur in Fremdenverkehrszentren in Betracht. Bei Blumau, Söchau, Loipersdorf und Stein könne angesichts des Verhältnisses zwischen Einwohner- und Fremdennächtigungszahl von Fremdenverkehrszentren gesprochen werden, nicht aber bei Fürstenfeld, Altenmarkt, Großwilfersdorf und Übersbach. Zur Frage, in welchem Ausmaß die für das Jahr 2002 im gleichen Verhältnis wie die Zuteilung der ständigen Einwohner zugeteilten 97.200 Fremdennächtigungen zu berücksichtigen seien, habe die Österreichische Apothekerkammer eine empirische Studie unter Anwendung retrograder Betrachtungsweisen (tatsächliche Nächtigungszahlen und tatsächliche Apothekenumsätze) erstellt. Anhand typischer Fremdenverkehrsgemeinden sei der Zusammenhang zwischen Nächtigungszahlen und Apothekenumsätzen jeweils pro Monat ermittelt worden. Saisonale Schwankungen, die sich durch Grippewellen, Sommerurlaube von Ärzten, Weihnachtsferien, weniger Tage im Monat etc. zurückführen ließen, seien statistisch entsprechend berücksichtigt worden. Die Teiluntersuchungen im Rahmen der Studie für Gemeinden mit besonders hohen Nächtigungszahlen hätten ebenso wenig markante Abweichungen gebracht, wie eine Spezialuntersuchung für typische Sommer- bzw. Winterfremdenverkehrsgemeinden. Der im Rahmen dieser Studie ermittelte Divisor 650 könne demnach bei der in typischen Fremdenverkehrsgemeinden erforderlichen Umrechnung von Jahresnächtigungszahlen auf so genannte "Einwohnergleichwerte" herangezogen werden. 650 Jahresnächtigungen entsprächen einer Person, die das ganze Jahr hindurch anwesend sei. Die

97.200 Fremdennächtigungen müssten daher durch 650 dividiert werden; sie entsprächen 150 Einwohnergleichwerten. Insgesamt verblieben den beiden öffentlichen Apotheken in Fürstenfeld

9.459 Personen, bestehend aus 5.982 ständigen Einwohnern und

3.477 zusätzlich zu versorgenden Personen im Sinne des§ 10 Abs. 5 ApG. Ein Bedarf nach der neu zu eröffnenden Apotheke der Beschwerdeführerin sei daher nicht gegeben.

Die Beschwerdeführerin brachte vor, es seien ihr die verwiesenen Studien nicht bekannt. Sie beantrage daher, ihr diese in Kopie zu übermitteln. Andernfalls könne sie diese nicht auf ihre Richtigkeit überprüfen und dazu Stellung nehmen. Bereits jetzt weise sie aber darauf hin, dass die Ergebnisse dieser Studien für die im Beschwerdefall vorliegenden Verhältnisse nicht repräsentativ seien. Die 79 bzw. 102 ständigen Einwohner der Orte Jobst und Loimeth seien unberücksichtigt gelassen worden. Richtigerweise hätte die Österreichische Apothekerkammer weiters von 135.817,44 Fremdennächtigungen ausgehen müssen und nicht von

97.200. Selbst bei Annahme eines Faktors 650 hätten sich diesfalls 209 Einwohnergleichwerte ergeben. Nicht eingegangen sei die Österreichische Apothekerkammer auch auf den Umstand, dass die Fachärzte in Fürstenfeld eine erheblich ins Gewicht fallende Anzahl von Personen aus der weiteren Umgebung medizinisch versorgten. Bereits aus dem Burgenland (den Bezirken Güssing und Jennersdorf) würden - auf Grund von empirischen Erfahrungswerten - ein Drittel der Einwohner, insgesamt 4.496 Personen behandelt. Diese Personen müssten dem Versorgungspotential der beiden Fürstenfelder Apotheken zugewiesen werden, zumal ein erheblicher Teil der Deckung des Arzneimittelbedarfes unmittelbar nach dem Ordinationsbesuch erfolge. Schließlich sei auch der Umstand unberücksichtigt geblieben, dass Fürstenfeld ein Schulungszentrum mit 1.293 zu berücksichtigenden Schülern aufweise.

Mit Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 10. November 2003 wurde der Berufung der mitbeteiligten Partei Folge gegeben, der Bescheid des Landeshauptmannes von Burgenland vom 22. Dezember 1999

behoben und das Konzessionsansuchen der Beschwerdeführerin neuerlich abgewiesen. Begründend wurde nach Darstellung des Verfahrensganges, des Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer sowie der angewendeten Rechtsvorschriften im Wesentlichen ausgeführt, in Fürstenfeld mit zwei bestehenden öffentlichen Apotheken seien bloß 5.982 Einwohner vorhanden. Auch mit dem Einzugsgebiet, welches zahlreiche bestehen bleibende ärztliche Hausapotheken aufweise, sowie der Zweitwohnsitze und der Fremdennächtigungen würde eine Zahl von insgesamt nur 9.459 zu versorgende Personen erreicht. Die Bedarfszahl von 5.500 Personen für jede der beiden Apotheken werde bei Weitem nicht erreicht. Dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie kenne die dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer zu Grunde liegenden Studien nicht, sei zu entgegnen, dass der Beschwerdeführerin nicht die Funktion eines "Überbegutachters" zukomme. Abgesehen davon stünden ihr für derartige repräsentative Studien auch nicht die geeigneten Instrumentarien und Daten aus ganz Österreich zur Verfügung. Schließlich würde eine solche "Überbegutachtung" wie auch immer den zeitlichen Rahmen des Apothekenkonzessionsverfahrens sprengen. Die Österreichische Apothekerkammer habe in ihrem Befund klar und deutlich offen gelegt, mit welchen Parametern bei der Erstellung des Gutachtens operiert wurde. Dies sei nachvollziehbar und ausreichend. Anhand der aufgezeigten Methoden sei nachvollziehbar erklärlich, weshalb den Argumenten der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden könne. Die Einwohnerzahlen seien richtig. Wenn die Beschwerdeführerin hier und dort Einwohnerzahlen zugeordnet wissen wolle, widerspreche das der "vorgenommenen Gesamtschau von Fürstenfeld". Eine Einzelzuordnung sei auf Grund der räumlichen Nähe der beiden Apotheken nicht vorzunehmen gewesen. Schüler seien nach einschlägiger Judikatur nicht bedarfsbegründend. Betreffend die Fachärztedichte in Fürstenfeld sei "ein gewisser Zustrom" der umliegenden Bevölkerung ohnehin ausgewiesen, wobei jedoch Fachärzte in höherem Ausmaß um die Stadt - als um die Panther-Apotheke situiert seien. Auch sei auf Bewohner zu verweisen, die näher gelegene Fachärzte in Güssing, Jennersdorf und Stegersbach aufsuchen könnten. Schließlich könne den Darlegungen der Beschwerdeführerin auch betreffend Fremdennächtigungen nicht gefolgt werden. Die Nächtigungszahlen der Fremdenverkehrszentren Blumau, Söchau, Loipersdorf und Stein (Thermenregion) seien mit dem erörterten Umrechnungsschlüssel verwertet worden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die mitbeteiligte Partei eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 10 Abs. 1 Z. 2 Apothekengesetz (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 vier 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 aus weiterhin zu versorgenden Personen sich infolge der Neuerrichtung verringert und weniger als

5.500 betragen werden.

Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z. 1 sind gemäß § 10 Abs. 3 ApG die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von 4 km von der Betriebsstätte der in Aussicht genommenen öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse aus dieser öffentlichen Apotheke zu versorgen sein werden.

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. 3 und 4 weniger als 5.500, so sind gemäß § 10 Abs. 5 ApG die auf Grund Beschäftigung, die 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. 4 und 5 Ärzte betroffen sind, ist auch ein Gutachten der Österreichischen Ärztekammer einzuholen.

Dem angefochtenen Bescheid liegt die Auffassung zu Grunde, es bestehe im Sinn des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG kein Bedarf nach der von der Beschwerdeführerin beantragten öffentlichen Apotheke, weil die Zahl der von den beiden in Fürstenfeld bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin gemeinsam zu versorgenden Personen - eine Zuordnung konkreter Kundenpotentiale sei wegen der geringen Entfernung zwischen den Betriebsstätten der beiden Apotheken unmöglich - weniger als 11.000 betragen werde.

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, die belangte Behörde habe die Annahme fehlenden Bedarfes auf ein fehlerhaftes, unvollständiges, widersprüchliches und nicht nachvollziehbares Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer gestützt. So könne dem angefochtenen Bescheid nicht entnommen werden, wie viele Personen nun tatsächlich im Umkreis von 4 km um die Betriebsstätte der Panther-Apotheke wohnten. Noch im Bescheid vom 30. April 2001 seien im 4 km Umkreis noch 9.158 Personen festgestellt worden, nunmehr habe die Behörde das gesamte Einzugsgebiet mit den gemäß § 10 Abs. 5 ApG zu versorgenden Personen "in einen Topf geworfen" und 9.459 Personen ermittelt. Diese Zahl sei nicht nachvollziehbar. Die Anwendung der so genannten Divisionsmethode sei im vorliegenden Fall unzulässig, weil eine Zuordnung der zu versorgenden Personen zu den beiden in Betracht kommenden bestehenden Apotheken sehr wohl möglich sei. Bei richtiger Zuordnung der ständigen Einwohner zur Apotheke der mitbeteiligten Partei sei ihr Mindestkundenpotential von 5.500 Personen - wie näher dargelegt - gesichert. Eine Einbeziehung der Stadt-Apotheke sei schon deshalb unzulässig, weil diese gar keinen Einspruch erhoben habe. Berücksichtige man aber die nach Auffassung der Beschwerdeführerin gemäß § 10 Abs. 5 ApG zu versorgende Bevölkerung im Gesamtausmaß von 13.743, so verblieben der Panther-Apotheke der mitbeteiligten Partei selbst bei Anwendung der Divisionsmethode mehr als die geforderten 5.500 Personen zur Versorgung. Bei Zuteilung der Fremdennächtigungen sei der belangten Behörde, selbst wenn man von den Zahlen ausgehe, die sie zu Grunde gelegt habe, ein Fehler unterlaufen. Eine Berücksichtigung von 22 % der 617.352 Fremdennächtigungen in Blumau, Söchau, Loipersdorf und Stein hätte nämlich zu 135.817 Nächtigungen führen müssen, was in Anwendung des Divisors "650" 209 Einwohnergleichwerte zum Ergebnis haben müsse und nicht 150, wie von der belangten Behörde angenommen worden sei. Berücksichtige man weiters 22 % der Einwohner von Jobst und Loimeth, so wären weitere 40 Personen dem Versorgungspotential der beiden öffentlichen Apotheken zuzurechnen gewesen. Überhaupt unberücksichtigt geblieben sei der durch Facharztpatienten und Heimschüler bewirkte Arzneimittelbedarf. Da das Burgenland mit Ausnahme des Bezirkes Güssing mit Fachärzten schlecht versorgt sei, würden zahlreiche Burgenländer die "Bezirkshauptstadt" Fürstenfeld aufsuchen, um sich von einem Facharzt untersuchen zu lassen. Die belangte Behörde hätte aus diesem Grund 12.066 Personen, die Einwohner bestimmter Orte, zu berücksichtigen gehabt. Ein Drittel davon würden als Facharztpatienten in Fürstenfeld hier auch ihren Medikamentenbedarf decken. Weiters hätten 530 Internatsschüler in Fürstenfeld berücksichtigt werden müssen. Dass die beiden öffentlichen Apotheken weit mehr Personen versorgten, als von der belangten Behörde angenommen werde, zeigten auch die - näher dargestellten - Umsatzziffern, die entsprechende Rückschlüsse nahe legten. Dem gegenüber habe es die belangte Behörde der Beschwerdeführerin verwehrt, eine Vergleichbarkeit der tatsächlichen Annahmen in den dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer zu Grunde liegenden Studien mit der in Fürstenfeld bestehenden Situation vorzunehmen und eine entsprechende inhaltliche Stellungnahme zu erstatten. Mangels Offenlegung der Studien und Untersuchungen sei die Annahme des darauf gestützten durchschnittlichen Anteils der Bevölkerung aus Gemeinden mit ärztlichen Hausapotheken, die ihren Arzneimittelbedarf in öffentlichen Apotheken decken, ebenso wenig nachzuvollziehen wie das Ausmaß, in dem Zweitwohnungsbesitzer ihren Medikamentenbedarf in der nächstgelegenen Apotheke decken bzw. das Ausmaß, in dem Fremdennächtigungen in Fremdenverkehrszentren zum Arzneimittelumsatz in der nächstgelegenen Apotheke beitragen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Juli 2004, Zl. 2001/10/0086, und die dort zitierte Vorjudikatur) hat sich die Prüfung des Bedarfes gemäß§ 10 Abs. 2 Z. 3 ApG auf eine - auf entsprechende Ermittlungsergebnisse 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 dem Gesichtspunkt der leichteren Erreichbarkeit vorzunehmende Zuordnung hat in erster Linie anhand der Straßenentfernungen zu der (den) 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, die 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 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.

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

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

Was unter dem Blickwinkel des § 10 Abs. 2 Z. 5 ApG die Berücksichtigung von Zweitwohnungsbesitzern bei der Ermittlung des Versorgungspotentials der bestehenden Apotheken anlangt, ist es, wenn die auf den Einzelfall bezogenen Ermittlungen, in welchem Ausmaß diese Personengruppe Apothekenleistungen in der dem Zweitwohnsitz nächstgelegenen Apotheke in Anspruch nimmt, nicht oder nur mit unvertretbarem Aufwand möglich sind, zulässig, Ausmaß und Verhältnis, in dem diese Inanspruchnahme zu jener eines ständigen Einwohners (der Maßstabfigur im Sinn des § 10 ApG) steht, durch allgemeine, für den jeweiligen Fall repräsentative Untersuchungsergebnisse aufzuzeigen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 14. Mai 2002, Zl. 2001/10/0181, und die dort zitierte Vorjudikatur). Ebenso verhält es sich mit Feststellungen zur Frage, in welchem Ausmaß die Bewohner eines bestimmten Gebietes ihren Arzneimittelbedarf schon bisher bei einer ärztlichen Hausapotheke gedeckt haben. Auch hier ist es in Ansehung der

Abgrenzung des Versorgungspotentials von öffentlichen Apotheken und bestehen bleibenden ärztlichen Hausapotheken - wie im bereits zitierten Erkenntnis vom 14. Mai 2002 und der dort verwiesenen Vorjudikatur dargelegt - zulässig, auf allgemeine, für den jeweiligen Fall repräsentative Untersuchungsergebnisse zurückzugreifen, wenn auf den Einzelfall bezogene Ermittlungen nicht oder nur mit unvertretbarem Aufwand möglich sind. Schließlich kommen auch bezüglich des Ausmaßes, in dem Fremdennächtigungen bei der Bedarfsprüfung zu berücksichtigen sind, allgemein gültige Kennzahlen in Betracht, sofern sie auf empirischen Untersuchungen mit statistischen Methoden beruhen, die gewährleisten, dass sie den Zusammenhang zwischen Fremdennächtigung und Inanspruchnahme von Apothekenleistungen ausreichend wiederspiegeln (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. April 2002, Zl. 2001/10/0105, und die dort zitierte Vorjudikatur).

Handelt es sich bei den erwähnten Untersuchungsergebnissen bzw. Kennzahlen nicht um allgemein anerkannte bzw. bekannte Werte, so sind ihre Grundlagen so ausreichend offen zu legen, dass die Gültigkeit der Ergebnisse bzw. Kennzahlen beurteilt werden kann (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 17. Mai 1993, Zl. 92/10/0117). Diesem Erfordernis ist die belangte Behörde nicht nachgekommen. Sie steht vielmehr auf dem Standpunkt, dass es einer solchen Offenlegung nicht bedürfe, zumal der Beschwerdeführerin nicht die Funktion eines "Überbegutachters" zukomme und sie auch nicht über das geeignete Instrumentarium hiefür verfüge.

Auch im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer werden die Grundlagen der in der Folge verwendeten Zahlen nicht ausreichend offen gelegt. So wird zwar ausgeführt, dass auf Grund einer empirischen repräsentativen Studie festgestellt worden sei, 22 % der untersuchten Personen würden sich trotz einer vorhandenen ärztlichen Hausapotheke in der nächst liegenden öffentlichen Apotheke mit Arzneimitteln versorgen. Nicht aber werden die Voraussetzungen dargestellt, unter denen die Studie erstellt wurde, noch ihre Einzelergebnisse, sodass sich die Frage, inwieweit die Untersuchungsergebnisse auch für Fälle wie den Beschwerdefall Gültigkeit haben, einer nachvollziehbaren Überprüfung entzieht. Gleiches gilt für den im Rahmen einer empirischen Studie betreffend den Zusammenhang zwischen Fremdennächtigungen und Inanspruchnahme von Apothekenleistungen ermittelten "Divisor 650".

Betreffend die Untersuchung über die Inanspruchnahme von Apothekenleistungen in der nächst gelegenen Apotheke durch Zweitwohnungsbesitzer werden im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer zwar einzelne Grundlagen der Untersuchung genannt. Eine Offenlegung der verwendeten Datenbestände in einem Ausmaß, das eine Überprüfung unter den dargelegten Gesichtspunkten zuließe, ist allerdings auch hier nicht erfolgt. Die belangte Behörde hat somit die dem angefochtenen Bescheid zu Grunde gelegten Annahmen nicht ausreichend begründet.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die belangte Behörde bei Vermeidung der aufgezeigten Verfahrensmängel zu einem im Ergebnis anderen Bescheid gelangt wäre; hat die beschwerdeführende Partei doch behauptet, es hätten den in Rede stehenden Apotheken schon wegen der Fremdennächtigungen in den Thermenorten 1.665 zusätzlich zu versorgende Personen zugerechnet werden müssen. Träfe dies zu und bestünden auch die Behauptungen der Beschwerde betreffend die Berücksichtigung der Einwohner in Orten mit ärztlicher Hausapotheke zu Recht, so würde von den beiden bestehenden Apotheken allerdings ein gemeinsames Versorgungspotential von 11.000 Personen erreicht.

Aus den dargelegten Erwägungen erweist sich der angefochtene Bescheid als rechtswidrig infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften im Sinn des § 42 Abs. 2 Z. 3 VwGG; er war daher im Grunde dieser Bestimmung aufzuheben.

Für das fortzusetzende Verfahren sieht sich der Verwaltungsgerichtshof aus Gründen der Verfahrensökonomie noch dazu veranlasst, auf seine Judikatur betreffend die Berücksichtigung von Fachärzten als "Einflutungserreger" insbesondere auf das Erkenntnis vom 22. Juli 2004, Zl. 2001/10/0086, hinzuweisen. Weiters darauf, dass § 10 Abs. 5 ApG bei der Bedarfsprüfung die Berücksichtigung von Personen anordnet, die auf Grund der "Inanspruchnahme von Einrichtungen" zu versorgen sind, wobei u.a. Heime, Schulen und Erziehungsanstalten in Betracht zu ziehen sind (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Jänner 1995, Zl. 94/10/0123).

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003. Wien, am 4. Juli 2005

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2005:2003100295.X00

Im RIS seit

14.09.2005

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at