

TE UVS Wien 2008/01/15 MIX/42/6386/2006

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.01.2008

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied MMag. Dr. Tessar über die Berufung der Frau Mag.pharm. Helga S., vertreten durch Frau RA Dr. Eleonore B., gegen den Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 15/II, vom 19.5.2006, Zl.: MA 15 - II-1-123/2005, mit welchem die Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in Wien, A-Gasse, erteilt worden ist, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15. Jänner 2008, in welcher der von Frau Mag. K. beantragte Standort auf den vom erstinstanzlichen Bescheid angeführten Standort abzüglich der beiden westlichen Trakte des A-Centers im Sinne des dem Verhandlungsprotokolles beigelegten Planes (Beilage 1) eingeschränkt worden ist, wie folgt entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird die Berufung abgewiesen.

Das Apothekengesetz ist in der Fassung BGBl. I Nr. 90/2006 anzuwenden.

Text

Der Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 15/II, vom 19.5.2006, Zl.: MA 15 - II-1-123/2005, hat folgenden Spruch:

!.) Gemäß §§ 9 und 51 Apothekengesetz (ApG), RGBl. Nr. 5/1907 in der geltenden Fassung, wird Frau Mag.pharm. Johanna K., geboren am 10. April 1955, die Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in Wien, A-Gasse, südlicher Teil des ?A-Centers?, unter Festsetzung des Standortes Wien, südlicher Teil des ?A-Centers? und unter der Bedingung erteilt, dass der Eingang in die neue Apotheke innerhalb der neuen Betriebsstätte so situiert ist, dass ein Mindestabstand von 500 m vom derzeitigen Eingang der ? M-Apotheke? gewährleistet ist, sich somit in einem Abstand von maximal 6,05 m von der Gebäudeaußenkante des ?A-Centers? zur A-Gasse hin gemäß der planlichen Darstellung der Magistratsabteilung 41, MA 41-2078/04Vm, die einen Bestandteil der Begründung dieses Bescheides bildet, findet.

Frau Mag.pharm. Johanna K. wird gleichzeitig nach § 51 Abs 5 ApG verpflichtet, nach Rechtskraft dieses Bescheides die Apothekenkonzessionstaxe von 833,25 EURO auf das Konto der Pharmazeutischen Gehaltskasse für Österreich bei der Österreichischen Apothekenbank, Kto.Nr. x, BLZ x, zu überweisen.

Für die Erteilung der Konzession hat Frau Mag.pharm. Johanna K. nach § 1 Abs 1 und Tarif B VI, Post 71 der Bundes-Verwaltungsabgabenverordnung 1983, BGBl. Nr. 24/1983 in der geltenden Fassung, eine Verwaltungsabgabe von 2327 EURO zu entrichten.

II.) Die Einsprüche der Inhaber der nachfolgend genannten öffentlichen Apotheken werden hinsichtlich des Bedarfes nach § 10 Abs 2 ApG abgewiesen:

a) ?Apotheke S.?

Frau Mag.pharm. Dr. Edeltraut J. als Konzessionärin und Frau Mag.pharm. Hildegard N. als Pächterin, W-straße, P.;

b)

?M-Apotheke?, Frau Mag.pharm. Helga S.,H-straße, Wien,

c)

?N. Apotheke? Mag. G. KEG

Frau Mag.pharm. Helga G., L-Straße, Wien?

Gegen diesen Bescheid brachte die Berufungswerberin rechtzeitig eine Berufung ein, in welcher sie im Wesentlichen ausführte, dass sie gegen den von Frau Mag. K. gestellten Antrag auf Erteilung der gegenständlichen Apothekenkonzession rechtzeitig einen Einspruch eingebracht habe, zumal ?die Entfernung zwischen der Betriebsstätte der von mir betriebenen M-Apotheke und der neuen Apotheke weniger als 500 Meter beträgt und sich das Versorgungspotential meiner Apotheke im Fall der Bewilligung der neu beantragten Apotheke auf weniger als 5.500 Personen verringern würde.? Zu letzterem Vorbringen wurde darauf hingewiesen, dass die ständigen Einwohner des im Plan des Apothekerkammergutachtens eingezeichneten violetten Polygons nicht der M-Apotheke zuzurechnen seien. Außerdem wären die 1.909 ständigen Einwohner des niederösterreichischen Teils des orangefarbenen Polygons und die 596 ständigen Einwohner des Wiener Teiles dieses Polygons nicht der M-Apotheke zuzurechnen, zumal erstens für diese Personen die Apotheke in G. näher liege, zweitens die Kunden eine direkt am Fahrweg liegende Apotheke wählen würden. Außerdem entspreche der dem Gutachten zugrunde gelegte Anteil von 22% nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Im Übrigen würden die Wohnungen in der W-gasse und der H-gasse weniger als 500 Meter von der Betriebsstätte der beantragten Apotheke entfernt liegen, sodass die in diesen Wohnungen lebenden Personen dieser Apotheke zuzurechnen seien. Dem erstinstanzlichen Akt ist zu entnehmen, dass Frau Mag. K. mit Schriftsatz vom 30.12.2004 einen Antrag auf Erteilung einer Apothekenkonzession im A-center mit dem Standort ?Wi-straße beginnend beim P-platz bis zum Schnittpunkt mit der A1 - die A1 in westlicher Richtung bis zum Schnittpunkt mit der Wiener Stadtgrenze - die Stadtgrenze nach Norden - die gedachte Verlängerung der Stadtgrenze/M-straße nach Norden - M-straße bis zum Ausgangspunkt - sämtliche Straßenzüge mit den dem Standort zugewendeten Seiten? beantragt hatte.

Gegen diesen Konzessionsantrag wurden u.a. durch Frau Dr. Edeltraud J. und Frau Mag. Hildegard N. (beide Apotheke S. in P.) und Frau Mag. Helga S. (M-Apotheke in Wien, H-str.) Einsprüche eingebracht.

Seitens des erkennenden Senats wurde in weiterer Folge mit Schriftsatz vom 3.8.2006 die Magistratsabteilung 41 zur Erstattung eines Gutachtens zur Entfernung zwischen der Betriebsstätte der M-Apotheke und dem beantragten Betriebsstandort im A-center beauftragt. In diesem Gutachtensauftrag wurde u.a. ausgeführt wie folgt:

?In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, dass nach Ansicht des erkennenden Senats die (gemäß 10 Abs 2 Z 2 ApG) zu ermittelnde Entfernung zwischen zwei Apotheken nicht anders als die (gemäß 10 Abs 4 ApG) zu ermittelnde Entfernung des Versorgungsbereichs einer Apotheke zu ermitteln ist (Dieser Ansicht steht auch nicht das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 18.1.1999, 98/10/0348, entgegen, da diese Entscheidung nur klarstellt, dass bei der Messung der Entfernung von 500 Meter i.S.d. § 10 Abs. 2 Z 2 ApG es nicht auf die Entfernung entsprechend der Luftlinie ankommt; über die Frage, ob die Ermittlung nach der Straßlänge oder nach der von einem Fußgänger zurückzulegenden Strecke zu erfolgen hat, ist dagegen nicht explizit abgesprochen worden.), folglich eine Entfernungsmessung nach Straßenkilometern zu erfolgen hat.

Diese hat derart zu erfolgen, dass die Länge einer gedachten, in der jeweiligen Mitte der vermessenen Fahrbahnen liegenden Linie zwischen den jeweiligen bestehenden Apotheken zum beantragten Apothekenstandort ermittelt wird; bei sich kreuzenden Straßen ist daher jeweils die Entfernung vom jeweiligen Schnittpunkt dieser für die jeweilige Straße gedachten Mittelfahrbahnlinien als Beginnpunkt der Längenvermessung sowie die Entfernung von diesem Kreuzungspunkt zum jeweils nächstgelegenen Kreuzungspunkt sowie die Entfernung vom Endpunkt der Vermessung bis zu dem diesem Punkt nächstgelegenen Kreuzungspunkt zu Grunde zu legen. Da bei der Vermessung sohin die Fahrbahnbreite (abgesehen von den Entfernungsmessungen betreffend einander kreuzende Straßen) nicht zu beachten ist, ist der Beginn der Messung an dem gedachten Punkt der Fahrbahnmittellinie vorzunehmen, welcher dem Mittelpunkt des Kundeneingangs der jeweiligen bestehenden Apotheke am nächsten liegt. Das Ende der Messung ist wieder mit dem Punkt zu bestimmen, welcher an dem gedachten Punkt der Fahrbahnmittellinie liegt, welcher dem Mittelpunkt des beantragten Kundeneingangs der antragstellenden Apotheke am nächsten liegt.

Zudem möge die Länge der Häuserfronten des Hauses der beantragenden Apotheke ermittelt werden.?

Mit Schriftsatz vom 7.11.2006 wurde seitens der Magistratsabteilung 41 aufgrund dieses Gutachtauftrags des erkennenden Senats ein Gutachten dahingehend erstattet, dass die beantragte Apothekenbetriebsstätte weniger als 500 Meter vom Betriebsstandort der M-Apotheke entfernt liegt. Weiters wurde mit Schriftsatz vom 3.8.2006 die Österreichische Apothekerkammer zur Erstattung eines Ergänzungsgutachtens eingeladen. In dieser Gutachtenerstellungseinladung wurde u.a. ausgeführt wie folgt:

?Zur Ermöglichung der Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit dieses Ergänzungsgutachtens mögen zuerst alle Apotheken ermittelt werden, welche im Umkreis von 8 Straßenkilometern zum gegenständlich beantragten Betriebsstandort liegen (in Hinkunft: ?Nachbarapotheken?). Von jeder dieser Apotheken mögen weiters wieder jeweils alle Apotheken ermittelt werden, welche ebenfalls wieder in einem Umkreis von 8 Straßenkilometern liegen (in Hinkunft: ?weitere Apotheken?).

Gemäß § 10 Abs 2 Z 3 i.V.m. § 10 Abs 4 Apothekengesetz muss im Falle der Konzession eines neuen Apothekenstandortes grundsätzlich den jeweilig bestehenden (im Umkreis von 8 Straßenkilometern liegenden) Apotheken weiterhin jedenfalls ein zu versorgender Personenkreis von jeweils 5.500 Personen zugeordnet werden können. Durch das Ergänzungsgutachten soll daher der zu versorgende Personenkreis im Sinne des § 10 Abs 4 Apothekengesetz für jede dieser Apotheken ermittelt werden. Nach Ansicht des erkennenden Senates hat diese Ermittlung grundsätzlich dergestalt zu erfolgen, dass für jede der ermittelten Nachbarapotheken deren hypothetischer Versorgungsbereich für den Fall der Konzessionserteilung ermittelt wird.

Dies hat so zu erfolgen, als alle Straßenzüge, 1) die zwischen den obermittelten Apotheken (daher der konzessionsbeantragenden Apotheke, der ?Nachbarapotheken? und der ?weiteren Apotheken?) liegen, und 2) deren Streckenlänge zwischen den jeweiligen nächstliegenden Apotheken maximal 8 Kilometer lang ist, halbiert werden und im Bereich der Halbdistanz auf einem Stadtplan ein Punkt eingezeichnet wird.

Hinsichtlich jener Straßenzüge, welche 1) nicht zwischen einer der obermittelten Apotheken (daher der konzessionsbeantragenden Apotheke, der ?Nachbarapotheken? und der ?weiteren Apotheken?) liegen, sowie 2) hinsichtlich jener Straßenzüge, deren Abschnitt zwischen den jeweiligen nächstliegenden Apotheken (daher der konzessionsbeantragenden Apotheke, der ?Nachbarapotheken? und der ?weiteren Apotheken?) mehr als 8 Kilometer lang ist, ist hinsichtlich der beantragten Apotheke (!) und den Nachbarapotheken (!) (daher nicht hinsichtlich der weiteren Apotheken) auf demselben obbezeichneten Stadtplan im Bereich der Distanz von 4 Kilometern von dieser jeweiligen Apotheke (konzessionsbeantragende Apotheke bzw. Nachbarapotheke) auf jedem der obgenannten Straßenzüge ein Punkt zu machen.

In weiterer Folge sind alle Punkte derart miteinander zu verbinden, dass für die konzessionsbeantragende Apotheke und für jede der Nachbarapotheken ein Versorgungsbereich zustande kommt. Ergebnis dieses Schrittes ist daher die Ermittlung des jeweils um jeder der Nachbarapotheken (!) und um die konzessionsbeantragenden Apotheken liegenden Bereichs der von der jeweiligen Apotheke primär versorgen Einzugsgebiets (in Hinkunft: Versorgungsbereich).

In einem weiteren Schritt sind die Nachbarapotheken zu ermitteln, deren jeweiliger obermittelter Versorgungsbereich an den obermittelten Versorgungsbereich der konzessionsbeantragenden Apotheke grenzt.

Für diese nun ermittelten Nachbarapotheken (daher für die Nachbarapotheken, deren Versorgungsbereich an den Versorgungsbereich der konzessionsbeantragenden Apotheke grenzte) ist sodann die Anzahl der in jeweiligen Versorgungsbereich hauptgemeldeten Personen zu ermitteln. In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, dass im Falle, dass dieser ermittelte Halbabstand bzw. diese ermittelte Vierkilometerdistanz nicht an einer Grundstücksgrenze liegt, die auf einem Grundstück bzw. Grundstücksteil wohnenden bzw. arbeitenden Personen zu ermitteln sind, deren Hauseingang bzw. Arbeitsstätteingang innerhalb des jeweilig einer dieser Nachbarapotheken nächstgelegenen Halbdistanzpunktes bzw. Vierkilometerdistanzpunktes liegt.

Wenn die so für einen bestimmten Apothekeneinzugsbereich ermittelte Zahl der in diesem Bereich wohnenden Personen mit Hauptwohnsitz unter 5500 liegt, wäre weiters die Anzahl der in diesem Bereich Erwerbstätigen, nicht gemeldeten, daher quasi in diesen Bereich einpendelnden Personen, zusätzlich zu ermitteln. Weiters ist in diesem Fall für diesen Apothekeneinzugsbereich die Anzahl der in diesem Bereich hauptgemeldeten Personen zu ermitteln (bzw.

im Falle der Ermittlungsmöglichkeit zu schätzen), welche auch an einem außerhalb des jeweiligen Bereichs liegenden Wohnsitz nebegemeldet sind. Zudem ist für jeden dieser Bereiche die Anzahl der in diesem Bereich nebegemeldeten Personen zu ermitteln (bzw. im Falle der Ermittlungsmöglichkeit zu schätzen), welche an einem außerhalb des jeweiligen Bereichs liegenden Wohnsitz hauptgemeldet sind.

Zudem ist festzustellen, welche hinsichtlich welcher in diesen Bereich nicht hauptgemeldeten, erwerbstätigen, einpendelnden Personen allenfalls eine aktuelle Nebenwohnsitzmeldung aufliegt.

Weiters wäre bezüglich eines derartigen Apothekeneinzugsbereichs anzuführen, ob im jeweiligen Bereich kurz- bzw. mittelfristig Wohnhäuser errichtet und welche dieser Wohnhäuser (bis zum 1.1.2007 bzw. bis zum 1.7.2007) neu bezogen werden. In diesem Fall wäre die Anzahl der zum jeweiligen Zeitpunkt voraussichtlich zugezogenen Personen ebenfalls zu ermitteln.

Letztlich mögen auch die in einem derartigen Apothekeneinzugsbereich liegenden ärztlichen Ordinationen bzw. Krankenanstalten angeführt werden. (?)

Um eine Überprüfbarkeit des do Gutachtens gewährleisten zu können, wird anlässlich der Gutachtensermittlung zusätzlich um eine detaillierte Darstellung der Ermittlungsschritte und der daraus erzielten Ermittlungsergebnisse und um Mitübersendung aller gutachtensrelevanten Unterlagen gebeten.

Zudem wird darauf hingewiesen, dass nach Ansicht des erkennenden Senats die (gemäß 10 Abs 4 ApG geforderte) Entfernungsmessung nach Straßenkilometern derart zu erfolgen hat, dass die Länge einer gedachten, in der jeweiligen Mitte der vermessenen Fahrbahnen liegenden Linie ermittelt wird; bei sich kreuzenden Straßen ist daher jeweils die Entfernung vom jeweiligen Schnittpunkt dieser für die jeweilige Straße gedachten Mittelfahrbahnlinien als Beginnpunkt der Längenvermessung heranzuziehen. Da bei der Vermessung sohin die Fahrbahnbreite (abgesehen von den Entfernungsmessungen betreffend einander kreuzender Straßen) nicht zu beachten ist, ist der Beginn der Messung an dem gedachten Punkt der Fahrbahnmittellinie vorzunehmen, welcher dem Mittelpunkt des Kundeneingangs der jeweiligen Apotheken am nächsten liegt. Bei der Bedarfsprüfung sind zudem die Einwohner aller Häuser zu berücksichtigen, deren Hauseingangsmittelpunkt innerhalb der nach diesem Gutachten zu ermittelnden Versorgungsbereiche liegt.?

In weiterer Folge wurde von Frau Mag. K. mit Schriftsatz vom 20.11.2006 die Verlegung der Betriebsstätte innerhalb des von der Erstbehörde genehmigten Standorts angezeigt und ein verbindliches Anbot der I-GmbH zur Anmietung dieses Betriebslokals vorgelegt. Auch diese neue Betriebsstätte liegt innerhalb des A-Centers, und zwar im Untergeschoß des östlichen Endes des A-Centers unterhalb der im Obergeschoß befindlichen Geschäfte ?C.? und ?Sp.?.

Aufgrund eines aufgrund der Betriebsstandortverlegung neuerlich erteilten Gutachtenerstellungsauftrags des erkennenden Senats vom 23.11.2006 erstattete die Magistratsabteilung 41 mit Schriftsatz vom 1.2.2007 ein neuerliches Gutachten. Demnach liegen nunmehr die beiden Apothekenbetriebsstandort deutlich mehr als 500 m voneinander entfernt.

Unter Zugrundelegung der Betriebsstandortverlegung erstattete in weiterer Folge die Österreichische Apothekerkammer ein mit 2.4.2007 datiertes Gutachten, in welchem diese ausführte wie folgt:

?2. Bestehende öffentliche M-Apotheke in Wien 14

Für den Fall der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke werden nach den ho. vorliegenden Ermittlungsergebnissen und ergänzenden Erhebungen in der Versorgung aus der bestehenden öffentlichen M-Apotheke im 14. Wiener Gemeindebezirk 5.988 ständig Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin verblieben. ?

Weiters sind die 610 ständigen Einwohner (lt. MA 14 ? ADV Referat KP2 ViennaGIS Dienste vom 2. Jänner 2007; vgl. Anlage

1a) des Wiener Teiles des orangefarbenen Polygons (vgl. Anlage 2) sowie die 2.063 ständigen Einwohner (lt. Statistik Austria vom 14. März 2007; vgl. Anlage 1b) des niederösterreichischen Teiles des orangefarbenen Polygons trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheke in Ma. teilweise zu berücksichtigen, da für diese Personen die bestehende öffentliche M-Apotheke in Wien 14 ? obwohl außerhalb des 4-km-Polygons ? die nächstgelegene öffentliche Apotheke ist.

Hinsichtlich der Berücksichtigung von ständigen Einwohnern aus Gemeinden, die auch nach Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke von ärztlichen Hausapotheken versorgt werden, führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass ? Feststellungen zu der Frage, in welchem Ausmaß die Bewohner eines Gebietes ihren Arzneimittelbedarf schon bisher bei einer ärztlichen Hausapotheke gedeckt haben, soweit auf den Einzelfall bezogene Ermittlungen nicht oder nur mit unververtretbarem Aufwand möglich sind, auch auf allgemeine, für den jeweiligen Fall repräsentative Untersuchungsergebnisse gestützt werden können.?

(VwGH 2001/10/0135 vom 14. Mai 2002).

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

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

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

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

Ein weiteres Argument, das den Bedarf nach einer öffentlichen Apotheke untermauert, sind die günstigeren Öffnungszeiten einer öffentlichen Apotheke, denn dadurch ist man nicht an die meist nur kurzen Ordinationszeiten des hausapothekenführenden Arztes gebunden.

Weiters ist festzustellen, dass auch während der Zeit, in der sich der hausapothekenführende Arzt bei Hausbesuchen befindet, keine Abgabe von Medikamenten aus der Ordination des hausapothekenführenden Arztes erfolgen darf.

Nach Facharztbesuchen werden häufig öffentliche Apotheken aufgesucht.

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

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

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

Die 2.673 ständigen Einwohner des orangefarbenen Polygons sind demnach ? trotz bestehen bleibender ärztlicher Hausapotheke in Ma. ? zu 22 % (= 588 Personen) dem Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen M-Apotheke in Wien 14 zuzurechnen. Im oben umschriebenen Versorgungsgebiet haben 597 Personen ihren Zweitwohnsitz (grünes Polygon, der in Wien liegende Teil:

= 404 Personen mit Zweitwohnsitz; der in Niederösterreich

liegende Teil: = 47 Personen mit Zweitwohnsitz; orangefarbiges

Polygon, der in Wien liegende Teil: = 8 Personen mit

Zweitwohnsitz; der in Niederösterreich liegende Teil: = 138

Personen mit Zweitwohnsitz (= aufgrund der bestehen bleibenden

ärztlichen Hausapotheke in Ma. wurden nur 22 % der 36 Personen mit Zweitwohnsitz des Wiener Teiles aus dem orangefarbigem Polygon und 22 % der 627 Personen mit Zweitwohnsitz des niederösterreichischen Teiles aus dem orangefarbigem Polygon berücksichtigt; vgl. Anlagen 1a und 1b). Diese Personen sind je nach Inanspruchnahme des Zweitwohnsitzes aliquot zu berücksichtigen.

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

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

Fremdenverkehrsgemeinden (Verhältnis Fremdenübernachtungen pro Jahr zu Hauptwohnsitzen mindestens 10:1)

Wien

Gemeinden mit bis zu 20.000 Einwohnern (welche sich nicht in einem Umkreis von 20 Straßenkilometern um eine Gemeinde mit mehr als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen befinden), exklusive Fremdenverkehrsgemeinden und Gemeinden mit über 20.000 Einwohnern (Gemeinden mit mehr als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen bzw. Gemeinden mit weniger als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen, die in einem Straßenverbindungs-Umkreis von 20 km um solche Gemeinden gelegen sind), exklusive Wien und Fremdenverkehrsgemeinden

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

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

* in Fremdenverkehrsgemeinden 38,9 Tage

* in Wien 46,6 Tage

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

* in Gemeinden mit über 20.000 Einwohnern 51,3 Tage Umgerechnet in Prozent beträgt die Nutzung von Zweitwohnsitzen in

* Fremdenverkehrsgemeinden (Verhältnis Fremdenübernachtungen pro Jahr zu Hauptwohnsitzen mindestens 10:1) 10,7 %

* Wien 12,8 %

* Gemeinden mit bis zu 20.000 Einwohnern (welche sich nicht in einem Umkreis von 20 Straßenkilometern um eine Gemeinde mit mehr als 20.000 gemeldeten Hauptwohnsitzen befinden), exklusive Fremdenverkehrsgemeinden 13,1 %

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

Zusätzlich zur durchschnittlichen Nutzungsdauer des Zweitwohnsitzes ermöglicht die Sekundäranalyse aber auch Aussagen zur Häufigkeit eines Apothekenbesuchs am Zweitwohnsitz. Die Nutzer von Zweitwohnsitzen besuchen im

Schnitt 1,01 mal pro Jahr eine Apotheke an ihrem Zweitwohnsitz. Verglichen mit der ? oben beschriebenen ? Nutzungshäufigkeit des Zweitwohnsitzes pro Jahr, erbringt das eine Nutzungswahrscheinlichkeit pro Aufenthaltstag von 0,0214. Dieser Wert entspricht exakt der Apotheken-Nutzungswahrscheinlichkeit der Gesamtbevölkerung an ihrem Hauptwohnsitz. Dort liegt der Wert bei 0,021368 und errechnet sich aus durchschnittlich 7,8 Apothekenbesuchen pro Jahr gebrochen durch 365 mögliche Nutzungstage.

Die 404 Personen mit Zweitwohnsitz des Wiener Teiles im grünen Polygon sind demnach zu 12,8 % (= 52 ? Einwohnergleichwerte?) und die 47 Personen mit Zweitwohnsitz des niederösterreichischen Teiles im grünen Polygon sind demnach zu 14,1 % (= 7 ? Einwohnergleichwerte?), die 8 Personen mit Zweitwohnsitz des Wiener Teiles im orangefarbigem Polygon sind demnach zu 12,8 % (= 1 ? Einwohnergleichwert?) und die 138 Personen mit Zweitwohnsitz des niederösterreichischen Teiles im orangefarbigem Polygon sind demnach zu

14,1 % (= 19 ? Einwohnergleichwerte?) dem Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen M-Apotheke in Wien 14 zuzurechnen. Mit weiteren zusätzlich zu versorgenden Personen gemäß § 10 Abs 5 ApG ist im oben umschriebenen Versorgungsgebiet nicht zu rechnen.

Das Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen M-Apotheke in Wien 14 stellt sich somit wie folgt dar:

Versorgungsgebiet Versorgungspotential

grünes Polygon

ständige Einwohner 5.988

orangefarbiges Polygon

(aufgrund der bestehen bleibenden

ärztlichen Hausapotheken in Ma. zu

22 % berücksichtigt)

ständige Einwohner 588

Personen mit Zweitwohnsitz

(im o.a. Versorgungsgebiet)

Einwohnergleichwerte 79

Summe 6.655

3. Weitere bestehende öffentliche Apotheken in Wien 14 und P. Zu den weiteren bestehenden öffentlichen Apotheken in Wien 14 und P. ist auszuführen, dass jene Personen, die in Zukunft die neu angesuchte Apotheke in Wien 14 aufsuchen werden, bisher durch die oben untersuchte Apotheke bzw. in den Wohnsitzapotheken der Benutzer des Einkaufszentrums im A-Center versorgt wurden. Da sich diese Arzneimittelbesorgungen auf mehrere öffentliche Apotheken aufteilen, wird es bei keiner dieser Apotheken durch die Eröffnung der angesuchten neuen öffentlichen Apotheke in Wien 14 zu einer messbaren Verringerung des jeweiligen Versorgungspotentials kommen.

IV. Gutachten

1. Neu zu errichtende öffentliche Apotheke in Wien 14 Aufgrund des o.a. Befundes befindet sich in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte keine ärztliche Hausapotheke. Somit konnten Erhebungen zur Anzahl der Vertragsstellen nach § 342 Abs1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin in der Gemeinde oder im Umkreis von vier Straßenkilometern um die in Aussicht genommene Betriebsstätte besetzt sind, unterbleiben.

2. Bestehende öffentliche M-Apotheke in Wien 14

Aufgrund des o.a. Befundes wird die bestehende öffentliche M-Apotheke in Wien 14 im Falle der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke in Wien 14 jedenfalls über

5.500 Personen aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin zu versorgen haben, bestehend aus 5.988 ständigen Einwohnern innerhalb des 4-km-Polygons sowie 667 zusätzlich zu versorgenden Personen im Sinne des § 10 Abs 5 ApG.

Da auch die Entfernung zwischen der M-Apotheke und der angegebenen Betriebsstätte der neu angesuchten Apotheke mehr als 500 m beträgt, ist der Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke im Sinne der apothekengesetzlichen Vorschriften gegeben.

3. Weitere bestehende öffentliche Apotheken in Wien 14 und P. Die Zahl der von den umliegenden öffentlichen Apotheken in Wien 14 und P. weiterhin zu versorgenden Personen wird sich - wie unter III. des vorliegenden Gutachtens befunden - in Folge der Neuerrichtung nicht verringern. Eine etwaige Änderung der zu versorgenden Personen liegt innerhalb der natürlichen Variabilität des Kundenpotentials. Das Erfordernis der Kausalität einer Verringerung des Versorgungspotentials im Sinne des § 10 Abs 2 Z 3 ApG ist dadurch nicht erfüllt. Der Bedarf an der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist somit im Sinne der apothekengesetzlichen Vorschriften gegeben. Diesem Gutachten wurde die anonymisierte Hausapothekenstudie und die Studie Nutzungsdauer von Zweitwohnsitzen beigelegt. Mit Schriftsatz vom 26.4.2007 nahm die Berufungswerberin zum obangeführten Gutachten der Apothekerkammer Stellung. In dieser führte sie im Wesentlichen aus wie folgt:

b) die ÖAK/LG Wien geht zu Unrecht davon aus, dass aus dem von ihr in Anlage 2 grün bezeichneten Polygon der M-Apotheke ein Versorgungspotential von 5.988 ständigen Einwohnern verbleibt. Ohne auf unser Vorbringen im bisherigen Verwaltungsverfahren sowohl vor der Behörde erster Instanz als auch im Berufungsverfahren einzugehen, hat die ÖAK/LG Wien völlig unreflektiert wiederum sämtliche ständige Einwohner des grünen Polygons südlich der A-Gasse dem der M-Apotheke verbleibenden Versorgungspotential zugerechnet, obwohl es diese ständigen Einwohner wie schon ein Blick auf den von der ÖAK/LG Wien selbst vorgelegten Plan zeigt näher zur Betriebsstätte der neu beantragten öffentlichen Apotheke als zur Betriebsstätte der M-Apotheke haben.

In unserem Schriftsatz vom 18.8.2006 an den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien zur GZ UVS-MIX/42/6386/2006 haben wir eine Projektauswertung der Statistik Austria vom 27.7.2006 vorgelegt, aus der sich ergibt, dass in dem dort mit violett bezeichneten Polygon (dieses deckt sich mit dem südlichen Teil des von der ÖAK/LG Wien nunmehr grün bezeichneten Polygon) zum Stichtag 1.1.2006 992 Personen Hauptwohnsitz und 187 Personen mit Nebenwohnsitz vorhanden sind.

Wir haben ausführlich dargelegt, dass allein schon aufgrund des Wegfalls dieser Personenzahl die Voraussetzungen für die neu beantragte öffentliche Apotheke nicht gegeben sind. Es handelt sich dabei jedenfalls um 992 Personen mit Hauptwohnsitz und 187 mit Nebenwohnsitz, insgesamt daher um 1.018 Personen (992 ständige Einwohner zuzüglich 14,1 % von 187 Nebenwohnsitzern), die die ÖAK/LG Wien in ihrem Gutachten zu Unrecht dem der M-Apotheke verbleibenden Versorgungspotential zuzurechnen hat. ...c) Ebenfalls völlig unreflektiert und ohne auf unser bisheriges Vorbringen einzugehen, hat die ÖAK/LG Wien auch diesmal 22 % der ständigen Einwohner von Ma. nämlich 588, dem Versorgungspotential der M-Apotheke zugerechnet, ohne die besondere geographische Lage von Ma. zu berücksichtigen. Hätte sie sich nämlich bzw. die mit der Gutachtenserstattung betrauten Personen die Lage vor Ort angesehen, hätte sie zum Ergebnis kommen müssen, dass es sich bei Ma. um eine sehr große ausgedehnte Gemeinde handelt, von der lediglich der Ortsteil St. und damit nur 22 % der 340 Einwohner dieses Ortsteiles maximal dem Versorgungspotential der M-Apotheke zugerechnet werden können. Die anderen ständigen Einwohner der Gemeinde Ma. (Ortsteile Ma. und Hb.) haben es jedenfalls nach G. und T. zum Teil näher, zum Teil sind auch diese Gemeinden verkehrsmäßig günstiger zu erreichen. Dazu kommt auch noch der Umstand, dass man wenn man von Ma. Richtung Stadtzentrum Wien fährt nicht unmittelbar an der M-Apotheke in Ha. vorbeifährt, sondern an der Ampel bei der Kreuzung der M-Straße mit der H-Straße in einer leichten Linkskurve direkt in die H-Straße und sodann in die L-Straße Richtung Wien einbiegt und nach rechts stadtauswärts fahren müsste, um die Betriebsstätte der M-Apotheke zu erreichen..

Im Hinblick darauf, dass sich in der L-Straße Richtung stadteinwärts zahlreiche Apotheken mit Parkplatzmöglichkeiten befinden, ist es schon nach den Erfahrungen des täglichen Lebens unwahrscheinlich, dass die ständigen Einwohner von Ma., die eine öffentliche Apotheke in Anspruch nehmen und Richtung Wien fahren, bei der oben zitierten Ampel zunächst stadtauswärts und dann wieder Richtung Wien stadteinwärts fahren. Daher ist auch unseres Erachtens schon die Zurechnung von 22 % der ständigen 340 Einwohner von St. (d.s. 75 Einwohner) aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten nicht einmal realistisch, geschweige dann die Zurechnung von 22 % sämtlicher Einwohner von Ma. zum Versorgungspotential der M-Apotheke, was uE ebenfalls in der anzuberaumenden mündlichen Verhandlung unter Beiziehung der ÖAK/LG zu erörtern sein wird. ..f) Das Gutachten der ÖAK/LG Wien führt auf Seite 13 aus, dass das Gutachten nur aufrecht erhalten werden kann, wenn sich die Betriebsstätte im Bauteil 4 des A-centers befindet, was

sich auch aus der graphischen Darstellung in der Anlage 3 des Gutachtens ergibt. Nicht berücksichtigt hat die ÖAK/LG Wien ? entgegen ihrer sonstigen Vorgangsweise - allerdings, dass ihr Gutachten auch nur unter der Voraussetzung einer entsprechenden Standorteinschränkung auf dem Bauteil 4 des A-Centers aufrecht erhalten werden kann. Wäre dies nämlich nicht der Fall, hätte der Kw aufgrund des von ihr beantragten und bislang jedenfalls nicht eingeschränkten Standortes die Möglichkeit, an die von ihr ursprünglich beantragte Betriebsstätte zurück zu übersiedeln, die noch dazu ? unbestritten ? weniger als 500 Meter von der Betriebsstätte der M-Apotheke entfernt ist, weswegen die Voraussetzungen für die neu beantragte öffentliche Apotheke auch wegen des Mangels der Mindestentfernung des § 10 Abs 2 Z 2 ApG nicht erfüllt wären.

Es müsste daher ? selbst nach dem Ergebnis der Stellungnahme der ÖAK/LG Wien ? eine entsprechende Standorteinschränkung erfolgen.?

Daraufhin erging ein mit 2.5.2007 datiertes Ersuchen des erkennenden Senats an die Apothekerkammer auf Ergänzung ihres Ergänzungsgutachtens vom 1.2.2007. In diesem wurde im Wesentlichen ausgeführt wie folgt:

?Dem Gutachten der Apothekerkammer vom 2.4.2007 wird nämlich ein Befund zugrunde gelegt, welcher nur im Falle des Bestehens besonderer, im Gutachten weder behaupteter noch begründeter Konstellationen für die Ermittlung der Versorgungsgebiete der beiden verfahrensgegenständlichen Nachbarapotheken ausreichend erscheint.

1) Zuschlagung der Bewohner der H-Straße und der W-Gasse sowie eines Teiles der Wi-Straße zum Versorgungsgebiet der M-Apotheke:

Aus der Anlage 3 des oa Gutachtens ist ersichtlich, dass zwischen der H-Gasse und der Z-Gasse entweder eine Verbindungsstraße liegt oder aber die Z-Gasse in die H-Gasse mündet. In Anbetracht dieser Straßenverbindung zur Z-Gasse müsste jedenfalls ein Teil der H-Straße näher zum beantragten Apothekenbetriebsstandort als zum Betriebsstandort der M-Apotheke liegen. In diesem Falle wäre dieses näher liegende Gebiet nur dann weiterhin der M-Apotheke zuzuschlagen, wenn diese Straßenverbindung zur Z-Gasse nicht ganzjährig befahrbar bzw. wenn diese gar nicht befahrbar ist. Es wird daher um die Ermittlung der Befahrbarkeit bzw. ganzjährigen Befahrbarkeit dieser Verbindungsstraße ersucht. In diesem Zusammenhang wird darauf verwiesen, dass der erkennende Senat nicht die Ansicht teilt, dass bei der Ermittlung des Versorgungsgebiets eines städtischen, durch Verkehrsmittel erschlossenen Gebietes Einbahnführungen zu beachten sind, zumal der für die Beachtlichkeit von Einbahnstraßen ergangenen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs die Prämisse der primären Art der Zurücklegung der Wegstrecke vom Wohnsitz zur Apotheke zugrunde liegt. Dies führt, wie der Verwaltungsgerichtshof zu ländlichen Gebieten ausführt, zutreffend zur Annahme, dass bei der Ermittlung der 4-Kilometer-Wegdistanz in erster Linie die durch ein Privatfahrzeug zurückgelegte Distanz zugrunde zu legen ist. Im städtischen Gebiet trifft aber dieser Befund nicht zu, sodass in derartigen Gebieten, wozu auch das gegenständliche Gebiet zählt, Einbahnführungen unbeachtlich sind.

Dieselbe Problematik stellt sich für die gänzliche Zuschlagung der W-Gasse zum Versorgungsgebiet der M-Apotheke. Eigentlich müsste zumindest ein Teil dieser Gasse auch der antragstellenden Apotheke zugeschlagen werden.

Weiters sei auf das letzte Ergänzungsgutachten verwiesen, wonach alle Weghalbdistanzen zwischen der konzessionswerbenden Apotheke und den beiden Nachbarapotheken nachvollziehbar zu ermitteln sind.

Nach der Darstellung auf Anlage 3 liegt, möglicherweise infolge der Betriebsstättenverlegung in Richtung Osten, die Kreuzung Wi-Straße/H-Straße zur Gänze im Versorgungsgebiet der M-Apotheke. Unter Zugrundelegung der Richtigkeit dieser Messung liegt daher kein Teil der H-Straße im Versorgungsgebiet der konzessionswerbenden Apotheke. Dies hat zur Folge, dass auch die P. Apotheke nicht mehr als Nachbarapotheke anzusehen ist, und daher nicht mehr berufslegitimiert ist.

Sollte aber der Mittelpunkt dieser Kreuzung im Versorgungsgebiet der antragstellenden Apotheke liegen, würde sich ein gänzlich anderes Bild ergeben. In diesem Falle wäre der westliche Teil der H-Straße und allenfalls auch ein Teil der Wi-Straße in P. der konzessionswerbenden Apotheke zuzuschlagen, womit die Apotheke in P. weiterhin als Nachbarapotheke anzusehen wäre. Es wird daher um eine penible und metergenaue (und entsprechend nachprüfbar) Halbdistanzermittlung zur Ermittlung der genauen Versorgungsgebietsgrenze in diesem Gebiet anhand einer Vermessung in natura (!) entsprechend den Vorgaben im letzten Ergänzungsgutachten ersucht.

Im Falle, dass infolge dieser Ermittlungen die Notwendigkeit der Neuermittlung der Grenze der Versorgungsgebiete zwischen den Apotheken bestehen sollte, wird um die neuerliche Ermittlung des Versorgungsgebiets der M-Apotheke und allenfalls auch der Apotheke in P. ersucht.

2) Ermittlung der von der in Ma. befindlichen ärztlichen Hausapotheke versorgten Personen:

Die Apothekenkammer ging von der Prämisse aus, dass durch die M-Apotheke trotz des Bestehens einer (in den beigeschlossenen Plänen nicht eingezeichneten !!) ärztlichen Hausapotheke in Ma. auch in Ma. wohnhafte Personen versorgt werden. Bei der Ermittlung wurde in Entsprechung der Judikatur zum ApothekenG vor der Fassung der ApG-Novelle BGBl. I Nr. 41/2006 eine Aufteilung entsprechend den Ergebnissen der Studie ?anonymisierte Hausapotheken? vorgenommen.

Zu dieser Vorgangsweise ist auszuführen, dass nach Ansicht des erkennenden Senats durch die ApG-Novelle BGBl. I Nr. 41/2006 von einer grundlegend neuen, offenkundig von der Apothekenkammer nicht beachteten Rechtslage und in der Folge von der Einschränkung des Anwendungsbereichs der oa VwGH-Judikatur auszugehen ist.

§ 28 Abs 2 ApG idF BGBl. I Nr. 41/2006 lautet nämlich nunmehr wie folgt:

?Sind in einer Gemeinde weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs 1 ASVG von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt, oder hat in einer Gemeinde nur eine Vertragsgruppenpraxis, die versorgungswirksam höchstens eineinhalb besetzten Vertragsstellen nach § 10 Abs 2 Z 1 entspricht, ihren Berufssitz, so erfolgt die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung zur Sicherung der ärztlichen Versorgung in der Regel durch ärztliche Hausapotheken, sofern nicht Abs 3 oder § 29 Abs 1 Z 3 Anwendung findet.?

Offenkundig wird durch diese Bestimmung (in Ergänzung zu analogen Bestimmung für das Versorgungsgebiet öffentlicher Apotheken des § 10 ApG) ausdrücklich der Kreis der von einer ärztlichen Hausapotheke versorgten Personen bestimmt. Im Gegensatz zur alten Rechtslage, etwa § 28 Abs 2 ApG in der ApG-Fassung BGBl. I Nr. 16/2001, auf welcher die bisherige VwGH-Judikatur basiert, wird nun nicht mehr der durch eine ärztliche Hausapotheke versorgte Personenkreis bloß für den Fall, dass 1) sich weder im 4-Kilometer-Umkreis der Hausapotheke eine öffentliche Apotheke befindet, noch 2) die Voraussetzungen i. S.d. § 28 Abs 3 ApG in der alten Fassung erfüllt sind, gesetzlich bestimmt. Nach dieser Rechtslage war daher zur Ermittlung des durch ärztliche Hausapotheken in den übrigen Fällen versorgten Personenkreises der vom VwGH vorgenommene Lückenschluss zugrunde zu legen.

Nunmehr bestimmt § 28 Abs 2 ApG die Anzahl der von einer ärztlichen Hausapotheke versorgten Personen nur in den Fällen nicht, in welchen:

- 1) in der Gemeinde des Betriebsstandorts der ärztlichen Hausapotheke mindestens zwei Vertragsarztstellen von Ärzten der Allgemeinmedizin nach § 342 Abs 1 ASVG liegen bzw.
- 2) in dieser Gemeinde eine Vertragsgruppenpraxis mit einer Versorgungswirksamkeit von mehr als 1,5 Vertragstellen i.S.d. 10 Abs 2 Z 1 ApG liegt bzw.
- 3) der Betriebssitz der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke maximal 6 Kilometer vom Betriebssitz der ärztlichen Hausapotheke entfernt liegt bzw.
- 4) in oa Gemeinde eine Konzession einer öffentlichen Apotheke rechtskräftig erteilt worden ist.

Im Falle der Verneinung all dieser Fragen würde sich das Versorgungsgebiet der ärztlichen Hausapotheke mit dem gesamten Gemeindegebiet von Ma. decken, sodass die M-Apotheke überhaupt keine Einwohner von Ma. (aufgrund deren Wohnsitzmeldung) versorgen würde.

In allen anderen Fällen wird die von der ärztlichen Hausapotheke versorgte Personenanzahl entsprechend der oa VwGH-Judikatur zu ermitteln sein.

In diesem Falle wäre daher das Versorgungsgebiet im letztgenannten Ergänzungsgutachten angeführten öffentlichen Apotheken entsprechend den Vorgaben der letzten Ergänzungsgutachtens zu ermitteln. Sodann wäre die Anzahl der von der M-Apotheke versorgten Personen zu ermitteln. In einem zweiten Schritt wären von der in Ma. im Versorgungsgebiet der M-Apotheke wohnenden Personen, welche entsprechend der VwGH-Judikatur von der ärztlichen Hausapotheke versorgt werden, in Abzug zu bringen.

Voraussetzung für die Heranziehung der oa VwGH-Judikatur ist daher die Klärung nachfolgender Vorfragen:

1) Liegen in der Gemeinde des Betriebsstandorts der ärztlichen Hausapotheke mindestens zwei Vertragsarztstellen von Ärzten der Allgemeinmedizin nach § 342 Abs 1 ASVG ?

2) Liegt in dieser Gemeinde eine Vertragsgruppenpraxis mit einer Versorgungswirksamkeit von mehr als 1,5 Vertragstellen i. S.d. 10 Abs 2 Z 1 ApG ?

3) Liegt der Betriebssitz der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke maximal 6 Kilometer vom Betriebssitz der ärztlichen Hausapotheke entfernt ?

4) Wurde in oa Gemeinde eine Konzession einer öffentlichen Apotheke rechtskräftig erteilt ?

Nur im Falle des Nichtvorliegens all dieser oa Voraussetzungen wäre sodann entsprechend den im letzten Ergänzungsgutachten angeführten Kriterien das Versorgungsgebiet aller öffentlichen Nachbarapotheken der oa ärztlichen Hausapotheke zu ermitteln und hinsichtlich des so ermittelten Versorgungsgebietes der M-Apotheke im Gebiet der Gemeinde Ma. eine Aufteilung iSd oa VwGH-Judikatur vorzunehmen.

3) keine Begründung für die Begrenzung des Versorgungsgebiets der M-Apotheke:

Im letzten Ergänzungsgutachten wurde ausdrücklich der Auftrag gegeben, all die den Nachbarapotheken nächstgelegenen öffentlichen Apotheken zu ermitteln und unter Zugrundelegung dieser Apothekenstandorte das Versorgungsgebiet der M-Apotheke bzw. allenfalls der gegenständlichen Apotheke in P. (sofern diese als Nachbarapotheke zu qualifizieren ist) zu ermitteln. Nun wurde im oa Gutachten zwar der M-Apotheke ein Versorgungsgebiet zugeschlagen, doch ist die Überprüfung dieser Ermittlung ohne Kenntnis aller Nachbarapotheken der M-Apotheke nicht möglich. Es wird daher unter Anführung aller Nachbarapotheken der M-Apotheke und allenfalls der P. Apotheke die Versorgungsgebietsgrenze der M-Apotheke und allenfalls der P. Apotheke zu begründen sein.?

Mit Ergänzungsgutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 22.6.2007 führte diese im Wesentlichen aus wie folgt:

?Zur Frage des Bedarfes an der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in Wien 14 nimmt die Österreichische Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Wien) wie folgt ergänzend Stellung:

ad 1) Die ständigen Einwohner der H-Straße sind zur Gänze nicht dem Versorgungspotential der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke im A-Center zuzurechnen, da die H-Straße nicht in die Z-Gasse einmündet. Beide Straßen sind lediglich durch den R-Weg miteinander verbunden, welcher - wie die Anlage 1 eindeutig belegt - nicht befahrbar ist. Dies deshalb, weil die Einmündung des R-Weges in die H-Straße durch einen in der Mitte des Weges befindlichen Pflock gesperrt ist und die Einmündung des R-Weges in die Z-Gasse über eine Gehsteigkante führt, welche nicht abgeschrägt ist. Zu einer allfälligen Berücksichtigung von ständigen Einwohnern der W-Gasse ist auszuführen, dass diese eine Sackgasse ist. Eine Einmündung in die Wi-Straße besteht nicht (vgl. Anlage 2).

Als Anlage 3 wird ein von der Firma Vermessung A. erstellter Lageplan beigelegt, aus welchem sich ergibt, dass unabhängig von der jeweiligen Wegwahl der Halbierungspunkt zwischen der Betriebsstätte der neu beantragten Apotheke und der Betriebsstätte der M-Apotheke bei Streckenführung über den P-Platz immer östlich des Kreuzungsmittelpunktes gelegen ist. Hierbei ist anzumerken, dass bei der Variante, welche zum Halbierungspunkt ?a? führt die Verbindung im Bereich des A-Centers so gewählt wurde, dass man durch das A-Center durchgeht. Diese Verbindung steht jedoch nur während der Öffnungszeiten des A-Centers zur Verfügung. Jene Variante, welche zum Halbierungspunkt ?b? führt, ist die fußläufige Verbindung außerhalb des Gebäudes des A-Centers. Bei Annäherung mittels Kraftfahrzeug, steht diese Verbindung nur bedingt zur Verfügung, da für den Rückweg nicht die gleiche Wegstrecke benutzt werden kann und man über die A-Gasse zurückkehren muss. Dadurch ist in diesem Fall der Halbierungspunkt (resultierend aus der Berücksichtigung von Hin- und Rückweg) noch deutlich weiter östlich als der Halbierungspunkt ?b?.

Hinsichtlich der Frage der Berücksichtigung von Einbahnregelungen stellt die Österreichische Apothekerkammer fest, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 26. September 1994 (Zl.92/10/0459) festgestellt hat, dass die Erreichbarkeit mit Kraftfahrzeugen zugrunde zu legen ist. Ebenso hat er in diesem Erkenntnis festgestellt, dass hinsichtlich der zu berücksichtigenden Verkehrsverbindungen als Maßstab ein für Teilnehmer am Kraftfahrzeugverkehr allgemein vorauszusetzendes Verhalten anzulegen ist. In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof zwar die Problematik Stadt/Land angedacht, diese ist jedoch nicht in das o.a. Erkenntnis eingeflossen. Ebenso verweist der Verwaltungsgerichtshof in dem o. a. Erkenntnis auf seine Entscheidung vom 29.

November 1993 (Zl. 92/10/01110) in welcher er feststellt, dass zwar für Entfernungen, welche nur wenige 100 Meter betragen auch der Erreichbarkeit zu Fuß größeres Gewicht zukommt; jedoch grundsätzlich die Erreichbarkeit mit Kraftfahrzeugen entscheidend ist. Deshalb berücksichtigt die Österreichische Apothekerkammer in ihren Gutachten bis zu einer Entfernung von 500 Metern zur nächstgelegenen Betriebsstätte einer öffentlichen Apotheke auch Fußwege, darüber hinaus jedoch die Erreichbarkeit mit privaten Verkehrsmitteln (vgl. auch Kapitel II ?Methode? im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Wien)). Dass bei der Zurechnung der ständigen Einwohner zu den einzelnen Versorgungspolygonen der öffentlichen Apotheken auf den privaten PKW-Verkehr abzustellen ist, ergibt sich auch aus dem VwGH-Erkenntnis Zl. 98/10/0092 vom 11. Mai 1998, in welchem ausgeführt wird, dass der Umstand des Bestehens einer Autobuslinie nicht die Erwartung rechtfertigt, die ständigen Einwohner des betreffenden Gebietes würden ihren Arzneimittelbedarf nicht bei der nächstgelegenen Apotheke decken, sondern bei jener, die durch die Autobuslinie zu erreichen sei. Maßstab für die Zurechnung ist die räumliche Nähe und Erreichbarkeit. Die Erreichbarkeit ist in weiterer Folge in ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes in erster Linie durch die zur jeweils nächstgelegenen Betriebsstätte einer öffentlichen Apotheke zurückzulegenden Entfernung determiniert. Somit ergibt sich eindeutig, dass die Halbierung der jeweiligen Versorgungspolygone zwischen der M-Apotheke und der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke jedenfalls östlich der Kreuzung H-straße/Wi-straße gelegen ist. ad 2) Entgegen der im Ergänzungsauftrag enthaltenen Feststellung, dass in den beigeschlossenen Plänen die bestehende ärztliche Hausapotheke in Ma. nicht eingezeichnet sei, ist festzustellen, dass in Anlage 2 des Gutachtens vom 2.4.2007 sehr wohl die in Ma. befindliche ärztliche Hausapotheke entsprechend dem in der Legende angeführten Symbol dargestellt ist.

Hinsichtlich der Berücksichtigung von Personen aus Gemeinden, in welchen ärztliche Hausapotheken bestehen, vertritt die Österreichische Apothekerkammer die Auffassung, dass Absatz 2 des § 28 ApG sowohl in der geltenden Fassung als auch in der Fassung BGBl. 16/2001 nicht die Versorgung der Einwohner dieser Gemeinden regelt, sondern hier ausschließlich die Errichtungskriterien für ärztliche Hausapotheken festgeschrieben werden. Diese Interpretation des § 28 ApG ergibt sich insbesondere in Verbindung mit § 29 ApG; ein Abgehen von der teilweisen Berücksichtigung der ständigen Einwohner aus Hausapothekengemeinden würde ja dazu führen, dass entgegen gesetzlicher Bestimmungen alle ständigen Einwohner der betreffenden Gemeinde nur den praktischen Arzt mit Hausapotheke aufsuchen dürften. Die Möglichkeit andere praktische Ärzte ohne ärztliche Hausapotheke (wie im konkreten Fall) in dieser Gemeinde oder das Aufsuchen von Fachärzten und die Möglichkeit deren Verschreibungen einzulösen, würde bei der vorgeschlagenen Interpretation völlig negiert werden. Dies vor dem Hintergrund, dass der hausapothekenführende Arzt nur Rezepte an bei ihm in Behandlung stehenden Personen abgeben darf. Er ist nicht ? außer in Notfällen ? berechtigt, Arzneimittelverschreibungen von Fachärzten bzw. anderen Allgemeinmediziner ohne ärztliche Hausapotheke einzulösen. Neben der hausapothekenführenden Ärztin Frau Dr. G.. ordinieren in Ma. ? wenn auch ohne Kassenvertrag ? eine Reihe weiterer Allgemeinmediziner und Fachärzte (lt. Homepage der Ärztekammer Niederösterreich; vgl. Anlage 4).

Im konkreten Fall ist jedoch die Zurechnung eines Anteiles von 22 % der ständigen Einwohner jener Gebiete, welche näher zu ärztlichen Hausapotheken als zur nächstgelegenen öffentlichen Apotheke liegen auch gemäß den Ausführungen des UVS Wien gerechtfertigt, da die im Fragenkatalog ad 2) 3. gestellte Frage, ob zwischen der ärztlichen Hausapotheke in Ma. und der Betriebsstätte der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke eine Entfernung von max. 6 Kilometern lege, zu bejahen ist. Die M-Apotheke ist nur ca. 5,6 Kilometer vom Ordinationssitz von Fr. Dr. G. in Ma. entfernt. Somit ist im konkreten Fall eine anteilige Zurechnung der Personen aus Hausapothekengemeinden auch nach Ansicht des Unabhängigen Verwaltungssenates für Wien gerechtfertigt.

ad 3) Ergänzend zur Anlage 2 des Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Wien) vom 2. April 2007 ist festzustellen, dass die Abgrenzung des Versorgungspolygons der M-Apotheke im nordwestlichen Bereich zur bestehenden öffentlichen Apotheke in G. erfolgte; im westlichen Bereich in Richtung der bestehenden öffentlichen Apotheke S. in P.; in Richtung Süden erfolgte die Abgrenzung zur angesuchten neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke im A-Center; in Richtung Osten erfolgte die Abgrenzung in erster Linie zur N.-Apotheke sowie in Nordosten zur Apotheke E. in Wien 17.

Zur Situation der P. Apotheke wird auf die Ausführungen unter ad 1) verwiesen, aus welchen sich ergibt, dass für die sich aus P. annähernden Personen die M-Apotheke die nächstgelegene öffentliche Apotheke ist. ?

Daraufhin wurde die Österreichische Apothekerkammer mit Schriftsatz des erkennenden Senats vom 29.6.2007 neuerlich zur Erstellung eines Ergänzungsgutachtens eingeladen. In diesem wurde im Wesentlichen ausgeführt wie folgt:

?Aus dem Gutachten der Apothekerkammer vom 22.6.2007 kann (?) nicht erschlossen werden, ob dieses entsprechend dem Gutachtensersuchen vom 2.5.2007 erstellt worden ist. Außerdem wurde dem Gutachten keine die Überprüfung der Gutachtensannahmen ermöglichenden Datenunterlagen beigelegt. Zudem war der Gutachtensauftrag des erkennenden Senats vom 2.5.2007 insoweit unzulänglich, als keine Kriterien für die Ermittlung eines Kreuzungsmittelpunktes einer Kreuzung, in welcher lediglich drei Straßen münden, angeführt worden sind.

1) Fußwegermittlungen im A-center:

Dem Gutachten wurden keinerlei Planunterlagen betreffend das A-center beigelegt, sodass nicht erschlossen werden kann, welche Fußwege sich im A-center befinden. Folglich ist auch der vorgeschlagene Fußweg von B? zu D nicht dahingehend überprüfbar, ob dieser tatsächlich der direkteste und kürzeste Fußweg zum Zwecke der Überwindung der Distanz von A nach B? ist. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass aufgrund der Antragsunterlagen davon auszugehen ist, dass die gegenständlich projektierte Apotheke im Kellergeschoß und nicht direkt an einer Straße für den mehrspurigen Fahrzeugverkehr liegt. In solch einem Fall ist entsprechend d

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at