jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 2000/11/13 98/10/0089

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 13.11.2000

Index

82/04 Apotheken Arzneimittel;

Norm

ApG 1907 §10 Abs2 idF 1998/I/053;
ApG 1907 §10 Abs2 Z3;
ApG 1907 §10 Abs4;
ApG 1907 §10 Abs5 idF 1998/I/053;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Novak, Dr. Mizner, Dr. Bumberger und Dr. Stöberl als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Killian, über die Beschwerde des Mag. pharm. R in Wien, vertreten durch Dr. Wolfgang Völkl, Rechtsanwalt in Wien IX, Nußdorferstraße 10-12, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 25. April 1997, Zl. 262.220/0-VIII/A/4/97, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke (mitbeteiligte Partei: Mag. pharm. K in Wien, vertreten durch Dr. Eleonore Berchtold-Ostermann, Rechtsanwalt in Wien I, Bräunerstraße 6), zu Recht erkannt:

Spruch

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

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 12.950,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 29. Mai 1995 beantragte die mitbeteiligte Partei beim Landeshauptmann von Wien (LH) die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Wien 11., Geiselbergstraße 26-32.

Gegen die Neuerrichtung wurde u.a. vom Inhaber der "Herder-Apotheke", dem Rechtsvorgänger der beschwerdeführenden Partei, Einspruch erhoben und ausgeführt, das Versorgungspotential der neuen Apotheke betrage deutlich weniger als 5.500 Einwohner und das der "Herder-Apotheke" verbleibende Versorgungspotential werde nur rund 3.848 Personen betragen und zwar die Hälfte der Einwohner des Zählsprengels 032 (450 Personen), die Einwohner der Zählsprengel 034 (816 Personen) und 036 (1.182 Personen) sowie die Hälfte der Einwohner des Zählsprengels 038 (1.400 Personen). Dazu komme, dass eine große Anzahl der im Gebiet um die "Herder-Apotheke" wohnenden Bevölkerung die Einkäufe des täglichen Bedarfes in der Simmeringer Hauptstraße besorge und dann auch gleich bei einer der hier bestehenden Apotheke die benötigten Medikamente besorge.

Der LH holte ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer ein. In diesem Gutachten wird u.a. ausgeführt, unter Berücksichtigung sämtlicher maßgebender örtlicher Verhältnisse, d.h. unter Bedachtnahme auf die Entfernung, die von den zu versorgenden Personen zur jeweils nächstliegenden öffentlichen Apotheke zurückzulegen sei, sowie auf die Eisenbahnlinien der Ostbahn einerseits und der Nordbahn andererseits, die eine "Art verkehrstechnische Barriere" darstellten, würden von der beantragten Apotheke mindestens

5.771 Personen zu versorgen sein und zwar die ständigen Einwohner der Zählsprengel 03081, 11040 und 11041. Der "Herder-Apotheke" würden 5.963 ständige Einwohner zur Versorgung verbleiben und zwar die ständigen Einwohner der Zählsprengel 11032, 11034 und 11036 sowie die ständigen Einwohner folgender Straßen bzw. Straßenzüge der Zählsprengel 11033, 11035, 10037 und 11038: Lorystraße (ausgenommen der südöstlich der Braunhubergasse gelegene Teil),

Am Kanal, die Braunhubergasse nach Norden bis zur Hugogasse, die Dommesgasse ebenfalls bis zur Hugogasse, die Grillgasse nach Norden bis zur Sedlitzkygasse, die Hakelgasse, die Gottschalkgasse nach Norden bis zur Sedlitzkygasse, die Felsgasse ab Haus Nr. 5, die Drischützgasse ab Haus Nr. 6, sowie die Hauffgasse ab Haus Nr. 15. Da für die einzelnen Adressen detaillierte Bevölkerungszahlen nur aus 1991, dem Jahr der letzten Volkszählung vorgelegen seien, wären diese Daten analog zur Bevölkerungsentwicklung im jeweiligen Zählsprengel hochgerechnet worden.

Mit Bescheid des LH vom 11. Oktober 1996 wurde der mitbeteiligten Partei die beantragte Konzession unter Festsetzung eines näher umschriebenen Standortes erteilt und die gegen die Neuerrichtung dieser Apotheke erhobenen Einsprüche abgewiesen. Begründend wurde - nach Wiedergabe sowohl der angewendeten Rechtsvorschriften wie auch der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens - im Wesentlichen ausgeführt, die mitbeteiligte Partei erfülle die im Apothekengesetz geforderten persönlichen und fachlichen Voraussetzungen, der Bedarf nach der beantragten Apotheke i.S.d. § 10 ApG sei gegeben und das Vorhandensein eines Lokales für die in Aussicht genommene Betriebsstätte glaubhaft gemacht worden. Es habe daher die beantragte Konzession erteilt werden können.

Die Inhaber benachbarter Apotheken, unter ihnen auch die beschwerdeführende Partei, erhoben Berufung. Die beschwerdeführende Partei brachte vor, ihre Erhebungen bei der MA 66 hätten ergeben, dass bei den - dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer zugrundeliegenden - Einwohnerzahlen nicht unterschieden werde, ob es sich dabei um Personen mit Hauptwohnsitz oder mit Nebenwohnsitz handle. Die von der MA 66 erhobenen Zahlen seien daher als Grundlage für die Bedarfsprüfung nach dem ApG unbrauchbar. Die Annahme eines i.S.d. § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG ausreichenden Versorgungspotentials für die beantragte Apotheke sei aus näher dargelegten Gründen unzutreffend. In Ansehung der Bedarfsvoraussetzung nach § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG ergäben die Zählsprengel 11032, 11034 und 11036 insgesamt nur 3.102 Einwohner. Die Zuordnung der Einwohner einzelner Straßenzüge zur Apotheke der beschwerdeführenden Partei sei unzutreffend. Die Straße "Am Kanal" könne - wie ein Blick auf den Stadtplan zeige - der "Herder-Apotheke" nicht zur Gänze zugerechnet werden, weil sie bis zur Kreuzung mit der Lorystraße wesentlich näher zur Betriebsstätte der Apotheke "Zum Schwarzen Adler" gelegen sei als zur "Herder-Apotheke". Die Lorystraße ab dem Haus Nr. 57, die Braunhubergasse bis zur Herbortgasse, die gesamte Hugogasse und die Dommesstraße bis zum Haus Nr. 6 seien wesentlich näher zur Betriebsstätte der "Ludwigs-Apotheke" gelegen. Wenn man dazu bedenke, dass die "Ludwigs-Apotheke" aus diesem Bereich nicht nur durch die Bahnunterführung im Zuge der Simmeringer Hauptstraße, sondern auch der Lorystraße und dann über die Hangerstraße bequem aus diesem Gebiet erreichbar sei, so müssten sämtliche Einwohner dieses Gebietes dem Versorgungspotential der "Ludwigs-Apotheke" zugerechnet werden. Der nördlich der Lorystraße gelegene Teil der Grillgasse bis zur Sedlitzkygasse sei gleichfalls nicht der Apotheke der beschwerdeführenden Partei, sondern weil es von hier näher, "jedenfalls aber zumindest gleich weit" zur Apotheke "Zur Mariahilf" sei, dem Versorgungspotential dieser Apotheke zuzurechnen. Dasselbe gelte für die Bereiche der Gottschalkgasse und der Hakelgasse zwischen der Lorystraße und der Sedlitzkygasse. Richtigerweise verlaufe die Grenze des Versorgungsgebietes der Apotheke "Zur Mariahilf" im Zuge der Gottschalkgasse bis zum Haus Nr. 13 und in der Hakelgasse bis zum Haus Nr. 3. Schließlich sei die vorgenommene Hochrechnung aus näher dargelegten Gründen unzulässig und es sei auch die starke Sogwirkung, die die Geschäfte und sonstigen infrastrukturellen Einrichtungen in der Simmeringer Hauptstraße auf die Umgebung der Herder-Apotheke ausübten, nicht berücksichtigt worden.

Mit Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 25. April 1997 wurden die u.a. von der beschwerdeführenden Partei erhobenen Berufungen abgewiesen und der Erstbescheid bestätigt. Hiezu wurde - nach Wiedergabe der angewendeten Rechtsvorschriften - im Wesentlichen ausgeführt, die Berufungsbehörde lege ihrer

Bedarfsbeurteilung die von der beschwerdeführenden Partei vorgelegte Bevölkerungsevidenz zugrunde. Die neu zu errichtende Apotheke werde aus näher dargelegten Gründen ein ausreichendes Kundenpotential haben. Das Versorgungsgebiet der "Herder-Apotheke" bestehe, wie vom LH zutreffend ausgeführt worden sei, aus den Zählsprengeln 11032 (mit 1.015 Einwohnern), 11034 (mit 860 Einwohnern, 1136 (mit 1.227 Einwohnern), 11033 (mit 1.766 Einwohnern), 11035 (mit 993 Einwohnern), 11037 (mit 1.148 Einwohnern) und 11038 (mit 2.805 Einwohnern). Die Zählsprengel 11032, 11034 und 11036 lägen zwischen der Lorystraße und der Bahnlinie, und zwar eindeutig der "Herder-Apotheke" am nächsten; aber auch der Zählsprengel 11038 sei der "Herder-Apotheke" zuzuordnen, weil ihn die Ostbahn von der "Ludwigs-Apotheke" trenne. Dass Bewohner von Teilen der Zählsprengel 11035 und 11037 ebenfalls die "Herder-Apotheke" aufsuchten, "sei nicht auszuschließen". Jedenfalls bildeten die Einwohner der Sprengel 11032, 11034, 11036 und 11038 mit insgesamt

5.907 Einwohnern ein ausreichendes Kundenpotential, das der "Herder-Apotheke" auch nach Eröffnung der beantragten Apotheke verbleiben werde. Die Behauptung der beschwerdeführenden Partei, die statistischen Einwohnerzahlen der MA 66 seien für die Vornahme der Bedarfsprüfung unbrauchbar, sei völlig unverständlich. Im Übrigen habe die Berufungsbehörde bei der Zuordnung des Versorgungsgebietes der "Herder-Apotheke" sehr wohl berücksichtigt, dass die Apotheke "Zum schwarzen Adler" und die "Mariahilf-Apotheke" in der Simmeringer Hauptstraße etabliert seien. Die Lorystraße sei gegenüber der "Herder-Apotheke" und den beiden genannten Apotheken als örtliche Trennlinie aufzufassen. In diesem Punkt weiche die Ansicht der Berufungsbehörde etwas von der Meinung der Erstbehörde ab.

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 sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 2. März 1998, G 37/97-47 u.a., in § 10 des Apothekengesetzes, RGBl. Nr. 5/1907 in der Fassung der Apothekengesetz-Novelle 1990, BGBl. Nr. 362, (ApG) im Abs. 2 die Z. 1, den Abs. 3 zur Gänze und im Abs. 5 die Wortfolge "3 oder" als verfassungswidrig aufgehoben und ausgesprochen, dass die verfassungswidrigen Vorschriften nicht mehr anzuwenden sind; frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Wirksamkeit.

Die vorliegende Beschwerdesache bildete einen Anlassfall i. S.d. Art. 140 Abs. 7 B-VG. Gemäß Art. 140 Abs. 7 B-VG ist eine vom Verfassungsgerichtshof aufgehobene Vorschrift im Anlassfall nicht mehr anzuwenden. Der Verwaltungsgerichtshof hat daher den angefochtenen Bescheid so zu beurteilen, als ob im Zeitpunkt seiner Erlassung die aufgehobenen Vorschriften nicht gegolten hätten.

§ 10 ApG, der die sachlichen Voraussetzungen der Konzessionserteilung regelt, lautet in der durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 2. März 1998 bereinigten Fassung - auszugsweise - wie folgt:

"(1) Die Konzession für eine neue zu errichtende öffentliche Apotheke ist zu erteilen, wenn

1.

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

2.

ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

(2) Ein Bedarf besteht nicht, wenn

1.

(aufgehoben)

2.

die Entfernung zwischen der künftigen 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 wird.

(3) (aufgehoben)

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

(5) Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner i.S.d. Abs. 4 weniger als 5.500, so sind die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen."

Soweit sich die Beschwerde auf die Frage der Bedarfsvoraussetzung gemäß § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG bezieht, wird damit eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides schon deshalb nicht aufgezeigt, weil diese Vorschrift - wie dargelegt - im Beschwerdefall nicht anzuwenden ist.

Die beschwerdeführende Partei erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid jedoch auch im Recht verletzt, "dass eine neue öffentliche Apotheke dann nicht errichtet werden darf, wenn die Zahl der von der Betriebsstätte einer bestehenden öffentlichen Apotheke weiterhin zu versorgenden Personen sich infolge der Neuerrichtung auf weniger als 5.500 Personen verringert". Sie bringt hiezu im Wesentlichen vor, die belangte Behörde habe sich mit ihren detaillierten Darlegungen, wonach die Zuordnung von Einwohnern der Zählsprengel 11033, 11035, 11037 und 11038 zur "Herder-Apotheke" unrichtig erfolgt sei, nicht auseinander gesetzt. Im Einzelnen habe sie vorgebracht, dass die Einwohner der durch diese Zählsprengel führenden Straßen "Am Kanal", Braunhubergasse und Grillgasse es in weiten Bereichen zu den Betriebsstätten anderer öffentlicher Apotheken näher hätten als zur "Herder-Apotheke".

Mit ihren Einwänden gegen die Zuordnung von Zählsprengeln zu ihrem Versorgungspotential ist die beschwerdeführenden Partei im Ergebnis im Recht.

Bei der Bedarfsermittlung hat die Behörde 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 weiters 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. Das Ergebnis dieser Prüfung hat in einer auf entsprechende Erhebungen gestützten prognostischen Zuordnung konkreter Kundenpotentiale zu der (den) bestehenden Apotheke(n) zu bestehen .

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 "örtliche 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. das hg. Erkenntnis vom 31. Mai 1999, Zlen. 99/10/0015, 0016, und die dort angeführte Vorjudikatur).

Nach dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer wurden dem Versorgungspotential der Apotheke der beschwerdeführenden Partei die Zählsprengel 11033, 11035, 11047 zur Gänze, der Zählsprengel 11038 aber lediglich in Ansehung bestimmter Straßen bzw. Straßenzüge zugeordnet und zwar - so die Begründung des Gutachtens - nach Maßgabe der Entfernung, die von den zu versorgenden Personen zur jeweils nächstliegenden öffentlichen Apotheke

zurückzulegen sein werde. Dabei sei auch die östlich von der Betriebsstätte der bestehenden "Herder-Apotheke" in nordwestlicher Richtung verlaufende Aspang-Eisenbahnlinie zu beachten gewesen, "welche eine Art verkehrstechnische Barriere darstellt".

Obwohl die beschwerdeführende Partei gegen diese Zuordnung u. a. vorgebracht hatte, im Zuge der Simmeringer Hauptstraße als auch der Lorystraße bestünden Bahnunterführungen, durch die die Einwohner näher beschriebener Straßenzüge des Zählsprengels 11038 es zur "Ludwigs-Apotheke" näher hätten und diese auch "bequem" erreichen könnten, hat die belangte Behörde, ohne sich mit diesem Vorbringen auseinander zu setzen, den Zählsprengel 11038 der "Herder-Apotheke" der beschwerdeführenden Partei - abweichend vom Gutachten der Apothekerkammer - zur Gänze zugeordnet, und zwar mit der Begründung, die Ostbahn trenne diesen Zählsprengel von der "Ludwigs-Apotheke". Feststellung betreffend die von der beschwerdeführenden Partei behaupteten Bahnunterführungen werden im angefochtenen Bescheid ebenso wenig getroffen wie Feststellungen über die Erreichbarkeit der "Ludwigs-Apotheke" im Vergleich zur "Herder-Apotheke" für die Einwohner der strittigen Straßenzüge.

Die dem angefochtenen Bescheid zugrundeliegende Annahme, der "Herder-Apotheke" der beschwerdeführenden Partei werde ein (ausreichendes) Versorgungspotential von 5.907 Einwohnern verbleiben, das neben den (unbestrittenen) Einwohnern der Zählsprengel 11032, 11034 und 11036 aus (sämtlichen) Einwohnern des Zählsprengels 11038 gebildet werde, beruht somit nicht auf einem mängelfreien Ermittlungsverfahren.

Dieser Verfahrensmangel erweist sich als wesentlich im Sinne des § 42 Abs. 2 Z. 3 VwGG, weil nicht auszuschließen ist, dass sich das Versorgungspotential der "Herder-Apotheke" bei Wegfall eines - nicht unerheblichen - Teiles des Zählsprengels 11038 (der dem angefochtenen Bescheid zufolge 2.805 Einwohner aufweist), auf weniger als 5.500 Personen verringert. Der Hinweis im angefochtenen Bescheid, es sei "nicht auszuschließen", dass Bewohner von Teilen der Zählsprengel 10035 und 11037 die "Herder-Apotheke" aufsuchen werden, vermag die gegenteilige Ansicht nicht zu stützen; hat es die belangte Behörde doch auch hier unterlassen, sich mit den Darlegungen der beschwerdeführenden Partei auseinander zu setzen und konkrete Feststellungen über die zurückzulegenden Entfernungen unter Berücksichtigung der gegebenen Verkehrsmöglichkeiten zu treffen.

Der angefochtene Bescheid war daher wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994. Das Stempelgebühren betreffende Mehrbegehren war abzuweisen, weil die entsprechenden Aufwendungen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich waren.

Wien, am 13. November 2000

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2000:1998100089.X00

Im RIS seit

25.04.2001

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at