

# TE Vwgh Erkenntnis 1999/4/26 98/10/0426

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.04.1999

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;  
82/04 Apotheken Arzneimittel;

## Norm

ApG 1907 §10 Abs1 Z2 idF 1990/362;  
ApG 1907 §10 Abs1 Z2;  
ApG 1907 §10 Abs2 idF 1998/I/053;  
ApG 1907 §10 Abs2 Z2 idF 1990/362;  
ApG 1907 §10 Abs2 Z3 idF 1990/362;  
ApG 1907 §10 Abs2 Z3;  
ApG 1907 §10 Abs4 idF 1990/362;  
ApG 1907 §10 Abs4;  
ApG 1907 §10 Abs5 idF 1998/I/053;  
ApG 1907 §10 idF 1998/I/053;  
ApG 1907 §48 Abs2 idF 1990/362;  
AVG §58 Abs2;

AVG §8;

## 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. Toifl, über die Beschwerde 1. der Mag. K KG - B.-Apotheke und

2. der Stadtapotheke und Drogerie "XY" - Mag. K OHG", beide in Schwaz, beide vertreten durch Dr. Günther Maleczek und Mag. Dr. Paula Stecher, Rechtsanwälte in Schwaz, Winterstellergasse 11, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 20. November 1998, Zl. 262.263/3-VIII/A/4/98, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Vomp (mitbeteiligte Partei: Mag. Dr. U in Hall in Tirol, vertreten durch Schönherr, Barfuss, Torggler & Partner, Rechtsanwälte in Wien I, Tuchlauben 13), zu Recht erkannt:

## Spruch

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

Der Bund hat den Beschwerdeführern zu gleichen Teilen Aufwendungen in der Höhe von insgesamt S 15.000,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Eingabe vom 16. Juni 1997 beantragte die mitbeteiligte Partei beim Landeshauptmann von Tirol (LH) die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Vomp. Im benachbarten Schwaz bestehen drei öffentliche Apotheken, nämlich die B.-Apotheke (erstbeschwerdeführende Partei), die E.-Apotheke (zweitbeschwerdeführende Partei) und die M.-Apotheke. Gegen das Konzessionsansuchen der mitbeteiligten Partei erhoben die Inhaber der B.-Apotheke und der E.-Apotheke Einspruch, nicht aber der Inhaber der M.-Apotheke, deren Standort in unmittelbarer Nähe zum Standort der E.-Apotheke gelegen ist.

Mit Bescheid vom 21. April 1998 erteilte der LH der mitbeteiligten Partei die Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke mit der Betriebsstätte in Vomp Nr. 73. Als Standort für diese öffentliche Apotheke wurde das Gemeindegebiet der Gemeinde Vomp festgelegt. Die Einsprüche der beschwerdeführenden Parteien wurden als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführenden Parteien beriefen.

Mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid vom 20. November 1998 wies die belangte Behörde die Berufung ab.

In der Begründung heißt es, aus der Sicht der belangten Behörde sei die Lage der beantragten Apotheke in Vomp mit der Lage der drei bestehenden Apotheken in der Bezirksstadt (Schwaz) nicht vergleichbar. Eine öffentliche Apotheke in Vomp werde in erster Linie die Bevölkerung von Vomp und Vomperbach mit Medikamenten versorgen, wobei davon auszugehen sei, dass die 850 Einwohner des Ortsteils Fiecht (der Gemeinde Vomp) bereits auf Grund der größeren Nähe und der Tatsache, dass in Fiecht kein Arzt ordiniere, zum Einzugsgebiet der Schwazer Apotheken zu rechnen seien. Schwaz sei eine Bezirksstadt mit attraktiver Infrastruktur, sehr guter medizinischer Versorgung und einem riesigen Einzugsgebiet, was sich in den Herkunftsorten der Berufspendler widerspiegle. Infolge der großen Nähe der M.-Apotheke zur E.-Apotheke müsse von einem einheitlichen Einzugsgebiet für diese beiden Apotheken ausgegangen werden, während der B.-Apotheke auf Grund der örtlichen Verhältnisse (Lage im Wohngebiet etwas nördlich des Stadtzentrums von Schwaz) ein leicht nach Norden verschobenes Versorgungsgebiet zuzuordnen sei. Der LH habe eine zäthsprengelweise Zuordnung der Stadt Schwaz zu den bestehenden Apotheken vorgenommen, die der belangten Behörde logisch erscheine. Der M.-Apotheke und der E.-Apotheke habe der LH 7.612 ständige Einwohner zugeordnet, der B.-Apotheke 4.885 ständige Einwohner. Nicht überzeugend sei die Berücksichtigung der Besucher des Schaubergwerks, da sich diese Personen offensichtlich nur sehr kurz in Schwaz aufhielten und nicht in der Nähe einer öffentlichen Apotheke. Hinsichtlich der Bauvorhaben habe keine exakte Zahl von künftigen zusätzlichen Einwohnern für Schwaz glaubhaft gemacht werden können. Es entspreche der Erfahrung des täglichen Lebens, dass in vielen Fällen die Menschen nur auseinander rückten, das heißt Anspruch auf eine größere Wohnfläche erheben würden als dies frühere Generationen getan hätten. Der mitbeteiligten Partei sei insofern recht zu geben, wenn sie ausführe, dass die Anziehungskraft von Schwaz als Gesundheitszentrum infolge seiner Ärztedichte und des Bezirkskrankenhauses bisher nicht ausreichend gewürdigt worden sei. Zweifellos bedeute die Anwesenheit der unbestritten großen Zahl von Arztordinationen (der LH habe 9 Ärzte für Allgemeinmedizin und 25 Fachärzte festgestellt), dass auch die drei in Schwaz bestehenden öffentlichen Apotheken in ungleich höherem Ausmaß aufgesucht würden als dies bei einer öffentlichen Apotheke in Vomp der Fall sein werde. Wie sich allein aus der Pendlerstatistik des Österreichischen Statistischen Zentralamtes ergebe, strömten nach Schwaz nicht nur Personen aus den Nachbargemeinden, sondern von Achenkirch weit im Norden, Kitzbühel im Osten, dem unteren Inntal bis Wörgl, aus dem Zillertal, innaufwärts bis Innsbruck und auch aus Oberösterreich. Die in Schwaz angesiedelten Betriebe seien offensichtlich von wesentlicher Bedeutung. Allein aus dem Einpendlerüberhang von 1.088 Personen müsse dies abgeleitet werden. Die Zahl der Nichttagespendler habe 1991 eine Zahl von 281 Personen ergeben, die in jedem Fall von den Schwazer Apotheken mitzuvorsorgen seien. Unter Heranziehung der zum größten Teil bereits von der Behörde erster Instanz veranlassten Ermittlungen erschienen der belangten Behörde folgende Einwohnerzahlen (Stichtag 1. Jänner 1998) entscheidungsrelevant:

Ortschaft st. Ew Zahl der ständigen Einwohner im

insges. Bereich der

M.-u.E.-A. B.-Apotheke

Schwaz	12.497	7.612	4.885
Stans	1.916	1.916	
Pill	930	465	
Gallzein	494	494	
Fiecht (Gemeinde Vomp)	850	425	425
Pendler	91	190	
(Nichttagsspendler)			
Summe	11.003	5.500	

Der Bescheid des LH stütze sich bei der Berücksichtigung der Zweitwohnungsbesitzer auf unbewiesene Annahmen. Es sei jedoch zuzugeben, dass die belangte Behörde bewusst von diesbezüglichen Ermittlungsversuchen Abstand genommen habe, da erfahrungsgemäß das Ausmaß der Benützung von Zweitwohnsitzen nicht mit der nötigen Exaktheit erhebbar sei. Nur hinsichtlich der vom Österreichischen Statistischen Zentralamt ausgewiesenen Nichttagespendler sei sicher, dass sie während der Arbeitswoche in Schwaz Zweitwohnsitze bewohnten. Diese seien den ständigen Einwohnern gleichzuhalten. Hinsichtlich der Fremdennächtigungen habe die belangte Behörde auf Grund der gemeldeten Nächtigungszahlen die Überzeugung gewonnen, dass Schwaz nicht als ausgesprochenes Fremdenverkehrsgebiet anzusehen sei. So ergebe sich aus der Sicht der belangten Behörde ein Kundenpotential für die drei Schwazer Apotheken von

16.503 Personen. Dies seien die ständigen Einwohner von Schwaz, Stans, Pill, Gallzein und Fiecht sowie die zuletzt genau ermittelten, in Schwaz wohnhaften Berufspendler. Die von der belangten Behörde vorgenommene Zuordnung ergäbe sich eindeutig aus der Nähe und Erreichbarkeit der Schwazer Apotheken. Der LH habe die Entfernung ausreichend folgendermaßen festgestellt:

Gallzein-Schwaz/B.-Apotheke ..... 4,9 km  
 Stans-Schwaz/B.-Apotheke..... 3,1 km  
 Stans-Schwaz/M.-Apotheke..... 3,5 km  
 Stans-Schwaz/E.-Apotheke..... 3,6 km  
 Pill-Schwaz/Ortstafel..... 2,8 km

Pill habe die belangte Behörde mit Bescheid vom 18. Februar 1998 (Konzessionsverfahren Weer) zur Hälfte der neuen Apotheke in Weer zugeordnet und zur Hälfte den Apotheken in Schwaz. Daran könne auch im gegenständlichen Bescheid festgehalten werden. Gallzein liege jedenfalls deutlich näher zu Schwaz als zu Jenbach (6,1 km Entfernung), sodass auch in Anbetracht der besseren Infrastruktur von Schwaz (9 praktische Ärzte und 25 Fachärzte) gegenüber Jenbach (6 praktische Ärzte und 13 Fachärzte) die Bevölkerung von Gallzein zur Gänze den Schwazer Apotheken zuzuordnen sei.

Sowohl die mitbeteiligte Partei als auch die beschwerdeführenden Parteien hätten bei der Zuordnung der Einwohner zu den Apotheken mehrmals die Einwohnerzahl durch die Anzahl der Apotheken dividiert. Im vorliegenden Fall überschnitten sich die Versorgungsgebiete der drei Schwazer Apotheken tatsächlich beträchtlich. Eine Präferenz der M.-Apotheke gegenüber der E.-Apotheke sei von der Lage her bei einer 500 m weit unterschreitenden Entfernung überhaupt unmöglich darzustellen. Die B.-Apotheke versorge den nördlichen Teil von Schwaz und die Hälfte der Ortschaft Fiecht, obwohl die Aufteilung der Einwohner in einer kleinen Stadt etwas willkürlich erscheine.

Die Zurechnung von Stans und Gallzein zum Versorgungsgebiet der M.- und E.-Apotheke sei durch die gegebenen Straßenverbindungen ins Zentrum von Schwaz gerechtfertigt. Trotz der etwas geringeren Entfernung von Stans zur B.-Apotheke als zu den beiden anderen Apotheken in Schwaz würden sämtliche Einwohner von Stans wegen der Ärztekonzentration im Zentrum diesen beiden zentral gelegenen Apotheken zugeordnet. Von Fiecht aus gebe es sowohl eine Straßenverbindung zur B.-Apotheke als auch ins Zentrum von Schwaz, sodass eine Teilung der ständigen Einwohner vorgenommen worden sei.

Abgesehen von diesen mit Sicherheit zahlenmäßig feststellbaren Apothekenkunden der Schwazer Apotheken seien

noch weitere Pendler, ferner Urlaubsgäste und Benutzer der vielfältigen Einrichtungen der Bezirksstadt Schwaz zu berücksichtigen, deren Zahl nur geschätzt werden könne. Die belangte Behörde komme jedenfalls zu dem Schluss, dass den drei Schwazer Apotheken auch dann noch das gesetzliche Kundenpotential verbleibe, wenn in Vomp eine weitere öffentliche Apotheke in Betrieb gehe. Die neue Apotheke werde jedenfalls nur Teile von Vomp und Vomperbach mit Arzneimitteln versorgen und stelle für die Schwazer Apotheken keinen gefährlichen Konkurrenzbetrieb dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit des Inhalts und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

Die beschwerdeführenden Parteien bringen vor, die Berechnungen im angefochtenen Bescheid seien unrichtig, die Zuordnung der zu versorgenden Personen sei willkürlich und zum Teil entgegen den Erhebungsergebnissen vorgenommen worden. Als im Jahr 1994 die B.-Apotheke bewilligt worden sei, sei das 4 km-Einzugsgebiet erhoben worden. Damals sei ausdrücklich Stans der B.-Apotheke zugeordnet worden. Es sei nun nicht einsichtig und auch nicht begründet worden, warum Stans nun nicht mehr der B.-Apotheke, sondern den beiden Innenstadt-Apotheken M.-Apotheke und E.-Apotheke zugeordnet werde. Auch die kürzere Entfernung von 3,1 km von Stans zur B.-Apotheke spreche gegen die Zuordnung zur M.-Apotheke und zur E.-Apotheke. Nicht nachvollziehbar sei auch, warum die Bewohner von Schwaz in ihrer Gesamtheit ausschließlich den drei bestehenden Apotheken zugeordnet würden. Die Argumentation im angefochtenen Bescheid sei widersprüchlich. Einerseits werde die Divisionsmethode abgelehnt, andererseits sei die Aufteilung zwischen M.-Apotheke und E.-Apotheke offensichtlich durch einfache Division durch zwei erfolgt, um rechnerisch den gewünschten Nachweis zu erlangen.

Ein weiterer schwer wiegender Fehler sei der belangten Behörde bei der Auswertung der Pendlerzahlen unterlaufen. Es seien zwar die Einpendler angeführt, doch fehlten die Auspendler. Aus den Aufstellungen über die Pendlerbewegungen ergäbe sich, dass den 281 Einpendlern 300 Auspendler gegenüberstünden.

Warum die Bewohner von Fiecht den beiden Innenstadtapothen zugeordnet würden, nicht aber der neuen Apotheke in Vomp, sei nicht schlüssig begründet. Auch die Aufteilung zwischen M.- und E.-Apotheke auf der einen und B.-Apotheke auf der anderen Seite sei nicht nachvollziehbar.

Schließlich sei auch der Standort mit der Umschreibung "Gemeindegebiet der Gemeinde Vomp" zu groß und ungenau festgelegt worden. Insbesondere fehle eine Festlegung der Gemeindegrenze.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und in der Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Nach § 9 Abs. 2 des Apothekengesetzes (ApG) ist in der Konzessionsurkunde als Standort der Apotheke eine Gemeinde, eine Ortschaft, ein Stadtbezirk oder ein Teil eines solchen Gebietes zu bestimmen.

Nach § 48 Abs. 2 ApG ist in die Verlautbarung über die Bewerbung um eine Apothekenkonzession eine Bestimmung aufzunehmen, dass die Inhaber öffentlicher Apotheken, welche den Bedarf an der neuen öffentlichen Apotheke als nicht gegeben erachten, etwaige Einsprüche gegen die Neuerrichtung innerhalb längstens sechs Wochen, vom Tage der Verlautbarung an gerechnet, bei der Bezirksverwaltungsbehörde, in deren Bezirk der Standort der neuen öffentlichen Apotheke in Aussicht genommen ist, geltend machen können.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich zum einen, dass die Inhaber öffentlicher Apotheken im Verfahren zur Erteilung einer Konzession für eine neue öffentliche Apotheke Parteistellung haben, zum anderen aber auch, dass diese Parteistellung nur soweit reicht, als die Bedarfsfrage betroffen ist.

Nach § 10 Abs. 1 Z. 2 ApG ist die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen, wenn ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

Nach § 10 Abs. 2 leg. cit. besteht ein Bedarf 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 weiterhin zu versorgenden Personen sich infolge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5.500 betragen wird.

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

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

Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass Inhaber bestehender öffentlicher Apotheken im Apothekenkonzessionsverleihungsverfahren nur geltend machen können, die Entfernung zwischen der künftigen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte ihrer öffentlichen Apotheke betrage weniger als 500 m oder die Zahl der von ihrer bestehenden öffentlichen Apotheke aus weiterhin zu versorgenden Personen werde sich infolge der Neuerrichtung verringern und weniger als 5.500 betragen. In anderen Fragen hingegen, so insbesondere auch in der Frage der Standortumschreibung, kommt den Inhabern bestehender öffentlicher Apotheken kein Mitspracherecht zu. Der Einwand der beschwerdeführenden Parteien, die Umschreibung des Standortes sei nicht gesetzeskonform, ist daher unzulässig. Abgesehen davon ist nicht zu erkennen, warum eine Umschreibung des Standortes, die auf das Gemeindegebiet abstellt, nicht gesetzeskonform sein sollte, sieht doch § 9 Abs. 2 ApG selbst eine solche Standortumschreibung vor. Warum die Gemeindegrenzen nicht ausreichend bestimmt sein sollten, ist überhaupt völlig unerfindlich.

Im Ergebnis im Recht sind die beschwerdeführenden Parteien hingegen mit ihren Einwänden gegen die Bedarfsprüfung.

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 weiter zu prüfen, ob diese Zahl unter Berücksichtigung der auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet weiterhin zu versorgenden Personen erreicht wird. Das Ergebnis dieser Prüfung hat in einer auf entsprechende Erhebungen gestützten prognostischen Zuordnung konkreter Kundenpotentiale zu der (den) bestehenden Apotheke(n) zu bestehen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Februar 1999, 98/10/0070, und die dort angeführte Vorjudikatur).

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 Erkenntnis vom 16. Dezember 1996, 96/10/0015, und die dort angeführte Vorjudikatur).

Eine der Voraussetzungen für eine dem Gesetz entsprechende Bedarfsfeststellung ist demnach die Ermittlung des 4-km-Umkreises der bestehenden Apotheke(n) und der ständigen Einwohner dieses Bereiches. Die Feststellung der Grenzen des 4-km-Polygons und der Zahl der innerhalb bzw. außerhalb desselben wohnenden Bevölkerung ist schon

wegen der unterschiedlichen, im ersten Fall nach § 10 Abs. 4 ApG, im zweiten Fall nach § 10 Abs. 5 leg. cit. vorzunehmenden Zuordnung geboten (vgl. das Erkenntnis vom 15. Februar 1999, 98/10/0073).

Die beschwerdeführenden Parteien haben bereits in ihrer Berufung die Unrichtigkeit des im erstinstanzlichen Bescheid festgestellten 4-km-Polygons behauptet und unter Vorlage von Lageplänen darauf hingewiesen, dass das 4-km-Polygon der B.-Apotheke im Verfahren zur Erteilung der Konzession für diese Apotheke anders festgelegt worden sei als im vorliegenden Verfahren. Darauf ist die belangte Behörde nicht eingegangen. Eine Auseinandersetzung mit diesem Vorbringen wäre aber erforderlich gewesen. Träfe es nämlich zu, dass Stans ganz oder teilweise nur im 4-km-Polygon der B.-Apotheke läge, nicht aber - oder nur zum Teil - in jenem der E.-Apotheke, dann wäre die Zuordnung der ständigen Einwohner von Stans zur Gänze zur E.-Apotheke und zur M.-Apotheke schon aus diesem Grunde falsch. Eine Aufteilung der ständigen Einwohner des 4-km-Polygons auf verschiedene Apotheken kommt nämlich nur dort in Betracht, wo sich die 4-km-Polygone verschiedener Apotheken überschneiden. Ist ein Gebiet ausschließlich dem 4-km-Polygon einer einzigen Apotheke zuzuordnen, dann findet eine Aufteilung der Einwohner nicht statt.

Aber selbst dann, wenn Stans im Überschneidungsgebiet liegt, weist die von der Behörde vorgenommene Zuordnung von Kundenpotentialen zu den in Frage kommenden Apotheken Mängel auf.

Entscheidendes Kriterium bei der Zuordnung der ständigen Einwohner im Überschneidungsbereich von 4-km-Polygonen verschiedener Apotheken ist die räumliche Nähe und die leichtere Erreichbarkeit. Dass die Entfernung zwischen Stans und der B.-Apotheke geringer ist als jene zwischen Stans und der E.-Apotheke, gesteht die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid selbst zu. Die belangte Behörde hat aber trotzdem die ständigen Einwohner von Stans zur Gänze der E.-Apotheke (und der M.-Apotheke) mit dem Hinweis auf das Vorhandensein von Facharztordinationen zugeordnet. Das letztgenannte Kriterium ist aber bei der Aufteilung von Kundenpotentialen im 4-km-Polygon nicht heranzuziehen.

Keine Bedenken bestehen gegen die Zuordnung der ständigen Einwohner von Schwaz. Diesbezüglich hat sich die belangte Behörde den Ausführungen im erstinstanzlichen Bescheid angeschlossen. Diesen ist zu entnehmen, dass die Zuordnung auf Grund der räumlichen Entfernung erfolgte.

Die belangte Behörde hat die Zuordnung von Kundenpotentialen auf die E.-Apotheke und die M.-Apotheke in der Weise vorgenommen, dass sie für beide ein gemeinsames Kundenpotential ermittelt und dieses durch zwei geteilt hat. Begründet wurde dies damit, eine Aufteilung des Kundenpotentials nach anderen Kriterien sei wegen der geringen Entfernung der beiden Betriebsstätten (weit unter 500 m) nicht möglich.

In der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wird die "Divisionsmethode" als Ermittlungsmethode grundsätzlich für unzulässig erklärt. Zugelassen wird sie ausnahmsweise, wenn besondere Gründe eine Zuordnung konkreter Kundenpotentiale nach den Gesichtspunkten der örtlichen Nähe und Erreichbarkeit unmöglich machen, andererseits aber eindeutig ist, dass das in Rede stehende Kundenpotential von den Betriebsstätten der beteiligten Apotheken aus zu versorgen ist (vgl. das Erkenntnis vom 16. Dezember 1996, 91/10/0140, und die dort angeführte Vorjudikatur). Im Erkenntnis vom 15. Februar 1999, 98/10/0090, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, daß die Methode der gleicheiligen Zurechnung bestimmter Kundenkreise zu den beteiligten Apotheken insbesondere in Ansehung der Einwohner solcher Gebiete in Betracht kommt, 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 Entfernungsschiede keinen Umstand darstellen, der bei lebensnaher Betrachtung für die Zurechnung zur einen oder anderen Apotheke den Ausschlag geben könnte. Die besonderen Umstände des Beschwerdefalles lassen aber auch hier eine Anwendung der Divisionsmethode gerechtfertigt erscheinen. Nach den Feststellungen im angefochtenen Bescheid beträgt die Entfernung zwischen den Betriebsstätten der M.-Apotheke und der E.-Apotheke wesentlich weniger als 500 m. Bei einer solchen Konstellation scheint die Auffassung der Behörden beider Rechtsstufen und auch der Apothekerkammer, daß eine andere Zuordnung der Kundenpotentiale nahezu unmöglich sei, plausibel, zumal auch die Beschwerde nicht konkret geltend macht, dass jene Voraussetzungen, die nach der Rechtsprechung im Fall geringer Entfernung zwischen den beteiligten Apotheken die Anwendung der Divisionsmethode bei der Bedarfsermittlung angezeigt erscheinen lassen (vgl. die Erkenntnisse vom 6. Mai 1996, 95/10/0072, und vom 3. Juni 1996, 95/10/0046) im Beschwerdefall nicht vorlägen.

Zu Recht bemängelt wird aber von den beschwerdeführenden Parteien die Berücksichtigung von Pendlern.

Zutreffend ist die belangte Behörde davon ausgegangen, dass Tagespendler nicht zu berücksichtigen sind (vgl. das Erkenntnis vom 24. März 1992, 87/08/0089). Sie hat daher auch lediglich die in den Unterlagen des Österreichischen Statistischen Zentralamtes unter der Rubrik "Nichttagespendler" angeführten Personen berücksichtigt. Dabei hat sie aber nur die Einpendler in die Betrachtung einbezogen, nicht hingegen die Auspendler. Die in der Gegenschrift geäußerte gegenteilige Auffassung ist unzutreffend. Die erwähnten Unterlagen des Österreichischen Statistischen Zentralamtes weisen für Schwaz in der Rubrik "Nichttagespendler" 281 Einpendler - diese wurden von der belangten Behörde berücksichtigt - und 300 Auspendler auf, welche nicht berücksichtigt wurden. Auspendler können aber, wenn es sich um Nichttagespendler handelt, nicht den ständigen Einwohnern zugerechnet werden (vgl. das Erkenntnis vom 19. April 1993, 91/10/0257).

Der belangten Behörde sind demnach bei der Bedarfsermittlung Verfahrensfehler unterlaufen. Diese Verfahrensfehler sind auch relevant, da die von der belangten Behörde ermittelten Zahlen der den Apotheken der beschwerdeführenden Parteien verbleibenden Kundenpotentiale jeweils gerade noch die Grenze von 5.500 erreichen, sodass selbst eine geringfügige Verschiebung zu einem anders lautenden Bescheid führen könnte.

Aus den dargestellten Erwägungen erweist sich der angefochtene Bescheid als rechtswidrig infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben war.

Der Ausspruch über den Kostenersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. Nr. 416/1994.

Wien, am 26. April 1999

**Schlagworte**

Begründungspflicht und Verfahren vor dem VwGH Begründungsmangel als wesentlicher Verfahrensmangel

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1999:1998100426.X00

**Im RIS seit**

25.07.2001

**Zuletzt aktualisiert am**

03.02.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

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