

TE Lvwg Erkenntnis 2020/4/20 LVwG 48.30-2687/2018

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.04.2020

Entscheidungsdatum

20.04.2020

Index

82/04 Apotheken Arzneimittel

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz

Norm

ApG 1907 §10 Abs2 Z3

ApG 1907 §10 Abs4

ApG 1907 §10 Abs5

ApG 1907 §9 Abs2

ApG 1907 §10 Abs6a

ApG 1907 §14

ASVG §342 Abs1

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat durch die Richterin Mag. Schmalzbauer über die Beschwerde 1.) der A-Apotheke Mag. pharm. Dr. D E KG, vertreten durch Mag. pharm. Dr. D E, diese vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. F G, Nstraße, W, 2.) der B-Apotheke Mag. pharm. H I e.U., vertreten durch Mag. pharm. H I, diese vertreten durch die J & Partner Rechtsanwälte, Wo, W, und 3.) der C-Apotheke Mag. K L KG, vertreten durch Mag. pharm. K L, diese vertreten durch Rechtsanwalt Dr. M N, Bstraße, W, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld vom 04.09.2018, GZ: BHHF-104039/2016-40, mit der Mag. Dr. pharm. O P, geb. am xx, die apothekenrechtliche Genehmigung zum Betrieb einer konzessionierten öffentlichen Apotheke mit der voraussichtlichen Betriebsstätte in H, Fstraße, erteilt wurde,

z u R e c h t e r k a n n t:

I. Gemäß § 28 Abs 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (im Folgenden VwGVG) wird den Beschwerden mit der Maßgabe

stattgegeben,

als die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke, beantragt von Herrn Mag. Dr. pharm. O P, geb. am xx, mit der voraussichtlichen Betriebsstätte in H, Fstraße, am Standort: „Beginnend an der Kreuzung der Fstraße mit dem Tweg – dem Tweg folgend bis zum Fweg, von dort in gedachter Linie nach Norden bis zu Schnittpunkt der

Gemeindegrenze mit der B54 Wstraße, von diesem die gedachte Linie bis zur Kreuzung Eweg-Estraße, von dort die gedachte kürzeste Linie bis zum Wweg, diesem Richtung Süden folgend bis zum gedachten Schnittpunkt Wweg – B50 Bustraße, von dort die gedachte Linie bis zum Kreisverkehr Hweg, von diesem Schnittpunkt Richtung Norden bis zum Ausgangspunkt. Alle Straßenzüge beidseitig.“ mangels Bedarf nicht erteilt wird.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz (im Folgenden VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld vom 04.09.2018, GZ: BHHF-104039/2016-40, wurde Herrn Mag. Dr. O P die apothekenrechtliche Genehmigung zum Betrieb einer konzessionierten öffentlichen Apotheke mit der voraussichtlichen Betriebsstätte in H, Fstraße, am Standort: „Beginnend an der Kreuzung der Fstraße mit dem Tweg – dem Tweg folgend bis zum Fweg, von dort in gedachter Linie nach Norden bis zu Schnittpunkt der Gemeindegrenze mit der B54 Wstraße, von diesem die gedachte Linie bis zur Kreuzung Eweg-Estraße, von dort die gedachte kürzeste Linie bis zum Wweg, diesem Richtung Süden folgend bis zum gedachten Schnittpunkt Wweg – B50 Bustraße, von dort die gedachte Linie bis zum Kreisverkehr Hweg, von diesem Schnittpunkt Richtung Norden bis zum Ausgangspunkt. Alle Straßenzüge beidseitig.“ erteilt.

Begründet wurde die Entscheidung im Wesentlichen damit, dass sich ein Bedarf an einer öffentlichen Apotheke aus dem Gutachten der Apothekerkammer ergebe.

Zu den Einwendungen wurde vorgebracht, dass zur Priorität der beantragten Filialapotheke in L dieser lediglich Surrogatfunktion zukomme.

Das Ansuchen von Frau Mag. pharm. Q R sei zurückgezogen und die bestehenden ärztlichen Hausapotheken in G von Dr. S und Dr. T seien zurückgenommen worden.

Zur Hausapothekenstudie wurde ausgeführt, dass diese seitens des Verwaltungsgerichtshofes bis dato gebilligt worden sei. Der Wert von 22 % sei als abgesicherten Mindestwert anzusehen, da erfahrungsgemäß der Anteil der Inanspruchnahme öffentlicher Apotheken von Personen, deren Wohnsitz näher zu Ärzten mit ärztlichen Hausapotheken als zu öffentlichen Apotheken haben, im Privatumsatzbereich zumindest gleich hoch seien, wie im untersuchten Kassenumsatzbereich. Der Wert von 22 % als Einwohnergleichwert für Einwohner von Ortschaften mit ärztlicher Hausapotheke bilde daher die tatsächlichen Verhältnisse gut ab.

Zur Nichtanwendung der Divisionsmethode bei den Apotheken in H wurde vorgebracht, dass diese Ermittlungsmethode nur ausnahmsweise zur Anwendung komme, nämlich dann, wenn aus besonderen Gründen eine Zuordnung konkreter Kundenpotentiale zu einer Apotheke nach den Gesichtspunkten der örtlichen Nähe und Erreichbarkeit unmöglich sei, andererseits aber eindeutig sei, dass das in Rede stehende Kundenpotential von den Betriebsstätten mehrerer Apotheken aus versorgt werde.

Aus dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer gehe eindeutig hervor, dass aufgrund der Entfernung von mehr als 500 m zwischen der A-Apotheke und der C-Apotheke, beide in H, die Divisionsmethode nicht zur Anwendung komme.

Zur U-Apotheke in K und zur V-Apotheke in Ba wurde ausgeführt, dass aus dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer eindeutig und schlüssig hervorgehe, dass es bei beiden Apotheken durch die neu zu errichtende Apotheke zu keinem Kundenverlust komme. Jene Personen, die in Zukunft dem Versorgungsgebiet der neu beantragten Apotheke in H zuzurechnen seien, seien bisher durch die A-Apotheke in H, die W-Apotheke in M und die B-Apotheke in G versorgt worden.

Der Antragsteller habe eine Optionsvereinbarung für die Betriebsstätte Fstraße, H, vorgelegt, welche bis 31.12.2020 Gültigkeit habe.

Der Einwand betreffend die mögliche Verlegung der Apotheke innerhalb des beantragten Standortes in Richtung der A-Apotheke und die daraus resultierende Reduzierung des Versorgungspotentials sei unbeachtlich.

Zum Gutachten der Apothekerkammer im Hinblick auf das Versorgungspotential als Verkehrspublikum, betreffend den Verkehrsknotenpunkt G, wurde ausgeführt, dass die Berechnungsmodalitäten schlüssig und nachvollziehbar seien. Die dem Gutachten zugrunde gelegten Zahlen würden nicht angezweifelt.

Die Apothekerkammer Österreich komme in ihrem Gutachten vom 08.09.2017 in Anwendung der aus der Studie der TU-Wien resultierenden Berechnungsmodalitäten zum Schluss, dass der Bedarf an der angesuchten, neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke am Standort Fstraße gegeben sei.

Die von der TU-Wien erstellte Studie sei eine Grundlagenstudie, im Zuge derer mittels statistischer Standardverfahren Umrechnungsfaktoren erhoben würden. Erwiesenermaßen handle es sich um allgemein gültige Faktoren, die nun für die Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer als Basis dienen, um eine Umrechnung von zusätzlich zu versorgenden Personen in Einwohnergleichwerte zu ermöglichen. Dies orientiere sich an der Maßstabsfigur des ständigen Einwohners. In der Studie seien mit Hilfe anerkannter wissenschaftlicher Methoden Versorgungsäquivalente erhoben worden, die der Berechnung der Einwohnergleichwerte zugrunde gelegt würden. Die Studie der TU-Wien wähle ein Regressionsmodell, welches die Beiträge zum bereinigten Umsatz der Apothekenstandorte in Österreich durch unabhängige Variablen, ständige Einwohner, Kaufkraftindex, Nebenwohnsitz und Tourismus (Nichtständige Einwohner), Beschäftigte und Einzelhandelsdichte, Patientenfrequenz, Ambulanzen und Verkehrsknoten sowie Hausapotheken bestmöglich erklärten.

Die belangte Behörde bezog sich diesbezüglich auf eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Steiermark vom 23.03.2018, LVwG 48.25-2884/2017. Danach sei die gegenständliche Studie nicht im Widerspruch zu den Vorgaben des Höchstgerichts.

Aus der ergänzenden Stellungnahme der Apothekerkammer vom 30.07.2018 sei schlüssig zu entnehmen, dass betreffend die Ermittlung der Einwohnergleichwerte betreffend Verkehrsknotenpunkte für Österreich keine flächendeckende Fahrgast- und Umsteigefrequenz in Daten erfasst seien und somit ein anderer Ansatz gefunden werden hätte müssen, um die Relevanz eines Verkehrsknotenpunktes zu identifizieren. Die Bedeutung einer Haltestelle sei daher im Zuge der TU-Studie als Kriterium „Fahrt und Anzahl“ der an einer Haltestelle angebotenen Linien abgeleitet. Dieser modellierte Haltestellenindikator repräsentiere somit die aktuell zweckmäßigste Annäherung an mutmaßlicher Fahrgastfrequenzen. Der Bahnhof G sei aufgrund der dort angebotenen Linien und Umsteigemöglichkeiten von der TU-Wien als relevanter Verkehrsknotenpunkt klassifiziert worden. In der ergänzenden Stellungnahme vom 30.07.2018 sei nochmals eindeutig und schlüssig dargestellt worden, wie es zu den Einwohnergleichwerten beim Verkehrsknotenpunkt G gekommen sei.

Nach der Judikatur müssten besondere verkehrstechnische Umstände vorliegen, wenn ein zusätzliches Versorgungspotential einer Apotheke hinzuzurechnen sei. Dies sei dann der Fall, wenn ein Verkehrsknotenpunkt gegeben sei. Ein durchflutender Verkehr habe grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Feststellungen der Versorgungspotentiale der bestehenden öffentlichen Apotheken. Die Bedeutung von Verkehrsknotenpunkten in Bezug auf die Inanspruchnahme von öffentlichen Verkehrsmitteln sei in der Studie der TU Wien erhoben worden. Aufgrund der Anzahl der jeweils an die Haltestellen angebotenen Linien werde die Bedeutung der Haltestellenstandorte ermittelt und in weiterer Folge ein Rückschluss auf die Inanspruchnahme einer öffentlichen Apotheke am oder in der Nähe des Verkehrsknotenpunktes getroffen. Der Bahnhof G sei aufgrund der dort angebotenen Linien und Umsteigemöglichkeiten von der TU-Wien als relevanter Verkehrsknotenpunkt klassifiziert worden. Laut der TU-Wien-Studie stünden Daten aktuell zu tatsächlichen Fahrgastfrequenz im Bereich von Haltestellen nicht flächendeckend für ganz Österreich zur Verfügung. Daher werde anhand der Anzahl der jeweils an die Haltestelle angebotenen Linien näherungsweise die Bedeutung der Haltestellenstandorte ermittelt.

Der Bahnhof G werde von der Bahnstrecke xx angefahren. Auf dieser Bahnstrecke verkehrten laut aktuellem Fahrplan der Regionalexpress und der Regionalzug. Die Züge kämen aus W bzw. Wi und hielten dort 11-mal. Die Züge von der anderen Richtung kommend (F bzw. H) hielten dort 10-mal. Die Studie zur Ermittlung von Einwohnergleichwerten gehe davon aus, dass wenn die Anzahl der Rex- oder Regionalbahnlinien größer als 17 sei, es sich um eine relevante Haltestelle handle. Dies sei im gegenständlich Fall eindeutig gegeben, da die Uhrzeit der angefahrenen Haltestelle in der Studie kein Auswahlkriterium darstelle.

Weiters befänden sich in der Nähe des Bahnhofes G auch Bushaltestellen der Buslinie X und Y GmbH & Co KG. Dies untermauere den Verkehrsknotenpunkt G. Obwohl diese beiden Linien größtenteils von Schülern und Lehrlingen benützt würden, können nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass diese Linien auch von anderen Teilnehmern benützt würden.

Die im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer ermittelten Einwohnergleichwerte für die Bedarfsermittlung seien daher korrekt erfolgt.

Zum Einwand, dass der Bahnhof G ohnehin nur von Bewohnern aus G benutzt werde, könne ausgeführt werden, dass eindeutig feststehe, dass eine Doppelzählung im Modell der TU-Studie nicht erfolgt sei.

Die Einwendungen von Frau Mag. Z, der A-Apotheke, vertreten durch Mag. pharm. Dr. D E, der C-Apotheke, Mag. pharm. K L KG und der Mag. pharm. H I e.U. würden somit als unbegründet abgewiesen.

Der Einwand der A-Apotheke auf Ergänzung des Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer im Hinblick auf die Standortgrenzen und auf Durchführung eines Ortsaugenscheines von Mag. pharm. H I seien für die belangte Behörde unbeachtlich, da das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer inklusive der ergänzenden Stellungnahmen für die Behörde eindeutig schlüssig und nachvollziehbar gewesen sei, sodass eine weitere Ergänzung nicht mehr nötig gewesen sei.

Dagegen wurde von 1.) der A-Apotheke Mag. pharm. Dr. D E KG, vertreten durch Mag. pharm. Dr. D E, diese vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. F G, 2.) der B-Apotheke Mag. pharm. H I e.U., vertreten durch Mag. pharm. H I, diese vertreten durch die J & Partner Rechtsanwälte, und 3.) der C-Apotheke K L KG, vertreten durch Mag. pharm. K L, diese vertreten durch Rechtsanwalt Dr. M N, Beschwerde erhoben.

In ihrer Beschwerde beantragte die Erstbeschwerdeführerin (im Folgenden: A-Apotheke), eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen, dem Antrag auf Abweisung des Konzessionsgesuches von Mag. pharm. Dr. O P stattzugeben, in eventu nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung den angefochtenen Bescheid ersatzlos zu beheben und das Verfahren zur Ergänzung und neuerlichen Entscheidung an die Behörde erster Instanz zurückzuverweisen.

Inhaltlich wurde vorgebracht, dass § 10 Abs 2 Z 3 und Abs 4 Apothekengesetz den Schutz bestehender öffentlicher Apotheken vor Existenzgefährdung bezwecke und dies liege im öffentlichen Interesse, weil dadurch eine durchgehende Heilmittelversorgung gewährleistet werde.

Eine Unterschreitung des vorgesehenen Mindestversorgungspotentials würde dazu führen, dass bestehende öffentliche Apotheken ihren gesetzlichen Pflichten nicht mehr nachkommen könnten. Nur dann, wenn das Versorgungspotential von 5.500 ständigen Bewohnern unterschritten werde, seien gemäß § 10 Abs 5 Apothekengesetz ausnahmsweise auch andere Versorgungspotentiale zu berücksichtigen.

Im vorliegenden Fall würden die Versorgungspotentiale der bestehenden öffentlichen Apotheken einschließlich der der Beschwerdeführerin selbst nach den – unrichtigen – Feststellungen der belangten Behörde nur hauchdünn überschritten. Der Beschwerdeführerin würden nur 5.595 zu versorgende Personen, also nur 95 Personen über der Mindestgrenze, verbleiben.

Die belangte Behörde habe in einer solchen Konstellation daher besonders sorgfältig sowohl hinsichtlich des Verfahrens einschließlich Beweisaufnahme und Wahrung der Parteienrechte als auch bei ihrer rechtlichen Beurteilung vorzugehen.

Dr. O P habe mit Antrag vom 15.10.2014 beantragt, ihm die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit der Betriebsstätte in der Estraße, H, zu erteilen. Im Laufe des Verfahrens sei die Betriebsstätte an die Anschrift Fstraße verlegt worden.

Gemäß dem Inhalt der Kundmachung habe er als Standort folgendes Gebiet beantragt:

„Beginnend an der Kreuzung der Fstraße mit dem Tweg – dem Tweg folgend bis zum Fweg, von dort in gedachter Linie bis zum Kreisverkehr Lweg, von dort die gedachte Linie bis zur Kreuzung Eweg – Estraße, von diesem Punkt die gedachte Linie bis zum Wweg – Bustraße, von dort die gedachte Linie bis zum Kreisverkehr Hweg, von diesem Schnittpunkt Richtung Norden bis zur Kreuzung Fstraße mit dem Tweg (Ausgangspunkt). Alle Straßenzüge beidseitig.“

Mit dem angefochtenen Bescheid sei hingegen folgender Standort erteilt worden:

„Beginnend an der Kreuzung der Fstraße mit dem Tweg – dem Tweg folgend bis zum Fweg, von dort in gedachter Linie nach Norden bis zum Schnittpunkt der Gemeindegrenze mit der B 54 Wstraße, von diesem die gedachte Linie bis zur Kreuzung Eweg – Estraße, von dort die gedachte kürzeste Linie bis zum Wweg, diesem Richtung Süden folgend bis zum

gedachten Schnittpunkt Wweg – B 50 Bustraße, von dort die gedachte Linie bis zum Kreisverkehr Hweg, von diesem Schnittpunkt Richtung Norden bis zum Ausgangspunkt. Alle Straßenzüge beidseitig.“

Ein Vergleich dieser beiden Umschreibungen ergebe, dass Dr. O P ein wesentlich größerer Standort erteilt worden sei, als von ihm beantragt und zwar ab dem Ende des Fweg. Dazu werde ein Stadtplan von H, indem das überschießend zugesprochene Standortgebiet rotschraffiert sei, vorgelegt (Beilage. /A). Ein auf die Standorterweiterung abzielender Antrag sei nicht festzustellen.

Aus dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 08.09.2019 ergebe sich für die A-Apotheke ein Versorgungspotential von 5.595 zu versorgenden Personen, für die B-Apotheke in G ein Versorgungspotential von 5.591 Personen.

Die Österreichische Apothekerkammer gelange in ihrem Gutachten daher nur durch Annahme von Einwohnergleichwerten für Verkehrspublikum, im Fall der A-Apotheke 820 Einwohnergleichwerte für Beschäftigte, im Fall der B-Apotheke 206 Einwohnergleichwerte für Verkehrsknotenpunkt.

Dies auf Grundlage einer Studie der TU-Wien zur Umrechnung von präsumtiven Apothekenkunden in Einwohnergleichwerte, die immer als undatierte Beilage den Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer angeschlossen sei.

Die von Dr. O P bekannt gegebene Betriebsstätte könne dort nicht errichtet werden, weil es sich bei dem Gebäude Fstraße um eines handle, das der Firma Aa gehöre. Dieses Gebäude nehme die gesamte Fläche der Liegenschaft ein, sodass die Errichtung einer Apotheke auf dieser Liegenschaft nicht möglich sei und daher Dr. O P die erforderliche Verfügungsmacht über die Betriebsstätte nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht ordnungsgemäß glaubhaft gemacht habe.

Die von Dr. O P beantragte Standortbegrenzung im Bereich der Kreuzung der Fstraße mit dem Tweg verlaufe wesentlich näher zur Betriebsstätte der A-Apotheke. Dr. O P wäre es daher möglich, die Betriebsstätte innerhalb des Standorts Richtung Westen an diese Kreuzung zu verlegen, wodurch sich das der A-Apotheke zugerechnete Versorgungspotential mit Sicherheit auf unter 5.500 Personen verringern würde. Die belangte Behörde habe diesen Einwand nicht beachtet.

Im mittelblauen Polygon lägen die Ortschaften Ha und S, deren Einwohner über die Sstraße und Hstraße nach Norden in das Stadtgebiet von H einfluten würden. Deren Entfernungsunterschied zur Betriebsstätte der A-Apotheke an der Anschrift Rstraße und der bekanntgegebenen Betriebsstätte von der Kreuzung der Hstraße mit der Jstraße, an der sich der Kunde entscheiden müsse, welche Apotheke er aufsuche, sei minimal. Von dort betrage die Entfernung zur Betriebsstätte der Apotheke der A-Apotheke 1,2 km, zur beantragten Apotheke lediglich 1,3 km, also nur 100 m mehr.

Dies sei eine Größenordnung, die für jemanden, der sich ohnehin schon mit einem Kraftfahrzeug in Richtung H auf den Weg machen müsse, derart minimal sei, dass es für die Wahl der Strecke für die sogenannten Apothekenkunden wohl keinen Unterschied machen könne. Abgesehen davon sei die Jstraße besser ausgebaut. In unmittelbarer Nähe der bekanntgegebenen Betriebsstätte befinde sich der Einkaufspark H als nachhaltiger Einflutungserreger. Wenn man schon einen Weg zum Einkaufen eines Medikaments auf sich nehmen müsse, sei es wohl so, dass der Maßstabkunde aus Gründen der Rationalität darauf bedacht sein werde, auch die sonst für den täglichen Bedarf erforderlichen Dinge einzukaufen und es dränge sich damit der Einkaufspark vis à vis der Betriebsstätte von Dr. O P mit seiner großen Auswahl an Geschäften dafür geradezu auf. Die Einwohnerzahl von Ha betrage derzeit 163 Personen, die der Ortschaft S 895 Personen.

Offensichtlich habe die Österreichische Apothekerkammer dem Versorgungspotential der A-Apotheke nicht die gesamten Einwohner von S zugerechnet, weil sie ansonsten nicht aus diesem Polygon zuzurechnende 550 ständige Einwohner gelangt wäre. Dies obwohl die Zentren der beiden Ortschaften im mittelblauen oder gar dunkelblauen Polygon lägen.

Selbst wenn man die Einwohner von Ha und S auf Grundlage des Gutachtens nur zur Hälfte nehme, also mit rund 250 Personen, würde sich das von der Österreichischen Apothekerkammer zugerechnete Versorgungspotential auch dadurch auf 5.345 reduzieren.

Ähnliche Überlegungen würden auch für die Einwohner der hellblauen Polygone gelten, insbesondere die Ortschaften T, St, R und M, weil diese alle über S und Ha nach H einfahren würden.

Zu diesem Vorbringen wurde eine Stellungnahme der Magistratsabteilung X zur Studie der TU-Wien vorgelegt.

Es könne nicht sein, dass 25 Einsteiger pro Tag, die die Ba AG mit E-Mail vom 23.08.2018 bekanntgegeben habe, auf 206 Einwohnergleichwerte „aufgeblasen“ würden, dies unter dem Titel Verkehrsknoten, welcher Begriff für den Bahnhof G alles andere als zutreffend sei.

Die Logik spreche dafür, dass es sich hierbei wohl um die gleichen 25 Arbeitsein- und -auspendler täglich handle, die wohl aus G selbst kommen würden. Es gäbe daher die Befürchtung, dass es zu Doppelerfassungen komme.

Die TU-Wien habe die Formeln für die Umrechnung von Verkehrsknoten in Einwohnergleichwerte offenbar ins Blitzblaue hinein entwickelt, weil sie selbst zugestehe, dass hier österreichweit keine Frequenzdaten derartiger Verkehrsknotenpunkte zur Verfügung stünden. Es hätte daher nach Abgabe der Stellungnahme der A-Apotheke und nach Vorlage der Auskunft der Ba AG der Ergänzung des Gutachtens durch die Österreichische Apothekerkammer anhand dieser konkreten Zahl bedurft.

Die der Apotheke G zugerechneten zusätzlich zu versorgenden Personen müssten, da es sich dabei ja nicht um ständige, in den Polygonen niedergelassene Einwohner handle, außerhalb von den von der Österreichischen Apothekerkammer ohnehin sehr weit für die Apotheke G erstellten Versorgungspolygonen wohnen, die mit dem Zug nach G fahren, um dort die von ihnen benötigten Medikamente zu beziehen. Dies erscheine aber aufgrund der Lage einerseits der Apotheke im nahegelegenen H, andererseits der gerade entlang der Bahnstrecke nördlich gelegenen Ortschaft mit Hausapotheken, nämlich La (Dr. Ca Da) und Ro (Dr. Ea Fa), wohl mehr als realitätsfern.

Die belangte Behörde habe sich mit diesen Bedenken nicht auseinandergesetzt.

Das von der belangten Behörde ihren Feststellungen zugrunde gelegte Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer auf Basis einer TU-Studie sei im gegenständlichen Fall nicht zur Sachverhaltsfeststellung geeignet, weil sich dieses offensichtlich auf den Großraum „Fü und H“ beziehe und dabei von einer Gesamtbevölkerung ausgehe, ohne die tatsächliche Bevölkerung von H von der erheblich größeren Bevölkerung von Fü abzugrenzen.

Schließlich seien nach der Judikatur generelle Studien wie jene der ÖAK und der TU-Wien nur dann als Grundlage verwendbar, wenn andernfalls die konkrete Zuordnung von Versorgungspotentialen nur mit unvertretbarem Aufwand möglich wäre. Das sei hinsichtlich zahlreicher Aspekte im vorliegenden Fall jedoch nicht so. Durch simple Anfrage bei der Ba seien Informationen zur Frequenz am Bahnhof G zu erhalten. Die Behörde hätte auch hinsichtlich örtlicher Besonderheiten (z.B. Kurzparkzone, Erreichbarkeit) einfache zusätzliche Erhebungen anstellen können, was sie aber unterlassen habe.

Die Zugrundelegung des genannten Gutachtens stelle daher eine inhaltliche Rechtswidrigkeit dar, da das Konzessionsansuchen sofort oder spätestens nach Aufnahme weiterer Beweise hätte abgewiesen werden müssen.

Bei der Prüfung der verbleibenden Versorgungspotentiale der bestehenden öffentlichen Apotheken sei bei Bewilligung eines Konzessionsansuchens einer neu zu bewilligenden Apotheke zu berücksichtigen, dass allen betroffenen bestehenden Apotheken nach wie vor ein Mindestversorgungspotential zur Verfügung stehe. Dabei sei eine Gesamtschau der örtlichen Verhältnisse geboten, wenn sich der 4 km Radius mehrerer öffentlicher Apotheken überschneide, weil nur so festgestellt werden könne, welcher Apotheke welche zu versorgenden Personen zugeordnet werden könnten. Dies bedeute, wenn eine bestehende Apotheke z.B. ein Versorgungspotential von 7.000 Personen habe, eine andere öffentliche Apotheke jedoch nur 4.000, dass das Konzessionsansuchen abzuweisen sei.

Dazu habe die belangte Behörde festgestellt, dass für andere Apotheken, wie etwa jene „C-Apotheke“, keine weiteren Feststellungen notwendig seien, weil diesen ohnehin kein Kundenverlust drohen würde.

Zum Versorgungspotential der A-Apotheke werde im Bescheid auf Seite 13 ausgeführt, dass ihr die ständigen Einwohner im dunkelblauen und mittelblauen Polygon vollzuzurechnen seien.

Eine überprüfbare Feststellung zum Versorgungspotential der A-Apotheke im Verhältnis zu der nur 600 m entfernten „C-Apotheke“ sei im Rahmen der behördlichen Feststellungen nicht möglich.

Zwischen der Betriebsstätte der „C-Apotheke“ und dem im mittelblauen Polygon gelegenen Ort St-F lägen ganzjährig befahrbare Straßenverbindungen, die kürzer sein dürften, als die Verbindungen zur Betriebsstätte der A-Apotheke. Daher seien die ständigen Einwohner dieser Ortschaft nicht dem Versorgungspotential der A-Apotheke zuzurechnen.

Die belangte Behörde beurteile den Bahnhof G als Verkehrsknotenpunkt. Die von der belangten Behörde vorgenommene Beurteilung eines einspurigen Regionalbahnhofes als Verkehrsknotenpunkt sei geradezu unvertretbar. Schon die TU weise in ihrem Gutachten darauf hin, dass Verkehrspunkte offenbar dann vorlägen, wenn mehrere Verkehrsmittel dort Anschlussstellen hätten und der Knotenpunkt zum Umsteigen genutzt werde. In G würden täglich 25 Personen zusteigen. Von einem Verkehrsknotenpunkt mit 208 Einwohnergleichwerten auszugehen, sei daher völlig verfehlt, zumal auch nicht davon auszugehen sei, dass jeder der tatsächlichen Passagiere in einer Apotheke einkaufen werde.

Die belangte Behörde räume selbst die Unrichtigkeit ihrer Rechtsansicht ein. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs seien mögliche Versorgungspotentiale keinesfalls hinzuzurechnen, sondern dürften nicht berücksichtigt werden.

Zur bestehenden B-Apotheke, die nicht vis à vis vom Bahnhof gelegen sei, sondern durch eine weitere Busstation zu erreichen sei, werde auf das Vorbringen der B-Apotheke verwiesen, welches zum eigenen Vorbringen erhoben werde.

Obwohl die Ausführungen auf den ersten Blick nur die B-Apotheke betreffen würden, sei sie auch für den Rechtsstandpunkt der A-Apotheke relevant. Da sich bei beiden Apotheken und diese mit der geplanten Apotheke die Umkreise von 4 Straßenkilometern überschneiden würden und die Versorgungspolygone direkt aneinander grenzten, sei durch Zu- und Abrechnung von Personengleichwerten jedenfalls eine Verschiebung bei der Deckung des Heilmittelbedarfs zu rechnen. Dies führe dazu, dass sich das Versorgungspotential der A-Apotheke ändere oder das umliegende Apotheken ihrem gesetzlichen Auftrag nicht mehr nachkommen könnten. Daher habe die A-Apotheke auch an der Feststellung der Versorgungspotentiale der umliegenden Apotheken, wie der B-Apotheke, nicht nur ein wirtschaftliches, sondern auch ein rechtliches Interesse und könne daher die Frage des Verkehrsknotenpunktes relevieren.

Dies deshalb, da sich daraus Belastungen hinsichtlich der Betriebspflicht bzw. der Betriebszeiten und Bereitschaftsdienste ergeben könnten. Die rechtswidrige Qualifikation des Bahnhofs G greife daher auch in die subjektiven Rechte der A-Apotheke ein.

Der angefochtene Bescheid enthalten keine Feststellungen über die konkreten Verkehrsverhältnisse. Auf das Vorbringen der A-Apotheke, dass die Betriebsstätte von Dr. O P nahe an einem Einkaufszentrum gelegen sei und daher zu erwarten sei, dass viele ständige Einwohner H ihre täglichen Einkäufe mit einem Besuch in der Apotheke verbinden würden, sodass sie gleichsam aus dem Versorgungspotential der bestehenden Apotheken ausfluten würden, sei nicht eingegangen worden. Dies betreffe insbesondere, aber nicht nur, die im hellblauen Polygon gelegenen Ortschaften Ha, S, T, St-F, St, R und M (sämtliche im Südosten von H gelegen), von denen es zu der von Dr. O P bekanntgegebenen Betriebsstätte nur genauso weit sei wie zur Betriebsstätte der A-Apotheke.

In H bestehe eine Kurzparkzone und im innerstädtischen Bereich seien Parkplätze knapp. Die Kunden der neubeantragten Apotheke hätten aufgrund des Einkaufszentrums gratis Parkmöglichkeiten. Auch wenn der Verwaltungsgerichtshof die Gebührenpflichtigkeit von Parkplätzen in die Beurteilung regelmäßig nicht einbeziehe, müsse dies im vorliegenden Fall anders beurteilt werden, weil bei der Betriebsstätte der Konzessionswerberin nicht nur gratis Parkplätze, sondern jedenfalls auch ein eigener Parkraum mit ausreichend Parkplätzen vorhanden sei. Dies müsse bei der Erreichbarkeit mittels Kraftfahrzeug in die Beurteilung einbezogen werden.

In diesem Zusammenhang werde darauf verwiesen, dass dann, wenn ein Apothekenkunde schon zum Aufsuchen einer der in Frage kommenden Apotheke mit dem Auto anreisen müsse, man hier ebenfalls die Verhaltenskriterien eines Maßstabkunden anlege.

Die belangte Behörde habe keine Feststellungen über die Lage des betreffenden Gebietes, die Distanz zu den Betriebsstätten der beteiligten Apotheken und die Verkehrsverhältnisse getroffen.

Die belangte Behörde habe die Anzahl der Beschäftigten unter Zweitwohnsitzbesitzer und deren Umrechnung in Einwohnergleichwerte ungeprüft übernommen. Schon aufgrund des Umstandes, dass hinsichtlich der verschiedenen Apotheken und deren Versorgungspotentialen offenbar völlig unterschiedliche Umrechnungskoeffizienten für die Errechnung der Einwohnergleichwerte aus Beschäftigten verwendet worden seien, sei diese Zurechnung nicht nachvollziehbar. Die Auszüge aus der Statistik Austria mögen zwar inhaltlich richtig sein, seien aber dennoch nicht

geeignet, die Einwohnergleichwerte der Gruppe der Beschäftigten zu ermitteln. Dies sage nämlich nichts darüber aus, welche Beschäftigten zugleich ihren Wohnsitz in den Polygonen hätten, sodass es mit höchster Wahrscheinlichkeit zu einer Doppelzählung als Beschäftigte und ständige Einwohner komme.

Auch sei unklar, wie und auf welcher Basis die Zweitwohnsitzbesitzer ermittelt worden seien. Allein der Umstand, dass die Studie für den Großraum „H und FÜ“ gelte, begründet Zweifel an der Richtigkeit der abgeleiteten Einwohnergleichwerte. H habe im Vergleich zu FÜ wesentlich weniger Sehenswürdigkeiten und Erholungsgebiete, weniger Einwohner (6.650 bzw. 8.850). Die Städte seien weit voneinander entfernt (38,5 km).

Die Studie sei deshalb nicht aussagekräftig, weil sie offensichtlich auf österreichweiten Erhebungen basiere, die gerade bei der Anwesenheit von Zweitwohnsitzbesitzern starke Verzerrungen zwischen Tourismus- und Ferienregionen und anderen nicht touristischen Regionen, wie etwa H, erwarten lasse.

Die belangte Behörde habe sich unzulässiger Weise auf ein Erkenntnis des LVwG Steiermark gestützt.

Die Zweitbeschwerdeführerin (im Folgenden B-Apotheke) beantrage in ihrer Beschwerde, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, den Bescheid abzuändern, als der Antrag von Dr. O P auf Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in H abgewiesen werde, in eventu den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen.

Inhaltlich wurde vorgebracht, dass der Antragsteller am 15.10.2014 um Erteilung einer Konzession zur Errichtung und Betrieb einer öffentlichen Apotheke mit der Betriebsstätte in H, Estraße, angesucht habe. Dazu sei eine Kundmachung in der Grazer Zeitung vorgenommen worden. Die B-Apotheke habe fristgerecht Einspruch erhoben.

In der Folge habe der Antragsteller die Adresse der Betriebsstätte auf Fstraße abgeändert.

In dem von der belangten Behörde eingeholten Gutachten komme die Österreichische Apothekerkammer zum Schluss, dass die B-Apotheke ein Versorgungspotential von 5.591 Personen verbleibe. Stelle man die Gesamtzahl der weiterhin zu versorgenden Personen der B-Apotheke in Höhe von 5.591 Personen aufgrund des Verkehrsknotenpunktes ermittelten Einwohnergleichwerten in Höhe von 206 Personen gegenüber, komme man zum Ergebnis, dass bei Wegfall der Einwohnergleichwerte aus Verkehrsknoten die Anzahl der weiterhin zu versorgenden Personen der B-Apotheke unter 5.500 Personen sinken würde.

Dazu habe die B-Apotheke umfassende Beweismittel vorgelegt (unter anderem 8 Videos, die die Verkehrssituation am Bahnhof G belegen würden) zur Tatsache, dass es sich beim Bahnhof in G nicht um einen Verkehrsknotenpunkt handle.

Die belangte Behörde sei vom beantragten Standort abgewichen. Die belangte Behörde habe einem Standort zugesprochen, der räumlich nicht eindeutig nachvollziehbar sei und überdies nicht dem beantragten Standort entspreche. Als Teil der Standortumschreibung sei „Kreisverkehr Lweg“ angegeben. Diese Bezeichnung finde sich nur in GoogleMaps, nicht aber im offiziellen digitalen Atlas Steiermark. Ein Lweg existiere auch laut Auskunft der Stadtgemeinde H nicht.

Gemäß § 9 Abs 2 Apothekengesetz sei der Standort möglichst klein zu halten. Der durch die belangte Behörde bewilligte Standort führe zu einem völlig anderen und räumlich weiteren Standort als von Konzessionswerber beantragt.

Hinzu komme, dass sowohl der beantragte Standort als auch der bewilligte Standort nicht auf die Gemeinde H beschränkt sei, sondern ein Teilgebiet beider Standortumschreibungen sich auf die Nachbargemeinde Jo erstrecke. Ein Standort, der sich auf zwei Gemeindegebiete erstrecke, sei jedoch contra legem. Gemäß § 9 Abs 2 Apothekengesetz sei als Standort einer öffentlichen Apotheke eine Gemeinde, eine Ortschaft, ein Stadtbezirk oder ein Teil eines solchen Gebietes zu bestimmen.

Der in Aussicht genommene Standort definiere die verwaltungsrechtliche Angelegenheit.

Wenn der Umfang des von einer Partei gestellten Antrages unklar sei, dann sei die belangte Behörde verpflichtet gewesen, den Antragsteller zu einer Präzisierung des nicht eindeutigen Umfangs seines Begehrens aufzufordern. Es sei für die Beschwerdeführerin nicht ersichtlich, dass die belangte Behörde den Antragsteller zur Präzisierung des Konzessionsantrages aufgefordert habe.

Bewillige die zuständige Behörde bei einem antragsbedürftigen Verwaltungsakt über den gestellten Antrag hinaus, bewillige sie also mehr als beantragt worden sei, sei der solcher Art erlassene Verwaltungsakt rechtswidrig.

Selbst wenn der Antragsteller selber die Standortumschreibung im Laufe des Verfahrens erweitert habe, wäre der angefochtene Bescheid rechtswidrig, weil dies zu einer unzulässigen Standorterweiterung geführt hätte und die vorgenommene Modifizierung des Konzessionsantrages einem Neuantrag gleichkomme.

Der Konzessionsantrag erstreckte sich auf zwei Gemeindegebiete.

Die belangte Behörde führe auf Seite 34 des angefochtenen Bescheides aus, dass die Divisionsmethode nicht anzuwenden sei. Dies mit der Begründung, dass aus dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer eindeutig hervorgehe, dass aufgrund der Entfernung von mehr als 500 m zwischen der A-Apotheke und der Apotheke „C-Apotheke“ die Divisionsmethode nicht zur Anwendung kommen könne.

Im gegenständlichen Verfahren hätte die belangte Behörde die Divisionsmethode anwenden müssen. Wäre die belangte Behörde richtiger Weise von der Anwendung der Divisionsmethode ausgegangen, hätte sie Ermittlungen zur Sachlage vor Ort anstellen und Beweise aufnehmen müssen, was sie unterlassen hat. Durch Anwendung der Divisionsmethode hätte die belangte Behörde ein anderes Bescheidergebnis erzielt, nämlich, dass der A-Apotheke und der Apotheke „C-Apotheke“ durch die Neuerrichtung gemeinsam weniger als 11.000 zu versorgende Personen als Versorgungspotential verbleiben würden.

Die Entfernung zwischen den Betriebsstätten der beiden öffentlichen Apotheken in H betrage nur ca. 500 m zu Fuß, abhängig davon, welchen Weg man durch die Innenstadt nehme. H sei eine Bezirkshauptstadt mit zahlreichen Einflutungserregern, wie zahlreiche Einzelhandelsgeschäfte, Cafe? und Restaurants, Gemeindeamt, Bezirkshauptmannschaft, sonstige Behörden, diverse Banken und Notare, die sich über die gesamte Innenstadt hinweg verteilten würden. Der Großteil der Einfluter, wie es am Land üblich sei, suche mit dem Auto das Stadtzentrum von H auf. Die Einfluter könnten daher nicht konkret der einen oder anderen Apotheke zugerechnet werden, da dies von den konkreten Vorhaben der Personen im Stadtzentrum und der Parksituation abhängt.

Richtigerweise sei daher im konkreten Fall auch die Ga-Apotheke am Hauptplatz zu berücksichtigen und das gemeinsame Versorgungspotential der beiden öffentlichen Apotheken in H zu ermitteln.

Die belangte Behörde habe zur verfahrensentscheidenden Frage, ob es sich beim Bahnhof in G bei H um einen versorgungsrelevanten Verkehrsknotenpunkt handle oder nicht keinerlei eigenständige Ermittlungen vorgenommen. Sie habe sich ausschließlich auf die Ausführungen im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer bzw. der TU-Studie gestützt. Bei Wegfall dieses im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer errechneten zusätzlichen Versorgungspotentials von 206 Einwohnergleichwerten komme das Versorgungspotential der B-Apotheke auf unter 5.500 zu versorgende Personen zu liegen.

Auf Seite 20 des angefochtenen Bescheides werde unter Verweis auf die Stellungnahme der Österreichischen Apothekerkammer vom 30.10.2018 festgestellt, dass mangels Vorliegens flächendeckender Fahrgast- und Umsteigefrequenzdaten ein anderer Ansatz gefunden werden habe müssen, um die Relevanz eines Verkehrsknotenpunktes zu identifizieren. Dieser Ansatz liege darin, dass die Bedeutung einer Haltestelle im Zuge der TU-Studie aus den Kriterien Art und Anzahl der an eine Haltestelle angebundenen Linien abgeleitet worden sei. Der Bahnhof G sei aufgrund der dort angebundenen Linien und Umsteigemöglichkeiten von der TU Wien als relevanter Verkehrsknotenpunkt klassifiziert worden.

Es sei nicht nachvollziehbar, aufgrund welcher konkreter Tatsachen der Bahnhof G ein versorgungsrelevanter Verkehrsknotenpunkt sein solle. Die belangte Behörde stelle auf Seite 41 fest, dass sich das Versorgungsäquivalent für den öffentlichen Verkehr (Verkehrsknotenpunkt) in Höhe von 13,2367 aus der Studie der TU Wien und der Entfernung der B-Apotheke zum Bahnhof G ergebe. Dies sei gänzlich unklar. Die belangte Behörde habe ausgeführt, dass es bei der Beurteilung des Bedarfs durch die Wohnbevölkerung auf eine Durchschnittsbetrachtung ankomme, bei der Beurteilung des durch andere Umstände aus dem Wohnsitz hervorgerufenen Bedarfs, wie z.B. auch beim Umstand Verkehrsknotenpunkt, auf diese Umstände bezogene Ermittlungen erforderlich seien, aus denen eine Inanspruchnahme der betreffenden Apotheken ersichtlich werde. Die belangte Behörde führe aus, dass sich aus der Judikatur des VwGH ergebe, dass besondere verkehrstechnische Umstände vorliegen müssten, wenn ein zusätzliches Versorgungspotential einer Apotheke hinzuzurechnen sei, insbesondere wenn ein Verkehrsknotenpunkt gegeben sei.

In der TU-Studie finde sich die Subunterschrift „Bahn mit Verknüpfungen“. Die Auswahlkriterien verlangten, dass die Anzahl der Straßenbahnen und der Stadtbuslinien größer als 5 und die Anzahl der Rex- und Regionalbahnlinien größer als 17 sein müsse. Die belangte Behörde treffe lediglich Feststellungen zur Anzahl der Rex- oder Regionalbahnlinien, nicht jedoch zur Anzahl von Buslinien, für die Buslinie X und die Y GmbH & Co KG. Für die Buslinie X und die Y GmbH & Co KG, treffe sie keine Feststellungen zur Anzahl der Linien. Gehe man davon aus, dass es sich dabei um zwei Linien handle, seien die Kriterien der TU-Studie nicht erfüllt. Die Haltezeitenanzahl der Bahnlinien sei zwar größer als 17, jedoch fielen in die Zeiten, in denen im Anschluss zumindest theoretisch die Apotheke aufgesucht werden könne, in beide Richtungen lediglich 10 Haltezeiten. Die Möglichkeit der Erreichbarkeit einer öffentlichen Apotheke zur Arzneimittelversorgungszwecken müsse zumindest theoretisch gegeben sein. Auch das Argument der belangten Behörde, dass durch die Nähe der Bushaltestellen der Buslinien X und Y GmbH & Co KG der Verkehrsknotenpunkt untermauert werde, ist hinsichtlich der Vorgaben der TU-Studie verfehlt, da die Haltestellen überhaupt einmal ein Mindestmaß an Anbindung bzw. Verknüpfungen aufweisen müssten, um überhaupt als Verkehrsknoten zu gelten. Eben diese Kriterien lägen beim Bahnhof G nicht vor.

Das wesentliche Element der Möglichkeit der Apothekennutzung im Zuge des Umsteigens fehle im konkreten Fall. Jemand, der am Bahnhof in G umsteige, müsse daher den Bus nehmen und eine Station Richtung G-Ort fahren (Hauptplatz) und dort wieder aussteigen. Ein Apothekenbesuch im Rahmen des Umsteigens am Bahnhof G sei völlig realitätsfremd. Es sei aufgrund der Anschlusszeiten der Busverbindungen gar nicht möglich, da bei Zughalten am Bahnhof keine Busanschlüsse innerhalb von 10 Minuten in Richtung Apotheke zur Verfügung stünden. Lediglich bei der Ankunft mit der Zuglinie xx um 08.20 Uhr aus Richtung Wi nach F könne der X um 08.22 Uhr zur Apotheke genommen werden. In diesen Fällen jedoch scheitere das Aufsuchen der B-Apotheke am Vorhandensein einer anschließenden Rückfahrmöglichkeit zum Bahnhof. Ein theoretisches Aufsuchen der Apotheke zwischen den Fahrzeiten der Zug- bzw. Busverbindungen zu Fuß scheide aus, da die B-Apotheke rund 1.500 m vom Bahnhof entfernt liege und man damit mehr als 10 Minuten zu Fuß benötige. Alle sonstigen Intervalle der Busfahrzeiten im Verhältnis zu den Zugfahrzeiten seien in einem solchen zeitlichen Verhältnis zueinander, dass ihre Inanspruchnahme für das Aufsuchen der B-Apotheke von Personen, die den Bahnhof G benutzen, unzumutbar und völlig lebensfremd wäre. Auch fehlte den am Bahnhof G verkehrenden öffentlichen Verkehrsmitteln bereits ganz grundsätzlich die für einen Verkehrsknotenpunkt typische Regelmäßigkeit ihrer Intervalle.

Jedenfalls mangle es dem Bahnhof G an der von der TU-Studie geforderten Versorgungsrelevanz. Dies würden die vorgelegten Videos belegen. Jene wenigen Benutzer des Bahnhofs in G bzw. der Bushaltestellen dort seien so gut wie ausschließlich einheimische Personen, insbesondere Schüler und Lehrlinge. Die belangte Behörde hätte somit richtigerweise die aus diesem Einflutungserreger ermittelten 206 Einwohnergleichwerten zur Gänze unberücksichtigt lassen und, da das Versorgungspotential der B-Apotheke unter 5.500 liege, den Antrag von Dr. O P abweisen müssen.

Abschließend sei noch auf die praktische Betroffenheit der B-Apotheke für den Fall der rechtskräftigen Bewilligung der beantragten Apotheke hinzuweisen. Das Versorgungspotential der B-Apotheke werde sich dann in jedem Fall auf unter 5.500 Personen verringern. Aufgrund der verkehrstechnisch günstigen Lage der Betriebsstätte des Antragstellers in der Nähe des Einkaufszentrums Ha, der Lebensmittelsupermärkte Ia, Ja und Ka würden viele bisherige Kunden der B-Apotheke dann ihren Arzneimittelbedarf gleich im Zuge ihrer Einkäufe in den genannten Geschäften bei der neuen Apotheke decken.

In ihrer Beschwerde beantragt die Drittbeschwerdeführerin (im Folgenden C-Apotheke) die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, der Beschwerde stattzugeben und den Bescheid abzuändern, als dem Einspruch Folge gegeben und das Konzessionsansuchen abgewiesen werde, in eventu den angefochtenen Bescheid aufzuheben und der belangten Behörde zur Erlassung eines neuen Bescheides nach Durchführung eines ergänzenden Ermittlungsverfahrens aufzutragen. Inhaltlich wurde vorgebracht, dass sich durch die beantragte Neuerrichtung das Versorgungspotential der C-Apotheke in H auf weniger als 5.500 Personen verringern werde.

H habe derzeit knapp über 6.400 ständige Einwohner. Die medikamentöse Versorgung erfolge durch zwei öffentliche Apotheken, nämlich die C-Apotheke mit der Adresse H, Kgasse, und der A-Apotheke mit der Adresse H, Rstraße. Allein schon die relativ geringe Anzahl an ständigen Einwohnern zeige, dass die Voraussetzungen für eine weitere öffentliche Apotheke schon aus wirtschaftlichen Gründen nicht gegeben seien. Dies umso mehr, als bei Anwendung der Divisionsmethode sich das Versorgungspotential der C-Apotheke auf noch weit weniger als 5.500 Personen verringern würde. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs sei dann, wenn eine Zuordnung konkreter Kundenpotentiale

nicht mehr oder nicht möglich sei, die Kundenpotentiale je zur Hälfte auf die relativ knapp voneinander entfernten Apotheken aufzuteilen, was auch für Orte mit Zentrumsfunktion zu gelten habe.

Angeichts der Lage der Betriebsstätten der beiden in H bestehenden öffentlichen Apotheken, die an derselben Straßenverbindung gelegen seien, und deren Erreichbarkeit, die aufgrund eben der Straßenverbindung ziemlich gleich sei, sei daher im konkreten Fall die Anwendung der Divisionsmethode geboten. Über ein weiteres Versorgungspotential an ständigen Einwohnern verfüge die C-Apotheke nicht. Über ein Versorgungspotential iSd § 10 Abs 5 Apothekengesetz verfüge die C-Apotheke auch nicht, weil sich in G, M, P und O weitere öffentliche Apotheken bzw. in La, Ro und G noch ärztliche Hausapotheken befänden.

Das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 08.09.2017 sei zum Ergebnis gekommen, dass die Voraussetzungen für die beantragte Apothekenkonzession vorlägen. Im Übrigen hätte die Österreichische Apothekerkammer ihrem Gutachten eine andere künftige Apothekenbetriebsstätte zugrunde gelegt, als vom Konsenswerber ursprünglich beantragt und auch in der Kundmachung angegeben.

Die Studie der TU-Wien sei in keiner Weise nachvollziehbar und mit den tatsächlichen Verhältnissen auch nicht vereinbar.

Diese Auffassung vertrete auch der Magistrat Wien im Bescheid vom 31.10.2017. In der Folge wird ein Auszug aus diesem Bescheid wiedergegeben.

Die Österreichische Apothekerkammer sei mit keinem Wort auf die Argumente der C-Apotheke eingegangen.

Die Österreichische Apothekerkammer vertrete die Auffassung, dass die Divisionsmethode im konkreten Verfahren nicht anwendbar sei, weil die Entfernung zwischen der C-Apotheke und der A-Apotheke in H mehr als 500 m betrage.

Die belangte Behörde sei im angefochtenen Bescheid zu Unrecht davon ausgegangen, dass das Versorgungspotential der C-Apotheke nicht betroffen sei und sich daher auch nicht verringern könne. Aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs ergebe sich nicht, dass bei einer Überschreitung der Entfernung von Apothekenbetriebsstätten von mehr als 500 m die Anwendbarkeit der Divisionsmethode ausgeschlossen sei. Die belangte Behörde hätte zum Ergebnis kommen müssen, dass bei der Ermittlung der den in H bestehenden Apotheken verbleibenden Versorgungspotentiale aufgrund der Lage dieser Apotheken in H deren Verbleiben eines Versorgungspotential im Weg der Divisionsmethode zu ermitteln sei. Dabei hätte sie zum Ergebnis kommen müssen, dass die Bedarfsvoraussetzungen für die beantragte öffentliche Apotheke schon deshalb nicht gegeben seien, weil in den beiden in H bestehenden öffentlichen Apotheken nicht ein je 5.500 Personen übersteigendes Versorgungspotential verbleibe.

Das Landesverwaltungsgericht Steiermark hat die eingegangenen Beschwerden an die Parteien übermittelt mit der Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme.

Die C-Apotheke führte aus, dass die Beschwerden zu Recht davon ausgingen, dass der angefochtene Bescheid inhaltlich rechtswidrig und auch rechtswidrig infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften sei. Dies gelte auch für die von der Österreichischen Apothekerkammer in ihrem Gutachten angewendete TU-Studie, die es nach Aussagen des Studienverfassers zulasse, die tatsächlichen Verhältnisse vor Ort zu berücksichtigen und die TU-Studie daher nicht 1:1 anzuwenden sowie die auch gerügte Nichtanwendung der Divisionsmethode.

In ihrer Äußerung ging die B-Apotheke darauf ein, dass sie sich den Ausführungen zur Divisionsmethode anschließe und zur Beschwerde der A-Apotheke vorbringe, dass die Annahme, das an der Bahnhaltestelle G werktags rund 25 Einsteiger in die Züge vorhanden seien, zu sagen sei, dass diese Zahl de facto viel zu hoch gegriffen sei. Insbesondere während der Öffnungszeiten der B-Apotheke frequentierten so gut wie keine Personen den Bahnhof G. Jene Personen, die am Bahnhof G in den Zug einsteigen würden, benützten den Bahnhof jedenfalls nicht zum Umsteigen von einem anderen öffentlichen Verkehrsmittel oder in ein anderes öffentliches Verkehrsmittel. Der Bahnhof G sei somit lediglich eine Haltestelle. Es handle sich jedenfalls um keinen Verkehrsknotenpunkt.

Am 03.10.2019 übermittelte Dr. O P ein Schreiben, wonach die Wohnbevölkerung heuer dynamisch wachse. Die Gemeinde H habe am 01.01.2016 6.534 Einwohner, am 01.01.2019 dann 6.687 Einwohner und am 24.09.2019 6.765 Einwohner. Die Gemeinde G habe am 01.01.2018 3.082 Einwohner, am 01.01.2019 3.091 Einwohner und am 24.09.2019 3.144 Einwohner. Die Gemeinde H-Umgebung habe am 01.01.2016 2.216 Einwohner und am 25.09.2019 2.285 Einwohner. Die Gemeinde Jo hatte am 01.01.2016 2.120 Einwohner und am 01.01.2019 2.156 Einwohner. Die

Quelle sei die Statistik Austria und die Gemeindemeldeämter.

In der Bezirkshauptstadt H finde nicht nur ein reger Wohnbau statt. So habe die Ma-Wohnbau gerade 42 Wohneinheiten am Fweg errichtet. Seit fast zwei Jahren laufe hier die Planungsphase für 60 weitere Wohnungen. In der JIstraße würden noch im Herbst 2019 21 Na-Wohnungen fertig, weitere 21 dann im Winter 2020/2021. Die Aufzählung der in Planung, Bau oder realisierten Projekten sei natürlich unvollständig.

Im Übrigen solle auch ein durch andere Umstände als Wohnsitz begründeter Bedarf an einer öffentlichen Apotheke berücksichtigt werden. So betrage die Verkehrsfrequenz beim geplanten Standort ca. 30.000 Fahrzeuge. Die kürzlich ins Leben gerufene Wirtschaftsregion H sehe Potential für ca. 1.000 zusätzliche Arbeitsplätze, mehrere Hundert entstünden gerade davon unabhängig über die H Kosmetik Firma Oa (2017: 150 Mitarbeiter plus 95 Mitarbeiter 2018). Auch der erfolgreiche Fußballverein in der Bundesliga trage nicht unwesentlich zur Wirtschaftsleistung bei.

Am 30.10.2019 erstattete die C-Apotheke eine Stellungnahme, wonach auch die ergänzende Stellungnahme der Österreichischen Apothekerkammer vom 29.08.2019 nicht geeignet sei, den Bedarf an der neu beantragten öffentlichen Apotheke dar zu tun. Der Studienverfasser DI Pa habe es nicht ausgeschlossen, dass unabhängig von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der TU-Studie auf lokale Verhältnisse Bedacht zu nehmen. Darauf ginge die Österreichische Apothekerkammer überhaupt nicht ein. Es werde nur Stereotyp auf die ausschließliche Anwendbarkeit der TU-Studie verwiesen. Auch der Hinweis darauf, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 30.01.2019, Zl. Ra 2019/10/0004, keine Bedenken gegen die Anwendbarkeit der Studie erhoben habe, müsse schon deshalb ins Leere gehen, weil wohl hier nicht von einem identen Sachverhalt ausgegangen werden könne, wie dem genannten Beschluss zugrunde liege. Die Behauptung, es seien für Österreich keine flächendeckenden Fahrgast- und Umsteigefrequenzdaten vorhanden, sei unrichtig. In mehreren Apothekenkonzessionsverfahren habe sich herausgestellt, dass von den Ba bzw. den jeweiligen Verkehrsverbänden diese Zahlen sehr wohl von Amts wegen in Erfahrung gebracht werden könnten.

Auch die Ausführungen zur Nichtanwendbarkeit der Divisionsmethode sei nicht nachvollziehbar.

Die Österreichische Apothekerkammer sei zur Gutachtensergänzung aufzufordern, als das verbleibende Versorgungspotential unter Berücksichtigung der Divisionsmethode der B-Apotheke ermittelt werde.

Zur Stellungnahme des Konzessionswerbers werde ausgeführt, dass diese nicht geeignet sei, den Bedarf an einer neu beantragten öffentlichen Apotheke dar zu tun. Soweit sie sich auf noch nicht in Errichtung befindliche Wohnbauten beziehe, sei ihr entgegenzuhalten, dass die Bewohner von noch nicht einmal in Errichtung befindlichen Wohnbauten nicht zu berücksichtigen seien. Auch der Hinweis auf die Verkehrsfrequenz und die Aussage der „Wirtschaftsregion H“ für 1.000 zusätzlicher Arbeitsplätze in der Region – auch wenn nicht hervorgehe, wo sich diese Arbeitsplätze befinden würden – sei unerheblich. Dies betreffe auch den Hinweis auf einen erfolgreichen Fußballverein.

In der Stellungnahme der A-Apotheke vom 05.11.2019 wurde vorgebracht, dass das Versorgungspotential der B-Apotheke in G für den Fall der Erteilung der beantragten Konzession mit 5.591, d.h. nur um 91 Personen mehr, als das Mindestversorgungspotential, angenommen werde. Zu dieser Anzahl komme die Apothekerkammer nur durch Zurechnung von 206 Einwohnergleichwerten unter dem Titel Verkehrsknoten. Die Landesdirektion der Ba AG gebe die Zahlen auf Nachfrage bekannt.

Die Österreichische Apothekerkammer habe aufgrund der Formel der TU Wien Einwohnergleichwerte für den Verkehrsknoten Mu von mehreren Tausend ermittelt und im Vergleich dazu lediglich 297 für 10 Millionen Kunden dieses Einkaufszentrums und sei nur durch die Berücksichtigung der Einwohnergleichwerte für Verkehrsknoten dazu gelangt, dass dadurch das Mindestversorgungspotential der im Einkaufszentrum Mu betriebenen Apotheke für den Fall der Erteilung der beantragten Konzession für eine im Stadtteil Li für die dort tatsächlich wohnenden Menschen neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke überschritten werden konnte. Allerdings habe die dortige Konzessionswerberin umfangreiche Frequenzzählungsunterlagen vorgelegt.

Der „Verkehrsknoten“ G sei ein eingleisiger Bahnhof, der aufgrund der befahrenen Streckenfrequenz eher nur die Bezeichnung als Haltestelle verdiene. Wenn man dazu die Definition von Verkehrsknoten auf Wikipedia gegenüberstelle, sei in keiner Weise nachvollziehbar, warum es sich bei diesem Bahnhof um einen Verkehrsknoten handeln solle. Rund um G befänden sich öffentliche Apotheken und ärztliche Hausapotheken in nicht geringer Zahl. Die in G bestehende öffentliche Apotheke sei wohl kein Einflutungserreger für die nähere und weitere Umgebung.

In einem Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich habe sich für den Bahnhof E-L genau das gleiche Problem ergeben, dass nämlich nur durch Zurechnung des Verkehrsknotens Bahnhof E-L mit 287 Einwohnergleichwerten nur die gemäß § 10 Abs 2 Z 3 Apothekengesetz auch nach der aktuellen Judikatur zu verbleiben habende Mindestanzahl von 5.500 zu versorgenden Personen überschritten worden sei. Die zuständige Richterin habe aufgrund der dort vorgebrachten Einwände hochgradig Zweifel an der Qualifikation des Bahnhofs von E-L als Verkehrsknoten gehegt und hat von Amts wegen die Passagierfrequenz am Bahnhof erhoben. Dabei habe sich eine Frequenz von 157 Einsteigern pro Tag ergeben und im Vergleich dazu die entsprechende Frequenz in dem danebengelegenen, offensichtlich wirklich einen Verkehrsknotenpunkt darstellenden Bahnhof Le nach Mitteilung der Ba 3.659 Einsteiger pro Tag bekanntgegeben.

Daraus habe das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich den Schluss gezogen, dass es sich wohl beim Bahnhof E-L, der vielleicht noch eine etwas höhere Passagierfrequenz als der Bahnhof G habe, nicht um einen Verkehrsknotenpunkt im Sinne der technischen Definition handeln könne und in Aussicht gestellt, den Konzessionsantrag abzuweisen, weil es eben die von der Apothekerkammer errechneten 287 Einwohnergleichwerte für Verkehrsknoten nicht anerkannt habe.

Beantragte wurde eine Anfrage an die Ba AG über die Anzahl der den Bahnhof G frequentierenden Einwohner zu richten und im Vergleich dazu eine betreffend den Bahnhof H.

Dazu wurde ein Schreiben des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich an den Vertreter der A-Apotheke vorgelegt sowie weitere Unterlagen.

Die B-Apotheke erstattete am 06.11.2019 eine weitere Stellungnahme, in der zur Stellungnahme von Dr. O P vom 29.09.2019 vorgebracht wird, dass lediglich Einwohnerzahlen betreffend die Polygone relevant seien, nicht jedoch auf Gemeinden abstellten.

Die Einwohnergleichwerte aus dem G Bahnhof hätten nicht berücksichtigt werden dürfen.

Die B-Apotheke schließe sich den Ausführungen der C-Apotheke an, insbesondere dem Argument, dass die TU-Studie nach Aussagen des Studienverfassers es zulasse, dass die tatsächlichen Verhältnisse vor Ort berücksichtigt würden und die TU-Studie nicht 1:1 anzuwenden sei. Das Modell habe nicht den Anspruch, den Einzelfall präzise darzustellen. Es entspreche auch nicht der Rechtsprechung zu § 10 Abs 5 Apothekengesetz, dass, wenn einzelfallbezogene Feststellungen nicht oder nur mit unvertretbarem Aufwand getroffen werden könnten, es zulässig sei, auf allgemeine, für den jeweiligen Fall repräsentative Untersuchungsergebnisse zurückzugreifen und auf diesem Weg Ausmaß und Verhältnis in dem die Inanspruchnahme der Apotheke zu jener eines ständigen Einwohners stehe, aufzuzeigen. Dies bedeute im Umkehrschluss, dass, sofern einzelfallbezogene Feststellungen mit unvertretbarem Aufwand getroffen werden könnten, auf diese zurückzugreifen sei und nicht auf lediglich repräsentative Untersuchungsergebnisse. Im vorliegenden Fall zeigten jedoch die konkreten tatsächlichen Umstände in Bezug auf den Bahnhof in G, dass dieser kein Verkehrsknotenpunkt sei.

Zur ergänzenden Stellungnahme der Österreichischen Apothekerkammer werde ausgeführt, dass diese keine weiteren Erklärungen im Verhältnis zum Gutachten vom 08.09.2019 liefern würden. Es ergebe sich nicht, wie sich das Versorgungsäquivalent von 13,2367 und somit 206 Einwohnergleichwerte herleiten ließen. Die Ermittlung dieses Faktors bleibe nicht nachvollziehbar.

In der ergänzenden Stellungnahme (S. 2 f) als auch im Erläuterungsbericht zur TU-Studie (S. 22 ff) werde explizit ausgeführt, dass für Österreich keine flächendeckenden Fahrgast- und Umsteigefrequenzdaten vorhanden seien, weshalb die Beurteilung einer Haltestelle von der Art und Anzahl der an eine Haltestelle angebundenen Linien abgeleitet worden sei. Dabei entspreche der Bahnhof in G keinem der im Erläuterungsbericht der TU Wien enthaltenen versorgungsrelevanten Verkehrsknoten. Es sei zu vermuten, dass bei dem Wert von 13,2367 eine entsprechend hohe Frequenz anzunehmen sei, andernfalls ein Verkehrsknotenpunkt per se nicht versorgungsrelevant sein könne.

Auch wenn durch die der TU-Studie zugrundeliegende Methodik eine Repräsentanz der ermittelten Koeffizienten als Durchschnittswerte für Österreich zugestanden werden könne, liege im konkreten Fall kein signifikanter Einfluss des Bahnhofs in G auf das Versorgungspotential der B-Apotheke vor. Bereits am 31.08.2018 habe die B-Apotheke Videos über die spärliche Frequenz des Bahnhofs in G übermittelt, mit der sich die belangte Behörde jedoch nicht auseinandergesetzt habe. Die B-Apotheke habe daher die Qa GmbH an sechs Tagen der KW 14 (außer Sonntag)

während der Öffnungszeiten der B-Apotheke eine Frequenzzählung durchführen lassen. Die Frequenzzählung habe ergeben, dass in der gesamten Woche lediglich 46 Personen den Bahnhof in G als Ein- oder Ausstiegsstelle genutzt hätten. Unter diesen 46 Personen seien offensichtlich 3 Schüler gewesen. Den Angaben der Passagiere zufolge kämen mehr als 50 % aus G (24 Personen) oder Ro (1 Person) und somit ohnehin aus dem Versorgungspolygon der B-Apotheke.

Bei der ausgewählten Woche habe es sich um eine durchschnittliche Arbeitswoche ohne Feiertage oder besondere witterungsbedingte oder verkehrsbeeinträchtigende Besonderheiten gehandelt. Die belangte Behörde hätte daher bei Berücksichtigung dieses Vorbringens zu einem anderen Bescheidergebnis gelangen müssen. Der Umstand, dass es sich bei einem Passagier des Bahnhofs in G überwiegend um Pendler handle, ergebe sich auch aus der Pendlerstatistik für die Gemeinde G. Im Allgemeinen würden die meisten Pendler ein Auto oder den Ra-Bus nehmen, der keinen Halt beim Bahnhof G habe.

Aufgrund dieser empirisch nachgewiesenen äußerst geringen Frequenz von lediglich 46 Personen pro Woche, von denen 3 Schüler seien und mehr als die Hälfte im Versorgungspolygon der B-Apotheke wohne, lasse sich aus dem Bahnhof in G unmöglich 206 Einwohnergleichwerte ableiten. Der Apotheke verbliebe letztlich nur ein Versorgungspotential von 5.385 Personen.

Im Übrigen werde im Fall der Bewilligung des Ansuchens von Dr. O P de facto sich das Versorgungspotential noch stärker verringern, da aufgrund der verkehr

Quelle: Landesverwaltungsgericht Steiermark LVwg Steiermark, <http://www.lvwg-stmk.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at