

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

22.12.1993

Geschäftszahl

93/10/0077

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kirschner und die Hofräte Dr. Waldner, Dr. Novak, Dr. Mizner und Dr. Bumberger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Kopp, über die Beschwerde der Mag. J in W, vertreten durch Dr. V, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz vom 24. Februar 1993, Zl. 262.193/4-II/A/4/92, betreffend Standorterweiterung und Betriebsstättenverlegung einer öffentlichen Apotheke (mitbeteiligte Partei: Mag. L KG in W, vertreten durch Dr. F, Rechtsanwalt in W), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz) hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 11.630,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin der "X-Apotheke". Der für diese Apotheke festgelegte Standort lautet: "Gebiet im

14. Wiener Gemeindebezirk, und zwar der Achtundvierzigerplatz". Die Betriebsstätte befindet sich in Wien XIV, Achtundvierzigerplatz/Staargasse 28.

Mit Eingabe vom 20. September 1990 beantragte die Beschwerdeführerin beim Landeshauptmann von Wien die Genehmigung zur Erweiterung des Standortes. Den beantragten neuen Standort umschrieb sie wie folgt:

"Gebiet im 14. Wiener Gemeindebezirk begrenzt wie folgt:

Achtundvierzigerplatz - Staargasse - Heinrich Collin-Straße - Mitisgasse - Felbigergasse - Zehetnergasse - Hütteldorferstraße - Pachmanngasse - Donhartgasse - Stauffergasse - Donhartgasse - Achtundvierzigerplatz, sämtliche Straßenzüge beidseitig."

Gleichzeitig beantragte sie die Genehmigung der Verlegung der Betriebsstätte an die Anschrift Hütteldorferstraße 215, 1140 Wien.

Zur Begründung ihres Antrages führte die Beschwerdeführerin im wesentlichen aus, von der derzeitigen Betriebsstätte aus erreiche ihre Apotheke nicht mehr das im Apothekengesetz vorgesehene Versorgungspotential von 5500 Personen. Bei einer Verlegung der Betriebsstätte in die Hütteldorferstraße 215 ergebe sich für die Bewohner der (zum Versorgungspotential der Apotheke der Beschwerdeführerin zählenden) Flötzersteig-Siedlung deshalb kein gravierender Nachteil bei der Heilmittelversorgung, da sich das Haus Hütteldorferstraße 215 kaum mehr als 500 m von der derzeitigen Betriebsstätte entfernt befinde. Hiezu komme, daß sich in der Flötzersteig-Siedlung überhaupt keine Geschäfte befänden, die den Einwohnern die Deckung des Bedarfes des täglichen Lebens ermöglichen. Die Einwohner dieser Siedlung orientierten sich daher beim Einkauf ebenfalls zur Hütteldorferstraße. Dagegen könne von der geplanten neuen Betriebsstätte aus der Bedarf eines viel größeren vorhandenen Versorgungspotentials befriedigt werden. In unmittelbarer Nähe betrieben zwei praktische Ärzte ihre Ordinationen, die auch von den Einwohnern der Flötzersteig-Siedlung und von den Einwohnern des Zählsprengeles 05/3 häufig aufgesucht würden, wie an den in der Apotheke der Beschwerdeführerin eingelösten Rezepten festgestellt werden könne. Auch die Verkehrsverhältnisse sprächen für eine Verlegung. Durch eine Verlegung ergebe sich ein Versorgungspotential von 6038 Personen für die verlegte Apotheke.

Am 22. Oktober 1990 präzisierte die Beschwerdeführerin den beantragten erweiterten Standort wie folgt:

"Gebiet im 14. Wiener Gemeindebezirk begrenzt wie folgt:

Die nördliche Begrenzung des Achtundvierzigerplatzes beginnend von der Einmündung der Donhartgasse und der Klessgasse bis zur Staargasse - Staargasse - Heinrich-Collin-Straße - -Mitisgasse - Hütteldorferstraße - Lützowgasse - Vogtgasse - Mitisgasse - Felbigergasse - Zehetnergasse - Hütteldorferstraße - Donhartgasse - Stauffergasse - Wawaragasse - bis zum Ausgangspunkt."

Gegen die von der Beschwerdeführerin beantragte Standorterweiterung und Betriebsstättenverlegung erhob u.a. die mitbeteiligte Partei Einspruch.

Der Landeshauptmann von Wien holte ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer - Landesgeschäftsstelle Wien - ein. Diese vertrat die Auffassung, die Voraussetzungen für die Genehmigung des Antrages der Beschwerdeführerin lägen vor. Im unmittelbaren Versorgungsbereich der Apotheke der Beschwerdeführerin - so das Gutachten - seien maximal 3219 Personen zu versorgen. Bei einer Verlegung in die Hütteldorferstraße 215 ergebe sich ein Versorgungspotential von 8538 Personen. Aus der Gegenüberstellung von 8538 zu versorgenden Einwohnern nach der Verlegung und 3219 vorher sei jedenfalls der Schluß zu ziehen, daß die Verlegung die Arzneimittelversorgung insgesamt verbessern werde. Ein großer Teil der errechneten 8538 Personen werde kürzere Wegstrecken zur nächstgelegenen Apotheke haben. Für einige Bewohner des Gebietes zwischen Achtundvierzigerplatz und Hütteldorferstraße werde sich diese Wegstrecke zwar nicht verkürzen, aber auch nicht verlängern, sondern bloß in eine andere Richtung gehen. Nicht zu leugnen sei, daß für einen Teil der Bewohner der Flötzersteig-Siedlung und der Antaeus-Siedlung die Wegstrecke zur nächsten Apotheke länger werde. Diese Personen hätten aber die Möglichkeit, mit Hilfe der Autobuslinien 51 A und 48 A andere Apotheken (14, Hütteldorferstraße 175; Gablenzgasse 31) ohne unzumutbare Belastung zu erreichen. Die relativ geringe Einwohnerzahl der Flötzersteig-Siedlung und der Antaeus-Siedlung habe eine äußerst mangelhafte Infrastruktur dieses Gebietes zur Folge. Es befinde sich wohl im Haus Achtundvierzigerplatz 31 die Ordination eines praktischen Arztes und daneben eine kleine Imbissstube. In der Mitte des Achtundvierzigerplatzes sei eine Jugendsportanlage mit Tennisplätzen und ein Kinderzentrum untergebracht. Im übrigen befänden sich in der Umgebung der X-Apotheke nur Wohnhäuser. Etwas weiter entfernt von der Apotheke und etwas höher am Flötzersteig gelegen, befänden sich ein Gasthaus, ein Friseur und ein Konsum-Geschäft. Es könne jedenfalls nicht erwartet werden, daß eine auf die Bewohner der genannten Siedlungen eingeschränkte Apotheke auf Dauer die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung garantieren könne. Der Apotheke der mitbeteiligten Partei verblieben nach der Verlegung der Apotheke der Beschwerdeführerin noch immer 6671 zu versorgende Personen.

Das Gesundheitsamt der Stadt Wien befürwortete ebenfalls die beantragte Apothekenverlegung.

Der Bezirksvorsteher des 14. Bezirkes erklärte zunächst, er begrüße jede Maßnahme, die einen Vorteil für die Penzinger Bevölkerung bringe und erhebe daher auch gegen eine "Neuerstellung einer Apotheke" keinen Einwand. In der Folge ersuchte er um Prüfung, ob nicht die Erteilung einer zusätzlichen Konzession im Bereich Hütteldorferstraße/Zehetnergasse zur besseren Arzneimittelversorgung der Bevölkerung möglich wäre.

Mit Bescheid vom 5. Februar 1992 gab der Landeshauptmann von Wien unter Berufung auf § 9 Abs. 2 des Apothekengesetzes, RGBL. Nr. 5/1907 (ApG) dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Erweiterung des Standortes statt. In der Begründung heißt es nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens, die Behörde habe nochmals überprüft, welche Zählsprenkel dem derzeitigen Einzugsgebiet der Apotheke der Beschwerdeführerin zuzurechnen seien. Dabei habe sich ein Versorgungspotential von 2747 Personen ergeben. Rechne man zu dieser Zahl dennoch - trotz der nicht eindeutigen Zuordnung - die Einwohner der Zählsprenkel 16081 und 16082, so ergebe sich ein Versorgungspotential von 4020 Personen. Laufkundschaft habe die Apotheke der Beschwerdeführerin kaum zu erwarten, da sie mit öffentlichen Verkehrsmitteln nicht direkt erreichbar sei und der Achtundvierzigerplatz kaum Durchzugsverkehr aufweise. Die Flötzersteig- und die Antaeus-Siedlung wiesen eine mangelhafte Infrastruktur auf, sodaß sich die Bewohner zur Deckung ihres täglichen Bedarfes zur Hütteldorferstraße hin orientieren müßten. Die Lage der Apotheke abseits der Hütteldorferstraße sei daher eher ungünstig, um eine gute Arzneimittelversorgung in diesem Gebiet zu gewährleisten. Wenn nun die Bewohner dieses Gebietes ohnehin gezwungen seien, ihre Einkäufe zur Deckung ihres täglichen Bedarfes im Bereich der Hütteldorferstraße zu tätigen, sei für die Behörde nicht ersichtlich, daß die Verlegung der Apotheke gerade in diesem Bereich zu einer Verschlechterung der Arzneimittelversorgung führen sollte. Auch die Österreichische Apothekerkammer habe in ihrer Stellungnahme zutreffend ausgeführt, daß die Apotheke nach der Verlegung ein Kundenpotential von 8538 Personen haben werde, wobei sich für einen Großteil dieser Personen eine Verkürzung der Wegstrecke zur nächsten Apotheke ergeben werde und für andere weder eine Verkürzung noch eine Verlängerung der bisherigen Wegstrecke eintreten werde. Wenn nun die X-Apotheke bisher etwa 3000 Personen zu versorgen gehabt habe und nach der Verlegung 8538 Personen, so werde durch die Verlegung die Arzneimittelversorgung insgesamt sicher verbessert.

Gegen diesen Bescheid erhob die mitbeteiligte Partei Berufung. Die belangte Behörde brachte der Beschwerdeführerin diese Berufung und die von ihr ermittelten neuesten Einwohnerzahlen für die verfahrensrelevanten Zählsprenkel zur Kenntnis.

Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung der mitbeteiligten Partei Folge und wies die Ansuchen der Beschwerdeführerin (auf Erweiterung des Standortes und Verlegung der Betriebsstätte) unter Berufung auf die §§ 51, 46 Abs. 5, 14 Abs. 2, 10 und 48 ApG ab. In der Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, es sei zu prüfen gewesen, ob der Bedarf des von der X-Apotheke

bisher versorgten Gebietes nach Verlegung der Apotheke in die Hütteldorferstraße dadurch besser befriedigt werden könne. Dies sei zu verneinen. Einerseits seien die Bewohner rund um den Flötzersteig und die dort befindliche Apotheke mit öffentlichen Verkehrsmitteln gar nicht mit dem Haus Hütteldorferstraße/Mitisgasse direkt verbunden und würden bei Verlegung der Apotheke eher (mit dem Bus 51 A) eine andere öffentliche Apotheke aufsuchen, etwa die Flora-Apotheke, die näher zur Busstation liege. Andererseits sei der Fußweg für die Bewohner der Flötzersteig-Siedlung und der Antaeus-Siedlung jedenfalls länger in die Hütteldorferstraße. Da die X-Apotheke durch die Nähe zu den beiden praktischen Ärzten Dr. S in der Schreckergasse (16. Bezirk, Antaeus-Siedlung) und Dr. M am Achtundvierzigerplatz von den Patienten dieser beiden Ärzte aufgesucht werde, erfülle sie an ihrem jetzigen Standort eine wesentliche und allseits gewürdigte Funktion, was sich auch in den bisherigen Umsätzen ausdrücke. Der belangten Behörde sei zuletzt für 1991 der von der X-Apotheke erzielte Umsatz von S 10,802.163,- bekanntgeworden. Daß die Lage der X-Apotheke am Achtundvierzigerplatz unter diesem Aspekt eher ungünstig sei, wie der Landeshauptmann von Wien festgestellt habe, um eine gute Arzneimittelversorgung in diesem Gebiet zu gewährleisten, könne von der belangten Behörde jedenfalls nicht gefunden werden; das Gegenteil sei der Fall. Bei der Beurteilung des Bedarfes nach Medikamenten müsse bedacht werden, daß es sich dabei nicht um Güter des täglichen Bedarfes handle, die wie Lebensmittel gekauft würden. Medikamente würden auch nicht immer gerade dann vonnöten sein, wenn Lebensmitteleinkäufe getätigt würden, sondern vor allem im Anschluß an Ordinationsbesuche, fallweise auch nachts, an Wochenenden - eben zu Zeiten des Bereitschaftsdienstes von Apotheken. Daher bestehe ein Bedarf nach Arzneimittelabgabestellen auch in reinen Wohngebieten - unabhängig von der sonstigen Infrastruktur -, sodaß die Verlegung der seit 43 Jahren bestehenden X-Apotheke vom Achtundvierzigerplatz zur Hütteldorferstraße einen echten Verlust für die bisher versorgte Bevölkerung darstelle. Der Beschwerdeführerin sei allerdings insofern recht zu geben, als auch in der Hütteldorferstraße zwischen der Flora-Apotheke und der Merkur-Apotheke Bedarf nach einer öffentlichen Apotheke bestehe. Dieser habe jedoch durch die Konzessionserteilung an Mag. Z zur Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke befriedigt werden können. Es sei nach Ansicht der belangten Behörde nicht zu erwarten, daß die an der Adresse Hütteldorferstraße/Hernsdorferstraße neu zu errichtende Apotheke den bisherigen Kundenstock der X-Apotheke betreuen werde; umgekehrt werde nicht angenommen, daß die X-Apotheke bisher solche Personen versorgt habe, die entlang der Hütteldorferstraße wohnten. Das Versorgungsgebiet der X-Apotheke am Achtundvierzigerplatz erstreckte sich nämlich über den Bereich der Zählsprengel 1405/0, 1405/1, 1405/2, 1405/3, 1408/0, 1408/4, 1608/0, 1608/1 und 1608/2, woraus sich ein gesamtes Versorgungspotential von 5739 Personen ergebe. Für die Mag. Z bewilligte Apotheke sei ein Versorgungsgebiet für wahrscheinlich angenommen worden, das aus den Zählsprengeln 1404/0, 1404/2, 1406/0, 1406/1, 1406/4 und 1406/4 mit einem Versorgungspotential von insgesamt 7091 Einwohner bestehe. Nach Ansicht der belangten Behörde sei die Bedingung des § 14 Abs. 2 ApG, daß von dem neuen Standort der Bedarf des Gebietes besser befriedigt werden könne, nicht gegeben. Zur Erzielung einer flächendeckenden Versorgung der Wiener Bevölkerung mit Arzneimittelabgabestellen scheine es der belangten Behörde dem Sinn des ApG besser zu entsprechen, bisher gut eingeführte Apotheken die von ihnen betreuten Personen weiterhin versorgen zu lassen und allenfalls bei Bedarf neue Apotheken zusätzlich zu bewilligen. Keinesfalls sinnvoll erscheine es, Apotheken nur an den Hauptdurchfahrtsstraßen anzusiedeln und Wohngebiete, in denen auch praktische Ärzte ihre Ordinationen hätten, ohne medikamentöse Versorgung zu lassen.

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

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

Die mitbeteiligte Partei hat ebenfalls eine Gegenschrift erstattet und beantragt, der Beschwerde keine Folge zu geben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Nach § 9 Abs. 2 ApG ist in der Konzessionsurkunde als Standort der Apotheke eine Gemeinde, eine Ortschaft, ein Stadtbezirk oder ein Teil eines solchen Gebietes zu bestimmen. Bei Apotheken, welche schon früher betrieben worden sind, ist der bisherige Standort aufrechtzuerhalten. Die Konzession hat nur für den Standort Geltung.

Unter dem "Standort einer Apotheke" ist demnach jenes territorial abgegrenzte Gebiet zu verstehen, innerhalb dessen die Apotheke aufgrund der bezüglichen Konzession zu betreiben ist.

Nach § 14 Abs. 1 ApG bedarf die Verlegung einer Apotheke innerhalb des festgesetzten Standortes (§ 9 Abs. 2) der behördlichen Genehmigung.

§ 14 Abs. 2 leg. cit. bestimmt, daß die Verlegung einer öffentlichen Apotheke an einen anderen Standort zu bewilligen ist, wenn die Voraussetzungen des § 10 zutreffen und überdies von dem neuen Standort aus der Bedarf des Gebietes besser befriedigt werden kann.

§ 14 Abs. 2 ApG ermöglicht demnach die Verlegung der Betriebsstätte einer öffentlichen Apotheke an einen Ort, der außerhalb ihres bisherigen Standortes liegt. Gleichzeitig mit der Bewilligung einer solchen Verlegung ist der bisherige Standort zu ändern, sei es durch Erweiterung oder Neufestsetzung des Standortes. Bedingung für

die Zulässigkeit einer solchen Verlegung ist das Vorliegen der Voraussetzungen des § 10 ApG sowie eine bessere Bedarfsbefriedigung des Gebietes von dem neuen Standort aus.

Schließlich findet sich im § 46 Abs. 5 ApG eine Verfahrensbestimmung für Fälle der Erweiterung des Standortes. Danach ist über einen Antrag auf Erweiterung des bei Erteilung der Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke gemäß § 9 Abs. 2 festgesetzten Standortes oder um nachträgliche Festsetzung des Standortes, wenn dieser bei Erteilung der Konzession nicht gemäß § 9 Abs. 2 bestimmt wurde, das für die Konzessionserteilung vorgesehene Verfahren durchzuführen. Diese Bestimmung wirft die Frage auf, ob sie auch auf eine Apothekenverlegung nach § 14 Abs. 2 ApG anzuwenden ist, da diese Bestimmung nicht nur die Erweiterung des Standortes, sondern auch die Festsetzung eines gänzlich neuen Standortes ermöglicht. Die Frage ist zu bejahen, wäre es doch sachlich nicht zu rechtfertigen, bei Standorterweiterungen das Verfahren wie bei einer Neuerrichtung durchzuführen, bei einer gänzlichen Standortneufestsetzung hingegen nicht. Allerdings ist hier darauf hinzuweisen, daß die Anwendung des § 14 Abs. 2 ApG - in Abgrenzung zur Neuerteilung einer Konzession - voraussetzt, daß ein territorialer Zusammenhang zwischen altem und neuem Standort bestehen muß (arg.: "Gebiet" im § 14 Abs. 2 ApG).

Zu den Bestimmungen, die im Verfahren zur Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke und demnach auch im Verfahren nach § 14 Abs. 2 ApG anzuwenden sind, gehört § 48 Abs. 2 ApG. Aus diesem ergibt sich, daß die Inhaber öffentlicher Apotheken in einem solchen Verfahren insoweit ein Mitspracherecht und damit Parteistellung haben, als sie den Bedarf an der neuen öffentlichen Apotheke als nicht gegeben erachten. Wann ein Bedarf an einer neuen öffentlichen Apotheke gegeben ist, bestimmt § 10 Abs. 2 ApG, welcher auch im Verfahren nach § 14 Abs. 2 ApG anzuwenden ist. Ein Bedarf besteht nach § 10 Abs. 2 ApG nicht, wenn (Z. 1) die Zahl der von der künftigen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke aus zu versorgenden Personen weniger als 5500 beträgt oder (Z. 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 (Z. 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 5500 betragen wird.

Inhabern bestehender öffentlicher Apotheken ist somit im Verfahren nach § 14 Abs. 2 ApG ein Mitspracherecht insoweit eingeräumt, als sie geltend machen können, es bestehe kein Bedarf im Sinne des § 10 Abs. 2 ApG. Ein darüber hinausgehendes Mitspracherecht kommt ihnen nicht zu. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob die im § 14 Abs. 2 ApG über das Vorliegen eines Bedarfes hinaus statuierte Voraussetzung gegeben ist, daß von dem neuen Standort aus der Bedarf des Gebietes besser befriedigt werden kann. Es ist kein sachlicher Grund dafür aufzufinden, daß die Inhaber bestehender Apotheken in einem Verlegungsverfahren nach § 14 Abs. 2 ApG ein weitergehendes Mitspracherecht haben sollten als im Verfahren zur Neuerrichtung einer Apotheke.

Die belangte Behörde hat die Berufung der mitbeteiligten Partei zum Anlaß genommen, die der Beschwerdeführerin von der Behörde erster Instanz erteilte Genehmigung zur Apothekenverlegung zu beheben und diese Genehmigung zu versagen. Begründet wurde diese Entscheidung ausschließlich damit, von dem neuen Standort aus könne der Bedarf des Gebietes nicht besser befriedigt werden. Zu einer solchen Entscheidung war die belangte Behörde aber nicht berechtigt. Parteien, die nur einzelne subjektive Rechte haben, wie dies im Beschwerdefall für die mitbeteiligte Partei zutraf, können nur die Verletzung dieser Rechte mit Berufung geltend machen. Prozeßgegenstand des Berufungsverfahrens ist in diesen Fällen nur der Themenkreis, bezüglich dessen dem Berufungswerber ein Mitspracherecht zusteht (vgl. die hg. Erkenntnisse verstärkter Senate vom 3. Dezember 1980, Slg. N.F. 10.317/A; vom 28. November 1983, Slg. N.F. 11.237/A und vom 15. Juni 1987, Slg. N.F. 12.489/A sowie speziell zum Apothekenrecht Puck, Die Organisation der Heilmittelversorgung durch Apotheken - Realtypus wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Gestaltungsformen, in: Wenger-FS, 597 und die dort angeführte Judikatur).

Die belangte Behörde hätte sich daher mit der Frage des Vorliegens eines Bedarfes im Sinne des § 10 ApG zu befassen gehabt, wobei insbesondere keine Auseinandersetzung mit dem einen solchen Bedarf bejahenden Gutachten der Apothekerkammer erforderlich gewesen wäre, nicht aber mit der davon zu trennenden Frage der BESSEREN Bedarfsbefriedigung.

Aus den angeführten Gründen erweist sich der angefochtene Bescheid als inhaltlich rechtswidrig, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war.

Der Ausspruch über den Kostenersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 104/1991.