



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Mag. Nedwed sowie die Hofräte Dr. Lukasser, Dr. Hofbauer und Dr. Eisner und die Hofrätin Mag. Zehetner als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Prendinger, über die Revision der Mag. pharm. A A, vertreten durch die Huber und Partner Rechtsanwälte GmbH in Linz, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 22. Juli 2024, Zl. LVwG-050260/23/MK/GSc-050264/2, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Gmunden; mitbeteiligte Partei: T-Apotheke, vertreten durch Prof. Dr. Wolfgang Völkl, Rechtsanwalt in Wien), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird in seinem Spruchpunkt I. wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Bescheid der vor dem Verwaltungsgericht belangten Behörde vom 13. März 2023 wurde der Revisionswerberin gemäß §§ 3 Abs. 1, 9, 10, 48 Abs. 2 und 51 Apothekengesetz (ApoG) die Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke mit der Betriebsstätte an einer näher genannten Adresse in O. und unter Festlegung des Standortes mit dem Gemeindegebiet von O. erteilt.
- 2 Die Behörde legte ihrer Entscheidung ein im Grunde des § 10 Abs. 7 ApoG eingeholtes Bedarfsgutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 4. März 2021 (samt Ergänzung vom 27. Juni 2022) zugrunde, wonach der Apotheke der mitbeteiligten Partei auch nach Errichtung der beantragten Apotheke ein Versorgungspotential von 5.880 zu versorgenden Personen verbliebe.





- 3 Mit dem angefochtenen Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 22. Juli 2024 wurde einer dagegen von der mitbeteiligten Partei erhobenen Beschwerde stattgegeben und der Konzessionsantrag der Revisionswerberin abgewiesen (Spruchpunkt I.). Weiters wurden die Beschwerden der H-Apotheke und der S-Apotheke als unbegründet abgewiesen (Spruchpunkt II.) und ausgesprochen, dass die Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig sei (Spruchpunkt III.).
- 4 Das Verwaltungsgericht traf - unter anderem - die Feststellungen, dass bei der an das Versorgungsgebiet der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke der Revisionswerberin angrenzenden bestehenden Apotheke der mitbeteiligten Partei die geplante Neuerrichtung eine Unterschreitung des Mindestversorgungspotentials von 5.500 Personen zur Folge habe. Der Apotheke der mitbeteiligten Partei verbliebe ein Versorgungspotential von 4.700 Personen, das sich wie folgt zusammensetze: 3.380 ständige Einwohner im 4 km-Polygon der Betriebsstätte; 93 Einwohnerggleichwerte für Personen mit Nebenwohnsitz im Versorgungspolygon; 894 Einwohnerggleichwerte für Beschäftigte im Versorgungspolygon; 156 Einwohnerggleichwerte für Einzelhandel im Versorgungspolygon; 51 Einwohnerggleichwerte für Ambulanzen im Versorgungspolygon; 126 Einwohnerggleichwerte für Verkehrsknoten im Versorgungspolygon.
- 5 Unter der Überschrift „Beweiswürdigung“ führte das Verwaltungsgericht dazu aus, diese Feststellungen beruhten auf der ergänzenden Stellungnahme der Österreichischen Apothekerkammer vom 31. August 2023. Für die Feststellungen zum zusätzlich zu versorgenden Potential seien „die anhand der TU-Studie, im Auftrag des erkennenden Gerichts alternativ unter Heranziehung der unteren Konfidenzintervallgrenze berechneten“ Einwohnerggleichwerte herangezogen worden, zumal diese „aus statistischer Sicht - im Vergleich zur von der Österreichischen Apothekerkammer bevorzugten mittleren Punktschätzung - einen höheren Erklärungswert“ aufwiesen und „den worst case für die, vom Apothekengesetz primär geschützten bestehenden öffentlichen Apotheken“ darstellten. Dem lägen folgende Überlegungen



zugrunde: Zur Bewertung des Potentials zusätzlich zu versorgender Personen nach § 10 Abs. 5 ApoG stütze sich die Österreichische Apothekerkammer auf die „Studie zur Ermittlung von Einwohnergleichwerten“ der TU Wien (im Folgenden: TU-Studie), in welcher der Einfluss von „Einflutungserregern“ (Nebenwohnsitze, Beschäftigte, Konzentrationen des Einzelhandels, Tourismus, Knotenpunkte des öffentlichen Verkehrs, Ambulanzpatienten etc.) auf den Apothekenumsatz untersucht und darauf basierend Einwohnergleichwerte berechnet würden. Dies erfolge nach Kriterien der Statistik und auf Grundlage von validen (d.h. für ganz Österreich erhobenen und aus wissenschaftlicher Sicht gesicherten) Daten.

Der Verwaltungsgerichtshof habe bereits mehrfach judiziert, dass es zwecks Ermittlung des Ausmaßes der Inanspruchnahme der Apotheke durch einen Einflutungserreger im Verhältnis zu jener eines ständigen Einwohners zulässig sei, auf allgemeine, repräsentative Untersuchungsergebnisse zurückzugreifen, wenn - wie hier - einzelfallbezogene Ermittlungen nicht oder nur mit unververtretbarem Aufwand möglich seien (Verweis auf VwGH 4.7.2005, 2003/10/0295).

- 6 Mit dem gegenständlichen Regressionsmodell werde auf das nach den objektiv vorliegenden Umständen zu erwartende Kundenverhalten abgestellt, wobei die Aufteilung der Einflutungserreger auf die bestehenden öffentlichen Apotheken nach der entfernungsgewichteten Attraktivität erfolge. Im Hinblick auf die in der Praxis unmögliche abschließende (einzelfallbezogene) Ermittlung der zusätzlich zu versorgenden Personen im Sinne des § 10 Abs. 5 ApoG scheine dieses Modell, das einen auf Wahrscheinlichkeiten beruhenden, gravitationsbasierten Ansatz wähle und auf gesichertem Zahlenmaterial beruhe, zur möglichst realitätsnahen Bedarfsermittlung geeignet. Dafür spreche auch der Umstand, dass sich der Verwaltungsgerichtshof anlässlich mehrerer Revisionen, die (auch) die Eignung der TU-Studie in Zweifel gezogen hätten, nicht veranlasst gesehen habe, diese zu verwerfen (Verweis auf VwGH 29.9.2017, Ra 2017/10/0128; 30.1.2019, Ra 2019/10/0004, 0005).
- 7 Die Eignung der TU-Studie bzw. eines Regressionsmodells werde auch von Univ.-Prof. Dr. E., gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für



Informatik/Mathematik, Signalverarbeitung und Statistik, grundsätzlich bestätigt. In seinen, von der mitbeteiligten Partei vorgelegten statistischen „Obergutachten vom 17.12.2022 und vom 23.02.2023“, die er als beigezogener nichtamtlicher Sachverständiger in einem (anderem) Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich und in einem Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Steiermark erstattet habe, werde jedoch eine eingeschränkte Plausibilität bzw. Aussagekraft der TU-Studie aus statistischer Sicht festgestellt. Der wesentlichste Umstand für diese Einschränkung sei die Anwendung der mittleren Punktschätzung für die Ermittlung der Einwohnergleichwerte, zumal dabei die Streuung der Faktoren keine Berücksichtigung finde. Aus fachlicher Sicht sei es angebracht, mithilfe der Grenzen der Konfidenzintervalle „einen best und worst case zu berechnen“, wobei rechtlich zu klären bleibe, welcher Wert relevant sein solle. Der Beschreibung der Konfidenzintervallgrenzen der Einwohnergleichwerte anstelle der mittleren Punktschätzung habe der Sachverständige eine hohe Priorität zugemessen. Andere Verbesserungsvorschläge (regionale Teilmodelle, transparentere Erläuterungen etc.) seien mit geringeren Prioritäten (mittel oder niedrig) gewichtet worden; deren Umsetzung sei aus fachlicher Sicht zwar mittel- bzw. langfristig sinnvoll, wirke sich aber auf die Berechnung der Einwohnergleichwerte nicht (wesentlich) aus.

- 8 Das Gutachten habe dieser Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Steiermark am 11. Mai 2023 wie folgt erläutert:

„Über Befragen gebe ich an, dass durch das gegenständliche Gutachten die TU Studie aufgrund statistischer Grundsätze untersucht wurde, die Untersuchung fand auch hinsichtlich des Umstandes statt, ob die TU Studie dem aktuellen Stand der Technik bzw. Wissenschaften und der guten geübten industriellen Praxis entspricht.

Angeben möchte ich, dass ich vom Zugang her ‚Maschinenlerner‘ bin und mir der Stand der Statistik auch aus diesem Grund absolut vertraut ist. Ich bin daher zertifizierter Sachverständiger für angewandte Statistik.

Über Befragen durch das Gericht gebe ich an, dass die von der Apothekerkammer herangezogene Punktschätzung, bezogen auf einen Mittelwert eine Fehlerquote von 50 % aufweist.



Wenn ich gefragt werde, welches Niveau dem Stand der Technik entsprechend üblicherweise im Rahmen von Intervallschätzungen zugrunde gelegt wird, gebe ich an, dass 95 % ein absolut guter, tolerabler Wert für ein Signifikanzniveau darstellen würde.

Die Methode für die Bedarfsermittlung ist stochastisch und in diesem Bereich gibt es auch Vorschriften für die Höhe eines Signifikanzniveaus. Für den gegenständlichen Bereich gibt es jedoch keine ausdrückliche Normierung des Signifikanzniveaus. Auch im Rahmen der Intervallschätzung ist es möglich, auf einen Punkt notwendigerweise zu schließen. Im gegenständlichen Fall ist die obere Intervallgrenze offen. Dies bedeutet, dass ausgehend von der unteren Intervallgrenze bei einem Signifikanzniveau von 95 % der gesuchte Parameter zu 97,5 % im darüberliegenden Bereich liegt. Im Gegensatz zur mittleren Punktschätzung liegt hier die Fehlerwahrscheinlichkeit bei nur 2,5 %, zieht man die untere Konfidenzgrenze heran. Gerade dies entspricht dem Stand der Technik in der stochastischen Bedarfsermittlung. In der TU Studie sind die Konfidenzgrenzen auch ausgewiesen (Seite 32, Abbildung 13), auch das Signifikanzniveau liegt dort bei 95 %. Der Umstand, dass die Apothekerkammer bei ihrer Berechnung von einer mittleren Punktschätzung ausgeht, hat natürlich Einfluss auf die Höhe der Einwohnergleichwerte. Umgelegt auf den Fall bedeutet dies, dass die Abweichungen in Bezug auf die Heranziehung der unteren Konfidenzgrenze gegenüber dem Mittelwert der Punktschätzung, bezogen auf die im Gutachten ausgewiesenen Einwohnergleichwerte, zwischen 40 % und 76 % liegen würden, was massiv auf die Höhe der Einwohnergleichwerte durchschlägt.

Bei Heranziehung der mittleren Punktschätzung ist das Gutachten lediglich scheinbar präzise.

Festhalten möchte ich noch, dass das zur Anwendung gebrachte Regressionsmodell zur gegenständlichen Ermittlung von Einwohnergleichwerten aus fachlicher Sicht sich nicht als ungeeignet erweist und es sich bei einem derartigen Modell um ein gängiges statistisches Verfahren handelt.

Auszuführen gilt es aus statistischer Fachsicht, dass in jenen Bereichen, wo vom Ergebnis der Anwendung einer Studie viel abhängt, seriöser Weise die untere Konfidenzgrenze herangezogen wird. In Bezug auf die gegenständliche Aufgabenstellung ist daher die untere Konfidenzgrenze aus statistischer Fachsicht auch heranzuziehen. Die Fehlerquote beträgt lediglich 2,5 % damit. Die untere Konfidenzgrenze stellt auch einen Punkt dar, sodass auf dieser Grundlage auch Einwohnergleichwerte ermittelt werden könnten. Wenn im Gutachten davon ausgegangen wird, dass die Heranziehung der unteren Konfidenzgrenze die Robustheit der Vorhersage maximieren würde, so gebe ich an, dass auf diese Art und Weise eine höhere Wahrscheinlichkeit gegeben



ist, dass sich der wahre Wert im Intervall befindet. Wenn im Gutachten von Intransparenz gesprochen wird, so gebe ich an, dass insbesondere Überprüfungen durch den Leser der Studie und auch durch den Fachmann aufgrund des Fehlens von Erklärungen und Diagrammen nicht abschließend vorgenommen werden kann. Es ist jedoch Stand der Technik, dass in Studien auch diese Überprüfungen transparent vorgenommen werden, vorgelegt oder eingearbeitet werden. Das Bestimmtheitsmaß von 51 % ist aus fachlicher Sicht zweitrangig. Priorität kommt der Heranziehung der unteren Konfidenzgrenze zu.

Wenn der nichtamtliche Sachverständige im Gutachten die Nichtverwendung regionaler Teilmodelle ins Treffen führte, so ist damit nicht eine bundesländerweise Betrachtung gemeint, sondern allenfalls die Betrachtung in Form einer Aufteilung in Oberlandesgerichtssprengel beispielsweise gemeint. Eine Trennung von Ballungsräumen und ländlichen Gebieten ist darunter nicht zu verstehen. Aus fachlicher Sicht meine ich mit der Sinnhaftigkeit einer Primärdatenerhebung im gegenständlichen Fall an vorhandene Umsatzdaten von Apotheken in der Nachbarschaft anzuknüpfen. Der Studienleser erhält auch keinerlei Informationen über Details zur verwendeten Software und zum Qualitätsniveau. Die Studie erweckt sehr stark den Eindruck, dass der Parameterraum nicht systematisch mit Hilfswerkzeugen, wie zB Methoden aus dem Operation Research durchsucht wurde. Es erweckt diese Studie stark den Eindruck, dass hier nicht systematisch, sondern heuristisch vorgegangen wurde. Eine derartige Vorgangsweise entspricht nicht dem Stand der Technik und ist mit ‚Versuch und Irrtum‘ zu umschreiben. Es gibt Hinweise dafür, jedoch wissen wir es nicht.

Den Privatgutachtern ist teilweise zuzustimmen, wenn diese die Höhe des Bestimmtheitsmaßes der Studie bekritteln und würde ich mir zutrauen, abzuschätzen, dass bei Verwendung regionaler Teilmodelle der erklärare Bereich auf von ca. 51 % auf 70 % vergrößert werden könnte. Die Aussage wäre diesfalls aus meiner Sicht auch stichhaltiger. Eine gute Balance würde sich ergeben, wenn zum Beispiel vier regionale Teilmodelle herangezogen würden (zB OLG-Sprengel). Bei der Variablenauswahl wurde aus fachlicher Sicht eine suboptimale Vorgangsweise kritisiert und betrifft dies zB die behandelnden Ärzte, wobei die mangelnde Signifikanz aufgrund der Dokumentation in der Studie nicht abschließend nachvollziehbar war. Es gibt dazu auf Seite 29 lediglich zwei Sätze, nachvollziehbare Zahlen nicht.

Den Daten der ‚Mystery-Shopping-Studie‘ ist aufgrund der Angaben in der TU Studie nicht hinreichend zu vertrauen, da das Streuungsmaß nicht angegeben wurde und wenige Personen in Bezug auf einzelne Fragen entweder einer Meinung sein konnten oder auch vollkommen verschiedener Ansicht. Fehlt es am Streuungsmaß, dessen Angabe auch Stand der Technik ist, so wissen wir nicht, ob wir diesen Daten tatsächlich vertrauen können oder nicht.



Eine Verbesserung würde sich nur durch eine deutliche Erhöhung der Zahl der teilnehmenden Personen ergeben. Die Unterweisung der teilnehmenden Personen stellt aus fachlicher Sicht auch eine Grundvoraussetzung dar, ändert jedoch nichts am derzeitigen Befund. Die gewählte Vorgangsweise ist nicht grundsätzlich abzulehnen, jedoch mit Sicherheit verbesserbar. Aus fachlicher Sicht wäre der Beitrag der sogenannten ‚Mystery Studie‘ zum Erklärungswert lediglich durch empirische Untersuchung mit und ohne diesem Gewicht erforderlich und würde der Unterschied zeigen, ob es überhaupt sinnvoll ist, die Daten miteinzubeziehen. Im schlimmsten Fall würde sich die Präzision der Vorhersage verringern.

Eine Erhöhung der Variablen würde auch zu einer Erhöhung des Erklärungsanteils führen, sollte Signifikanz vorliegen, was heißt, dass dies dann der Fall ist, wenn ein offensichtlicher statistischer Zusammenhang ersichtlich ist. Andernfalls würde diese Variable wieder ausgeschieden. Die Variable Altersstruktur ist nicht abstrakter als der Kaufkraftindex und müsste dieselbe Argumentation wie für den Kaufkraftindex auch für die Altersstruktur gelten. Eine Verknüpfung mit Mobilfunkdaten wäre natürlich auch interessant, zumal hier konkrete Aussagen in Bezug auf die tatsächlichen Frequenzen des Verkehrspublikums möglich wären.

Über Befragen gebe ich abschließend an, dass die TU Studie hinsichtlich Repräsentativität verbesserbar ist, eingeschränkt plausibel ist und in Bezug auf das Nichtheranziehen der unteren Konfidenzgrenzen nicht dem Stand der Technik und Wissenschaften entspricht.

Die Hinzunahme einer weiteren Variable könnte eine Verbesserung des Erklärungswertes bewirken oder auch ohne Effekt bleiben, jedoch erwarte ich mir aus fachlicher Sicht keinen signifikanten Steigerungspunkt in Bezug auf den Erklärungswert jenseits von 10 %, ausgenommen davon sind meiner Fachmeinung nach die Mobilfunkdaten, die möglicherweise deutliche Steigerungen bei Einbeziehung erwarten lassen könnten.

Im Gegensatz dazu stellt sich die Forderung der Aufgliederung in Teilregionen als wahrscheinlichere Verbesserung des Erklärungsanteils dar. Ich rechne damit, dass um die 70 % Erklärungsanteil herauskommen würden.

Würde ich in einem Fall beispielsweise die Verkehrsknotenvariable herausnehmen und die Regression erneut durchführen, würde sich ein anderes Ergebnis ergeben, ein anderer Erklärungsanteil und andere EGW.

Zieht man jedoch das fertige Modell entsprechend Abbildung 14 der Studie heran und entscheidet sich die Verkehrsvariable zB nicht zu benutzen, so hat dies diese Auswirkungen nicht, zumal diese einzelnen Elemente/Faktoren voneinander weitgehend unabhängig sind, da diese zuvor berechnet wurden und sich nicht mehr ändern. Letzteres wird von der Apothekerkammer auch derart herangezogen. Insofern ergeben sich bei Weglassen zB von



Verkehrsknoten auch keine Auswirkungen im Bereich der anderen Einwohnergleichwerte.

Die Modellierung ist ein in Zyklen stattfindender Prozess. Aus meiner Sicht ist es bei einer derartigen Studie auch erforderlich entweder alle 5 Jahre oder maximal alle 10 Jahre alle Daten entsprechend zu aktualisieren.

Im Übrigen verweise ich auf mein Gutachten.“

- 9 Aus diesen Ausführungen - so das Verwaltungsgericht weiter - ergebe sich, dass die TU-Studie aus statistischer Sicht im Hinblick auf die Punktschätzung nicht dem Stand der Technik entspreche. Dieser, für die eingeschränkte Plausibilität der TU-Studie wesentliche Mangel könne jedoch behoben werden: Bei einem Abgehen von der mittleren Punktschätzung hin zur Heranziehung (eines Punktwertes auf) der unteren Konfidenzintervallgrenze könne (beim gegenständlichen Signifikanzniveau von 95 %) die Fehlerquote von 50 % auf 2,5 % reduziert bzw. - in anderen Worten - der Erklärungswert auf 97,5 % gesteigert werden. Diese fachliche Einschätzung sei auch schlüssig, zumal nachvollzogen werden könne, dass ausgehend von einer offenen oberen Intervallgrenze die Wahrscheinlichkeit, dass der gesuchte Parameter im Bereich über dem herangezogenen Punktwert liege, mit sukzessiver Annäherung an die untere Konfidenzintervallgrenze steige und schließlich bei Heranziehung des Punktwerts auf dieser unteren Grenze selbst am höchsten sei. Den schlüssigen Darstellungen des statistischen Sachverständigen sei von der revisionswerbenden Partei zudem nicht entgegengetreten worden.

- 10 Die Heranziehung der unteren Konfidenzintervallgrenze und sohin des „worst case“ aus Sicht der bestehenden öffentlichen Apotheken entspreche auch der Intention des Gesetzgebers, wonach das im Apothekengesetz geregelte Konzessionsverfahren dazu diene, im öffentlichen Interesse am klaglosen Funktionieren der Heilmittelversorgung die Existenzfähigkeit bestehender Apotheken zu sichern; nur im Falle des Ausbleibens einer Existenzgefährdung der bestehenden Apotheken, wovon bei Erfüllung der in § 10 ApoG normierten Voraussetzungen auszugeben sei, solle die Errichtung und der Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke zulässig sein. Soweit die Österreichische Apothekerkammer die Verwendung von Einwohnergleichwerten nach Maßgabe der bisherigen (und ihrer Ansicht nach



weiterhin anzuwendenden) Methode der mittleren Punktschätzung mit dem Argument des Interessenausgleichs zwischen der Existenzsicherung bestehender öffentlicher Apotheken und der Erwerbsausübungsfreiheit von Konzessionswerbern begründe, sei darauf hinzuweisen, dass die Österreichische Apothekerkammer im gegenständlichen Konzessionsverfahren auf ihre fachliche Mitwirkung als Sachverständige gemäß § 10 Abs. 7 ApoG beschränkt sei und dem jeweiligen Auftrag entsprechend das Bedarfsgutachten zu erstatten habe. Die Frage der Auslegung der rechtlichen Kriterien, die dem Gutachtersauftrag zugrunde lägen, entziehe sich ihrem Fachgebiet.

- 11 Abgesehen davon verkenne die Österreichische Apothekerkammer grundlegend die Natur eines Konzessionssystems. Die Bedarfsprüfung im Apothekengesetz stelle eine Schranke für den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit dar und bezwecke geradezu eine gravierende Einschränkung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Erwerbsausübungsfreiheit. Folglich könne keine Rede davon sein, dass der Gesetzgeber im Rahmen der - im öffentlichen Interesse gelegenen - Bedarfsprüfung auch die Interessen eines Konzessionswerbers berücksichtigen haben wollen, schon gar nicht dahin, dass beispielsweise durch für den Konzessionswerber günstigere Feststellungen zu den zusätzlich zu versorgenden Personen iSd § 10 Abs. 5 ApoG die starren Schranken des Konzessionssystems, die eine Existenzgefährdung der bestehenden Heilmittelversorgung durch öffentliche Apotheken ausschließen sollen, auf der Tatsachenebene aufgeweicht würden. Ein Ausgleich der Interessen bestehender Apotheken und von Konzessionswerbern möge aus Sicht der Österreichischen Apothekerkammer als gesetzliche Berufsvertretung der Apothekerschaft wünschenswert sein, sei aber vom Gesetzgeber bei Schaffung einer gravierenden Erwerbsschranke in Form der Bedarfsprüfung des § 10 ApoG naturgemäß nicht intendiert gewesen. Erst bei entsprechender Existenzsicherung der bestehenden öffentlichen Apotheken sei die Erteilung einer Konzession für den Betrieb einer neuen Apotheke zulässig. Die Feststellung der Sicherung der Existenzfähigkeit einer bestehenden Apotheke sei dabei nachvollziehbarerweise - im Rahmen der gegenständlichen statistischen Ermittlungsmethode - umso mehr als abgesichert anzusehen, je



mehr man sich dem „worst case“ aus Sicht der bestehenden Apotheken, sohin der unteren Konfidenzintervallgrenze, nähere.

- 12 Zusammengefasst gehe das Verwaltungsgericht davon aus, dass die anhand der mittleren Punktschätzung von der Österreichischen Apothekerkammer berechneten Einwohnergleichwerte nicht dem Stand der Technik entsprächen und daher nicht den Feststellungen zugrunde gelegt werden könnten. Da keine Bedenken an der grundsätzlichen Eignung der TU-Studie für die Berechnung von Einwohnergleichwerten bestünden, die - auch mangels Alternativen - die weiterhin beste zur Verfügung stehende Methode darstelle, den Bedarf möglichst realitätsnahe zu ermitteln, sei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Ermittlung der Einwohnergleichwerte in Form eines Punktwerts auf der unteren Konfidenzintervallgrenze in Auftrag gegeben worden. Die derart berechneten, in der Gutachtensergänzung vom 31. August 2023 dargestellten Einwohnergleichwerte seien den Feststellungen zugrunde gelegt worden.
- 13 Demnach - so das Verwaltungsgericht in seiner rechtlichen Begründung - bestehe an der beantragten Apotheke daher gemäß § 10 Abs. 2 Z 3 ApoG kein Bedarf, zumal das Mindestversorgungspotential der Apotheke der mitbeteiligten Partei im Falle der Neuerrichtung der revisionsgegenständlichen Apotheke deutlich unterschritten werde. Da diese Unterschreitung mangels besonderer örtlicher Verhältnisse im Versorgungsgebiet auch nicht gemäß § 10 Abs. 6a leg. cit. geboten sei, sei der mit dem angefochtenen Bescheid unzutreffend bewilligte Konzessionsantrag der Revisionswerberin als unbegründet abzuweisen gewesen.
- 14 Erkennbar (lediglich) gegen Spruchpunkt I. dieses Erkenntnisses richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.
- 15 Die mitbeteiligte Partei erstattete eine Revisionsbeantwortung und beantragte, die Revision kostenpflichtig zurück- bzw. hilfsweise abzuweisen.
- 16 Die belangte Behörde verwies in ihrer „Revisionsbeantwortung“ darauf, dass die Herangehensweise des Verwaltungsgerichtes ein „Abgehen von der bisherigen Rechtsprechung“ darstelle und die Anwendbarkeit der TU-Studie



damit relativiert worden sei. Es wurde lediglich ein Antrag auf Kostenersatz gestellt.

17 Das Verwaltungsgericht legte die Verfahrensakten vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

18 Das Apothekengesetz, RGBL. Nr. 5/1907 idF BGBl. I Nr. 22/2024 (ApoG), lautet auszugsweise:

„Sachliche Voraussetzungen der Konzessionserteilung

§ 10. (1) Die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke ist zu erteilen, wenn

1. in der Gemeinde des Standortes der öffentlichen Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat und
2. ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

(2) Ein Bedarf besteht nicht, wenn

...

3. die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen sich in Folge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5 500 betragen wird.

...

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

(5) Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner im Sinne des Abs. 4 weniger als 5 500, so sind die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen.

...

(6a) Die Zahl der von der Betriebsstätte einer oder mehrerer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen gemäß Abs. 2 Z 3 ist zu unterschreiten, wenn es auf Grund besonderer örtlicher Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung unter Berücksichtigung des Versorgungsangebots durch



bestehende Apotheken einschließlich Filialapotheken und ärztlichen Hausapotheken geboten ist.

(7) Zur Frage des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer einzuholen. Soweit gemäß § 29 Abs. 3 und 4 Ärzte betroffen sind, ist auch ein Gutachten der Österreichischen Ärztekammer einzuholen. Dabei sind die Akten des Verwaltungsverfahrens vollständig zu übermitteln.“

- 19 In der Zulässigkeitsbegründung der vorliegenden außerordentlichen Revision wird unter anderem geltend gemacht, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob die Bedarfsermittlung im Sinne des § 10 Abs. 5 ApoG „anhand eines Mittelwerts“ vorzunehmen sei, wie dies im gemäß § 10 Abs. 7 ApoG erstatteten Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer unter Heranziehung der TU-Studie vorgenommen worden sei, oder ob, wie vom Verwaltungsgericht angenommen, „eine untere Konfidenzintervallgrenze“ heranzuziehen sei.
- 20 Die Revision ist mit Blick darauf zulässig. Sie erweist sich im Ergebnis auch als begründet.
- 21 Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass das Verwaltungsgericht seine Feststellung, dass die geplante Neuerrichtung der beantragten Apotheke eine Unterschreitung des Mindestversorgungspotentials der Apotheke der mitbeteiligten Partei zur Folge haben werde und dieser nur ein Versorgungspotential von 4.700 Personen verbliebe, zwar auf das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 31. August 2023 stützt, diese Zahl aber - wie vom Verwaltungsgericht auch ausgeführt - daraus resultiert, dass die Österreichische Apothekerkammer über Auftrag des Verwaltungsgerichtes die Ermittlung der zusätzlich zu versorgenden Personen „alternativ mit den unteren Konfidenzgrenzen“ vorgenommen hat. Die Österreichische Apothekerkammer geht in diesem Gutachten (in dem auch ausgeführt wird, dass die Herangehensweise, bei der Berechnung von zusätzlich zu versorgenden Personen „immer von der untersten Grenze der 95%-Konfidenzgrenzen der Einwohnergleichwerte“ auszugehen, als im Widerspruch zum Apothekengesetz stehend angesehen werde, weil es „sich bei den untersten Grenzen um einen Mindestwert bei der Ermittlung von



Einwohnergleichwerten“ handle) bei Zugrundelegung der TU-Studie demgegenüber von einem von der Apotheke der mitbeteiligten Partei auch im Falle der Neuerrichtung der beantragten Apotheke weiterhin zu versorgenden Potential von 5.974 Personen aus, sodass bei Zugrundelegung dieser Zahl ein Bedarf gemäß § 10 Abs. 2 Z 3 ApoG nicht zu verneinen gewesen wäre.

- 22 Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat sich die gemäß § 10 Abs. 2 Z 3 ApoG durchzuführende Bedarfsprüfung auf eine - auf entsprechende Ermittlungen gestützte - prognostische Zuordnung konkreter Kundenpotenziale zu den beteiligten Apotheken zu gründen. Die Behörde hat zunächst festzustellen, wie viele Personen aus dem Kreis der ständigen Einwohner im Umkreis von vier Straßenkilometern 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. Ergibt sich dabei für eine bestehende öffentliche Apotheke die kritische Zahl zu versorgender Personen nicht schon aus den ständigen Einwohnern des 4-Kilometer-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. Die Bedarfsbeurteilung hat sich somit primär an der Wohnbevölkerung zu orientieren, im Übrigen ist jedoch auch ein durch andere Umstände als den Wohnsitz begründeter Bedarf an einer öffentlichen Apotheke zu berücksichtigen. Während der Gesetzgeber bei der Beurteilung des Bedarfs durch die Wohnbevölkerung jedoch auf eine Durchschnittsbetrachtung abstellt, sodass der „ständige Einwohner“ als „zu versorgende Person“ gilt, ohne dass im Einzelfall festgestellt werden müsste, in welchem Ausmaß durch ihn ein Bedarf an der öffentlichen Apotheke (mit)begründet wird, sind bei der Beurteilung des durch andere Umstände als den Wohnsitz hervorgerufenen Bedarfs grundsätzlich auf die im Gesetz angeführten Tatbestände („Beschäftigung“, „Einrichtungen“, „Verkehr“) bezogene Ermittlungen erforderlich, aus denen eine Inanspruchnahme der betreffenden Apotheke(n) ersichtlich wird, die jener durch eine bestimmte Anzahl ständiger Einwohner (der Maßstabfigur des § 10 ApoG) entspricht. Erst auf einer solchen Grundlage



kann die Anzahl jener „zu versorgenden Personen“ ermittelt werden, die im Sinne von § 10 Abs. 5 ApoG bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen sind. Wenn die hiezu erforderlichen einzelfallbezogenen Feststellungen nicht oder nur mit unververtretbarem Aufwand getroffen werden können, ist es zulässig, 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 steht, aufzuzeigen (vgl. etwa VwHG 25.4.2014, 2013/10/0022, mit Verweis auf VwGH 20.11.2013, 2012/10/0125, und die dort zitierte Vorjudikatur).

- 23 Das Verwaltungsgericht geht nach Ausweis der oben wiedergegebenen Begründung - gestützt auf Aussagen eines in anderen Verfahren beigezogenen Sachverständigen - im Kern davon aus, dass „die TU-Studie aus statistischer Sicht im Hinblick auf die Punktschätzung nicht dem Stand der Technik“ entspreche. Dieser, für die eingeschränkte Plausibilität der TU-Studie wesentliche Mangel könne jedoch dadurch behoben werden, dass bei „einem Abgehen von der mittleren Punktschätzung hin zur Heranziehung (eines Punktwertes auf) der unteren Konfidenzintervallgrenze ... (beim gegenständlichen Signifikanzniveau von 95 %) die Fehlerquote von 50 % auf 2,5 % reduziert bzw. - in anderen Worten - der Erklärungswert auf 97,5 % gesteigert werden“ könne. Diese fachliche Einschätzung sei auch schlüssig, zumal nachvollzogen werden könne, dass ausgehend „von einer offenen oberen Intervallgrenze die Wahrscheinlichkeit, dass der gesuchte Parameter im Bereich über dem herangezogenen Punktwert liege, mit sukzessiver Annäherung an die untere Konfidenzintervallgrenze steige und schließlich bei Heranziehung des Punktwerts auf dieser unteren Grenze selbst am höchsten sei“.

- 24 Der Verwaltungsgerichtshof teilt diese Sichtweise nicht:

Wie sich schon aus den soeben wiedergegebenen Darlegungen des Verwaltungsgerichtes ergibt, legt das Verwaltungsgericht mit der Heranziehung „eines Punktwertes auf der unteren Konfidenzintervallgrenze“ nicht etwa jenen Wert seiner Entscheidung zugrunde, der - für sich genommen - als (bester Schätzwert für den wahren Wert und somit in diesem





Sinne als) „wahrscheinlichster“ Wert des gesuchten Parameters (hier: jenes [Umrechnungs-]Faktors, der die Berechnung der Einwohnergleichwerte für die in § 10 Abs. 5 ApoG genannten Tatbestände ermöglicht) anzusehen ist, sondern jenen, von dem gesagt werden kann, dass (mit 97,5 %iger Wahrscheinlichkeit) der „gesuchte Parameter im Bereich (zu ergänzen wohl: auf oder) über dem herangezogenen Punktwert“ liegt. Damit wird allerdings gerade nicht gewährleistet, dass bei der Bedarfsprüfung nach § 10 Abs. 5 ApoG die zum Einsatz gebrachten empirischen Untersuchungen auf (statistischen) Methoden beruhen, die gewährleisten, dass die herangezogenen Zahlen den tatsächlichen Zusammenhang zumindest näherungsweise ausreichend widerspiegeln (vgl. zu § 10 Abs. 5 ApoG in Bezug auf Fremdenübernachtungen und Inanspruchnahme von Apothekenleistungen etwa VwGH 16.11.1998, VwGH 98/10/0306; siehe auch VwGH 4.7.2005, 2003/10/0295; 22.4.2002, 2001/10/0105, 18.2.2002, 2000/10/0022). Es trifft demnach nicht zu, dass - wie die mitbeteiligte Partei in ihrer Revisionsbeantwortung behauptet - bei Anwendung der unteren Konfidenzintervallgrenze „die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der weiteren Berechnungen rund 98 %“ betrage, zumal - wie soeben ausgeführt - nicht der Wert der unteren Konfidenzintervallgrenze mit 97,5 %iger Wahrscheinlichkeit dem wahren Wert entspricht, sondern damit lediglich die Aussage getroffen wird, dass (mit 97,5 %iger Wahrscheinlichkeit) der wahre Wert im Bereich auf oder über der unteren Konfidenzintervallgrenze liegt (vgl. auch die oben wiedergegebene Aussage des Prof. Dr. E., wonach bei Heranziehung der unteren Konfidenzintervallgrenze „eine höhere Wahrscheinlichkeit gegeben ist, dass sich der wahre Wert im Intervall befindet“).

- 25 Die Zugrundelegung eines Wertes, der nicht selbst den tatsächlichen Zusammenhang zumindest näherungsweise ausreichend widerspiegelt, sondern der (bloß) angibt, dass der gesuchte (tatsächliche) Wert (hier: mit 97,5 %iger Wahrscheinlichkeit) im Bereich (auf oder) über dem herangezogenen Wert liegt, ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes daher im gegebenen Zusammenhang für die Bedarfsermittlung gemäß § 10 Abs. 5 ApoG von vornherein ungeeignet. Es kann daher keine Rede davon sein, dass - wie die mitbeteiligte Partei vorbringt - mit der unteren



Konfidenzintervallgrenze ein Wert zugrunde gelegt würde, der „die Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts mit der höchstmöglichen Genauigkeit“ ermögliche.

- 26 In diesem Zusammenhang ist auch darauf zu verweisen, dass sich - entgegen der Ansicht der Verwaltungsgerichte - auch die vom Verwaltungsgericht wiedergegebenen sachverständigen Ausführungen, die die Grundlage für die Annahme des Verwaltungsgerichtes, dass die TU-Studie „aus statistischer Sicht im Hinblick auf die Punktschätzung nicht dem Stand der Technik“ entspreche, schon deshalb als widersprüchlich darstellen, weil einerseits darauf verwiesen wird, dass es aus fachlicher Sicht angebracht sei, mithilfe der Grenzen der Konfidenzintervalle „einen best und worst case zu berechnen“, wobei rechtlich zu klären bleibe, welcher Wert relevant sein solle (und zudem ausgeführt wird, die Methode für die Bedarfsermittlung sei stochastisch und in diesem Bereich gebe es auch Vorschriften für die Höhe eines Signifikanzniveaus, für den gegenständlichen Bereich gebe es jedoch keine ausdrückliche Normierung des Signifikanzniveaus), andererseits aber ausgeführt wird, es sei die untere Konfidenzgrenze aus statistischer Fachsicht deshalb heranzuziehen, weil „in jenen Bereichen, wo vom Ergebnis der Anwendung einer Studie viel abhängt, seriöser Weise die untere Konfidenzgrenze herangezogen“ werde. Abgesehen davon, dass die zuletzt wiedergegebene Aussage - die allerdings den Kern der Begründung für die Zugrundelegung der unteren Konfidenzintervallgrenze darstellt - in einem unaufgelösten Widerspruch zur Aussage steht, es sei rechtlich zu klären, welche Intervallgrenze heranzuziehen sei, wird auch nicht ansatzweise erläutert, warum es aus Gründen der Seriosität geboten sei, die untere Konfidenzintervallgrenze heranzuziehen. Insbesondere bleibt vor dem Hintergrund der weiteren Ausführungen des Sachverständigen im Dunklen, warum es aus fachlicher Sicht als unseriös anzusehen wäre, die obere Intervallgrenze - bei deren Heranziehung offenbar ebenso „eine höhere Wahrscheinlichkeit gegeben ist, dass sich der wahre Wert im Intervall befindet“ - heranzuziehen.

- 27 Sollten demgegenüber die Ausführungen des Verwaltungsgerichtes (bzw. die diesen zugrunde liegenden Darlegungen des Prof. Dr. E.), wonach bei der



(in der TU-Studie vorgenommenen) „mittleren Punktschätzung“ eine Fehlerquote von 50 % bestehe, dahin zu verstehen sein, dass der dadurch erzielte Wert - für sich genommen - als „wahrscheinlichster“ Wert im oben genannten Sinn des gesuchten Parameters (mit einer 50 %igen Wahrscheinlichkeit) anzusehen wäre - was allerdings einer eingehenderen sachverständigen Erörterung bedarf, die im Revisionsfall nicht vorgenommen wurde -, so ließe sich nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes jedenfalls nicht von vornherein verneinen, dass ein derartiger Wert den tatsächlichen Zusammenhang im Sinne der genannten hg. Judikatur zumindest näherungsweise widerspiegelt, dies jedenfalls dann, wenn sich dieser Wert hinsichtlich seiner Wahrscheinlichkeit durch weitere Ermittlungen (mit vertretbarem Aufwand) nicht signifikant erhöhen ließe.

- 28 Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichtes trifft es auch nicht zu, dass „die Heranziehung der unteren Konfidenzintervallgrenze und sohin des ‚worst case‘ aus Sicht der bestehenden öffentlichen Apotheken“ der Intention des Gesetzgebers entspricht. Zwar dient - wie vom Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt - das im Apothekengesetz geregelte Konzessionsverfahren dazu, im öffentlichen Interesse am klaglosen Funktionieren der Heilmittelversorgung die Existenzfähigkeit bestehender Apotheken zu sichern. Dem Apothekengesetz kann aber nicht der Zweck unterstellt werden, den Schutz bestimmter Umsatz- oder Ertragserwartungen bzw. sonstiger wirtschaftlicher Gegebenheiten bestehender Apotheken zu gewährleisten. Der Zielsetzung des Konzessionssystems und der Bedarfsprüfung, u.a. den Bestand auf Dauer existenzfähiger Apotheken zu sichern, ist der Gesetzgeber bereits mit der Festsetzung eines Mindestversorgungspotentials bestehender Apotheken in § 10 Abs. 2 Z 3 ApG als negatives Bedarfsmerkmal nachgekommen (vgl. schon VwGH 29.11.1993, 92/10/0110). Dass bei dieser Bedarfsermittlung hingegen jene Ermittlungsmethode (hier: die Heranziehung der unteren Konfidenzintervallgrenze) anzuwenden sei, die sich aus Sicht der bestehenden Apotheken dem „worst case“ nähere, kann weder dem ApoG entnommen werden noch entspricht dies der Intention des Gesetzgebers.



- 29 Die Zugrundelegung der unteren Konfindezzintervallgrenze bei der Bedarfsermittlung gemäß § 10 Abs. 5 ApoG belastet das angefochtene Erkenntnis nach dem Gesagten daher mit einem wesentlichen Verfahrensmangel, sodass dieses gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 VwGG in seinem Spruchpunkt I. wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben war.
- 30 Von der beantragten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 3 VwGG abgesehen werden.
- 31 Der Ausspruch über den Aufwandersatz stützt sich auf §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 22. April 2026

