



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38690
Telefax: (43 01) 4000 99 38690
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: 1.) VGW-106/027/392/2019-26
A. KG, Mag. pharm. B. C.

Wien, 19.12.2019
Ri

2.) VGW-106/V/027/395/2019
D. OG, Mag. pharm. E. F.

3.) VGW-106/V/027/396/2019
G. H. KG, Mag. pharm. G. H.

4.) VGW-106/V/027/399/2019
I., Dr. J. K.

5.) VGW-106/V/027/404/2019
Mag. pharm. L. M.

Geschäftsabteilung: VGW-L

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Königshofer in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 27.11.2019 über die Beschwerde

- 1.) der A. KG, Mag. pharm. B. C., vertreten durch Rechtsanwältin,
- 2.) der D. OG, Mag. pharm. E. F., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH,
- 3.) der G. H. KG, Mag. pharm. G. H., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH,
- 4.) der I., Dr. J. K., vertreten durch Rechtsanwalt und
- 5.) der Frau Mag. pharm. L. M., vertreten durch Rechtsanwältin,

gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 40, vom 29.10.2018, Zl. .../2009 (MA .../2015), mit welchem Frau Mag. pharm. N.

O. die Konzession einer öffentlichen Apotheke in Wien, P.-straße 1, erteilt wurde, zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerden werden abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I.1. Der Magistrat der Stadt Wien erließ einen Bescheid mit folgendem Spruch:

„I.) Frau Mag.^a pharm. N. O., geboren am ... 1966 in Wien, wird die Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in Wien, P.-straße 1 (ident ONr. 1-3), unter der Bedingung, dass der Eingang in die Apotheke entsprechend den vorgelegten Gutachten des Ingenieurbüros für Vermessungswesen, Q. R., vom 23.8.2018, die einen Bestandteil dieses Bescheides bilden, fußläufig mindestens 500 Meter vom derzeitigen Eingang der „A.“ an der Anschrift S.-gasse = T.-gasse, Wien und fußläufig mindestens 500 Meter vom derzeitigen Eingang der Apotheke „I.“ an der Adresse U.-platz = V.-straße, situiert ist und unter Festsetzung des nachstehenden Standortes

„Gebiet das umschlossen wird vom Straßenzug beginnend an der Adresse P.-straße 1 - der P.-straße in nordöstlicher Richtung folgend bis zur Kreuzung mit der W.-straße - der W.-straße in südöstlicher Richtung folgend bis zur Kreuzung mit der X.-gasse - der X.-gasse in südwestlicher Richtung folgend bis zur Kreuzung mit der Y.-straße - der Y.-straße in nordwestlicher Richtung folgend bis zur Kreuzung mit der Z.-gasse - der Z.-gasse in nordöstlicher Richtung folgend bis zur Kreuzung mit der W.-straße; sämtliche Straßenzüge beidseitig“ erteilt.

II.) Das Ansuchen von Frau Mag.^a pharm. L. M., um Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke im ... Wiener Gemeindebezirk mit dem angestrebten Standort

„W.-straße stadteinwärts folgend bis zur AA.-straße, Straßenzug beidseitig inklusive der Hälfte des sich hinter diesem Bereich befindlichen Areals des AB.. Der AA.-straße folgend weiter in die AC.-gasse stadtauswärts über den AD.-platz der Y.-straße beidseitig folgend bis zur X.-gasse, X.-gasse beidseitig bis zur W.-straße.“

und der in Aussicht genommenen künftigen Betriebsstätte in Wien, W.-straße wird abgewiesen.“

2. Gegen diesen Bescheid richten sich die vorliegenden Beschwerden. Seitens der A. KG, Mag. pharm. B. C., (im weiteren: A.) wird im Wesentlichen vorgebracht, der angefochtene Bescheid sei wegen der Verletzung des § 10 Abs 2 Z 2 Apothekengesetz rechtswidrig. Die Behörde gehe zu Unrecht davon aus, dass die Entfernung zwischen der A. und der beantragten Apotheke der Mag. O. mehr als 500 Meter betrage. Der Beschwerde beigelegt sind zwei Vermessungsgutachten, welche nach dem Beschwerdevorbringen belegen, dass die Entfernung unter 500 Meter liege.

Seitens der D. OG (im weiteren D.) und der G. H. KG (im weiteren: AE.) wird im Wesentlichen vorgebracht, der angefochtene Bescheid sei rechtswidrig, da bei der Bedarfsermittlung diese beiden Apotheken zu Unrecht nicht einbezogen worden seien. Die Apothekerkammer habe bei der Erstellung ihres Gutachtes in Verkennung der Rechtslage die Divisionsmethode angewendet.

Auch seitens der I., Dr. J. K. KG, (im weiteren: I.) wird gerügt, dass die Entfernung zwischen dieser Apotheke und der beantragten Apotheke der Mag. O. weniger als 500 Meter betrage. Weiters wird vorgebracht, die Liegenschaft P.-straße 1 und die Liegenschaft P.-straße 3 seien nicht ident. Es bestehe auch keine „Doppelhausnummer“ (1-3). Die diesbezügliche Bezeichnung im angefochtenen Bescheid sei daher unrichtig. Auch dieser Beschwerde ist ein Gutachten beigelegt, welches nach dem Beschwerdevorbringen beweist, dass die Entfernung unter 500 Meter liegt.

Die Beschwerdeführerin Mag. pharm. L. M. bringt zu Punkt II.) des Straferkenntnisses vor, sie habe am 18.03.2015 um die Erteilung einer Konzession zur Errichtung und Betrieb einer öffentlichen Apotheke an einem näher beschriebenen Standort mit der Betriebsstätte Wien, W.-straße, angesucht. Zwar sei das Ansuchen der Mag. O. zu diesem Zeitpunkt schon anhängig gewesen, dieses sei aber nicht bewilligungsfähig, da die Entfernung der beantragten Betriebsstätte zur A. weniger als 500 Meter betrage.

3. Aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsakt ergibt sich Folgendes:

Frau Mag. O. hat mit Schreiben vom 20.07.2009, bei der Behörde eingelangt am 24.07.2009, ein Ansuchen um Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke im ... Wiener Gemeindebezirk gestellt. Die Betriebsstätte wurde in Wien, P.-straße 1, vorgesehen.

Am 20.05.2015 erfolgte gemäß § 48 Abs. 3 Apothekengesetz die Kundmachung des Antrags im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“.

Dagegen wurde von einer Reihe von Apotheken fristgerecht Einspruch erhoben, darunter die A., die D., die AE. und die I.. Weiters wurde von der Konzessionswerberin Mag. M. ein als Einspruch bezeichneter Schriftsatz übermittelt.

Über Ersuchen der belangten Behörde erstattete die Österreichische Apothekerkammer zur Bedarfsfrage das Gutachten vom 16.03.2018 gem. § 10 Abs 7 Apothekengesetz. In diesem Gutachten kommt die Apothekerkammer zum Schluss, dass der Bedarf an der von Mag. O. beantragten Apotheke besteht, da die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte und Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden Apotheken über 500 Meter betrage und die Zahl der von den Betriebsstätten der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen infolge der Neuerrichtung entweder nicht verringere oder aber nicht unter 5.500 Personen betragen werde.

Die belangte Behörde hat zu diesem Gutachten Stellungnahmen der Einspruchswerber eingeholt. Seitens der Konzessionswerberin Mag. O. wurde der Behörde ein von ihr in Auftrag gegebenes privatrechtliches Gutachten des Ingenieurbüros R. vom 23.08.2018 übermittelt, welches zum Ergebnis kommt, dass die Entfernung der in Aussicht genommenen Betriebsstätte zu den Betriebsstätten der A. und der I. jeweils mehr als 500 Meter betrage.

Mit Bescheid vom 29.10.2018 erteilte die belangte Behörde der Konzessionswerberin Mag. O. die Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in Wien, P.-straße 1 (ident ONr. 1-3) unter Festsetzung eines Standortes und unter der Bedingung, dass der Eingang in die

Apotheke entsprechend dem Gutachten des Ingenieurbüros R. mindestens 500 Meter vom derzeitigen Eingang der A. und der I. situiert ist.

4. In der Angelegenheit fand am 27.06.2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der die Vertreter aller Beschwerdeführer teilnahmen. Die Behörde entsendete keinen Vertreter.

Der Vertreterin der A. verwies auf den mit der Beschwerde vorgelegten Lageplan, erstellt von Dipl.-Ing. AF., aus dem hervorgehe, dass die Entfernung zwischen der A. und der bewilligten Apotheke der Mag. O. unter 500 Meter liege.

Der Vertreter der I. beantragte, der Magistratsabteilung 41 den Auftrag zu erteilen, die Entfernung zwischen der I. zur bewilligten Apotheke der Frau Mag. O. zu vermessen.

Der Vertreter der Mag. M. verwies auf das Beschwerdevorbringen und die dort vorgelegten Lagepläne aus denen hervorgehe, dass die Entfernung der A. zur bewilligten Apotheke unter 500 Meter liege. Da das Ansuchen der Mag. O. nicht bewilligungsfähig sei, sei es in Bezug auf das Ansuchen der Mag. M. auch nicht prioritär.

Der Vertreter der Konzessionswerberin O. brachte vor, die Parteistellung der Mitbewerberin Frau Mag. M. beziehe sich ausschließlich auf die Priorität im Vergleich zum Ansuchen der Konzessionswerberin und nicht auf die Bedarfsvorsetzungen nach dem Apothekengesetz. Zum Gutachten des Herrn AF. wird festgestellt, dieses gehe nicht von den Eingängen, die im Gutachten R. als Zielpunkte angegeben wurden, aus, sondern nur mit dem Ende der Gebäudekanten. Außerdem sei nicht in der Straßenmitte gemessen worden. Die Betriebsstätte der Frau Mag. O. werde im bestehenden Gebäude an der Anschrift P.-straße 1-3 errichtet werden. Vergleiche man das Gutachten von Herrn AF. mit Herrn R., ergebe sich bei Zulässigkeit der Durchquerung des AG.-parks eine Wegersparnis 7,26 Meter womit unter zu Grundlegung des Gutachtens R. die Entfernung von 500 Meter gewahrt werde.

Der Vertreter der Konzessionswerberin beantragte weiters die Einholung des Gutachtens eines gerichtlich beeideten Sachverständigen für Vermessungswesen um die Entfernung zwischen der Betriebsstätte der Konzessionswerberin und der A. festzustellen. Mit einer Beauftragung der MA 41 sei er nicht einverstanden.

Die Vertreterin der Apothekenkammer führte zum Gutachten vom 16.03.2018 aus, die Apothekenkammer habe die Divisionsmethode bei der Feststellung des Versorgungspotenzials der AH. und der AI. angewendet. Die D. und die AE. seien nicht einbezogen worden, da diese auf der anderen Seite des Geländes des AB. liegen. Es gebe nur die Quermöglichkeiten über die AJ.-straße und der AK.-straße. Diese Straßen befinden sich im Versorgungsgebiet der A. und auf der anderen Seite der AH. und AI.. Die Versorgungsgebiete der AE. und der D. befinden sich hinter dem Versorgungspotenzial der AH. und der A.. Durch die bewilligte Apotheke der Fr. Mag. O. komme es nach Auffassung der Apothekenkammer zu keinem Verlust an ständigen Einwohnern für diese beiden Apotheken.

Was die Priorität der Ansuchen der Fr. Mag. O. und der Mag. M. betreffe, so sei die Apothekenkammer auf Grundlage des Schreibens der MA 40 vom 26.02.2018 davon ausgegangen, dass das Ansuchen der Fr. Mag. O. jenes ist, welches gegenüber den Anderen dort angeführten Ansuchen prioritär ist.

5. In weiterer Folge beauftragte das Verwaltungsgericht Wien mit Schreiben vom 9. September 2019 die Magistratsabteilung 41 (Stadtvermessung Wien) mit der Erstellung eines Entfernungsgutachtens. Als Gegenstand des Gutachtens wurde die Feststellung der kürzesten fußläufigen Entfernung zwischen dem Eingang der vorgesehenen Betriebsstätte der Konzessionswerberin, in Wien, P.-straße ONr. 1 bzw. 3 und der Betriebsstätte der „A.“, in Wien, S.-gasse, einerseits bzw. der Betriebsstätte der „I.“, in Wien, U.-platz, andererseits, in Auftrag gegeben.

Laut Auftrag war dem Gutachten jene Wegstrecke auf Straßen mit öffentlichem (Fußgänger) Verkehr zugrunde zu legen, die ein Fußgänger zwischen den Messpunkten erlaubterweise zurücklegen muss und deren Benützung ihm zumutbar ist. Bei der Feststellung der Entfernung der „A.“ zur vorgesehenen

Betriebsstätte der Konzessionswerberin sollten nur jene Gehwege im AG.-park berücksichtigt werden, die ganzjährig benutzbar sind.

Mit Schreiben vom 23.10.2019 übermittelte die Magistratsabteilung 41 das erstellte Entfernungsgutachten. Nach diesem beträgt die Entfernung der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der Konzessionswerberin Mag. O. zur A. 498,60 Meter, die Entfernung zur I. 498,30 Meter.

6. In der am 27.11.2019 fortgesetzten Verhandlung wurden diese Gutachten erörtert. Der Vertreter der Konzessionswerberin Mag. O. erstatte ein ergänzendes Vorbringen, wonach der Eingang zur vorgesehenen Betriebsstätte von der Straße nach hinten versetzt wird. Dazu wurde eine Skizze der vorgesehenen Eingangssituation vorgelegt und allen Parteienvertretern zur Einsicht gegeben (Beilage ./II zum Verhandlungsprotokoll vom 27.11.2019). Durch diese bauliche Maßnahme betrage die Entfernung zwischen dem Eingang der vorgesehenen Betriebsstätte und den Eingängen der A. bzw der I. jedenfalls mehr als 500 Meter.

Weiters wurde vom Vertreter der Konzessionswerberin Mag. O. vorgebracht, seitens der MA 41 seien alle Straßenquerungen so angenommen worden, dass die Fußgänger diese am direktesten Weg vornehmen. Tatsächlich aber kommt hier die Bestimmung des § 76 Abs. 5 StVO zum Tragen, wonach der kürzeste Weg über die Straße zu wählen ist. Anhand des Kreuzungsbereichs AL.-gasse/P.-straße zeige sich beispielsweise, dass sich in der Summe eine längere Wegstrecke ergebe, als im Gutachten der MA 41 angenommen.

Die Vertreterin der Apothekerkammer schloss sich diesen Ausführungen an. Die Messung habe so zu erfolgen, wie die Wegstrecke von Fußgehern entsprechend den Bestimmungen der StVO zurückzulegen ist. Würde man von der Gehsteigmitte zur tatsächlichen Eingangstüre messen, so würde sich beispielsweise bei der I. schon deshalb eine längere Wegstrecke ergeben, da der Eingang von der Gehsteigkante in das Haus hineinversetzt ist.

Der Vertreter der belangten Behörde stellte dazu fest, die Behörde gehe davon aus, dass die Entfernung immer vom Eingang einer bestehenden Apotheke zum

Eingang einer projektierten Apotheke zu messen ist. Im vorliegenden Fall sei das Haus, in dem die Betriebsstätte errichtet werden soll, straßenseitig kürzer als es nach hinten hin lang ist, daher sei auch die Wegstrecke entlang der Hauswand zur Hinterseite des Gebäudes in die Messung einzubeziehen. Die Behörde habe aus diesem Grund die Konzession unter der Auflage erteilt, dass die Betriebsstätte entsprechend der vorliegenden Gutachten vorgesehen wird.

Zur Querung des Parkplatzes sei festzustellen, dass zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides eine solche Querung unmöglich war und sei diese Situation dem Bescheid zugrunde zu legen gewesen. Zudem könne die Behörde nur jene Wegstrecken der Berechnung der Entfernung zugrunde legen, welche Fußgeher erlaubtermaßen zurücklegen.

Seitens der übrigen Beschwerdevorführer wurde vorgebracht, es nicht davon auszugehen, dass sich alle Fußgänger entsprechend der StVO verhalten würden, sondern faktisch jene Wegstrecken benützten, wie sie von Fußgehern üblicherweise gewählt werden. Der Eingang zur vorgesehenen Betriebsstätte der Mag. O. entspreche nicht den tatsächlichen Örtlichkeiten, an denen sich das Gutachten der MA 41 orientiert habe. Sollte die bauliche Ausgestaltung der Apotheke so vorgenommen werden, wie sie auf dem vorgelegten Bild zu sehen ist, müsste die Messung der Wegstrecke zur I. nicht in rechtwinkliger Weise erfolgen, sondern quer über den Parkplatz. Im Übrigen gebe es Entscheidungen des VwGH, dass Wege über einen Parkplatz zur Erreichung eines Apothekeneinganges für die Entfernungsmessung unbeachtlich seien.

Im Konzessionsansuchen sei darüber hinaus von einer Betriebsstätte P.-str. 1 die Rede. Eine Bescheiderteilung in der angenommen werde, dass diese Adresse mit der ONr. 1-3 ident sei, sei unzulässig. Zudem sei es unzulässig, ein Privatgutachten als Teil des Bescheides anzunehmen, wenn ein offizielles Gutachten der Behörde vorliegt. Aus den vom Vertreter der Konzessionswerberin vorgelegten Unterlagen gehe hervor, dass die Betriebsstätte im Haus Nr. 3 errichtet werden soll.

Der Vertreter der Konzessionswerberin Mag. O. stellte dazu fest, auf dem vom ihm vorgelegten Foto über die Örtlichkeit sei deutlich zu sehen, dass das Haus, in

dem die Betriebsstätte vorgesehen ist, die ONr. P.-str. 1-3 trage (Beilage ./I A. zum Verhandlungsprotokoll vom 21.11.2019). Damit stimme der Bescheid mit der Antragstellung überein.

In dieser Verhandlung wurde die „Projektbeschreibung des Stadtentwicklungsgebietes ...“ verlesen, wie er auf der Webseite www.wien.gv.at abrufbar ist. Ebenso das „Update AB.“ vom 13.05.2019 in der Zeitschrift „Mein Bezirk.at“ und der „Städtebauliche Entwicklungsplan ...“, abrufbar unter www.Städebund.gv.at.

Seitens der Beschwerdeführer wurde dazu vorgebracht, selbst wenn hier eine städtebauliche Entwicklung in den nächsten Jahren wie in diesen Unterlagen dargelegt erfolgen sollte, lägen zum jetzigen Zeitpunkt besondere örtliche Verhältnisse im Sinne des § 10 Abs. 6 nicht vor. Künftige Planungen und Errichtung künftiger Wohnungen seien nicht zu berücksichtigen. Das ergebe sich aus dem Durchführungserlass zum Apothekengesetz 1984. Zudem sei auf dem Gelände noch keine Bautätigkeit festzustellen.

Die Beschwerdeführerin Mag. M. stellte fest, die von ihr beantragte Apotheke gewährleiste eine bessere Versorgung als jene der Konzessionswerberin Mag. O., da diese günstiger gelegen sei und von zukünftigen Bewohnern daher besser genutzt werden könne.

Nach Schluss des Beweisverfahrens wurde das Erkenntnis verkündet. Von den anwesenden Parteienvertretern wurde eine schriftliche Ausfertigung der Entscheidung beantragt.

7. Es wurde erwogen:

Das Apothekengesetz (ApG), idF BGBl. I Nr. 37/2018, lautet auszugsweise:

„§ 9.

Konzession.

Der Betrieb einer öffentlichen Apotheke [...] ist nur auf Grund einer besonderen behördlichen Bewilligung (Konzession) zulässig.

Im Konzessionsbescheid ist 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 aufrecht zu erhalten. Die Konzession hat nur für den Standort Geltung.

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

[...]

2. die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke weniger als 500 m beträgt oder

3. die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen sich 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 5500, 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.

(6) Die Entfernung gemäß Abs. 2 Z 2 darf ausnahmsweise unterschritten werden, wenn es besondere örtliche Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung dringend gebieten.

(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.

[...]"

Wie der Verwaltungsgerichtshof u.a. mit Erkenntnis vom 30.6.2015, ZI. Ra 2015/03/0022, festhielt, ist die Prüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts gemäß § 27 VwGVG begrenzt. Parteibeschwerden im Sinne des Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG sind nur insoweit zu prüfen, als sie die Frage einer möglichen Verletzung von subjektiv-öffentlichen Rechten betreffen (siehe u. a. VwGH 22.1.2015, Ra 2014/06/0055; 17.12.2014, Ro 2014/03/0066; 27.8.2014, Ro 2014/05/0062). Das Verwaltungsgericht kann den auf Grund einer Parteibeschwerde angefochtenen Bescheid nicht aus öffentlichen Interessen aufheben oder abändern und auch grundsätzlich keine bloß objektiven Rechtswidrigkeiten aufgreifen (vgl. VwGH 26.3.2015, Ra 2014/07/0077).

Die Bestimmungen des § 48 Abs. 2 und § 51 Abs. 3 ApG vermitteln den Inhabern benachbarter Apotheken bei Erfüllung der hier normierten Voraussetzungen ein rechtliches Interesse an der Nichterteilung einer Apothekenkonzession, wenn es im Sinn von § 10 Abs. 2 ApG am Bedarf an der neuen öffentlichen Apotheke mangelt, und gewähren somit in diesem Umfang Parteistellung (vgl. VwGH 24.2.2011, 2010/10/0167).

Die betreffenden Inhaber können daher – sowohl im Einspruch als auch in der Beschwerde – nur vorbringen, die Entfernung zwischen der künftigen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte ihrer öffentlichen Apotheke betrage weniger als 500 Meter, oder, die Zahl, der von ihrer bestehenden öffentlichen Apotheke aus, weiterhin zu versorgenden Personen, werde sich infolge der Neuerrichtung verringern und weniger als 5.500 betragen (vgl. VwGH 21.4.2008, 2006/10/0254).

In anderen Fragen kommt den Inhabern bestehender öffentlicher Apotheken kein Mitspracherecht zu (vgl. VwGH 28.6.2004, 2001/10/0256). Auf ein Vorbringen, das eine andere als die eigene Apotheke betrifft, ist nicht einzugehen (vgl. VwGH 29.11.2011, 2005/10/0218). Ein Anspruch auf die objektive Rechtmäßigkeit der behördlichen Bedarfsprüfung besteht somit nicht (vgl. VwGH 21.10.2009, 2009/10/0166).

Überdies ist eine Verletzung von Verfahrensvorschriften nur dann relevant, wenn sich diese auf materielle Rechte bezieht (vgl. VwGH 21.3.2013, 2013/10/0004).

Für das vorliegende Verfahren bedeutet dies folgendes:

a) Zum Vorbringen der D. und der AE.

Das Vorbringen rügt im Wesentlichen den Umstand, dass diese beiden Apotheken im Gutachten der Apothekerkammer vom 16.03.2018 nicht berücksichtigt wurden. Die Apothekerkammer stellte in ihrem Gutachten fest, dass durch die neu angesuchte Apotheke für diese beiden Apotheken kein Kundenverlust zu erwarten sei. In der Verhandlung wurde dazu von der Vertreterin der Apothekerkammer erläutert, dass beide Apotheken auf der an anderen Seite des Geländes des AB. liegen. Die dort bestehenden Querungsmöglichkeiten befänden sich einerseits im Versorgungsgebiet der A. und andererseits im Versorgungsgebiet der AH. bzw. der Al..

Diese Feststellungen erschienen schon deshalb schlüssig, da sich die Betriebsstätten beider Apotheken in einer Entfernung von 1.620 Meter (D.) und 1.310 Meter (AE.) zur in Aussicht genommenen Betriebsstätte der Konzessionswerberin befinden (Schreiben der Magistratsabteilung 18 vom 31.11.2015, Aktenblatt 76) und der dazwischen liegende Bereich des Bahngeländes keine Einwohner aufweist, welche dem Kundenpotential dieser beiden Apotheken zugerechnet werden, sodass schon aus diesem Grund eine Beeinflussung des Versorgungspotential dieser Apotheken nicht anzunehmen war.

b) Zum Beschwerdevorbringen der A. und der I.

Die belangte Behörde hat ihre Entscheidung auf das Gutachten des Ingenieurbüros für Vermessungswesen Q. R. vom 23.8.2018 gestützt (Aktenblatt 185 bis 200), welches zu dem Ergebnis kommt, dass der derzeitige Eingang zur „A.“ und der derzeitigen Eingang der Apotheke „I.“ zur in Aussicht genommenen Betriebsstätte der Konzessionswerberin Mag. O. fußläufig 502,01 Meter bzw 512,97 Meter beträgt. Von beiden Apotheken wird gerügt, dass die Entfernung ihrer Betriebsstätten zur beantragten Apotheke der Mag. O. weniger als 500 Meter betrage.

Bei ihrer Entscheidung ging die belangte Behörde davon aus, dass sich der Eingang zur vorgesehenen Betriebsstätte im hinteren Teil des Gebäudes befindet. Da das Haus, in dem die Betriebsstätte errichtet werden soll, straßenseitig kürzer ist als es nach hinten hin lang ist, wurde auch die Wegstrecke entlang der Hauswand zum Eingang an der Hinterseite des Gebäudes in die Messung einbezogen, wodurch die Entfernung zu den Eingängen der in Rede stehenden Betriebsstätten mehr als 500 Meter betrug. Seitens der Beschwerdeführer war dazu vorgebracht worden, wenn der Eingang von der Straße nach hinten versetzt werde, sei die Wegstrecke entlang der Hausmauer nach hinten nicht zu berücksichtigen, da dort nunmehr ein Parkplatz errichtet sei.

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien wurde ein Vermessungsgutachten von der Magistratsabteilung 41 eingeholt, wobei ein straßenseitiger Eingang der in Aussicht genommenen Betriebsstätte angenommen wurde. Dieses Gutachten kam zu dem Ergebnis, dass die Entfernung der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der Konzessionswerberin Mag. O. zur A. 498,60 Meter, die Entfernung zur I. 498,30 Meter beträgt. Die Richtigkeit dieser Messergebnisse wurde nicht bestritten.

Gemäß § 10 Abs. 6 Apothekengesetz darf die Entfernung gemäß Abs. 2 Z 2 ausnahmsweise unterschritten werden, wenn es besondere örtliche Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung dringend gebieten.

Was unter "besonderen örtlichen Verhältnisse" zu verstehen ist, hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 08.08.2018, Ra 2017/10/0103, wie folgt ausgeführt:

„...Erste Voraussetzung ist die Situierung der Betriebsstätte der neu zu errichtenden Apotheke in einem Gebiet mit demographischen Besonderheiten (vgl. VwGH 27.3.2014. 2013/10/0209, unter Hinweis auf EuGH 13.2.2014, C 367/12, Sokoll-Seebacher, Rn 41), d.h. einem Gebiet, das nach der Struktur seines Bevölkerungsbestandes geeignet ist, eine besondere Bedarfssituation hinsichtlich der sicheren und qualitativ hochwertigen Versorgung mit Arzneimitteln zu indizieren. Zu derartigen Gebieten zählen neben ländlichen und abgelegenen Regionen außerhalb der Versorgungsgebiete bestehender Apotheken (vor allem für Menschen mit eingeschränkter Mobilität) ausweislich der Gesetzesmaterialien insbesondere sich nachhaltig und stetig entwickelnde Siedlungsgebiete, der nähere Umkreis größerer medizinischer Einrichtungen oder

eines Krankenhauses mit mehreren Anstaltsambulatorien sowie der Nahbereich bedeutender und stark frequentierter Verkehrsknotenpunkte, wie etwa Flughäfen oder Hauptbahnhöfe.

Liegt die Betriebsstätte der neu zu errichtenden Apotheke in einem derartigen Gebiet (...), ist als zweite Voraussetzung zu prüfen, ob die konkret vorliegenden demographischen Besonderheiten zu einem (bestehenden oder unmittelbar bevorstehenden) Mangel in der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln führen, dem durch die beantragte Apotheke begegnet werden kann.

Dies ist der Fall, wenn ansonsten - d.h. bei Nichterrichtung der neuen Apotheke - eine ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung unter Berücksichtigung des Versorgungsangebots durch bestehende Apotheken (...) nicht gewährleistet ist, weil die bestehenden Apotheken infolge der konkreten örtlichen Gegebenheiten und Verkehrsverhältnisse nicht ausreichend rasch bzw. nur unzumutbar erreichbar sind. Dabei ist insbesondere die bei der Bedarfsprüfung im Vordergrund stehende Erreichbarkeit mit Kraftfahrzeugen zu berücksichtigen...

Trifft auch diese Voraussetzung zu, bedarf es schließlich der Beurteilung, ob die Errichtung der neuen Apotheke insgesamt für eine ordnungsgemäße Versorgung der betroffenen Bevölkerung mit Arzneimitteln erforderlich ist.

Davon kann allerdings nicht gesprochen werden, wenn der Vorteil aus der Neuerrichtung einer Apotheke durch Nachteile für die Bevölkerung in den Versorgungsgebieten der bestehenden Apotheken überwogen wird. Die Behörde bzw. das Verwaltungsgericht haben dabei eine entsprechende Abwägung vorzunehmen, wobei ein maßgebliches Überwiegen von Nachteilen nur bei einer derartig erheblichen Verminderung des Kundenpotenzials einer oder mehrerer bestehender öffentlicher Apotheken angenommen werden kann, dass deren wirtschaftlicher Weiterbestand ernsthaft gefährdet ist und dadurch bisher gut versorgte Personen einen zumutbaren Zugang zur Arzneimittelversorgung verlieren würden.

Die Behörde bzw. das Verwaltungsgericht haben nach den genannten Voraussetzungen in jedem Einzelfall die Anwendbarkeit des § 10 Abs. 6a ApG zu prüfen und dabei das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen maßgeblicher "besonderer örtlicher Verhältnisse" - gestützt auf geeignete Feststellungen - zu begründen."

Vor der Hintergrund der Entscheidung des EuGH vom 30. Juni 2016, Rs. C-634/15, "Sokoll-Seebacher II - Naderhirn" und auf Grund des identen Wortlaut in den Bestimmungen des § 10 Abs. 6 und Abs. 6a ApG („besondere örtliche Verhältnisse“) geht das Verwaltungsgericht Wien davon aus, dass dieser Prüfungsmaßstab auf den vorliegenden Fall übertragen werden kann.

Nach der auf der Webseite www.wien.gv.at/standentwicklung abrufbaren Projektbeschreibung handelt es sich beim Gelände des AB. um ein Stadtentwicklungsgebiet mit einer Größe von 44 Hektar. Dieses soll etappenweise einer hochwertigen städtebaulichen Nutzung zugeführt werden.

Nach dem städtebaulichen Leitbild sollen auf diesem Gelände ca 4.900 Wohnungen für ca 12.000 Einwohner entstehen sowie ca 5.000 Arbeitsplätze. Die Arbeiten für die ersten 400 Wohnungen haben bereits im Jahr 2019 begonnen (Bericht auf [www.meinbezirk.at/...](http://www.meinbezirk.at/) vom 13.05.2019).

Bei dieser Sachlage geht das Verwaltungsgericht Wien davon aus, dass eine besondere Bedarfssituation hinsichtlich der sicheren und qualitativ hochwertigen Versorgung mit Arzneimitteln in Form eines nachhaltig und stetig entwickelnden Siedlungsgebietes vorliegt. Es wird weiters davon ausgegangen, dass im Falle der Nichterrichtung der beantragten Apotheke die ordnungsgemäße Versorgung der neu zugezogenen Bevölkerung unter Berücksichtigung des Versorgungsangebots durch bestehende Apotheken nicht gewährleistet ist, weil schon auf Grund der Größe des Stadtentwicklungsgebietes die bestehenden Apotheken infolge der konkreten örtlichen Gegebenheiten und Verkehrsverhältnisse nicht ausreichend rasch bzw. nur unzumutbar erreichbar sind.

Diese besonderen örtlichen Verhältnisse rechtfertigen nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes Wien ein Unterschreiten der gesetzlich normierten Entfernung von 500 Meter. Dies auch deshalb, weil die Differenz nach dem Ergebnis der Vermessung durch die Magistratsabteilung 41 einmal 1,40 Meter und einmal 1,70 Meter betragen würde. Dazu kommt, dass die Endpunkte der Messung in der Mitte des Gehsteiges angenommen wurden, sodass bei einer Messung von straßenseitiger Eingangstüre zu straßenseitiger Eingangstüre die Unterschreitung der 500 Meter weniger als einen Meter beträgt.

Eine erhebliche Verminderung des Kundenpotenzials einer oder mehrerer bestehender öffentlicher Apotheken, welche gegen eine Berücksichtigung der besonderen örtlichen Verhältnisse sprechend würde, liegt ebenso nicht vor, weil sowohl der A. als auch der I. nach den unbestrittenen Feststellungen im bekämpften Bescheid ein Versorgungspotential von deutlich über 5.500 ständigen Einwohnern verbleibt.

Zum Vorbringen, die Behörde habe im bekämpften Bescheid unzulässigerweise angenommen, dass die ONr. 1 ident mit der ONr. 1-3 sei, da nach den vorgelegten Unterlagen die Betriebsstätte im Haus Nr. 3 errichtet werden soll, ist

festzustellen, dass auf dem vom Vertreter der Konzessionswerberin in der Verhandlung vorgelegten Foto über die Örtlichkeit deutlich zu sehen ist, dass das Haus, in dem die Betriebsstätte vorgesehen ist, die ONr. 1-3 trägt. Damit stimmt der Bescheid mit der Antragstellung überein.

c) Zum Beschwerdevorbringen der Frau Mag. M.:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs besteht zwischen zwei oder mehreren Konzessionswerbern, die die persönlichen und - für sich gesehen - die sachlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke erfüllen, deren Ansuchen einander jedoch im Hinblick auf die Bedarfslage ausschließen, eine Verfahrensgemeinschaft. Dabei ist die zeitliche Priorität des Einlangens der Konzessionsanträge das einzige Kriterium für die Entscheidung der Frage, welchem Bewerber die Konzession zu erteilen ist (dazu VwGH 30. August 1994, ZI. 90/10/0129).

Unter der Annahme, dass die Ansuchen der Konzessionswerberin Mag. O. und der Beschwerdeführerin Mag. M. einander im Hinblick auf die Bedarfslage ausschließen, ist das Ansuchen der Mag. O. vom 20.07.2009 unstrittig prioritär, sodass diese Einwendungen der Beschwerdeführerin Mag. M. ins Leere gehen. Darüber hinaus hat die Behörde in ihren Schreiben vom 26.02.2018 an die Apothekerkammer (Aktenblatt 88) festgestellt, dass die Beschwerdeführerin Mag. M. ein Naheverhältnis zur in Aussicht genommenen Betriebsstätte nicht glaubhaft gemacht hat.

II. Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, weil eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Auslegung der Bestimmung des 10 Abs. 6 Apothekengesetzes (ausnahmsweises Unterschreiten der Entfernung von 500 Metern) bis dato fehlt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Dr. Königshofer