



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38680
Telefax: (43 01) 4000 99 38680
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-106/087/1324/2020-64
Mag. pharm. A. B.

Wien, 2.12.2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seine Richterin Dr. Zirm über die Beschwerde der Frau Mag. pharm. A. B. gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 40 - Soziales, Sozial- und Gesundheitsrecht, vom 28.10.2019, Zl. ..., betreffend Erteilung einer Konzession nach dem Apothekengesetz (ApG) nach Durchführung von mündlichen Verhandlungen am 22. Juni 2020 und am 2. Dezember 2020

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass der beantragte Standort im Spruch zu lauten hat: „C.-Straße, Wien inklusive der Grundstücke mit den Nummern ...2, ...3, ...0 und ...1, KG ...“.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

1. Die Beschwerdeführerin stellte am 25. März 2016 ein Ansuchen um Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke im

.... Wiener Gemeindebezirk, wobei sich die in Aussicht genommene künftige Betriebsstätte in Wien, C.-straße befinden sollte. Unter einem wurde mit dem Ansuchen der beantragte Standort näher bekanntgegeben. Weiters wurden Unterlagen betreffend die persönliche und fachliche Eignung der Konzessionswerberin vorgelegt.

2. Mehrere Inhaber bestehender Nachbarapotheken erhoben Einspruch gegen das ... 2016 im Amtsblatt der Wiener Zeitung verlautbarte Konzessionsansuchen der Beschwerdeführerin. Die Einspruchswerber brachten in ihren Einsprüchen allesamt Bedenken hinsichtlich des Bedarfs an einer neuen Apotheke aufgrund ihres verbleibenden Versorgungspotentiales und/oder wegen der Unterschreitung des 500-Meter-Abstands vor.

3. Die Österreichische Apothekerkammer wurde mit der Erstattung eines Gutachtens zur Frage des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke gemäß § 10 Abs. 7 Apothekengesetz von der belangten Behörde beauftragt, welches sie am 28. Juni 2018 erstattete. Das Gutachten ging davon aus, dass ein Bedarf an der von der Beschwerdeführerin beantragten Apotheke unter Einschränkung des Standorts auf die Adresse „C.-straße inklusive der Grundstücke mit den Nummern ...2, ...3, ...0, ...1, KG ...“ bestehe, wobei der Eingang zur Apotheke zumindest 500m vom Eingang der nächsten Apotheke entfernt sein müsse.

4. Mit Schriftsatz vom 27. Juni 2019 gab die Beschwerdeführerin der belangten Behörde unter Bezugnahme auf das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 28. Juni 2018 bekannt, mit der [Anm.: im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer] vorgeschlagenen Standorteinschränkung einverstanden zu sein.

5. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 28. Oktober 2019 wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Konzessionserteilung zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in Wien, C.-straße unter Nennung des von der Beschwerdeführerin ursprünglich beantragten Standortes abgewiesen. Die Abweisung wurde maßgeblich damit begründet, dass der benachbarten D.-Apotheke zuzurechnende ständige Einwohner von Wohnhausbauten, welche im

Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer noch keine Berücksichtigung fanden, durch die Neuerrichtung der beantragten Apotheke verloren gehen würden und das bereits unter 5.500 Personen liegende Versorgungspotential weiter sinken würde.

6. Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig Beschwerde an das Verwaltungsgericht Wien. Das Vorbringen geht (zunächst) im Wesentlichen dahin, dass ihr die Konzession für eine neu zu errichtende Apotheke erteilt hätte werden müssen, da es zu keinem Verlust ständiger Einwohner der benachbarten D.-Apotheke kommen würde. Dieser seien schon bei ihrer Bewilligung de facto keine Einwohner zuzurechnen gewesen und seien die von der belangten Behörde dem Versorgungspotential der D.-Apotheke zugerechneten Wohnbauten zum Großteil nicht fertiggestellt und durch die U. als natürliche Barriere von der D.-Apotheke getrennt. Es sei daher unrealistisch, dass die Bewohner der Wohnhausanlagen E.-Gasse und F. die D.-Apotheke aufsuchen würden. Selbst wenn dies jedoch der Fall wäre, sei § 10 Abs. 6a ApG anzuwenden und die Zahl der von der D.-Apotheke weiterhin zu versorgenden Personen zu unterschreiten. Die Beschwerdeführerin habe ihren Standort auch entsprechend dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 28. Juni 2018 ausdrücklich eingeschränkt, dies sei jedoch unberücksichtigt geblieben.

7. Die belangte Behörde erließ keine Beschwerdeentscheidung und legte die Beschwerde sowie den Akt des Verwaltungsverfahrens dem Verwaltungsgericht Wien zur Entscheidung vor.

8. Sämtliche Parteien mit Ausnahme der belangten Behörde erstatteten weitere Schriftsätze. Darin wurde dem Vorbringen der Beschwerdeführerin entgegengetreten und ein Vermessungsgutachten vorgelegt, wonach bestimmte Wohnhäuser der Wohnhausanlagen „E.-Gasse“ und „F.“ dem Versorgungspotential der D.-Apotheke bei Errichtung der Apotheke der Beschwerdeführerin verlustig gehen würden. Weiters wurde bestritten, dass die Voraussetzungen des § 10 Abs. 6a ApG vorliegen würden.

9. Am 22. Juni 2020 führte das Verwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an welcher sämtliche Parteien – mit Ausnahme der belangten

Behörde sowie des Mag. pharm. DDr. G. – sowie ein Vertreter der Österreichischen Apothekerkammer teilnahmen. Die Beschwerdeführerin beantragte die Einholung eines ergänzenden Gutachtens zur Frage, wie groß das Verlustpolygon der D.-Apotheke wäre und wie viele Personen die von ihr beantragte Apotheke bei Konzessionserteilung versorgen würde.

10. Die Österreichische Apothekerkammer wurde in der mündlichen Verhandlung mit einer Gutachtensergänzung gemäß § 10 Abs. 7 ApG zur Erstellung des Verlustpolygons der D.-Apotheke mit den aktuellen Zahlen aus 2020 beauftragt. Sie übermittelte ihr Ergänzungsgutachten vom 14. Oktober 2020 am 15. Oktober 2020.

11. Seitens der Beschwerdeführerin wurde am 22. September 2020 bekanntgegeben, dass die D.-Apotheke eine Erweiterung ihres Standortes und Verlegung der Betriebsstätte an die Adresse H.-Straße, Wien, beantragt hätte, was auch bereits im Amtsblatt der Wiener Zeitung kundgemacht worden sei. Die Argumentation, dass die D.-Apotheke durch die Errichtung der beantragten Apotheke Kundenpotential verliere, könne daher nicht mehr aufrechterhalten werden und sei ein neues Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer einzuholen.

12. Die Parteien erstatteten weitere Schriftsätze, wobei auf die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung von der Beschwerdeführerin ausdrücklich nicht verzichtet wurde und die Verhandlung am 2. Dezember 2020 daher fortgesetzt wurde. Die Beschwerdeführerin beantragte bereits schriftlich mit näherer Begründung die Einholung eines ergänzenden Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer zur Frage des Bedarfs unter Zugrundelegung des Betriebsstättenortes der D.-Apotheke an der Adresse H.-Straße, Wien, in eventu die Aussetzung des gegenständlichen Verfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Standorterweiterungs- und Betriebsstättenverlegungsverfahren der D.-Apotheke, da eine Verwaltungsverfahrensgemeinschaft vorliege.

13. Die sonstigen Parteien setzten dem Vorbringen im Wesentlichen entgegen, die Verlegung der Betriebsstätte der D.-Apotheke sei weder genehmigt noch – aufgrund der erst zu ermittelnden Bedarfsfrage im dortigen Verfahren – als

gesichert anzusehen. Weiters sei selbst bei der Annahme des Vorliegens einer Verwaltungsverfahrensgemeinschaft der Grundsatz der Priorität zu beachten und müsse dieser dann auch zum Nachteil der Beschwerdeführerin gelten.

14. Das Ermittlungsverfahren wurde am Ende der mündlichen Verhandlung am 2. Dezember 2020 geschlossen. Die Parteien verzichteten auf die mündliche Verkündung des Erkenntnisses.

II. Sachverhalt

1. Das Verwaltungsgericht Wien legt seiner Entscheidung folgende Feststellungen zugrunde:

1.1. Die Beschwerdeführerin stellte am 25. März 2016 ein Ansuchen um Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke im Wiener Gemeindebezirk, wobei sich die in Aussicht genommene künftige Betriebsstätte in Wien,, C.-straße befinden sollte. Unter einem wurde mit dem Ansuchen der beantragte Standort wie folgt bekanntgegeben:

„Gebiet im Wiener Gemeindebezirk, beginnend an der Kreuzung J.-gasse/K.-gasse – K.-gasse bis zur Kreuzung mit der C.-straße – weiter bis C.-straße/L.-straße – der L.-straße stadtauswärts folgend und dann übergehend in die M. – M. bis zum Schnittpunkt mit der gedachten Verlängerung der N.-gasse – der gedachten Verlängerung der N.-gasse und dann der N.-gasse folgend bis zum Schnittpunkt mit der P.-straße – der P.-straße Richtung Süden folgend bis zur Kreuzung mit der C.-straße – weiter bis C.-straße/E.-Gasse der E.-Gasse nach Westen folgend bis zur J.-gasse – J.-gasse zurück bis zum Ausgangspunkt; sämtliche Straßenzüge beidseitig.“

1.2. Mit Schriftsatz vom 27. Juni 2019 gab die Beschwerdeführerin der belangten Behörde unter Bezugnahme auf das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 28. Juni 2018 bekannt, mit der im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vorgeschlagenen Standorteinschränkung einverstanden zu sein.

1.3. Die Betriebsstätte der D.-Apotheke befindet sich an der Adresse R.-Straße, Wien. Mit Kundmachung ... 2020, ... wurde die von der D.-Apotheke Mag. pharm. Dr. S. KG mit Schriftsatz vom 4. Februar 2020 beantragte Erweiterung des Standortes und Verlegung der Betriebsstätte an die Adresse H.-Straße, Wien, im Amtsblatt der Wiener Zeitung veröffentlicht. Eine Entscheidung über diesen Antrag durch die belangte Behörde liegt noch nicht vor. Auch liegt noch kein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer zur Bedarfsfrage vor.

1.4. Die D.-Apotheke verfügt über ein Versorgungspotential von weit unter 5.500 Personen.

1.5. An den Adressen E.-Gasse ..., und T. ..., alle im Wiener Gemeindebezirk, entstanden im Jahr 2018/19 neue Wohnhausbauten, die zum Stichtag 1.1.2020 von 689 Personen bewohnt sind.

1.6. Die Wohnhausanlagen an den Adressen E.-Gasse ..., und T. ... liegen derzeit fußläufig am nächsten zur D.-Apotheke. Nach Errichtung der beantragten Apotheke lägen diese Wohnhausanlagen fußläufig am nächsten zur beantragten Apotheke. Natürliche Barrieren zwischen diesen Adressen und der D.-Apotheke bestehen nicht, da die U. (für Fußgänger mit Schutzwegen) unterführt ist.

1.7. Bei Errichtung der von der Beschwerdeführerin beantragten Apotheke würde die D.-Apotheke zumindest 689 ständige Einwohner ihres Versorgungspotentials verlieren und damit das derzeit unter 5.500 Personen liegende Versorgungspotential weiter absinken. Dabei handelt es sich um die Bewohner der unter Punkt 1.6. genannten Wohnhausanlagen.

1.8. In unmittelbarer Umgebung der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der beantragten Apotheke befinden sich sieben Apotheken (...) und im gesamten Wiener Gemeindebezirk gibt es 27 Apotheken bei einer Bevölkerungszahl von 165.673 Personen (Stand 2019).

1.9. In ca. 1,2 Kilometer Entfernung von der beantragten Apotheke befindet sich die Klink V. (...).

2. Diese Feststellungen ergeben sich aus folgender Beweiswürdigung:

2.1. Das Verwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, Würdigung der Beschwerde- und Parteivorbringen, Einholung einer ergänzenden Stellungnahme der Apothekerkammer gemäß § 10 Abs. 7 ApG zum Verlustpolygon der D.-Apotheke, Durchführung von mündlichen Verhandlungen am 22. Juni 2020 und am 2. Dezember 2020 sowie Einholung von Information zur Bevölkerungsstatistik im ... Wiener Gemeindebezirk auf der Homepage der Statistik Austria sowie mit Hilfe von Google-Maps und Apothekenverzeichnissen zur Apothekenanzahl. Die geografische Lage und das Umfeld der beantragten Apotheke ergeben sich ebenfalls aus einem Einblick in Google-Maps.

2.2. Die Feststellungen betreffend das Apothekenansuchen und Inhalte sind unstrittig und ergeben sich aus dem Akteninhalt. Die Einschränkung des Standortes durch die Beschwerdeführerin ergibt sich aus ihrem Schriftsatz vom 27. Juni 2019 und hat sie dies auch erneut in ihrer Beschwerde ausdrücklich wiederholt.

2.3. Die Feststellungen zur aktuellen Betriebsstätte der D.-Apotheke und zur beantragten Standorterweiterung und Verlegung der Betriebsstätte ergeben sich aus dem Konzessionsbescheid der D.-Apotheke und dem Amtsblatt der Wiener Zeitung vom ... 2020.

2.4. Die Feststellungen zu den neu errichteten Wohnhausbauten ergibt sich aus Einsichtnahme in den Stadtplan und Abfragen des Melderegisters (TPX/QWS), wonach an den genannten Adressen zahlreiche Personen behördlich wohnhaft gemeldet sind. Die konkrete Zahl der in den genannten Wohnhäusern wohnhaften Personen zum Stichtag Jänner 2020 ergeben sich aus der ergänzenden Stellungnahme der Österreichischen Apothekerkammer vom 14. Oktober 2020, welche auf den Zahlen der Statistik Austria von Jänner 2020 basiert.

2.5. Die Feststellungen zum aktuellen Versorgungspotential der D.-Apotheke und zum Verlust ständiger Einwohner im Falle der Errichtung der von der Beschwerdeführerin beantragten Apotheke ergeben sich aus den schlüssigen und

nachvollziehbaren Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 20. April 2017, vom 28. Juni 2018 und der Stellungnahme vom 14. Oktober 2020 sowie den im gegenständlichen Verfahren unwidersprochen gebliebenen Feststellungen des VGW in seiner Entscheidung vom 6. Mai 2020, ...

Die Österreichische Apothekerkammer wurde von der belangten Behörde mit der Erstattung eines Gutachtens zur Frage des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke gemäß § 10 Abs. 7 ApG von der belangten Behörde beauftragt, welches sie am 28. Juni 2018 erstattete. Zu einem Verlust ständiger Einwohner der D.-Apotheke kam es nach dem Datenstand Jänner 2017, welcher dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer zugrunde gelegen ist, nicht. Die D.-Apotheke war daher keine „betroffene Apotheke“ und wurde im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 28. Juni 2018 daher nicht berücksichtigt bzw. ihr Versorgungs-/Verlustpolygon nicht dargestellt.

Das derzeitige bereits erhebliche Unterschreiten des 5.500 Personen umfassenden Versorgungspotentials der D.-Apotheke ergibt sich aber bereits aus dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 20. April 2017 zur GZ MA 40 - .../2007, welches in der mündlichen Verhandlung vom 22. Juni 2020 verlesen wurde, ebenso aus den Feststellungen des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtes Wien vom 6. Mai 2020, GZ: ..., welches auf dieses Gutachten Bezug nimmt und ebenfalls verlesen wurde:

Der D.-Apotheke wurde mit Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 20. April 2017 (zur Zl. MA 40-.../2007) im bezüglichen Verfahren ein Versorgungspotential von 1.315 Personen zugeschrieben. Dieses Versorgungspotential setzte sich zum damaligen Zeitpunkt überwiegend aus Einwohnergleichwerten zusammen, da es im Versorgungspolygon der D.-Apotheke nur 17 ständige Einwohner gab.

Auch wenn das Gutachten der Apothekerkammer vom 28. Juni 2018 im gegenständlichen Konzessionsverfahren – wie oben ausgeführt – dazu nicht ausdrücklich Stellung nimmt, ist mangels erkennbarer gravierender Änderungen seit jenem Gutachten im April 2017 und mangels entsprechendem Vorbringen der Parteien davon auszugehen, dass sich das Versorgungspotential der D.-Apotheke in Hinblick auf Einwohnergleichwerte bis zum jetzigen Zeitpunkt nur geringfügig

verändert hat. Die auch von der belangten Behörde diesbezüglich schon ihrem Bescheid zugrunde gelegten Feststellungen wurden von den Parteien im gesamten Verfahren nicht bestritten und wurde im Gegenteil von der Beschwerdeführerin nicht behauptet, dass der D.-Apotheke weitaus mehr Einwohnergleichwerte zuzurechnen wären.

Die Situation der ständigen Einwohner ist (im Vergleich zu den vorangegangenen Apothekerkammergutachten aus 2017 und 2018) durch die Errichtung mehrerer Wohnhausanlagen insbesondere an den Adressen E.-Gasse ..., und T. ... hingegen eine geänderte. Dass der D.-Apotheke nunmehr mehr ständige Einwohner zuzurechnen sind und es zu einem Verlust von letztlich 689 ständigen Einwohnern aus dem Versorgungspolygon der D.-Apotheke kommen würde, ergibt sich aus den Ausführungen des Vertreters der Österreichischen Apothekerkammer in der mündlichen Verhandlung am 22. Juni 2020 und am 2. Dezember 2020 sowie aus der ergänzenden Stellungnahme der Österreichischen Apothekerkammer vom 14. Oktober 2020. Diese Beweismittel belegen, dass ein nicht unbeträchtliches Verlustpolygon der D.-Apotheke bei Errichtung der beantragten Apotheke gegeben wäre, da sich die genannten Wohnhäuser fußläufig derzeit am nächsten zur D.-Apotheke und nach Errichtung der beantragten Apotheke zu dieser befinden würden. Dazu wurde auch im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 22. Juni 2020 Einsicht mit den Parteien in Google-Streetview hinsichtlich der örtlichen Gegebenheiten genommen und übereinstimmend festgestellt, dass keine natürlichen Barrieren zwischen den Wohnhäusern und der D.-Apotheke bestehen (U.-unterführung). Insbesondere die Stellungnahme der Österreichischen Apothekerkammer vom 14. Oktober 2020 inklusive einer Darstellung des Verlustpolygons der D.-Apotheke wurde von sämtlichen Parteien auch nicht bestritten.

Insgesamt ergibt sich daher, dass das Versorgungspotential der D.-Apotheke zwar durch den Zuwachs ständiger Einwohner seit dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer im April 2017 gestiegen ist, jedoch nach wie vor weit unter 5.500 zu versorgenden Personen liegt. Bei Errichtung der beantragten Apotheke würde dieses Versorgungspotential nicht bloß geringfügig durch den Verlust von zumindest 689 ständigen Einwohnern weiter abnehmen.

2.6. Die rund um die beantragte Apotheke befindlichen Nachbarapotheken und der Standort der Klinik V. ergeben sich aus Google-Maps, die Anzahl der Apotheken im Bezirk wurde der Internetseite <https://www.nachapotheke.wien> (22.6.2020) entnommen. Der Bevölkerungsstand in V. zum Stand 2019, ergibt sich aus <https://www.wien.gv.at/statistik/bevoelkerung/...> (22.6.2020).

III. Rechtliche Beurteilung

1. Rechtslage:

§ 10 des Apothekengesetzes, RGBl. Nr. 5/1907, lautet in seiner geltenden Fassung:

„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

1. sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, oder
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.

(3) Ein Bedarf gemäß Abs. 2 Z 1 besteht auch dann nicht, wenn sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke

1. eine ärztliche Hausapotheke und
2. eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die versorgungswirksam höchstens eineinhalb besetzten Vertragsstellen nach Abs. 2 Z 1 entspricht und in der Gemeinde keine weitere Vertragsstelle nach § 342 Abs. 1 ASVG von einem Arzt für Allgemeinmedizin besetzt ist.

(3a) In einem Zeitraum, während dessen ein Gesamtvertrag gemäß § 341 ASVG nicht besteht, besteht ein Bedarf gemäß Abs. 2 Z 1 dann nicht, wenn in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke weniger als zwei Ärzte für Allgemeinmedizin zum Zeitpunkt der Antragstellung ihren ständigen Berufssitz haben und sich dort eine ärztliche Hausapotheke befindet.

(3b) Bei der Prüfung gemäß Abs. 2 Z 1 sind bloß vorübergehende Vertragsstellen, die einmalig und auf höchstens 3 Jahre befristet sind, nicht zu berücksichtigen.

(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.

(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.

(8) Als bestehende Apotheken im Sinne des Abs. 2 Z 2 und 3 gelten auch alle nach der Kundmachung BGBl. I Nr. 53/1998 rechtskräftig erteilten Konzessionen zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke.“

2. Erwägungen:

2.1. Die Beschwerdeführerin hat um Konzessionserteilung für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke mit näher bezeichnetem Standort und Betriebsstätte angesucht. Voraussetzung für die Erteilung einer Konzession zur Errichtung einer öffentlichen Apotheke ist das Vorliegen eines Bedarfs iSd § 10 ApG. Liegt kein Bedarf vor, ist der Antrag auf Konzessionserteilung abzuweisen.

2.2. Gemäß § 10 Abs. 2 Z 3 ApG besteht kein Bedarf an einer neu zu errichtenden Apotheke, wenn 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.

2.3. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Konzession nicht nur bei einem Absinken des Versorgungspotentials auf unter 5.500 Personen zu versagen. Auch wenn das Versorgungspotential bereits unter 5.500 Personen liegt und aufgrund der Neuerrichtung weiter absinkt, ist der Konzessionsantrag abzuweisen (vgl. anstatt vieler VwGH 30.9.2015, 2013/10/0118.)

2.4. Gegenständlich würde das Versorgungspotential der D.-Apotheke, welches bereits derzeit unter 5.500 zu versorgenden Personen liegt, aufgrund der Neuerrichtung der beantragten Apotheke weiter absinken. Dies deshalb, da die Einwohner jedenfalls der Adressen E.-Gasse ..., und T. ..., Wien, welche derzeit der bestehenden Betriebsstätte der D.-Apotheke zuzurechnen sind, nach der Neuerrichtung der beantragten Apotheke letzterer zuzurechnen wären. Die D.-Apotheke würde daher ihr derzeit zurechenbare 689 ständige Einwohner verlieren, was jedenfalls einen erheblichen und nicht zu vernachlässigenden Verlust darstellt.

2.5. Der Umstand, dass die D.-Apotheke die Erweiterung ihres Standortes und die Verlegung der Apothekenbetriebsstätte (weiter weg von der beantragten Apotheke) während des Beschwerdeverfahrens beantragt hat, hat auf das gegenständliche Verfahren – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – insofern keine Auswirkungen, als im gegenständlichen Konzessionsverfahren und bei der Bedarfsprüfung weiterhin von der derzeitigen Betriebsstätte der D.-Apotheke auszugehen ist.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Verlegung einer bestehenden Apotheke für ein Konzessionsverfahren erst dann von Relevanz, wenn die Verlegung (nach erfolgter Genehmigung) tatsächlich vollzogen wurde (vgl. VwGH 30.01.2020, Ra 2020/10/0013 mwN). Diese Rechtsprechung bezieht sich zwar vorwiegend auf Konstellationen, in denen fraglich war, ob ein potentiell (möglicherweise bereits beantragtes) Heranrücken einer bestehenden Nachbarapotheke auf weniger als 500m (§ 10 Abs. 2 Z 2 ApG) bereits im Konzessionsverfahren zu berücksichtigen sei (was verneint wurde; vgl. VwGH 18.3.2015, Ra 2015/10/0013; 21.10.2010, 2008/10/0199), bzw. in denen es um die Frage ging, ob Auswirkungen einer Verlegung innerhalb des Standortes gemäß § 14 Abs. 1 ApG schon im Verfahren über die Neuerrichtung einer Apotheke zu berücksichtigen seien (was ebenfalls verneint wurde; vgl. VwGH 27.6.2002, 2001/10/0040, 11.6.2001, 2000/10/0165; 13.11.2000, 98/10/0079).

Nichts anderes kann jedoch für die Frage der Beurteilung des Bedarfskriteriums des § 10 Abs. 2 Z 3 ApG gelten, da auch die Ermittlung der zu versorgenden Einwohner bestehender Nachbarapotheken nur an einer – mit Konzessionsbescheid genehmigten – Betriebsstätte festgemacht werden kann, wobei nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes in die Bedarfsprüfung auch Apotheken miteinzubeziehen sind, die zwar konzessioniert sind, ihren Betrieb jedoch noch nicht aufgenommen haben; die Konzessionsinhaber solcher betroffenen Apotheken genießen Parteistellung im Konzessionsverfahren neu zu errichtender Apotheken (vgl. VwSlg. 4949 A/1959; 15.95 A/2002).

Nun ist aber gegenständlich die Standorterweiterung und Verlegung einer bestehenden Nachbarapotheke lediglich beantragt, aber in keiner Weise genehmigt bzw. umgesetzt worden. Eine der oben genannten Konstellationen

annähernd vergleichbare Situation (tatsächliche Verlegung ist bereits erfolgt bzw. konzessionierte Apotheke noch nicht eröffnet) liegt daher nicht vor.

2.6. Auch dem Vorbringen, es liege eine Verwaltungsverfahrensgemeinschaft hinsichtlich des Verfahrens der beantragten Standorterweiterung und Verlegung der Betriebsstätte der D.-Apotheke und des Konzessionsverfahrens hinsichtlich der beantragten Apotheke der Beschwerdeführerin vor, kann nicht gefolgt werden. So bilden Verwaltungsverfahrensgemeinschaften nur solche Sachverhaltskonstellationen, in denen es bei mehreren Konzessionsanträgen nur zur positiven Genehmigung eines Konzessionsansuchens kommen kann, da es bei einer Genehmigung eines weiteren Konzessionsansuchens zu einem Absinken des Kundenpotentials unter 5.500 Personen entweder des ersten zum Zug kommenden Bewerbers (vgl. VwSlg. 15.356 A/2000, VwGH 13.10.2004, 2004/10/0138) oder zum Absinken des Kundenpotentials unter 5.500 Personen einer bestehenden Nachbarapotheke kommen würde (vgl. VwGH 16.3.2016, Ra 2015/10/0063 mwN). Eine Verfahrensgemeinschaft liegt somit immer dann vor, wenn es im Hinblick auf die Bedarfslage ausgeschlossen ist, dass allen Bewerbern die beantragte Bewilligung erteilt werden kann.

Eine Konstellation wie die gegenständliche, in der es nur unter der Voraussetzung der Genehmigung einer beantragten Standorterweiterung und Verlegung einer bestehenden Apotheke weiter weg von der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der beantragten Apotheke überhaupt zu einer Konzessionserteilung für die beantragte Apotheke kommen kann, ist dem nicht gleichzuhalten. So steht es gegenständlich fest, dass der beantragten Apotheke unter Zugrundelegung des derzeitigen Standortes der D.-Apotheke keine Konzession erteilt werden kann, da die Bedarfsvoraussetzung des § 10 Abs. 2 Z 3 ApG nicht gegeben ist (siehe zu § 10 Abs. 6a ApG noch unten). Ob der bereits in Betrieb befindlichen D.-Apotheke die Standorterweiterung und Verlegung der Betriebsstätte genehmigt wird, ist hingegen nicht nur ungewiss, sondern ist von anderen Faktoren – nämlich der Bedarfslage am beantragten neuen Standort – und nicht (nur) der Frage der Erteilung einer Konzession an die Beschwerdeführerin abhängig. Eine Reflexwirkung, dass wenn der einen Apotheke die Konzession erteilt bzw. die Standorterweiterung genehmigt wird, die andere Apotheke keine Konzession erhalten würde, liegt gerade nicht vor. Auch würde eine Verwaltungsverfahrensgemeinschaft im oben dargestellten Sinn für die

Beschwerdeführerin insofern keinen Sinn ergeben, als ihr Ansuchen jedenfalls als prioritär zu behandeln und aufgrund der dann zugrundezulegenden derzeitigen Betriebsstätte der D.-Apotheke abzuweisen wäre.

Dem diesbezüglichen Antrag der Beschwerdeführerin, es sei ein ergänzendes Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer zur Bedarfsfrage unter Zugrundelegung der beantragten neuen Betriebsstätte der D.-Apotheke einzuholen, war daher nicht nachzukommen.

2.7. Auch stellt die geplante Verlegung der Betriebsstätte der D.-Apotheke keine präjudizielle Rechtsfrage, somit keine Vorfrage iSd § 38 AVG für das gegenständliche Verfahren dar. Grundlage der Beurteilung gemäß § 10 Abs. 2 Z 3 ApG sind die Betriebsstätten der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken, d.h. jene Betriebsstätten, von denen aus im Zeitpunkt der Entscheidung die nächstgelegenen öffentlichen Apotheken betrieben werden. Ob Inhaber dieser Apotheken deren Verlegung iSd § 14 ApG in Aussicht genommen oder - wie im vorliegenden Fall - sogar schon eine entsprechende Genehmigung beantragt haben, ist nicht entscheidend (vgl. VwGH 29.4.2009, 2009/10/0067). Dem Antrag auf Aussetzung des gegenständlichen Verfahrens war daher nicht nachzukommen.

2.8. Gemäß § 10 Abs. 6a ApG ist die Zahl der von der Betriebsstätte einer oder mehrerer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen gemäß Abs. 2 Z 3 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.

2.9. Der Verweis in § 10 Abs. 6a ApG auf Abs. 2 Z 3 leg. cit. ist nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes so zu verstehen, dass er auch eine (weitere) Unterschreitung eines schon bereits unter 5.500 zu versorgenden Personen liegenden Versorgungspotentials unter den dort genannten Voraussetzungen grundsätzlich zulässt. Zu prüfen ist daher, ob die Voraussetzungen des § 10 Abs. 6a ApG für eine Bewilligung der beantragten Apotheke trotz Absinkens der von der D.-Apotheke weiterhin zu versorgenden Personen vorliegen.

2.10. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 8.8.2018, Ra 2017/10/0103; VwGH 24.,10.2018, Ra 2018/10/0049) ist das Vorliegen maßgeblicher örtlicher Verhältnisse im Sinne des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz unter Berücksichtigung nachstehender Kriterien zu beurteilen: 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), dh 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 zählt insbesondere der nähere Umkreis größerer medizinischer Einrichtungen oder eines Krankenhauses mit mehreren Anstaltsambulatorien. 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 – dh bei Nichterrichtung der neuen Apotheke - eine ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung unter Berücksichtigung des Versorgungsangebots durch bestehende Apotheken (einschließlich Filialapotheken und ärztlichen Hausapotheken) 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.

2.11. Selbst wenn man davon ausgeht, dass sich die beantragte Apotheke – wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht – in einem Stadtentwicklungsgebiet befindet und sich in näherer Umgebung die Klinik V. (...) befindet, und deshalb eine besondere Bedarfssituation indiziert ist, so führen die konkret vorliegenden demographischen Besonderheiten zu keinem bestehenden oder unmittelbar

bevorstehenden Mangel in der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln im Sinne der zitierten Rechtsprechung. Die ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung und auch der neu zuziehenden Bevölkerung kann durch bestehende Apotheken gewährleistet werden. Infolge der konkreten örtlichen Gegebenheiten und Verkehrsverhältnisse kann die Bevölkerung ausreichend rasch bzw. zumutbar umliegende Apotheken erreichen. So befinden sich in unmittelbarer Umgebung der in Aussicht genommenen Betriebsstätte jedenfalls sieben bestehende Apotheken und im gesamten Bezirk sogar 27 Apotheken bei einer Bevölkerungszahl von 165.673, was eine Unterversorgung des maßgeblichen Gebietes keinesfalls indiziert.

Dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Einholung eines Gutachtens zur Frage, wie viele Personen von ihrer Apotheke (in Zukunft) zu versorgen sein würden, um nachzuweisen, dass von ihrer Apotheke mehr Personen versorgt werden würden, als der Verlust der bestehenden D.-Apotheke betragen würde, war nicht nachzukommen. Diese Erhebung könnte allenfalls dazu dienen, die Erforderlichkeit iSd zitierten Rechtsprechung darzulegen. Zu einer solchen Prüfung der Erforderlichkeit hat es jedoch nur dann zu kommen, wenn demographische Besonderheiten und kumulativ ein Mangel in der Arzneimittelversorgung nachgewiesen werden, was gegenständlich wie ausgeführt nicht der Fall ist.

2.12. Die Voraussetzungen des § 10 Abs. 6a ApG sind daher nicht erfüllt, sodass von einem fehlenden Bedarf an der beantragten Apotheke iSd § 10 ApG auszugehen ist. Auf das Vorliegen eines 500m-Abstands zur nächsten Betriebsstätte gemäß § 10 Abs. 2 Z 2 ApG war somit nicht mehr einzugehen.

2.13. Die Beschwerde ist als unbegründet abzuweisen und der angefochtene Bescheid mit der Maßgabe zu bestätigen, dass der Standort, welcher von der Beschwerdeführerin im behördlichen Verfahren eingeschränkt wurde, spruchgemäß anzupassen war.

3. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen zitierten und für das Verwaltungsgericht eindeutigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Verwaltungsverfahrensgemeinschaft in Apothekenkonzessionsverfahren, zur Nichtaussetzung des Verfahrens wegen

beantragter Betriebsstättenverlegungen, sowie zu § 10 Abs. 6a ApG ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. 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.

Verwaltungsgericht Wien

Dr. Zirm