



**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  
DVR: 4011222

GZ: VGW-101/027/9817/2016-1  
Mag.pharm. A. M.

Wien, 18. August 2016

Geschäftsabteilung: VGW-L

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Königshofer über die Beschwerde des Herrn Mag.pharm. A. M., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 40, vom 18.05.2016, ZI. MA 40-GR-161.587/2013, mit welchem das Ansuchen um Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke im ... Wiener Gemeindebezirk abgewiesen wurde, den

**BESCHLUSS**

gefasst:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, der angefochtene Bescheid behoben und das Verfahren zur Erlassung eines neuerlichen Bescheides gemäß § 28 Abs. 3 VwGVG an die Behörde zurückverwiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

## BEGRÜNDUNG

Der Magistrat der Stadt Wien erließ gegen den Beschwerdeführer einen Bescheid mit folgendem Spruch:

„Das Ansuchen von Herrn Mag. pharm. A. M. um Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke im ... Wiener Gemeindebezirk mit dem angestrebten Standort

„Gebiet im ... Wiener Gemeindebezirk, umschlossen vom Linienzug beginnend an der Kreuzung H.-gasse – V.-gasse – E.-Straße – P.-straße – R.-straße – W.-gasse – S.-straße – H.-Straße – S.-Straße – A. – B.-gasse – A.-weg – R. – F.-weg – H.-weg – P.-straße – Z.-gasse – R.-gasse – Ha.-weg – H.-gasse – Kreuzung H.-gasse – V.-gasse“

und der in Aussicht genommenen künftigen Betriebsstätte in Wien, Ecke S.-Straße / E.-Straße, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 10 Abs. 2 und 51 Apothekengesetz (ApG), RGBl. Nr. 5/1907, in der geltenden Fassung.“

2. Der Beschwerdeführer hatte mit Schreiben vom 20.02.2013 beim Magistrat der Stadt Wien die Erteilung einer Konzession für eine neu zu errichtende Apotheke im ... Wiener Gemeindebezirk, mit dem oben angeführten Standort bzw der näher bezeichneten in Aussicht genommene künftige Betriebsstätte beantragt.

Die öffentliche Kundmachung gem. § 48 Abs. 1 des Apothekengesetzes erfolgte im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ am 05.01.2014. Nach Kundmachung wurden gegen die Erteilung der beantragten Konzession fristgerecht folgende Einsprüche erhoben von:

„N.“ - Apotheke  
„L.“ - Apotheke  
„M.“ - Apotheke  
Apotheke „K.“  
Apotheke „U.“  
Apotheke „Na.“  
Apotheke „ „Z.“  
Apotheke „D.“

In den Einsprüchen wird ein mangelnder Bedarf für die beantragte Apotheke geltend gemacht.

Mit Schreiben vom 27.08.2014 beauftragte die belangte Behörde die Österreichische Apothekerkammer gem. § 10 Abs. 7 des Apothekengesetzes mit Erstellung eines Gutachtens zur Bedarfsfrage.

Im Gutachten vom 09.11.2015 kommt die Österreichische Apothekerkammer zu dem Ergebnis, dass ein Bedarf an der beantragten neu zu errichtenden Apotheke nicht gegeben sei, da sich im Fall einer Bewilligung bei der bereits bestehenden umliegenden „N.“- Apotheke die Anzahl der weiterhin zu versorgenden Personen verringern werde und unter 5.500 Personen liegen würde. Im Hinblick auf dieses Ergebnis sei von einer Untersuchung der zukünftigen Versorgungspotentiale der anderen Einspruchswerber verzichtet worden.

Zu diesem Gutachten erstattete der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 07.04.2015 eine umfangreiche Stellungnahme, in der unter anderem vorgebracht wird, im Gutachten der Apothekerkammer sei die steigende Zahl ständiger Einwohner im Versorgungsgebiet der „N.“ – Apotheke nicht berücksichtigt worden. Diese Entwicklung entspreche der Berücksichtigung von rund 1.000 weiteren Hauptwohnsitzen.

Die Behörde hat eine weitere Ergänzung des Gutachtens nicht für erforderlich gehalten und mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 19.05.2016 das Konzessionsansuchen des Beschwerdeführers abgewiesen. Die Behörde ging bei ihrer Entscheidung im Wesentlichen davon aus, dass das Gutachten der Apothekerkammer schlüssig und nachvollziehbar war und die von der Beschwerdeführerin dagegen erhobenen Einwendungen die Richtigkeit des Gutachtens nicht in Zweifel ziehen konnten. Das Gutachten sei daher dem Bescheid zugrunde zu legen und der Konzessionsantrag abzuweisen gewesen.

4. In der gegen diesen Bescheid erhobenen Beschwerde vom 22.09.2015 wird die Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht, da die Behörde den Sachverhalt nicht vollständig erhoben habe und das Gutachten der Apothekerkammer unvollständig geblieben sei. In der Beschwerde wird beantragt, den Bescheid der belangten Behörde im Sinne des Beschwerdevorbringens abzuändern und die Konzession zu erteilen bzw. den angefochten Bescheid zu beheben und das Verwaltungssache zur Verfahrensergänzung an die Behörde zurückzuverweisen.

5. Es wurde erwogen:

a) § 10 Abs. 1 Z. 2 des Apothekengesetzes, RGBI. Nr. 5/1907 idF BGBl. I Nr. 30/2016, bestimmt, dass die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen ist, wenn ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht. Dieser Bedarf besteht gemäß dann nicht, 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. (§ 10 Abs. 2 Z. 3 leg.cit).

Zu versorgende Personen 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 (§ 10 Abs. 4 leg.cit).

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 (§ 10 Abs. 5 leg.cit).

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 in ländlichen und abgelegenen Regionen auf Grund besonderer örtlicher Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung unter Berücksichtigung des Versorgungsangebots durch bestehende Apotheken einschließlich Filialapotheken und ärztlichen Hausapotheken dringend erforderlich ist (§ 10 Abs. 6a leg.cit).

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 (§ 10 Abs. 7 leg.cit).

b) Der Europäische Gerichtshof hat sich in der Rechtssache Sokoll-Seebacher (C-367/12) auf Grund einer Vorabanfrage des Unabhängigen Verwaltungssenates Oberösterreich bereits mit der Frage der Unionsrechtskonformität der Bestimmung des § 10 Abs. 2 des Apothekengesetz befasset. In dieser Entscheidung hat der Gerichtshof ausgesprochen, dass diese Bestimmung, die als essenzielles Kriterium bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine starre Grenze von „weiterhin zu versorgenden Personen“ festlegt, dem Unionsrecht entgegensteht, weil die zuständigen nationalen Behörden keine Möglichkeit haben, von dieser Grenze abzuweichen, um örtliche Besonderheiten zu berücksichtigen.

c) In einem weiteren Vorabentscheidungsersuchen wollte das Verwaltungsgericht Oberösterreich wissen, ob das Urteil in der Rechtssache Sokoll-Seebacher so zu verstehen ist, dass das Kriterium einer starren Grenze der Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke nur in einer konkreten Situation betreffend ein ländliches und/oder abgelegenes Gebiet oder in einer konkreten Situation, in der angesichts der örtlichen Besonderheiten ein Bedarf an einer zu errichtenden Apotheke unabhängig vom ländlichen oder städtischen Charakter des betroffenen Gebiets besteht, nicht anzuwenden ist oder dies allgemein in jeder konkreten Situation, die einer Prüfung unterzogen wird, nicht anzuwenden ist.

d) In seinem Beschluss vom 30. Juni 2016 in der Rechtssache C-634/15 (Sokoll-Seebacher/Naderhirn) hat der EuGH festgestellt, dass das Urteil vom 13. Februar 2014, (Sokoll-Seebacher) so zu verstehen ist, dass das Kriterium einer starren Grenze der Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke allgemein in keiner konkreten Situation, die einer Prüfung unterzogen wird, Anwendung finden darf.

e) Die Behörde hat ihre abweisende Entscheidung ausschließlich auf dieses als unionsrechtswidrig erkanntes Beurteilungskriterium gestützt und keine weiteren Ermittlungen hinsichtlich des Bedarfs an der beantragten Apotheke durchgeführt. Sie hat damit einerseits eine Regelung angewendet, welche auf Grund des Anwendungsvorranges des Unionsrechts unangewendet bleiben muss und hat andererseits zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts (vgl § 37 AVG) lediglich ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt.

f) Das Verwaltungsgericht Wien geht in einem Fall wie dem vorliegenden davon aus, dass die Voraussetzungen des § 28 Abs. 3 VwGVG gegeben sind (vgl. VwGH, Ra 2016/03/0027, vom 22.06.2016) und der angefochtene Bescheid mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen ist, zumal die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst weder rascher noch kostensparender erfolgen kann.

II. 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 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung 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 einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche 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 Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Dr. Königshofer