



**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-101/027/8420/2015-11  
Apotheke "A."  
W. KG

Wien, 22.09.2015

Geschäftsabteilung: VGW-L

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Königshofer über die Beschwerde der Apotheke "A." W. KG, vertreten durch Rechtsanwalt, gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 40 - Soziales, Sozial- und Gesundheitsrecht, vom 08.06.2015, MA 40-GR-1-4186/2011, in einer Angelegenheit des Apothekengesetzes (ApG) zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

### **Entscheidungsgründe**

I.1.1 Der Magistrat der Stadt Wien erließ gegen die Beschwerdeführerin einen Bescheid mit folgendem Spruch:

„ I.) Herrn Mag. pharm. B., geboren am ... 1966, wird die Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in Wien, M.-gasse, unter Festsetzung des nachstehenden Standortes  
 „Gebiet im ... Wiener Gemeindebezirk, das begrenzt wird durch die Straßenzüge ...“erteilt.

Rechtsgrundlage: §§ 9 und 51 Apothekengesetz (ApG), RGebl. Nr. 5/1907, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2014.

II.) Herr Mag. pharm. B. wird gleichzeitig verpflichtet, nach Rechtskraft dieses Bescheides die Apothekenkonzessionstaxe von EUR 1.095,75 auf das Konto der Pharmazeutischen Gehaltskasse für Österreich bei der Österreichischen Apothekerbank, ..., zu überweisen.

Rechtsgrundlage: § 51 Abs. 5 Apothekengesetz (ApG), RGebl. Nr. 5/1907, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2014.

III.) Für die Erteilung der Konzession hat Herr Mag. pharm. B. eine Verwaltungsabgabe von EUR 327,- zu entrichten.

Rechtsgrundlage: § 1 Abs. 1 und Tarif B VI, Post 71 der Bundes-Verwaltungsabgabenverordnung 1983, BGBl. Nr. 24/1983, zuletzt geändert durch BGBl. I nr. 5/2008“

1.2. Dieser Bescheid vom 8.6.2015 stützte sich im Wesentlichen auf das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Wien) vom 26.6.2014. Die belangte Behörde führte aus, es sei festgestellt worden, dass der Bedarf an der angesuchten neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in Wien, M.-gasse, gegeben sei, da die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte und den Betriebsstätten der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheken mehr als 500 Meter betrage. Zudem werde sich die Zahl der von den bestehenden öffentlichen Apotheken weiterhin zu versorgenden Personen infolge der Neuerrichtung nicht bzw. nicht unter 5.500 Personen verringern. Für die bestehende Apotheke „A.“ wurde ein verbleibendes Versorgungspotential von 5.556 Personen errechnet.

1.3. Die Beschwerdeführerin war im behördlichen Verfahren die einzige Einspruchswerberin.

2. Gegen die Erteilung der Konzession richtete sich die rechtzeitige und zulässige Beschwerde vom 8.7.2015. Die Beschwerdeführerin machte darin – wie auch schon im rechtzeitigen Einspruch – insbesondere die unrichtige rechtliche Beurteilung sowie wesentliche Verfahrensmängel geltend.

Konkret wird vorgebracht, das Einzugsgebiet für die Apotheke „A.“ sei im Gutachten zu groß gefasst worden, weil die zur Berechnung der zu versorgenden Einwohner herangezogene Studie in Bezug auf Zweitwohnsitze völlig veraltet und nicht repräsentativ sei. Es sei auch nicht berücksichtigt worden, dass es durch den Bescheid dem Konzessionswerber ermöglicht werde, seine Betriebsstätte in ein Lokal in das Einkaufszentrum „X.“ zu verlegen, sodass eine bewusste Umgehung gesetzlicher Regelungen vorliege. Dies zeige sich an dem Umstand, dass die beantragte Betriebsstätte nur deshalb gewählt worden sei, weil die ursprünglich in Aussicht genommene Betriebsstätte den Abstand von 500 Meter nicht aufgewiesen habe.

Das weitere Vorbringen richtet sich dagegen, dass die Behörde das Versorgungspotential der umliegenden öffentlichen Apotheke nicht zutreffend berechnet habe, da die von der Apothekerkammer dafür angewendete Methode nicht tauglich sei. Zudem stütze die Behörde ihre Begründung auch auf die in der „makam“- Analyse erhobenen Versorgungspolygone. Dies sei aber unzulässig, weil diese Analyse nicht den aus der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtshof abzuleitenden Grundsätzen der Bedarfsprüfung entspreche. Die Behörde habe sich weiters nicht mit dem Vorbringen auseinandergesetzt, dass der ...gürtel eine wesentliche natürliche Barriere darstelle, welche geeignet sei, die Fluktuation zu verhindern bzw. zu behindern; ebenso wenig habe sich die Behörde mit dem Konsumentenverhalten in Bezug auf die Anziehungskraft der „X.“ auseinandergesetzt.

Die Beschwerdeführerin beantragte, dem Konzessionswerber die Erteilung der Konzession zu versagen, in eventu den Standort eng begrenzt auf die M.-gasse und drei umliegende Häuser zu beschränken.

3. Die Behörde verzichtete auf eine Beschwerdeentscheidung legte das Verfahren dem Verwaltungsgericht Wien zur Entscheidung vor.

4. In der Angelegenheit fand am 16.9.2015 eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, zu der die Behörde keinen Vertreter entsendete. Als Sachverständiger erschien Mag. F., Angestellter der Apothekerkammer.

Der Beschwerdeführervertreter verwies in der Verhandlung auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 22.4.2015, Zl. Ro 2015/10/0004, in welchem der Gerichtshof festgestellt habe, dass alle verfügbaren Daten bei der Beurteilung des Bedarfs heranzuziehen seien. Aus Sicht der Beschwerdeführerin sei es daher erforderlich, eine Rezeptzählung durchzuführen und nicht nur die Prognose auf Umfragen zu stützen.

Der Vertreter des Konzessionswerbers stellte dazu fest, eine derartige Vorgangsweise entspreche nicht den gesetzlichen Vorgaben. Dazu gebe es bereits eine entsprechende Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes. Zudem habe der Verwaltungsgerichtshof jene Studie, die im gegenständlichen Fall zur Beurteilung des Bedarfs herangezogen wurde („Zweitwohnsitzstudie“), bisher als zulässig erachtet.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin hielt weiter fest, es sei in eventu beantragt worden, die Konzessionserteilung dahingehend zu beschränken, dass der Standort der neuen Apotheke nur mit „M.-gasse“ (und den anliegenden Häuser) umschrieben sein soll, da zu befürchten sei, dass der Konzessionswerber nach Erteilung der Konzession eine Verlegung in die X. durchführen würde.

Es sei darauf verwiesen, dass die X. mit Schreiben vom 20.4.2011 dem Konzessionswerber eine Zusage erteilt habe, ein Geschäftslokal für die Einrichtung einer Apotheke zu vermieten (Aktenblatt 11 des Behördenakts) und es bereits ein vorangegangenes Verfahren über eine Betriebsstätte in der X. gegeben habe, das allerdings nicht in eine Bewilligung mündete.

5. Hierzu wurde erwogen:

Das Apothekengesetz (ApG), in der Fassung BGBl. I Nr. 32/2014, 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 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.

[...]

(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 zuletzt mit Erkenntnis vom 30.6.2015, Zl. 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 sind, 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, mwH).

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, mwH).

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 dem Inhabern bestehender öffentlicher Apotheken kein Mitspracherecht zu (vgl. VwGH 28.6.2004, 2001/10/0256, mwH). 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, mwH).

Daraus folgt, dass das Beschwerdevorbringen hinsichtlich der Berücksichtigung des Versorgungspotentials der umliegenden öffentlichen Apotheken sowie hinsichtlich der damit zusammenhängenden Verfahrensverstöße unzulässig ist.

Auch das Vorbringen hinsichtlich einer etwaigen Rechtsverletzung durch die mögliche Verlegung der bewilligten Apotheke innerhalb des Standortes gemäß

§ 14 Abs. 2 ApG ist unzulässig:

Bei der Bedarfsprüfung nach § 10 Abs. 2 ApG kommt es darauf an, welche Auswirkungen eine von jener B e t r i e b s s t ä t t e, in der die neu errichtete öffentliche Apotheke betrieben werden soll, aus erfolgende Arzneimittelversorgung auf das von der B e t r i e b s s t ä t t e einer bestehenden Apotheke aus zu versorgende Kundenpotential haben wird. Eine Bedachtnahme auf die Auswirkungen von in der Folge möglichen Verlegungen gemäß § 14 Abs. 1 ApG schon im Verfahren über die Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke normiert § 10 Abs. 2 ApG nicht. Maßgeblich ist daher nicht jede im Zuge einer Verlegung im Standort nach § 14 Abs. 2 ApG mögliche Betriebsstätte der beantragten Apotheke im Vergleich zur Betriebsstätte der bestehenden Apotheke, sondern jene Betriebsstätte, in der die neue öffentliche Apotheke entsprechend dem Antrag auf Erteilung der Konzession betrieben werden soll (vgl. zu alledem grundlegend VwGH 13.11.2000, 98/10/0079; 29.4.2009; 2009/10/0067). Zudem sei darauf verwiesen, dass Mängel der Betriebsstätte im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren gemäß § 6 ApG und nicht im Konzessionsverfahren zu behandeln sind.

Folglich kann die Beschwerdeführerin im Neuerrichtungsverfahren nicht durch eine geplante künftige Verlegung in ihren subjektiven Rechten verletzt sein, womit die Beschwerde auch in diesem Punkt unzulässig ist.

Im Übrigen erweist sich die Beschwerde aus folgenden Erwägungen als unbegründet:

Die Beschwerdeführerin brachte vor, dass die Ermittlung der „Einwohnergleichwerte“, die durch aliquote Berücksichtigung der Zweitwohnsitze dem Versorgungspotential ihrer Apotheke hinzugerechnet worden sind, mangelhaft gewesen sei. Die hierfür herangezogene „Zweitwohnsitz“-Studie der Fessel-Gfk GmbH (Nr. 02/143.868) sei über 17 Jahre alt und somit veraltet, entspreche überdies nicht dem Stand der Wissenschaft und sei nicht nachvollziehbar begründet.

Dem ist entgegen zu halten, dass diese Bedenken von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bisher nicht geteilt wurden (vgl. zuletzt VwGH 14.12.2007, 2005/10/0228).

Die Feststellung der Behörde, dass von der „Apotheke A.“ 5.421 ständige Einwohner zu versorgen sind, blieb im Verfahren unbestritten. Bei der Berechnung des Versorgungspotentials hat sich das Gutachten der Apothekerkammer auf die Heranziehung von Zweitwohnsitzen beschränkt, da schon die damit errechneten „Einwohnergewichte“ zu einem 5.500 Personen übersteigendes Versorgungspotential führten. Die übrigen in § 10 Abs. 5 genannten Personen wurden bei der Bedarfsberechnung noch gar nicht berücksichtigt. Da die Apotheke der Beschwerdeführerin im innerstädtischen Bereich liegt, ist davon auszugehen, dass bei Berücksichtigung der übrigen Personenkreise („Einflutungserreger“), auf Grund der Beschäftigung und der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet, das Versorgungspotential auch ohne Zweitwohnsitzbevölkerung über 5.500 beträgt.

Auch das Vorbringen, der ...gürtel stelle eine wesentliche Barriere dar, weshalb Personen ihn in Folge der bewilligten Neuerrichtung nicht mehr überqueren würden, um zur Apotheke der Beschwerdeführerin „A.“ zu gehen, ist nicht zielführend, da die mögliche Veränderung des konkreten Konsumentenverhaltens nicht das abstrakte Versorgungspotential beeinträchtigt:

In der Frage, in welchem Ausmaß durch einen 'ständigen Einwohner' im Sinne des § 10 Abs. 2 Z 3 und Abs. 3 ApG Bedarf an einer öffentlichen Apotheke begründet wird, geht es nicht um Gegebenheiten des konkreten Falles. Vielmehr stellt der Gesetzgeber hier auf eine Durchschnittsbetrachtung ab: Der 'ständige Einwohner' gilt als 'zu versorgende Person', ohne dass im Einzelfall festgestellt werden müsste, in welchem Ausmaß durch ihn ein Bedarf an einer öffentlichen Apotheke begründet wird (vgl. VwGH 20.11.2013, 2012/10/0125, mwH).

Die Beschwerdeführerin machte überdies die Mangelhaftigkeit der vom Konzessionswerber vorgelegten „makam“-Analyse geltend. Dieses Vorbringen ist schon deshalb nicht begründet, da sich das Gutachten der Apothekerkammer nicht darauf stützte, sondern dessen Ergebnisse bloß beiläufig erwähnt. Es ist

nicht ersichtlich, wie die „makam“-Analyse zu einer Unrichtigkeit des Gutachtens der Apothekerkammer geführt hätte, zumal auch die Ergebnisse dieses Privatgutachtens in keiner relevanten Weise in das Gutachten der Apothekerkammer eingeflossen sind.

Im Ergebnis war somit – wie im behördlichen Verfahren – davon auszugehen, dass die negativen Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 ApG in Bezug auf die beschwerdeführende Apotheke nicht gegeben sind, weshalb die Beschwerde als unbegründet abzuweisen war.

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 (vgl. die zahlreichen Judikaturnachweise in der Begründung). Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### **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 des Erkenntnisses 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, Verkehrsteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.