

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

16.06.2009

Geschäftszahl

2005/10/0107

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):

2005/10/0190

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Mizner und die Hofräte Dr. Stöberl, Dr. Rigler, Dr. Schick und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Petritz,

I.) über die Beschwerde des Mag. M N in Linz, vertreten durch Dr. Michael Metzler und Mag. Thomas Hansbauer, Rechtsanwalt in 4020 Linz, Landstraße 49 (protokolliert zur hg. Zl. 2005/10/0190), gegen den Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 24. März 2005, Zl. BMFG-262416/0002-I/B/8/2005, betreffend Apothekenkonzession (mitbeteiligte Parteien: 1. Mag. J und Mag. F OHG ("Apotheke im Park") in L, 2. Mag. pharm. G D ("Apotheke St. Isidor") in Linz, beide vertreten durch Mag. Dr. Helmut Blum, Rechtsanwalt in 4020 Linz, Mozartstraße 11/6, 3. Mag. pharm. Ü KG ("Barbara Apotheke") in L, vertreten durch Mag. Klaus Übermaier, Rechtsanwalt in 4060 Leonding, Gewerbegasse 6, 4. Mag. pharm. G M ("Kreuz-Apotheke") in L, Mayrhansenstraße 2, 5. Mag. pharm. B R ("Linden-Apotheke"), in Linz, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte OEG, in 1014 Wien, Tuchlauben 17), und II.) über die Beschwerde 1. der Mag. J und Mag. F OHG ("Apotheke im Park") in L, 2. der Mag. pharm. G D ("Apotheke St. Isidor") in Linz-Oed, beide vertreten durch Mag. Dr. Helmut Blum, Rechtsanwalt in 4020 Linz, Mozartstraße 11/6 (protokolliert zur hg. Zl. 2005/10/0107), gegen den Bescheid der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 10. Mai 2005, Zl. BMGF-262416/0005-I/B/8/2005, betreffend Wiederaufnahme eines Apothekenkonzessionsverfahrens (mitbeteiligte Partei: Mag. M N in Linz, vertreten durch Mag. Thomas Hansbauer, Rechtsanwalt in 4020 Linz, Landstraße 49), zu Recht erkannt:

Spruch

Die angefochtenen Bescheide werden wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat den Beschwerdeführern zu I.) und II.) jeweils Aufwendungen in Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.

1.1. Mit im Instanzenzug ergangenen Bescheid vom 24. März 2005 wies die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen den Antrag des Beschwerdeführers zu I.) (im Folgenden: Konzessionswerber) vom 10. Juli 2001 auf Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Leonding/Haag mit der voraussichtlichen Betriebsstätte in 4060 Leonding, Welsersstraße 16-24, und dem Standort

"Gebiet der Stadtgemeinde Leonding, Gaumbergerstraße (Gemeinde Leonding)-Buchbergstraße-Oberhuemerstraße-Luftlinie bis zur Kreuzung Michaelisbergstraße/Füchselbachstraße-Füchselbachstraße-Luftlinie zur Haidfeldstraße-Haidfeldstraße-Wiener Bundesstraße (Gemeinde Traun)-Salzburgerstraße (Gemeinde Linz) bis Melissenweg-Melissenweg-Luftlinie zur Meggauerstraße-Meggauerstraße-Landwiedstraße-Gaumbergerstraße (Gemeinde Leonding)"

gemäß §§ 10 und 51 des Apothekengesetzes - ApG (RGI. Nr. 5/1907, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2004) ab.

In der Begründung führte die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen nach Wiedergabe des bisherigen Verwaltungsgeschehens aus, die Österreichische Apothekerkammer habe am 27. Mai 2003 ein "(knapp) negatives" Gutachten erstellt. Die seinerzeitige Apotheke am Harterplateau in Leonding sei an die neue Adresse Welser Straße 35 verlegt worden und werde nunmehr unter dem Namen "Apotheke im Park" (Apotheke der erstbeschwerdeführenden Partei zu II.) geführt. Deren Versorgungspotential betrage laut dem Gutachten unter Einbeziehung der Zählsprengel 020 (107 ständige Einwohner), 030 teilweise (277 ständige Einwohner), 031 teilweise (1.392 ständige Einwohner), 042 (1.977 ständige Einwohner), 043 (925 ständige Einwohner) und 044 (701 ständige Einwohner) sowie unter Einbeziehung von 40 Einwohnergleichwerten für Personen mit Zweitwohnsitzen insgesamt 5.419 Personen. Auf Grund eines ergänzenden Gutachtensauftrages habe die Österreichische Apothekerkammer am 31. Jänner 2005 - "schon nach der neuen digitalen Methode" - ein neues (ergänzt) Gutachten erstellt, demzufolge das Versorgungsgebiet der "Apotheke im Park" das grüne Polygon (laut Gemeinde Leonding 4.219 ständige Einwohner), dazu in Errichtung befindliche Wohneinheiten (362 ständige Einwohner) sowie Personen mit Zweitwohnsitz (31 Einwohnergleichwerte) umfasse, das Versorgungspotential mithin

4.612 Personen betrage.

Begründend führte die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen weiter aus, der Konzessionswerber habe das Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen für die Konzessionserteilung nachgewiesen, doch entspreche das Konzessionsansuchen hinsichtlich der "Apotheke im Park" nicht dem § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG. Keine der im Verfahren durchgeführten Überprüfungen dieser Apotheke habe eine Mindestversorgungsanzahl von 5.500 Personen aufweisen können. Auf ausdrücklichen Wunsch des Konzessionswerbers, eine neuerliche Überprüfung "unter Zugrundelegung der Wohnbautätigkeit" vorzunehmen, sei das neue Gutachten vom 31. Jänner 2005 nach den neuesten digitalen Messmethoden unter Berücksichtigung des Vorbringens des Konzessionswerbers zu nur 4.612 von der "Apotheke im Park" zu versorgende Personen gelangt. Die von der Österreichischen Apothekerkammer dem Gutachten zu Grunde gelegte Computersoftware berücksichtige die Verkehrsverhältnisse, darüber hinaus aber auch alle Einbahnführungen und auch alle Straßenverbindungen, auf welchen nach der StVO 1960 "eine Umkehr" nicht möglich (gemeint: zulässig) sei. Die Wegstreckenmessungen würden "sowohl hin als auch retour" gemessen und die Summe der Hin- und Rückfahrtswege halbiert. Es stehe für die Berufungsbehörde fest, dass das von der Österreichischen Apothekerkammer zu Grunde gelegte Versorgungspolygon das maßgebliche sei. Die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen schließe sich diesem schlüssigen und vollständigen Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer an.

Zusammenfassend werde festgestellt, dass für die beantragte Apotheke kein Bedarf gegeben sei, weil die "Apotheke im Park" infolge der Neuerrichtung der geplanten Apotheke unter ein Versorgungspotential von 5.500 Personen sinke. Damit erübrigten sich aber auch weitere Überprüfungen anderer umliegender Apotheken, weil bereits ein Versagungsgrund für die Konzessionserteilung vorliege.

1.2. Über Antrag des Konzessionswerbers bewilligte die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen mit Bescheid vom 10. Mai 2005 gemäß § 69 Abs. 1 Z. 2 i.V.m. § 69 Abs. 3 AVG die Wiederaufnahme des Verfahrens und sprach gemäß § 70 Abs. 1 AVG aus, dass das mit Bescheid vom 24. März 2005 abgeschlossene Berufungsverfahren von der Berufungsbehörde wieder aufzunehmen sei.

In der Begründung dieses Bescheides führte die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen aus, der Konzessionswerber habe fristgerecht den Antrag auf Wiederaufnahme gestellt und vorgebracht, dass ihm im Zuge des Ermittlungsverfahrens die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, umfassend das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 31. Jänner 2005 samt Anlage 2A, einer Plandarstellung mit dem darin eingezeichneten Versorgungspolygon der "Apotheke im Park", zugestellt worden wäre. In seiner Stellungnahme hätte der Konzessionswerber geltend gemacht, dass das Versorgungspolygon unrichtig berechnet gewesen wäre und er seinerseits ein richtiges Versorgungspolygon vorgelegt hätte. Im abweisenden Bescheid der Berufungsbehörde, mit dem das Konzessionsansuchen abgewiesen worden sei, wäre die Methode der Österreichischen Apothekerkammer bei der Berechnung des Versorgungspolygons dargelegt worden und darauf hingewiesen worden, dass sämtliche Einbahnregelungen und die Durchschnittswerte der Hin- und Zurückwege bei Wegen mit mangelnden Umkehrmöglichkeiten im Sinne der StVO 1960 berücksichtigt wären, weshalb die Abmessung des Polygons "in der gegebenen Form" richtig wäre. Am 8. April 2005 wäre es dann zu einer Besprechung des Konzessionswerbers mit dem zuständigen Sachbearbeiter der Österreichischen Apothekerkammer gekommen, in deren Verlauf die Funktionsweise der von der Österreichischen Apothekerkammer verwendeten Computersoftware demonstriert worden wäre. Hierbei hätte sich gezeigt, dass nach der Computersoftware ein Umkehren im Bereich der Kreuzung Welser Straße/Haagerfeldstraße nicht möglich wäre, obwohl diese Kreuzung auf einer Vorrangstraße im Ortsgebiet liege, die durch Ampelsignale geregelt sei, weshalb das Umkehren gemäß § 14 Abs. 2 lit. d StVO 1960 zulässig sei. Daraus ergäbe sich ein neues Versorgungspolygon für die "Apotheke im Park" mit einem bedeutend größeren Gebiet. Dieses von der Österreichischen Apothekerkammer "nunmehr (informell)" berechnete (größere) Versorgungspolygon deckte sich auch nicht mit demjenigen, das die mitbeteiligte Partei in ihrer abschließenden Stellungnahme im abgeschlossenen Konzessionserteilungsverfahren

vorgelegt habe. Die sowohl dem Konzessionswerber als auch der Behörde und der Österreichischen Apothekerkammer bis zur Besprechung am 8. April 2005 unbekannt gebliebene Tatsache, dass ein "Programmfehler" vorläge, wäre eine neue Tatsache im Sinne des § 69 Abs. 1 Z. 2 AVG, die im Verfahren ohne Schuld des Konzessionswerbers nicht hätte geltend gemacht werden können. Dem Wiederaufnahmeantrag sei eine eidesstattliche Erklärung des Rechtsvertreters des Konzessionswerbers über die Umstände der Besprechung am 8. April 2005 sowie ein von der Österreichischen Apothekerkammer neu dargestelltes Versorgungspolygon vom 14. April 2005 beigelegt gewesen. Zur Klärung der Frage, ob und weshalb Divergenzen zwischen dem dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer zu Grunde gelegten Tatsachen und den zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung schon bestandenen Tatsachen, insbesondere der Umkehrmöglichkeit im Bereich der Kreuzung Welser Straße/Haagerfeldstraße, bestünden, sei von der Berufungsbehörde Rücksprache mit dem zuständigen Sachbearbeiter der Österreichischen Apothekerkammer gehalten worden, welcher bestätigt habe, dass diese Umkehrmöglichkeit - wie sich erst jetzt herausgestellt habe - vermutlich wegen des Ausbaus der Welser Straße 2003/2004, bei den gelieferten Programmdateien nicht inkludiert gewesen und deshalb unberücksichtigt geblieben wäre. Durch die neue Situation würde sich aber ein neues größeres Versorgungspolygon (möglich über 5.500 Personen Versorgungspotential) für die "Apotheke im Park" errechnen. Für die Berufungsbehörde stehe auf Grund der Sachverhaltsdarstellungen und der durchgeführten Recherchen fest, dass "diese Tatsachen" bereits bei der Gutachtenserstellung vorgelegen seien, aber erst anlässlich der Besprechung am 8. April 2005 hervorgekommen und der Behörde bekannt geworden seien. Die Rüge des Konzessionswerbers hinsichtlich des im abgeschlossenen Konzessionserteilungsverfahren zu Grunde gelegten Versorgungspolygons habe sich auf andere Wegstreckenmessungen bezogen. Im gegenständlichen Verfahren sei glaubhaft dargelegt und von der erkennenden Behörde im Zuge der Rücksprache mit der Österreichischen Apothekerkammer überprüft worden, dass es sich hinsichtlich des im Gutachten hier im konkreten Einzelfall vorliegenden "Programmfehlers" betreffend die Umkehrmöglichkeit im Bereich der Kreuzung Welser Straße/Haagerfeldstraße um eine Tatsache handle, die zur Zeit der Sachverhaltsverwirklichung bereits bestanden, jedoch erst nach Rechtskraft des Bescheides festgestellt worden sei. Dass diese eine Wegstrecke in der vom Gutachter verwendeten Software nicht erfasst gewesen sei, sei im Verwaltungsverfahren weder von der Berufungsbehörde, noch vom Sachverständigen der Österreichischen Apothekerkammer, noch vom Konzessionswerber zu erkennen gewesen. Dies stelle bei Erfüllen der weiteren Voraussetzungen einen Wiederaufnahmegrund dar. Hierbei handle es sich um bereits damals bestehende Tatsachen, nicht um einen Irrtum oder neue Schlussfolgerungen eines Sachverständigen. Ein Verschulden des Konzessionswerbers liege nicht vor, da ihm eine vorherige Verwertung dieser Kenntnisse im Berufungsverfahren nicht möglich gewesen sei. Die nunmehr hervorgekommenen Tatsachen seien geeignet, in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens voraussichtlich einen im Hauptinhalt des Spruches anders lautenden Bescheid herbeizuführen, das heiße, dass es voraussichtlich hinsichtlich der Berufung des Konzessionswerbers bei der Bedarfsfrage des Konzessionsverfahrens zur Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke in Leonding/Haag zu einem anders lautenden Ergebnis kommen könnte. Dies werde vom Ergebnis der jedenfalls neu durchzuführenden Ermittlungen im wieder aufgenommenen Berufungsverfahren abhängen.

2.1. In den von der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen zu den zu hg. Zlen. 2006/10/0006, 0007 protokollierten Beschwerdeverfahren (diese betreffen die Entscheidung im wieder aufgenommenen Verfahren, mit welchem dem Konzessionswerber die beantragte Konzession erteilt wurde) vorgelegten Verwaltungsakten erliegt ein Rückschein, aus dem die Zustellung des Wiederaufnahmebescheides an den Rechtsvertreter des Konzessionswerbers am 10. Mai 2005 hervorgeht, sowie ein Schreiben des Rechtsvertreters des Konzessionswerbers, datiert mit 11. Mai 2005, an das Bundesministerium für Gesundheit und Frauen, in dem für die rasche Ausfertigung des Bescheides gedankt wird, mit welchem dem Wiederaufnahmeantrag Folge gegeben wurde.

Mit Schriftsatz seines Rechtsvertreters vom 11. Mai 2005, zur Post gegeben am selben Tag, erhob der Konzessionswerber gegen die mit Bescheid vom 24. März 2005 erfolgte Abweisung seines Konzessionsersuchen Beschwerde gemäß Art. 144 Abs. 1 B-VG vor dem Verfassungsgerichtshof, verbunden mit einem Antrag auf Abtretung der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG. Nach dem Eingangsstempel langte die Beschwerde am 13. Mai 2005, mithin nach der Erlassung des Wiederaufnahmebescheides, in der gemeinsamen Einlaufstelle des Verfassungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes ein.

Nachdem der Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 12. Oktober 2005, B 517/05-4, die Behandlung der Beschwerde abgelehnt und sie dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten hatte, wurde diese (zur hg. Zl. 2005/10/0190 protokollierte) Beschwerde vom Konzessionswerber ergänzt.

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift, in der sie darauf hinwies, dass der angefochtene Bescheid mittlerweile durch ihren Bescheid vom 5. Dezember 2005, mit welchem dem Konzessionswerber die beantragte Apothekenkonzession im wiederaufgenommenen Verfahren erteilt worden sei, überholt sei.

Die fünftmitbeteiligte Partei zu I.) erstattete ebenfalls eine Gegenschrift, in der sie die Beschwerde als unzulässig beurteilte und dies damit begründete, dass der angefochtene Bescheid infolge der Bewilligung der Wiederaufnahme aus dem Rechtsbestand ausgeschieden sei.

In einer Replik führte der Konzessionswerber hiezu aus, die Auffassung, er sei auf Grund des im wieder aufgenommenen Verfahren ergangenen Bescheides nicht mehr beschwert, sei unzutreffend, weil bei Stattgebung der zur hg. Zl. 2005/10/0107 anhängigen Beschwerde (gegen die Bewilligung der Wiederaufnahme) der Wiederaufnahmebescheid aufgehoben würde, was unter Umständen rechtlich die Konsequenz hätte, "dass der im wiederaufgenommenen Verfahren ergangene Berufungsbescheid in Rechtskraft erwachsen würde und zwischenzeitig die sechswöchige Beschwerdefrist abgelaufen wäre".

2.2. Gegen den die Wiederaufnahme bewilligenden, zu II.) angefochtenen Bescheid richtet sich die zur hg. Zl. 2005/10/0107 erhobene Beschwerde. Die Beschwerdeführer erachten sich im Recht, dass nicht entgegen den Bestimmungen des AVG die Wiederaufnahme des mit Bescheid vom 24. März 2005 abgeschlossenen Konzessionserteilungsverfahrens bewilligt werde, verletzt.

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift, in der sie einerseits die Zulässigkeit der Beschwerde bezweifelte, andererseits hervorhob, dass unter Bedachtnahme auf die bisher unbekannte "Straßenverbindungsmöglichkeit" die "Apotheke im Park" bei neuer Begutachtung über 5.500 Personen zu versorgen hätte, was wahrscheinlich zu einem anders lautenden Bescheid im wieder aufgenommenen Konzessionsverfahren führen würde, weil die übrigen Nachbarapotheken von der geplanten Neuerrichtung "eher marginal" betroffen sein dürften. Problematisch für die Bedarfsfrage sei im gesamten Verfahren das Versorgungspotential der "Apotheke im Park" gewesen. Beantragt werde die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Von einer Aktenvorlage werde im Hinblick auf das wieder aufgenommene Konzessionserteilungsverfahren vor Erlassung des neuen Bescheides Abstand genommen (die Akten wurden dem Verwaltungsgerichtshof erst aus Anlass der zu den hg. Zlen. 2006/10/0006, 0007 protokollierten Beschwerdeverfahren vorgelegt).

Auch der Konzessionswerber erstattete eine Gegenschrift, in der er die Zulässigkeit der Beschwerde bestritt und die kostenpflichtige Zurückweisung beantragte.

2.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die - wegen ihres persönlichen, sachlichen und rechtlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Beschlussfassung verbundenen - Beschwerden erwogen:

1.1. Die einschlägigen Bestimmungen des AVG (idF. der Novelle BGBl. I Nr. 10/2004) lauten (auszugsweise):

"Wiederaufnahme des Verfahrens

§ 69. (1) Dem Antrag einer Partei auf Wiederaufnahme eines durch Bescheid abgeschlossenen Verfahrens ist stattzugeben, wenn ein Rechtsmittel gegen den Bescheid nicht oder nicht mehr zulässig ist und:

...

2. neue Tatsachen oder Beweismittel hervorkommen, die im Verfahren ohne Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden konnten und allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens voraussichtlich einen im Hauptinhalt des Spruches anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätten, oder

...

(2) Der Antrag auf Wiederaufnahme ist binnen zwei Wochen bei der Behörde einzubringen, die den Bescheid in erster Instanz erlassen hat. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von dem Wiederaufnahmegrund Kenntnis erlangt hat, wenn dies jedoch nach der Verkündung des mündlichen Bescheides und vor Zustellung der schriftlichen Ausfertigung geschehen ist, erst mit diesem Zeitpunkt. Nach Ablauf von drei Jahren nach Erlassung des Bescheides kann der Antrag auf Wiederaufnahme nicht mehr gestellt werden. Die Umstände, aus welchen sich die Einhaltung der gesetzlichen Frist ergibt, sind vom Antragsteller glaubhaft zu machen.

...

(4) Die Entscheidung über die Wiederaufnahme steht der Behörde zu, die den Bescheid in letzter Instanz erlassen hat, wenn jedoch in der betreffenden Sache ein unabhängiger Verwaltungssenat entschieden hat, diesem.

§ 70. (1) In dem die Wiederaufnahme bewilligenden oder verfügenden Bescheid ist, sofern nicht schon auf Grund der vorliegenden Akten ein neuer Bescheid erlassen werden kann, auszusprechen, inwieweit und in welcher Instanz das Verfahren wieder aufzunehmen ist.

...

(3) Gegen die Ablehnung eines Antrages auf Wiederaufnahme steht dem Antragsteller das Recht der Berufung an die im Instanzenzug übergeordnete Behörde, wenn aber in der Sache eine Berufung an den unabhängigen Verwaltungssenat vorgesehen ist, an diesen zu. Gegen die Bewilligung oder die Verfügung der Wiederaufnahme ist eine abgesonderte Berufung nicht zulässig."

1.2. Das im Beschwerdefall einschlägige ApG (idF. der Novelle BGBl. I Nr. 5/2004) lautet (auszugsweise):

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

...

2. ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

...

(2) Ein Bedarf besteht nicht, wenn

...

3. die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen sich in Folge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5.500 betragen wird.

...

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

(5) Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner im Sinne der Abs. 3 und 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. ... "

2.1. Zur Beschwerde gegen den zweitangefochtenen Bescheid (Bewilligung der Wiederaufnahme; protokolliert zur hg. Zl. 2005/10/0107):

2.1.1. Die Beschwerde ist zulässig.

Seit seinem Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 23. März 1977, Slg. Nr. 9277/A, vertritt der Verwaltungsgerichtshof - abgehend von seiner früheren Auffassung - die Rechtsauffassung, dass - bei Erfüllung der (sonstigen) Voraussetzungen des Art. 131 B-VG - die (abgesonderte) Beschwerde gegen eine mit einem letztinstanzlichen Bescheid bewilligte (verfügte) Wiederaufnahme zulässig ist (vgl. zB. das hg. Erkenntnis vom 6. März 2001, Zl. 2000/01/0483, mwN.).

Beim angefochtenen Bescheid handelt es sich um einen im Administrativverfahren nicht mehr anfechtbaren Bescheid.

Der Konzessionswerber räumt zwar die Änderung der hg. Judikatur mit dem erwähnten Erkenntnis vom 23. März 1977 ein, meint aber, dass daraus nicht folge, dass den Beschwerdeführern im Wiederaufnahmeverfahren selbst Parteistellung zukomme.

Mit diesem Vorbringen übersieht der Konzessionswerber, dass den Beschwerdeführern zu II.) durch den infolge des Wiederaufnahmebescheides außer Kraft getretenen erstangefochtenen Bescheid vom 24. März 2005, mit dem das Konzessionsansuchen abgewiesen wurde, die Rechtsposition erlangt haben, dass die Errichtung und der Betrieb der geplanten Apotheke bei unveränderter Sach- und Rechtslage unterbleibt (vgl. auch hiezu das zu einem Mehrparteienverfahren ergangene hg. Erkenntnis vom 23. März 1977). Die Beschwerde der durch den ursprünglichen, das Konzessionserteilungsverfahren abschließenden negativen Bescheid vom 24. März 2005 (in seiner materiellen Auswirkung) begünstigten Beschwerdeführer gegen den zweitangefochtenen Bescheid ist folglich zulässig.

2.1.2. Die Beschwerde gegen den Wiederaufnahmebescheid ist auch begründet.

2.1.2.1. Die Beschwerdeführer bestreiten das Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes im Sinne des § 69 Abs. 1 Z. 2 AVG. Allfällige Fehler des Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer hätten vom Konzessionswerber bereits im ursprünglichen Konzessionserteilungsverfahren selbst geltend gemacht werden müssen. Neue Tatsachen oder Beweismittel bildeten im Übrigen nur dann einen Wiederaufnahmegrund, wenn sie alleine oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens voraussichtlich einen im Hauptinhalt des Spruches anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätten. Die belangte Behörde lege nicht nachvollziehbar dar, inwieweit die in Rede stehende Tatsache tatsächlich geeignet sei, einen anders lautenden Bescheid herbeizuführen. Es sei nicht im Entferntesten erkennbar, inwieweit der geltend gemachte "Programmfehler" tatsächlich dazu führen würde, dass das Versorgungspotential der "Apotheke im Park", das nach dem von der belangten Behörde ursprünglich zu Grunde gelegten Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer lediglich 4.612 zu versorgende Personen umfasse, nunmehr über

5.500 zu liegen komme. Darüber hinaus treffe den Konzessionswerber jedenfalls ein zurechenbares Verschulden, weil die erst am 8. April 2005 durchgeführte Besprechung schon während des Berufungsverfahrens hätte durchgeführt werden können. Diese Nachlässigkeit in den eigenen Angelegenheiten stelle ein relevantes Verschulden des Konzessionswerbers dar, welches einer Bewilligung der Wiederaufnahme entgegenstehe.

2.1.2.2. Mit diesem Vorbringen zeigt die Beschwerde eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf.

2.1.2.2.1. Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bildet weder ein Sachverständigen in seinem Gutachten unterlaufener Irrtum noch neue Schlussfolgerungen eines dem Verwaltungsverfahren nicht beigezogenen Sachverständigen einen Wiederaufnahmegrund. Sollte hingegen ein Sachverständiger Tatsachen, die zur Zeit der Sachverhaltsverwirklichung bereits bestanden haben, erst nach Rechtskraft des Bescheides feststellen oder sollten solche Tatsachen einem Sachverständigen erst später zur Kenntnis kommen, so könnten solche neuen Befundergebnisse - die sich auf seinerzeit bestandene Tatsachen beziehen müssen - durchaus einen Wiederaufnahmegrund darstellen, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 69 Abs. 1 Z. 2 AVG gegeben sind (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 18. Mai 1994, Zl. 93/09/0226, vom 25. Oktober 1994, Zl. 93/08/0123, und vom 27. Juli 2001, Zl. 2001/07/0017).

Im Beschwerdefall gründete der das Konzessionserteilungsverfahren abschließende Bescheid vom 24. März 2005 auf dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 31. Jänner 2005, in dem das Versorgungspolygon der "Apotheke im Park" unter Verwendung einer speziellen, der Österreichischen Apothekerkammer erst seit kurzem zur Verfügung stehenden Computersoftware ermittelt wurde, welche, so die dem Befundteil zu Grunde liegende Annahme, die aktuellen Verkehrswege, insbesondere die an Straßenkreuzungen bestehenden Umkehrmöglichkeiten, gespeichert hatte. Der vom Konzessionswerber in seinem Wiederaufnahmeantrag angeführte Wiederaufnahmegrund bezog sich auf die schon im Datenbestand der Computersoftware enthaltene Annahme hinsichtlich der Straßenkreuzung Welser Straße/Haagerfeldstraße derart, dass keine Umkehrmöglichkeit vorliege, obwohl eine solche - rechtmäßig - in natura, und zwar schon zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens, bestanden hatte.

2.1.2.2.2. Es kann vorliegendenfalls freilich dahinstehen, ob ein derartiger Umstand als neue Tatsache im Sinne des § 69 Abs. 1 Z. 2 AVG in Frage kommt.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes können die Parteien eines Apothekenkonzessionserteilungsverfahrens die Richtigkeit der dem von der Behörde verwerteten Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer zu Grunde gelegten Annahmen durch Vergleich der ihnen bekannten Umschreibung der Versorgungsgebiete mit den - allein maßgeblichen - an Ort und Stelle herrschenden Verhältnissen überprüfen und dabei festgestellte Unrichtigkeiten konkret geltend machen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 14. Dezember 2007, Zl. 2005/10/0228). Dass der Konzessionswerber dies vorliegendenfalls unterlassen hat, besagt nicht, dass ihm jenes nicht möglich gewesen wäre.

Es kann somit nicht gesagt werden, dass die vom Konzessionswerber als Wiederaufnahmsgrund ins Treffen geführte neue Tatsache im angeschlossenen Konzessionsverfahren nicht ohne sein Verschulden im Sinne des § 69 Abs. 1 Z. 2 AVG geltend gemacht werden konnte, weshalb die Voraussetzungen für die Bewilligung der Wiederaufnahme nicht vorlagen.

2.1.3. Der zweitangefochtene Bescheid war aus diesen Erwägungen, ohne dass auf das weitere Beschwerdevorbringen eingegangen zu werden brauchte, gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

2.2. Zur Beschwerde gegen den erstangefochtenen Bescheid (Abweisung des Konzessionsansuchens; protokolliert zur hg. Zl. 2005/10/0190):

2.2.1. Die Beschwerde gegen den erstangefochtenen Bescheid ist zulässig.

Durch die Aufhebung des zweitangefochtenen Wiederaufnahmebescheides (oben Pkt. 2.1.) sowie des das wiederaufgenommene Verfahren abschließenden Konzessionserteilungsbescheides (durch das hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2006/10/0006, 0007) ist das Verfahren in die Lage zurückgetreten, in der es sich vor Erlassung des Wiederaufnahmebescheides befunden hatte (§ 42 Abs. 3 VwGG). Da der Rechtszustand zwischen der Erlassung des Wiederaufnahmebescheides und des Konzessionserteilungsbescheides einerseits und ihrer Aufhebung durch den Verwaltungsgerichtshof andererseits im Nachhinein so zu betrachten ist, als ob die aufgehobenen Bescheide von Anfang nicht erlassen worden wären (vgl. in diesem Sinne das hg. Erkenntnis vom 20. Juni 2006, Zl. 2003/11/0168), ist bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Beschwerde gegen den (erstangefochtenen) ursprünglichen negativen Konzessionsbescheid davon auszugehen, dass dieser sowohl im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung als auch seitdem dem Rechtsbestand angehört hat.

2.2.2. Die Beschwerde gegen den erstangefochtenen Bescheid ist auch begründet.

2.2.2.1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 26. März 2007, Zl. 2005/10/0226 mwN) hat sich die gemäß § 10 ApG durchzuführende Bedarfsprüfung auf eine - auf entsprechende Ermittlungsergebnisse gestützte - prognostische Zuordnung konkreter Kundenpotenziale zu den beteiligten Apotheken zu gründen. Die Behörde hat somit festzustellen, wieviele der ständigen Einwohner im Umkreis von vier Kilometern die Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke(n) nach Errichtung der geplanten Apotheke ihren Arzneimittelbedarf auf Grund der örtlichen Verhältnisse voraussichtlich weiterhin aus der (den) bestehenden öffentlichen Apotheke(n) decken werden. Diese unter dem Gesichtspunkt der leichteren Erreichbarkeit vorzunehmende Zuordnung hat in erster Linie an Hand der Straßenentfernungen zu der (den) bestehenden öffentlichen Apotheke(n) im Vergleich zur beantragten Apotheke zu erfolgen. Ergibt sich für eine bestehende öffentliche Apotheke die kritische Zahl zu versorgender Personen nicht schon aus den ständigen

Einwohnern des 4-km-Umkreises, so ist weiter zu prüfen, ob diese Zahl unter Berücksichtigung der auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet weiterhin zu versorgenden Personen erreicht wird. Wohnt die zu versorgende Bevölkerung im 4 km-Umkreis zweier (oder mehrerer) Apotheken, so ist der Zuordnung des Kundenpotenzials zur einen oder anderen Apotheke nach dem Kriterium der örtlichen Verhältnisse im Sinne des § 10 Abs. 4 ApG in erster Linie die leichtere Erreichbarkeit ausschlaggebend, wobei es vor allem auf die zurückzulegende Entfernung unter Berücksichtigung der vorhandenen Verkehrsmöglichkeiten ankommt. Die Zuordnung der Wohnbevölkerung zu den in Betracht kommenden Apotheken hat sich im Überschneidungsbereich der 4 km-Polygone an einer gedachten, nach den Gesichtspunkten der räumlichen Nähe und Erreichbarkeit zu ziehenden örtlichen Trennlinie zu orientieren (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 2008, Zl. 2004/10/0207 mwN).

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrmals ausgesprochen hat (vgl. zB. die hg. Erkenntnisse vom 26. März 2007, Zl. 2005/10/0123, und vom 28. Jänner 2008, Zl. 2004/10/0207), steht im Allgemeinen die Erreichbarkeit der Betriebsstätten der beteiligten Apotheken mit Kraftfahrzeugen im Vordergrund. Wenn es aber um Entfernungen von wenigen 100 Metern geht, kann der Erreichbarkeit der Betriebsstätten zu Fuß für den Entschluss, sich der einen oder der anderen Apotheke zuzuwenden, größeres Gewicht zukommen als der Erreichbarkeit mit Kraftfahrzeugen oder öffentlichen Verkehrsmitteln.

2.2.2.2. Wie sich aus den angefochtenen Bescheiden ergibt, hat die belangte Behörde bei der Ermittlung des Versorgungsgebietes der "Apotheke im Park" besonderes Augenmerk darauf gelegt, ob an bestimmten Straßenkreuzungen Umkehrmöglichkeiten für die Benützer von Kraftfahrzeugen bestehen. Sie ist dabei offenbar von der Überlegung geleitet gewesen, dass das Fehlen oder Bestehen von Umkehrmöglichkeiten an einer Straßenkreuzung für die Erreichbarkeit einer Apotheke und damit für deren Versorgungspotenzial jedenfalls von ausschlaggebender Bedeutung wäre.

Daraus wird aber deutlich, dass die belangte Behörde die Rechtslage verkannt hat.

Die "Erreichbarkeit" (vgl. zB. das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 2008, Zl. 2004/10/0207) - von welchem Begriff ausgehend zu ermitteln ist, welche Apotheke die für die Einwohner bestimmter Gebiete "nächstgelegene" ist, setzt nicht etwa die Möglichkeit des Zufahrens mit einem Kraftfahrzeug "bis vor den Eingang" zur Betriebsstätte und eine unmittelbar dort gegebene Parkmöglichkeit voraus. Maßgebend ist vielmehr - sofern es im Einzelfall überhaupt auf die Erreichbarkeit mit Kraftfahrzeugen ankommt - die Erreichbarkeit jenes Umgebungsbereiches der Apotheke, von dem - nach der Verkehrsauffassung - erwartet werden kann, dass die Konsumenten den (zumal im verbauten Gebiet im Allgemeinen unvermeidlichen) Fußweg vom geparkten Kraftfahrzeug zur Apotheke in Kauf nehmen werden.

Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern das Bestehen oder Fehlen einer Umkehrmöglichkeit (hier: im Zuge einer Vorrangstraße) einen Umstand darstellen sollte, der bei lebensnaher Betrachtung für das Versorgungspotenzial der hier in Rede stehenden Apotheke von maßgeblicher Bedeutung wäre.

Dass bei Anlegen dieses Maßstabes die "Apotheke im Park" über ein Versorgungspotenzial verfügt, das unter 5.500 zu versorgenden Personen liegt, ist für den Verwaltungsgerichtshof aus der Begründung des erstangefochtenen Bescheides nicht erkennbar.

2.2.3. Der erstangefochtene Bescheid war aus diesen Erwägungen gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

2.3. Von der Durchführung einer Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden.

3. Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 16. Juni 2009