



## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Grünstäudl sowie den Hofrat Dr. Lukasser und die Hofrätin Mag. Zehetner als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.<sup>a</sup> Prendinger, über die Revision der Mag. pharm. M T, vertreten durch Mag. Andreas Stieger, Rechtsanwalt in Linz, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 21. November 2023, Zl. LVwG-AV-1237/001-2022, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Tulln; mitbeteiligte Parteien: 1. L.-Apotheke, 2. A.-Apotheke und 3. R.-Apotheke, alle vertreten durch Dr. Wolfgang Völkl, Rechtsanwalt in Wien, und 4. S.-Apotheke, vertreten durch Mag. Dr. Eleonore Berchtold-Ostermann, Rechtsanwalt in Wien), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Entscheidungsgründe:**

- 1 1.1. Mit Bescheid vom 30. August 2022 erteilte die belangte Behörde der Revisionswerberin gestützt insbesondere auf §§ 9, 10 und 12 Apothekengesetz (ApG) unter Festlegung von Standort und Betriebsstätte die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in K., wobei Einsprüche (u.a.) der mitbeteiligten Parteien abgewiesen wurden.
- 2 Zur Begründung stützte sich die belangte Behörde im Wesentlichen auf ein zur Frage des Bedarfes gemäß § 10 Abs. 7 ApG eingeholtes Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 5. Oktober 2021, wonach den „beiden gemeinsam geprüften bestehenden Apotheken“ der Viertmitbeteiligten (S.-Apotheke) und der Erstmitbeteiligten (L.-Apotheke) im Fall der Errichtung der beantragten öffentlichen Apotheke gemeinsam über 11.000 (nämlich



11.176) sowie der B.-Apotheke 6.562 weiterhin zu versorgende Personen verbleiben würden; die Zahl der von den weiteren umliegenden öffentlichen Apotheken weiterhin zu versorgenden Personen werde sich infolge der beantragten Neuerrichtung nicht verringern, sodass der Bedarf an der neu zu errichtenden Apotheke gegeben sei.

3 Sowohl die persönlichen Voraussetzungen gemäß § 3 ApG als auch die sachlichen Voraussetzungen gemäß § 10 ApG für die Erteilung der beantragten Konzession lägen vor.

4 1.2. Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 21. November 2023 gab das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich Beschwerden der Mitbeteiligten gegen diesen Bescheid Folge und wies den Konzessionsantrag der Revisionswerberin ab, wobei es die Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zuließ.

5 Zur Begründung führte das Verwaltungsgericht - nach Wiedergabe des Verfahrensganges (darunter einer ergänzenden Stellungnahme der Österreichischen Apothekerkammer vom 2. November 2023) - zunächst „feststellend“ aus, es bestehe kein Bedarf an der von der Revisionswerberin beantragten Apotheke, weil den bestehenden öffentlichen Apotheken S.-Apotheke und L.-Apotheke (im Fall der Errichtung der beantragten Apotheke) kein gemeinsames Versorgungspotential von 11.000 Personen verbleiben würde.

6 „Die Feststellungen“ könnten „aufgrund des vorhandenen unbedenklichen Aktenmaterials sowie dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung“ getroffen werden; dass der S.-Apotheke und L.-Apotheke bei Errichtung der beantragten Apotheke kein gemeinsames Versorgungspotential von 11.000 Personen verbleiben würde, ergebe sich „insbesondere aus dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer in Verbindung mit den Ausführungen der Sachverständigen der Österreichischen Apothekerkammer in der öffentlichen mündlichen Verhandlung“.

7 Im Weiteren gab das Verwaltungsgericht eine in einem bestimmten Apothekenkonzessionsverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht



Steiermark erstellte (im hier gegenständlichen Verfahren von den erst- bis drittmitbeteiligten Parteien vorgelegte) kritische Stellungnahme des (vom Landesverwaltungsgericht Steiermark bestellten) Sachverständigen Prof. Dr. E. zu der von der Österreichischen Apothekerkammer dem erstatteten Gutachten (u.a.) zugrunde gelegten sog. „TU-Studie“ (gerafft) wieder (S. 55 und 56 des angefochtenen Erkenntnisses) und befand jenes (in dem erwähnten Apothekenkonzessionsverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Steiermark erstattete) Gutachten des Prof. Dr. E. pauschal als „schlüssig, nachvollziehbar und allen logischen Denkgesetzen“ entsprechend.

- 8 In seinen - nach Wiedergabe relevanter Bestimmungen des ApG unterbreiteten - Erwägungen „in rechtlicher Hinsicht“ erachtete das Verwaltungsgericht zunächst hinsichtlich der S.-Apotheke und der L.-Apotheke, welche weniger als 500 m voneinander entfernt seien, die sog. Divisionsmethode zur Ermittlung der Versorgungspotentiale als im Sinn der hg. Rechtsprechung ausnahmsweise gerechtfertigt (Hinweis u.a. auf VwGH 31.7.2009, 2007/10/0124).
- 9 Nach Wiedergabe von hg. Rechtsprechung zum Apothekenkonzessionsverfahren stellte das Verwaltungsgericht sodann (disloziert) fest, in dem im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer zugrunde gelegten 4 km-Versorgungspolygon (vgl. § 10 Abs. 4 ApG) der nach der Divisionsmethode zu beurteilenden bestehenden Apotheken S.-Apotheke und L.-Apotheke hätten „gesichert 8.290 ständige Einwohner“ (so die erwähnte Stellungnahme der Österreichischen Apothekerkammer vom 2. November 2023) ermittelt werden können.
- 10 Weiters ging das Verwaltungsgericht mit Blick auf bestimmte „zu berücksichtigende Wohnbauvorhaben“ (teilweise der erwähnten ergänzenden Stellungnahme der Österreichischen Apothekerkammer folgend) von insgesamt 304 Einwohnergleichwerten aus und gelangte so zu insgesamt (unter dem Gesichtspunkt des § 10 Abs. 4 ApG relevanten) 8.594 ständigen Einwohnern bzw. Einwohnergleichwerten.





- 11 Hinsichtlich der nach § 10 Abs. 5 ApG zu berücksichtigenden sog. „Einfluter“ folgte das Verwaltungsgericht allerdings nicht der Ermittlung durch die Österreichische Apothekerkammer, welche sich insoweit der bereits erwähnten „TU-Studie“ bediene.
- 12 Nach Hinweis u.a. auf hg. Rechtsprechung, der zufolge Parteien die Möglichkeit haben, Unvollständigkeiten und Unschlüssigkeiten eines Gutachtens im Rahmen des behördlichen Verfahrens aufzuzeigen oder einem Gutachten (etwa durch Beibringung eines eigenen Gutachtens) auf gleicher fachlicher Ebene entgegenzutreten, gab das Verwaltungsgericht - weit ausholend (S. 67 bis 75 des angefochtenen Erkenntnisses) - eine Passage aus dem das bereits erwähnte (Rz 7) Apothekenkonzessionsverfahren beendenden Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark - wörtlich - wieder, in welchem das Landesverwaltungsgericht Steiermark (näher begründet) von der Österreichischen Apothekerkammer ermittelte „Einwohnergleichwerte aus Nebenwohnsitz bzw. Beschäftigten und Einzelhandel“ nicht berücksichtigte, weil deren Ermittlung auf Grundlage der „fachlich nicht richtigen bzw. nicht ausreichend repräsentativen und plausiblen herangezogenen“ sog. „TU-Studie“ erfolgt sei.
- 13 Nach der wörtlichen (wie erwähnt mehrseitigen) Wiedergabe („*copy and paste*“) jener Passage aus dem Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark enthält das angefochtene Erkenntnis die folgende „eigene“ Beweiswürdigung im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit der sog. „TU-Studie“:
- „Im Lichte dieser Ausführungen ist eine weitere Anwendung der TU-Studie insbesondere unter Heranziehung der mittleren Konfidenzgrenzen nicht mehr vertretbar, da dies jedenfalls dem aktuellen Stand der Technik widerspricht.“
- 14 Daran anschließend stellte das Verwaltungsgericht - auf der Grundlage einer von ihm ausdrücklich beauftragten Ermittlung der sog. „Einfluter“ gemäß § 10 Abs. 5 ApG anhand eines von Prof. Dr. E. (im erwähnten Apothekenkonzessionsverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Steiermark) nahe gelegten methodischen Ansatzes („Zugrundelegung der unteren Konfidenzgrenzen“) - die sog. „Einfluter“ mit (nur)



1.122 Einwohnergleichwerten fest, sodass es insgesamt zu lediglich 9.716 von der S.-Apotheke und der L.-Apotheke weiterhin zu versorgenden Personen gelangte; da auch eine Konzessionserteilung nach Maßgabe des § 10 Abs. 6a ApG nicht in Betracht komme („offenkundig keine Versorgungslücke“), wies das Verwaltungsgericht den Konzessionsantrag der Revisionswerberin mangels Bedarfs an der neu zu errichtenden Apotheke ab.

15 1.2. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.

16 Die Mitbeteiligten erstatteten jeweils Revisionsbeantwortungen, in denen die erst- bis drittmittelbeteiligten Parteien die Zurückweisung, die viertmittelbeteiligte Partei die Zurückweisung, *in eventu* Abweisung der Revision beantragen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat - in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat - erwogen:

17 2. Für den Revisionsfall sind folgende Bestimmungen des § 10 Apothekengesetz (ApG), RGebl. Nr. 5/1907 idF BGBl. I Nr. 103/2016, von Interesse:

**„Sachliche Voraussetzungen der Konzessionserteilung**

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

1. [...]

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 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.

(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. [...]“

18 3. Die Revisionswerberin bringt zur Zulässigkeit ihrer außerordentlichen Revision (unter anderem) vor, das Verwaltungsgericht sei von näher genannter hg. Rechtsprechung zur Begründungspflicht der Verwaltungsgerichte, insbesondere hinsichtlich der Beweiswürdigung im Fall von einander widersprechenden Gutachten, abgewichen (Hinweis u.a. auf VwGH 17.8.2020, Ra 2019/12/0084, und 3.10.2018, Ra 2017/12/0088).

19 Im vorliegenden Verfahren sei zwar gemäß § 10 Abs. 7 ApG ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer (auch) zur Frage der Ermittlung der Einwohnergleichwerte nach § 10 Abs. 5 ApG eingeholt worden (welches sich diesbezüglich u.a. auf die sog. „TU-Studie“ gestützt habe); in der Folge sei das Verwaltungsgericht allerdings - unter bloßer Wiedergabe der Einschätzung von Prof. Dr. E. im (bereits erwähnten) Apothekenkonzessionsverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Steiermark und einer wörtlichen („hineinkopierten“) Wiedergabe aus dem betreffenden Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark - zu dem Schluss gelangt, die (im gemäß § 10 Abs. 7 ApG eingeholten Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vorgenommene) Anwendung der sog. „TU-Studie“ sei „nicht mehr vertretbar“.

20 Das Verwaltungsgericht selbst habe sich im angefochtenen Erkenntnis in keiner Weise mit den Argumenten der Revisionswerberin und der Österreichischen



Apothekerkammer auseinandergesetzt. Bei Zugrundelegung der Einschätzung der Österreichischen Apothekerkammer hinsichtlich der sog. „Einfluter“ gemäß § 10 Abs. 5 ApG wäre der S.-Apotheke und der L.-Apotheke insgesamt weiterhin ein Versorgungspotential von mehr als 11.000 Personen verblieben (und damit der Bedarf an der beantragten Apotheke gemäß § 10 Abs. 1 Z 2 iVm Abs. 2 Z 3 ApG zu bejahen gewesen).

- 21 4. Die Revision erweist sich mit Blick auf dieses Vorbringen als zulässig und begründet.
- 22 4.1. Vorauszuschicken ist, dass in der vom Verwaltungsgericht erledigten Apothekenkonzessionssache ein - nach § 10 Abs. 7 ApG zwingend einzuholendes (vgl. etwa VwGH 18.3.2015, Ra 2015/10/0013) - Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vorlag, in dem die Frage der sog. „Einfluter“ gemäß § 10 Abs. 5 ApG auf Grundlage der sog. „TU-Studie“ beurteilt wurde (zur Zulässigkeit der Zugrundelegung von Unterlagen, die von anderen Stellen erarbeitet wurden, vgl. in diesem Zusammenhang etwa VwGH 29.11.2011, 2005/10/0218, mwN).
- 23 Das Verwaltungsgericht verwarf nun im angefochtenen Erkenntnis die Anwendbarkeit dieser Studie, wobei es sich lediglich auf die in einem anderen Apothekenkonzessionsverfahren abgegebene Einschätzung des dort befassten Prof. Dr. E. berief; dabei stützte sich das Verwaltungsgericht auf umfangreiche, wörtlich wiedergegebene Darlegungen des betreffenden Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark, denen es sich - wie die Revisionswerberin zutreffend hervorhebt - ohne jede eigene Begründung anschloss.
- 24 4.2. Nach der in der Revision zutreffend zitierten hg. Rechtsprechung (vgl. oben unter Rz 18) trifft das Verwaltungsgericht die Verpflichtung, im Rahmen der Begründung seiner Entscheidung ein Gutachten eines Sachverständigen auf seine Richtigkeit, Vollständigkeit und Schlüssigkeit hin zu prüfen, und ist das Verwaltungsgericht daher gehalten, sich im Rahmen der Begründung seiner Entscheidung mit dem Gutachten auseinanderzusetzen und dieses entsprechend zu würdigen. Liegen einander widersprechende Gutachten





vor, ist es dem Verwaltungsgericht gestattet, sich dem einen oder dem anderen Gutachten anzuschließen, es hat diesfalls jedoch - im Rahmen seiner Beweiswürdigung - seine Gedankengänge darzulegen, die es veranlasst haben, von den an sich gleichwertigen Beweismitteln dem einen einen höheren Beweiswert zuzubilligen als dem anderen (vgl. etwa auch VwGH 12.9.2016, Ra 2016/04/0063, mwN).

- 25 Bei Vorliegen widersprechender Gutachten hat das Verwaltungsgericht diese Gutachten nach ihrem inneren Wahrheitsgehalt gegeneinander abzuwägen und in der Begründung seiner Entscheidung seine Erwägungsgründe darzulegen (vgl. etwa wiederum VwGH Ra 2016/04/0063, mwN). Dabei ist die Schlüssigkeit jedes Gutachtens kritisch zu prüfen und einer sorgfältigen Beweiswürdigung zu unterziehen (vgl. etwa VwGH 21.1.2019, Ra 2018/03/0130, mwN).
- 26 4.3. Diesen Begründungsanforderungen wird das angefochtene Erkenntnis, in welchem das Verwaltungsgericht - ohne jede eigene Begründung - der (von den den erst- bis drittmitbeteiligten Parteien gleichsam als Privatgutachten vorgelegten) Schlussfolgerung eines im gegenständlichen Verfahren gar nicht beigezogenen Sachverständigen (des Prof. Dr. E.) gegenüber dem Ergebnis des ihm vorliegenden Gutachtens gemäß § 10 Abs. 7 ApG den Vorzug gab, in keiner Weise gerecht (zur Unzulänglichkeit des „Hineinkopierens“ von Aktenteilen mit Blick auf die behördliche Begründungspflicht vgl. im Übrigen bereits VwGH 29.4.2008, 2006/21/0332, oder 20.11.2008, 2006/21/0203 = VwSlg. 17.570 A).
- 27 Die Revision weist zutreffend auf die Relevanz des darin gelegenen Begründungsmangels des angefochtenen Erkenntnisses hin, wäre doch das Verwaltungsgericht anhand des eingeholten Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer zu einem den Bedarf an der beantragten Apotheke gemäß § 10 Abs. 1 Z 2 iVm Abs. 2 Z 3 ApG bejahenden Ergebnis gelangt.
- 28 5. Das angefochtene Erkenntnis war daher wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. c VwGG aufzuheben.





29 Von der Durchführung der beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2  
Z 3 VwGG abgesehen werden.

30 Der Ausspruch über den Aufwandsatz stützt sich auf §§ 47 ff VwGG in  
Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014.

W i e n , am 11. Februar 2026

