OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-050088/9/Gf/Mu

Datum:
Linz, 21. Juni 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich erkennt durch seinen Einzelrichter Dr. Grof aus Anlass der Beschwerde der Mag. I W, vertreten durch RA Dr. J L, gegen den Bescheid des Bezirkshauptmannes von Linz-Land vom 6. Februar 2017, Zl. SanRB01-45-49-2016, wegen Abweisung eines auf das Apothekengesetz gegründeten Konzessionsantrages (Mitbeteiligte Parteien: 1. Mag. A W, vertreten durch RA Dr. M K; 2. Mag. A P, vertreten durch RA Dr. W V)

z u R e c h t :

I. Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 28 Abs. 2 und 3 VwGVG aufgehoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

Verfahren vor der belangten Behörde

1. Mit Schriftsatz vom 4. April 2016 hat die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke mit der Betriebsstätte „K, E“ gestellt.

Dazu wurde vorgebracht, dass unter dieser Adresse von drei Ärzten für Allgemeinmedizin das „Gesundheitszentrum“ („P“ bzw. „G“) E errichtet und im Jahr 2017 in Betrieb genommen werden soll und somit ein entsprechender Bedarf an einer neuen Apotheke bestehen wird.

Mit nachfolgendem Schreiben vom 3. Mai 2016 wurde der in Aussicht genommene Standort folgendermaßen beschrieben:

> „Vom Schnittpunkt der W (Gleiskörper zum Bahnhof E führend) mit der östlichen Gemeindegrenze gegen den Uhrzeigersinn der Gemeindegrenze folgend bis zum Schnittpunkt der W mit der Gemeindegrenze im Westen – weiter entlang der W (Gleiskörper zum Bahnhof E führend) in östlicher Richtung bis zur W – W weiter bis zur K – dieser folgend bis zur Kreuzung T – dann in Richtung Nordosten weiter die S nordöstlich – in der gedachten Verlängerung weiter bis zur W – dieser folgend Richtung Osten bis zum Ausgangspunkt; sämtliche genannten Straßenzüge beidseitig.“

2. Hierauf wurde die Rechtsmittelwerberin mit Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (im Folgenden auch: belangte Behörde) vom 11. Juli 2016, Zl. SanRB01-45-49-2016/Km, u.a. zur „Glaubhaftmachung der Betriebsstätte“ aufgefordert.

3. Mit Schriftsatz vom 22. Juli 2016 hat die Beschwerdeführerin (u.a.) ein (allerdings nicht auf die Rechtsmittelwerberin, sondern auf die zweitmitbeteiligte Partei Bezug nehmendes) Schreiben eines Gesellschafters der E G GmbH vom 6. Februar 2016 vorgelegt, in dem darauf hingewiesen wird, dass die Absicht zur Einrichtung von Apothekenräumlichkeiten an diesem Standort bereits in die Projektunterlagen integriert worden und ein Baubeginn im April 2016 sowie ein Betriebsbeginn im Jänner 2017 in Aussicht genommen sei.

4. In der Folge hat die belangte Behörde mit Schreiben vom 12. September 2016, Zl. SanRB01-45-49, ein Kundmachungsverfahren gemäß § 48 Apothekengesetz durchgeführt.

In dessen Rahmen wurden folgende Stellungnahmen abgegeben:

4.1. Die Ärztekammer für Oberösterreich hat mit Schreiben vom 16. September 2016, darauf hingewiesen, dass an der Errichtung der beantragten Apotheke kein Bedarf gegeben sei, weil dadurch das Versorgungspotential der in E bereits bestehenden öffentlichen Apotheken unter 5.500 Personen sinken würde.

4.2. Die Gemeinden A, S, S und L haben (mit Schreiben vom 19. September 2016, mit e-mail vom 23. September 2016, mit Schreiben vom 3. Oktober 2016 bzw. mit Schreiben vom 4. Oktober 2016) erklärt, dass ihrerseits gegen die Erteilung der beantragten Konzession keine Einwände bestünden.

4.3. Die Gemeinden M und K führten (jeweils mit Schreiben vom 19. September) aus, dass die Auswirkungen der Neuerrichtung einer Apotheke im G E für ihr Gemeindegebiet nicht seriös abschätzbar seien.

4.4. Mit Schriftsatz vom 12. Oktober 2016 hat die zweitmitbeteiligte Partei einen Einspruch gegen die Erteilung einer Konzession erhoben und diesen damit begründet, dass die belangte Behörde bereits mit Bescheid vom 25. Juni 2013 einen nahezu gleich lautenden Antrag eines anderen Konzessionswerbers mangels Bedarfes abgewiesen habe und sich seither die sachlichen Voraussetzungen nicht wesentlich geändert hätten.

4.5. Auch die erstmitbeteiligte Partei hat mit Schreiben vom 28. Oktober 2016 Einspruch erhoben und in diesem darauf hingewiesen, dass sie selbst schon mit Eingabe vom 7. Jänner 2016 einen Konzessionsantrag für denselben Standort gestellt und dieses Verfahren derzeit (noch) bei der belangten Behörde anhängig sei. Insofern komme ihrem Antrag jedenfalls Priorität zu – dies ganz abgesehen davon, dass die in Aussicht genommene Betriebsstätte von der Vermieterin bereits für sie reserviert worden sei.

5. In der Folge hat die belangte Behörde ermittelt, dass die E G GmbH das Geschäftslokal zum Betrieb einer Apotheke an die G GmbH zur Weitervermietung übertragen hat; der Geschäftsführer der letzteren GmbH teilte am 29. November 2016 telefonisch mit, dass die erstmitbeteiligte Partei bereits Vorleistungen getätigt und Baumaßnahmen finanziert habe (vgl. den Aktenvermerk zu SanRB01-45-49 vom selben Tag).

6. Dagegen wies die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 14. Dezember 2016 darauf hin, dass das Geschäftsfeld der G GmbH lediglich in Unternehmensbeteiligungen bestehe und daher mit dem Betrieb des E Gesundheitszentrums überhaupt nicht befasst sei. Sohin komme es diesem Unternehmen aber auch nicht zu, jene

für eine Apotheke in Aussicht genommenen Betriebsräumlichkeiten mit rechtlicher Verbindlichkeit für die erstmitbeteiligte Partei zu reservieren.

7. Über entsprechende Anfrage der belangten Behörde gab der Geschäftsführer der G GmbH mit Schreiben vom 19. Jänner 2017 bekannt, dass seiner GmbH von der E G GmbH das Recht eingeräumt worden sei, die Apothekenbetriebsräumlichkeiten anzumieten; davon ausgehend habe seine GmbH das Mietobjekt für die erstmitbeteiligte Partei reserviert; Gleichlautendes hat der Geschäftsführer der E G GmbH am 24. Jänner 2017 per e-mail mitgeteilt.

8. Daraufhin hat der Bezirkshauptmann von Linz-Land mit Bescheid vom 6. Februar 2017, Zl. SanRB01-45-49-2016, den Antrag der Rechtsmittelwerberin auf Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke abgewiesen.

Begründend wurde dazu ausgeführt, dass sie ein Nutzungsrecht an dem künftig zu errichtenden Apothekenlokal nicht habe glaubhaft machen können.

9. Gegen diesen ihr am 9. Februar 2017 zugestellten Bescheid richtet sich die vorliegende, am 9. März 2017 – und damit rechtzeitig – zur Post gegebene Beschwerde.

Darin wird zunächst eingewendet, dass der Rechtsmittelwerberin sowohl der Inhalt des Aktenvermerkes vom 29. November 2016 (s.o., I.5.) als auch die Stellungnahme der G GmbH vom 19. Jänner 2017 und jene der E G GmbH vom 24. Jänner 2017 jeweils erst nach Bescheidzustellung und entsprechender Urgenz von der Behörde zur Kenntnis gebracht worden seien.

Davon abgesehen lasse sich aus allen diesen Erklärungen nicht entnehmen, dass die G GmbH das zu errichtende Apothekenlokal tatsächlich von der E G angemietet hat – dies ganz abgesehen davon, dass hierfür laut maßgeblichem Baurechtsvertrag eine entsprechende Zustimmung der Stadtgemeinde E erforderlich wäre.

Demgegenüber habe die Rechtsmittelwerberin eine Mietoption für diese Betriebsstätte im Sinne der einschlägigen VwGH-Judikatur ausreichend glaubhaft gemacht.

Daher wird beantragt, den angefochtenen Bescheid aufzuheben und die Rechtssache an die belangte Behörde zurückzuverweisen.

10. Mit Schreiben vom 14. März 2017, Zl. SanRB01-45-49/Km, hat die belangte Behörde den Bezug habenden Verfahrensakt (ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung) dem Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich vorgelegt.

Ergänzend wurde in diesem Zusammenhang mitgeteilt, dass die Stellungnahmen der G GmbH vom 19. Jänner 2017 und der E G GmbH vom 24. Jänner 2017 lediglich zur Absicherung eingeholt worden und auch nicht entscheidungsrelevant gewesen seien.

II.

Zuständigkeit des LVwG Oberösterreich

Gemäß Art. 131 Abs. 1 B-VG i.V.m. Art. 130 Abs. 1 Z. 1 B-VG erkennen über Beschwerden (sofern nicht ein Fall des Art. 132 Abs. 6 B-VG – nämlich eine Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde – vorliegt, was jedoch gegenständlich nicht zutrifft) die Verwaltungsgerichte der Länder.

Da hier die Bestimmungen des Art. 131 Abs. 2 bis 4 B-VG über von diesem Grundsatz abweichende Anordnungen nicht zum Tragen kommen, ist nach der Generalklausel des Art. 131 Abs. 1 B-VG die funktionelle und örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich gegeben.

Die vorliegende, auf Art. 130 Abs. 1 Z. 1 B-VG gegründete Beschwerde richtet sich gegen einen Bescheid einer Verwaltungsbehörde und wurde innerhalb der Vier-Wochen-Frist des § 7 Abs. 4 VwGVG bei der belangten Behörde eingebracht; da der Inhalt dieser Beschwerde den Anforderungen des § 9 VwGVG entspricht und auch sonstige Prozesshindernisse nicht vorliegen, ist sie insgesamt als zulässig anzusehen.

Weil diesbezüglich weder im Apothekengesetz noch im VwGVG Abweichendes angeordnet ist, hatte das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich hierüber gemäß Art. 135 Abs. 1 B-VG durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

III.

Ergänzende Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung durch das LVwG Oberösterreich

1. Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt des Bezirkshauptmannes von Linz-Land zu Zl. SanRB01-45-49 sowie im Wege der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung am 12. Mai 2017, an der RA Dr. J L als Vertreter der Beschwerdeführerin, RA Dr. M K als Vertreter der erstmitbeteiligten Partei und Mag. M K als Vertreterin der belangten Behörde teilgenommen haben.

2.1. Im Zuge dieser Beweisaufnahme wurden ergänzend zu dem bereits oben unter I. dargestellten Sachverhalt folgende entscheidungswesentliche Fakten festgestellt:

2.1.1. Gegenwärtig existiert nicht nur das Bauwerk, in dem die E G GmbH situiert ist; vielmehr ist das gesamte Gesundheitszentrum – mit Ausnahme der geplanten Apotheke – bereits insoweit in Betrieb, als alle dort niedergelassenen Ärzte auch tatsächlich praktizieren.

2.1.2. Die erstmitbeteiligte Partei hat als persönlich haftende Gesellschafterin einer KG einen (Unter-)Mietvertrag mit der über die für die zu errichtende Apotheke in Aussicht genommenen Betriebsräumlichkeiten verfügungsberechtigten G GmbH abgeschlossen; die sich aus diesem Schuldverhältnis ergebenden Verpflichtungen werden von beiden Vertragsparteien seit April 2017 auch tatsächlich erfüllt – seitens der erstmitbeteiligten Partei vorrangig dadurch, dass sie die monatlich fälligen Mietzinszahlungen leistet.

2.1.3. Das den zeitlich früher gestellten Antrag der erstmitbeteiligten Partei betreffende Konzessionserteilungsverfahren befindet sich gegenwärtig in der Phase der Auswertung der zum Bedarfsprüfungsgutachten der Apothekerkammer abgegebenen Stellungnahmen.

In der Folge wird entweder diese Stellungnahme zu ergänzen und/oder sodann eine Sachentscheidung zu treffen sein.

2.2. Diese Sachverhaltsfeststellungen gründen sich auf den Akteninhalt und auf die glaubwürdigen, in sich widerspruchsfreien und wechselseitig jeweils unbestritten gebliebenen Aussagen der in der öffentlichen Verhandlung einvernommenen Parteienvertreter.

Ergänzend wird das Verhandlungsprotokoll (ONr. 7 des hg. Aktes) zum integrierenden Bestandteil dieses Erkenntnisses erklärt.

IV.

Rechtliche Beurteilung

In der Sache selbst hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich über die vorliegende Beschwerde erwogen:

1.1. Gemäß 10 Abs. 1 Z. 2 des Apothekengesetzes, RGBl 5/1907 i.d.g.F. BGBl I 103/2016 (im Folgenden: ApG), ist eine Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke u.a. dann zu erteilen, wenn hierfür ein Bedarf besteht.

Ein solcher Bedarf besteht nach § 10 Abs. 2 Z. 2 und Z. 3 ApG u.a. dann nicht, wenn 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 Meter beträgt oder 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.

1.2. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. zum Folgenden VwGH vom 31. März 2011, 2010/10/0248, m.w.N.) hat ein Konzessionswerber glaubhaft zu machen, dass die Errichtung der von ihm in Aussicht genommenen Betriebsstätte am angegebenen Ort wahrscheinlich ist.

In diesem Zusammenhang ist es nicht Aufgabe der das ApG vollziehenden Behörde, die Frage, ob die Errichtung einer beantragten öffentlichen Apotheke am Ort der angegebenen Betriebsstätte wahrscheinlich ist, in einem (aufwändigen) Ermittlungsverfahren zu klären; vielmehr ist es Sache des Antragstellers, die Verfügbarkeit über die in Aussicht genommene Betriebsstätte glaubhaft zu machen, wofür etwa der Nachweis einer Mietoption völlig ausreichend ist. Denn diese Glaubhaftmachung dient ausschließlich zur Festlegung des Ausgangspunktes der Bedarfsfeststellung i.S.d. § 10 ApG und diese Festlegung muss aus Gründen der Verfahrensökonomie auch wahrscheinlich sein.

Unter den für das Konzessionsverfahren nach dem ApG maßgeblichen Gesichtspunkten ist es daher weder entscheidend, ob dem belegten Verfügungsrecht des Antragstellers über die in Aussicht genommene Betriebstätte allenfalls widersprechende Erklärungen des Grundeigentümers Dritten gegenüber abgegeben wurden,

noch, ob solche eingewendet oder sonst wie hindernd geltend gemacht werden könnten; vielmehr genügt ein Beleg des Antragstellers über die (aufrechte) Möglichkeit, ein Grundstück entsprechend nutzen zu können.

Diese Glaubhaftmachung ist bezogen auf den Zeitpunkt der Entscheidung über den Konzessionsantrag zu beurteilen. Gelingt einem Konzessionswerber diese Glaubhaftmachung nicht, müsste sein Konzessionsantrag aus diesem Grunde abgewiesen werden, was bei konkurrierenden Anträgen – unter denen die Priorität des Einlangens der Anträge bei der Behörde entscheidet – das Ausscheiden des betreffenden Bewerbers aus dem Kreis der Mitbewerber zur Folge hätte.

2. Vor dem Hintergrund dieser Judikatur ergibt sich für den gegenständlichen Fall Folgendes:

2.1. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, dass die von der Mitbeteiligten Partei vorgelegte Mietoption (bzw. Untermietvertrag) deshalb unwirksam sei, weil diese(r) auf einer Vereinbarung zwischen der E G GmbH und der G GmbH beruhe, für deren Zustandekommen – weil das Geschäftsfeld Letzterer nicht in der Ausübung eines Gesundheitsberufes, sondern vielmehr in Unternehmensbeteiligungen bestehe – eine – unstrittig nicht vorhandene – Zustimmung der Gemeinde E erforderlich gewesen wäre, ist darauf hinzuweisen, dass weder dem Pkt. I. des zwischen der Stadt E und der E G GmbH abgeschlossenen Baurechtsvertrages vom 9. Juli 2015 noch einer sonstigen Vertragsbestimmung das Erfordernis einer entsprechenden Zustimmung der Gemeinde und vor allem nicht die Rechtsfolge einer Nichtigkeit des Untermietvertrages für den Fall des Nichtvorliegens einer derartigen Zustimmung entnommen werden kann.

Vor diesem Hintergrund sowie im Hinblick darauf, dass die Behörde nach der zuvor dargestellten Entscheidung des VwGH vom 31. März 2011, 2010/10/0248, nicht zu aufwändigen Ermittlungen in Bezug auf die zivilrechtliche Verbindlichkeit des von der erstmitbeteiligten Partei ins Treffen geführten Mietverhältnisses verpflichtet war, konnte die BH Linz-Land davon ausgehen, dass jedenfalls von jener die Möglichkeit der Verfügungsberechtigung über die in Aussicht genommene Betriebsstätte glaubhaft gemacht worden war.

2.2. Dennoch kommt der vorliegenden Beschwerde aus folgenden Gründen Berechtigung zu:

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich ergibt sich insbesondere daraus, dass die im vorgenannten VwGH-Erkenntnis vom 31. März 2011, 2010/10/0248, geforderte Glaubhaftmachung der Wahrscheinlichkeit der Errichtung der Betriebsstätte (innerhalb des gemäß § 9 Abs. 2 ApG festzusetzenden Standortes) bezogen auf den Zeitpunkt der Entscheidung über den Konzessionsantrag zu beurteilen ist, diese Glaubhaftmachung ausschließlich zur Festlegung

des Ausgangspunktes der Bedarfsfeststellung i.S.d. § 10 ApG dient und diese Festlegung aus Gründen der Verfahrenseffektivität wahrscheinlich sein muss, dass den Antragstellern dadurch die Möglichkeit eingeräumt wird, eine entsprechende Verfügungsberechtigung gleichsam noch bis zum Schluss des Verfahrens beibringen zu können.

Dies trägt nämlich zum einen der lebensnahen, primär ökonomisch geprägten Grundhaltung eines über das Apothekenlokal Verfügungsberechtigten Rechnung, wonach es diesem in der Regel gleichgültig sein wird, welcher konkreten Person er dieses vermieten wird; ihm kommt es im Interesse der Möglichkeit der langfristigen Aufrechterhaltung des Dauerschuldverhältnisses vorwiegend darauf an, dass der präsumtive Mieter über die erforderliche Konzession verfügt.

Zum anderen dient diese Sichtweise auch insofern der Verfahrenseffektivität, als eine vorzeitige, jedoch allenfalls ungerechtfertigte Ausscheidung eines Antragstellers aus dem Kreis konkurrierender Mitbewerber wirksam verhindert wird. Würde nämlich von mehreren (ansonsten die sachlichen Voraussetzungen des § 10 ApG erfüllenden) Anträgen jener, dem die zeitliche Priorität zukommt (und dem sohin durch Konzessionserteilung zu entsprechen wäre), deshalb eliminiert, weil mit diesem nach Auffassung der Behörde die Verfügungsberechtigung nicht ausreichend glaubhaft gemacht werden konnte, dann müssten, wenn sich die behördliche Sichtweise ex post als unzutreffend herausstellt, sämtliche aufeinander aufbauende Verfahren gleichsam wieder rückabgewickelt werden, sofern zwischenzeitlich bereits dem zeitlich sekundär gereihten Antragsteller die Konzession erteilt worden ist. Um derartige, allenfalls auch amtshaftungs- und/oder schadenersatzrechtliche Konsequenzen von vornherein hintanzuhalten, gilt es sohin, ein prozessuales Auseinanderdriften der eine Verfahrensgemeinschaft bildenden konkurrierenden Konzessionswerber auf der Ebene des Behördenverfahrens weitestmöglich zu vermeiden.

Eine Ausscheidung eines von mehreren konkurrierenden Konzessionsansuchen aus dem Grund der mangelnden Glaubhaftmachung der Verfügungsmöglichkeit über die in Aussicht genommene Apothekenbetriebsstätte ist daher nur dann zulässig, wenn das Erlangen bzw. das Bestehen einer solchen Berechtigung als absolut ausgeschlossen erscheint.

Dies trifft jedoch im gegenständlichen Fall im Ergebnis deshalb nicht zu, weil die Beschwerdeführerin zutreffend darauf verwiesen hat, dass sich sowohl aus dem Projekt-Einreichplan für das Gesundheitszentrum E als auch aus Pkt. I. des Baurechtsvertrages vom 9. Juli 2015 zweifelsfrei ergibt, dass die über das in Aussicht genommene Apothekenbetriebslokal verfügungsberechtige E G GmbH jener Person, der letztlich die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentliche Apotheke erteilt werden wird, diese Räumlichkeiten auch entsprechend zur Verfügung stellen wird.

Ob zu jenem Zeitpunkt, zu dem die belangte Behörde die Entscheidung zu treffen hat, welchem der konkurrierenden Antragsteller die Konzession zu erteilen ist, mit Gewissheit davon auszugehen ist, dass der Beschwerdeführerin keinesfalls eine Möglichkeit zur Verfügung über die in Aussicht genommen Betriebsstätte zukommt, lässt sich jedenfalls gegenwärtig noch nicht abschätzen. So könnte bspw. das zwischen der E G GmbH und der erstmitbeteiligten Partei bestehende Mietverhältnis bis dahin wieder aufgelöst oder Letztere insolvent werden etc.

Andererseits hätte den Umstand, dass die Rechtsmittelwerberin für den Fall, dass die Apothekenkonzession ihr zu erteilen sein sollte, allenfalls deshalb über die in Aussicht genommene Betriebsstätte nicht zivilrechtlich verfügungsberechtigt sein könnte, weil dem ein aufrechtes Mietverhältnis zwischen der G GmbH und der erstmitbeteiligten Partei entgegen stehen könnte, nicht die belangte Behörde, sondern – so der Sukkus aus dem Erkenntnis des VwGH vom 31. März 2011, 2010/10/0248 – vielmehr die Beschwerdeführerin selbst zu vertreten.

3. Aus diesen Gründen war der vorliegenden Beschwerde sohin gemäß § 28 Abs. 2 und 3 VwGVG stattzugeben und der angefochtene Bescheid aufzuheben.

Davon ausgehend wird die belangte Behörde daher den Antrag der Beschwerdeführerin in ihre Entscheidung über mehrere, in Bezug auf die Betriebsstätte im Gesundheitszentrum E konkurrierende Konzessionsgesuche zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit einzubeziehen und über diesen eine neue Sachentscheidung zu treffen haben.

Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auch auf den – wenngleich in einem anderen Konnex ergangenen – Schlussantrag der EuGH-Generalanwältin Sharpston vom 9. März 2017 zu C-685/15, insbesondere auf dessen RN 60[1]:

> "Article 6(1) of the ECHR requires that the determination of a criminal charge against an accused party be undertaken 'by an independent and impartial tribunal established by law'. Given the ex officio nature of the assessment to be carried out by the national administrative courts in Austria, it is likely that, at least in cases of any complexity, those courts will need to have recourse to the opinion of one or more experts in order to reach

[1] Die offizielle deutsche Übersetzung lautet: „*Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK muss die gegen einen Angeklagten erhobene strafrechtliche Anklage ‚von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht' verhandelt werden. Da die nationalen Verwaltungsgerichte in Österreich ihre Prüfung von Amts wegen durchführen müssen, ist es wahrscheinlich, dass sie zumindest in Fällen mit einem gewissen Schwierigkeitsgrad die Meinung eines oder mehrerer Sachverständiger werden einholen müssen, um sich ein vollständiges Bild machen zu können. Es ist meines Erachtens klar, dass auch diese Sachverständigen unabhängig und unparteiisch sein müssen. Sie müssen auch hinreichend qualifiziert sein, damit sie kontroverse Standpunkte beurteilen und darüber berichten können. Schließlich sollen sie das Gericht bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben unterstützen. Bei der Prüfung der Unparteilichkeit hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hervorgehoben, dass dieses Erfordernis sowohl ein subjektives als auch ein objektives Kriterium beinhaltet. Wird auf Sachverständige aus den nationalen Verwaltungsdiensten zurückgegriffen, so besteht meines Erachtens zwangsläufig zumindest die Gefahr, dass sie das erste dieser Kriterien nicht erfüllen werden, und praktisch die Gewissheit, dass sie das zweite nicht erfüllen werden. Den nationalen Gerichten müssen folglich Sachverständige zur Verfügung stehen, die tatsächlich unabhängig und unparteiisch sind*."

> a concluded view. It is in my view clear that those experts too must be independent and impartial. They must also be sufficiently qualified to be able to assess, and report on, conflicting points of view. They are there, after all, to assist the court in performing its duties. In assessing impartiality, the Strasbourg Court has emphasised that that requirement has both a subjective and an objective element. In my view, there must be at least a risk that experts drawn from the national administrative services will fail to satisfy the first of these and almost a certainty that they will not meet the second. It follows that the national courts must have access to the services of experts who are truly independent and impartial."

Wenn § 10 Abs. 7 ApG vor diesem Hintergrund festlegt, dass zur Frage des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke (zwingend) ein Gutachten der österreichischen Apothekerkammer einzuholen ist, so dürfte sich diese Bestimmung wohl als unionsrechtswidrig erweisen, weil die Apothekerkammer kaum als ein unabhängiger Sachverständiger qualifiziert werden kann.

V.

Revision an den Verwaltungsgerichtshof

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig, weil im Zuge des vorliegenden Verfahrens im Hinblick auf die unter IV. dargestellte Judikatur keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Weder weicht nämlich die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes ab noch fehlt es an einer solchen Judikatur; zudem ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

Schließlich liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis kann eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Eine solche Beschwerde ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses – von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen – durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und einzubringen. Für die Beschwerde ist eine Eingabegebühr von 240 Euro zu entrichten.

Gegen dieses Erkenntnis kann innerhalb derselben Frist auch eine außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, die durch einen bevollmächtigen Rechtsanwalt abzufassen und beim Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich einzubringen ist; die Eingabegebühr von 240 Euro ist hingegen unmittelbar an den Verwaltungsgerichtshof zu entrichten.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich

Dr. G r o f