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-050096/24/Gf/Mu

Datum: Linz, 18. Dezember 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 nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter Dr. Grof über die Beschwerde der Mag. M R, vertreten durch RA Mag. S S, gegen den Bescheid des Bezirkshauptmannes von Linz-Land vom 26. Juli 2017, Zl. SanRB01-45-46/Km, wegen Abweisung eines Antrages auf Erteilung einer Konzession zur Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke nach dem Apothekengesetz (Mitbeteiligte Parteien: 1. Mag. Ü KG, vertreten durch RA Mag. K Ü; 2. Mag. M W; 3. Mag. S KG, vertreten durch RA Mag. L P; 4. Mag. G M, vertreten durch RA Dr. W V; 5. Mag. G G; 6. Mag. M N)

z u R e c h t :

I. Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Abs. 1 VwGG 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.

Vorgängiges Behörden- und Verwaltungsgerichtsverfahren

1. Mit Eingabe vom 30. Dezember 2013 beantragte die Rechtsmittelwerberin die Erteilung einer Konzession für die Errichtung und den Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke mit der Betriebsstätte „L, L“.

Über Aufforderung der Behörde wurde der begehrte Standort wie folgt konkretisiert:

> „Beginnend mit dem Kreisverkehr/Schnittstelle Wegscheiderstraße-Paschingerstraße, die Paschingerstraße entlang bis zur Kreuzung Tattenbachstraße-Rebhahnweg, den Rebhahnweg entlang bis ins Doblerholz und von dort Schnittstelle mit der Welserstraße, die Welserstraße entlang bis zur Schnittstelle mit der Wegscheiderstraße, diese entlang bis zum Ausgangspunkt. Die Straßenzüge sind immer beidseitig gedacht.“

2. Hierauf hat die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (im Folgenden auch: belangte Behörde) ein Stellungnahmeverfahren gemäß den §§ 48 ff des Apothekengesetzes (im Folgenden: ApG) durchgeführt.

In dessen Zuge haben die Erstmitbeteiligte Partei mit Telefax vom 27. Februar 2015, die Zweitmitbeteiligte Partei mit Schreiben vom 1. März 2015, die Drittmitbeteiligte Partei mit Schriftsatz vom 2. März 2015, die Viertmitbeteiligte Partei mit Eingabe vom 10. März 2015, die Fünftmitbeteiligte Partei mit Schreiben vom 23. März 2015 und die Sechstmitbeteiligte Partei mit e-mail vom 24. März 2015 jeweils einen Einspruch gemäß § 48 Abs. 2 ApG erhoben und diesen durchwegs damit begründet, dass für die beabsichtigte Neuerrichtung kein Bedarf i.S.d. § 10 ApG gegeben sei.

3. In ihrem Gutachten vom 4. Mai 2017, Zl. III-5/2/2-1342/17, kommt die Österreichische Apothekerkammer ebenfalls zu dem Ergebnis, dass ein entsprechender Bedarf nicht bestehe, weil einerseits das der Apotheke der Erstmitbeteiligten Partei (und jenes einer weiteren bestehenden, hier nicht verfahrensbeteiligten Apotheke) verbleibende Potential unter 5.500 Personen sinken, nämlich konkret nur mehr 1.919 Personen (1.246 ständige Einwohner und 673 zusätzlich zu versorgende Personen) betragen würde und keine besonderen örtlichen Verhältnisse i.S.d. § 10 Abs. 6a ApG vorlägen.

Zwecks Feststellung der ständigen Einwohner (Haupt- und Zweitwohnsitze) seien dabei sog. digitale Landkarten, die seitens des Unternehmens „G“ um speziell für die Österreichische Apothekerkammer programmierte Tools der Software „A V“,

Version 10.4.1 (Stand: September 2016) angereichert wurden, herangezogen worden.

Der Ermittlung der nach § 10 Abs. 5 ApG zu berücksichtigenden Personen – d.i. der sekundär maßgeblichen „Einwohnergleichwerte“ – sei eine (undatierte) Studie der Technischen Universität Wien („*Studie zur Ermittlung von Einwohnergleichwerten – Endbericht*“, im Folgenden auch kurz: „Einwohnergleichwerte“-Studie) zu Grunde gelegt worden. Diese basiere – zusammengefasst – auf einem sog. „multiplen Regressionsmodell“, das

a) ausgehend von der Ermittlung plausibel-valider Daten

b) einen Algorithmus („Regressionsmodell zur Umsatzschätzung“)

erstelle, bei dem anhand von 5 Einflussfaktoren („Hauptwohnsitze und Kaufkraft“ – „Nebenwohnsitze und Touristen“ – „Knoten des öffentlichen Verkehrs“ – „Einzelhandelsdichte und Beschäftigte“ – „Patientenfrequenz von Ambulanzen [Anm.: es fehlt „(öffentliche) Einrichtungen“ iSd § 10 Abs. 5 ApG]) mehr als 50% des Umsatzes von Apotheken plausibel erklärt und prognostiziert werden könnten, nämlich dahin, dass sich der Umsatz einer öffentlichen Apotheke regelmäßig wie prozentuell folgt zusammensetzt:

ständige Einwohner	≈	55%	
Kaufkraftindex	≈	7%	
Zweitwohnsitze + Touristen	≈	7%	
Einzelhandel + Beschäftigte	≈	12%	≈ 45%
Ambulanzen	≈	5%	
Öffentlicher Verkehr	≈	7%	
(Rest	≈	7%)	
Hausapotheken	≈	– 22%	

(Vergröbertes) Ergebnis dieser Studie sei also, dass der positive Teil des Umsatzes einer öffentlichen Apotheke zu ca. 55% von ständigen Einwohnern und zu ca. 45% durch „Einwohnergleichwerte“ determiniert wird, während bestehende Hausapotheken zu 22% als umsatzmindernd zu berücksichtigen sind.

Davon ausgehend würde

– der Apotheke der Erstbeschwerdeführerin ein Versorgungspotential von insgesamt 1.919 Personen (1.246 ständige Einwohner einerseits bzw. 73 Personen mit Zweitwohnsitz, 431 Beschäftigte sowie weitere 169 Personen als Einwohnergleichwerte andererseits),

– der Apotheke der Viertbeschwerdeführerin ein Versorgungspotential von 7.957 Personen (6.624 ständige Einwohner einerseits bzw. 275 Personen mit Zweitwohnsitz, 966 Beschäftigte sowie weitere 92 Personen als Einwohnergleichwerte andererseits) sowie

– der Apotheke einer hier nicht verfahrensbeteiligten Partei ein Versorgungspotential von insgesamt 3.318 Personen (2.979 ständige Einwohner einerseits bzw. 52 Personen mit Zweitwohnsitz, 153 Beschäftigte sowie weitere 134 Personen als Einwohnergleichwerte andererseits)

verbleiben.

Da auf Grund der geringen Entfernung zwischen der neu zu errichtenden Apotheke einerseits und den bereits bestehenden Apotheken andererseits für die örtliche Wohnbevölkerung lediglich eine geringe Wegersparnis resultiere und das Versorgungspotential von zwei bereits bestehenden öffentlichen Apotheken deutlich unter die Mindestgrenze von 5.500 Personen fallen würde, weshalb jeweils deren Existenzgefährdung zu befürchten sei, lägen sohin auch keine besonderen örtlichen Verhältnisse vor, die eine Grenzunterschreitung in diesem Ausmaß rechtfertigen würde.

4. Unter Bezugnahme auf dieses Gutachten wurde der Antrag der Rechtsmittelwerberin vom 30. Dezember 2013 auf Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke schließlich mit Bescheid des Bezirkshauptmannes von Linz-Land vom 26. Juli 2017, Zl. SanRB01-45-46/Km, abgewiesen.

5. Gegen diesen ihr am 27. Juli 2017 zugestellten Bescheid richtet sich die vorliegende, am 25. August 2017 – und damit rechtzeitig – per Telefax eingebrachte Beschwerde.

Darin wird vorgebracht, dass die seitens der Österreichischen Apothekerkammer vorgenommene Ermittlung des den bereits bestehenden Apotheken verbleibenden Versorgungspotentials nicht nachvollziehbar erscheine, zumal vor noch nicht allzu langer Zeit einer in 500 Meter Entfernung gelegenen Apotheke – nämlich jener der Sechstmitbeteiligten Partei – eine entsprechende Neukonzession erteilt worden sei.

Im Übrigen sei in diesem Zusammenhang gänzlich unberücksichtigt geblieben, dass im Haus der von der Beschwerdeführerin beabsichtigten Betriebsstätte ein Ärztezentrum errichtet werden soll; dies würde das Vorliegen von besonderen örtlichen Verhältnissen i.S.d. § 10 Abs. 6a ApG begründen.

Davon abgesehen stelle sich zudem die Frage, ob die Neuregelung des § 10 Abs. 6a ApG überhaupt mit Unionsrecht vereinbar sei.

6. Die belangte Behörde hat von der Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung abgesehen und den do. Bezug habenden Akt dem Verwaltungsgericht des Landes

Oberösterreich (im Folgenden auch: LVwG OÖ) mit Schreiben vom 12. September 2017, Zl. SanRB01-45-46/Km, vorgelegt.

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.

Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung

1. Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde zu Zl. SanRB01-45-46/Km sowie im Wege der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung am 14. Dezember 2017, zu der RA Mag. S S als Vertreterin der Beschwerdeführerin, RA Mag. K Ü als Vertreter der Erstmitbeteiligten Partei, Mag. M W (Zweitmitbeteiligte Partei), RA Mag. L P als Vertreter der Drittmitbeteiligten Partei, RA Dr. W V als Vertreter der Viertmitbeteiligten Partei und Mag. M N (Sechstmitbeteiligte Partei) und die Sachverständigenzeugin Mag. K F erschienen sind.

Im Zuge dieser Beweisaufnahme ließ sich der oben unter I. dargestellte Sachverhalt als erwiesen sowie ergänzend feststellen, dass die Österreichische Apothekerkammer mit Bescheid vom 12. Dezember 2017, Zl. F-20/17, das Ansuchen jener (hier nicht verfahrensbeteiligten) Apotheke, deren Versorgungspotential nach dem oben unter Pkt. I.3. dargestellten Gutachten der Apothekerkammer (ebenfalls) unter 5.500 Personen sinken würde, auf Verlegung ihrer Betriebsstätte an die Adresse „L, L“ genehmigt hat; dieser mit Ende Jänner durchzuführende Betriebsstättenwechsel hat jedoch – wie die sachverständige Zeugin in der öffentlichen Verhandlung glaubhaft versichert hat – nicht die Auswirkung, dass deshalb das Versorgungspotential von zwei bereits bestehenden öffentlichen Apotheken im Falle der Konzessionserteilung an die Beschwerdeführerin nicht dennoch unter 5.500 Personen sinken würde.

Ergänzend wird das Verhandlungsprotokoll (ONr. 23 des hg. Aktes) zum integrierenden Bestandteil der Begründung dieser Entscheidung erklärt.

IV.

Rechtliche Beurteilung

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

1. Rechtslage

Soweit für den gegenständlichen Fall maßgeblich, ordnet das Apothekengesetz, RGBl 5/1907 i.d.g.F. BGBl I 127/2017 (ApG), Folgendes an:

> „§ 9. Der Betrieb einer öffentlichen Apotheke, welche nicht auf einem Realrechte beruht (radizierte, verkäufliche Apotheken), 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.
>
> § 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
>
> 1. .....
> 2. .....

> 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.
>
> (3) .....
>
> (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 berücksichtigten.
>
> (6) .....
>
> (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. .....
>
> (8) ....."

2. Zusammengefasst folgt daraus, dass gemäß 10 Abs. 1 Z. 2 ApG eine Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke u.a. dann zu erteilen ist, 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, sofern nicht besondere örtliche Verhältnisse eine Unterschreitung dieser Grenze gebieten.

3. Hierzu hat die Österreichische Apothekerkammer in ihrem Gutachten vom 4. Mai 2017, Zl. III-5/2/2-1342/17, und deren sachverständige Zeugin ergänzend in der öffentlichen Verhandlung des LVwG OÖ am 18. Oktober 2017 festgestellt, dass ein entsprechender Bedarf nicht besteht, weil das der Apotheke der Erstmitbeteiligten Partei (und jenes einer weiteren bereits bestehenden, hier nicht verfahrensbeteiligten Apotheke) verbleibende Kundenpotential unter 5.500 Personen sinken, nämlich konkret nur mehr 1.919 Personen (1.246 ständige Einwohner und 673 zusätzlich zu versorgende Personen) betragen wird und zudem keine besonderen örtlichen Verhältnisse i.S.d. § 10 Abs. 6a ApG vorliegen.

Diesen gutachterlichen Feststellungen ist die Beschwerdeführerin weder in der Sache und erst recht nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten; auch das Beschwerdevorbringen, dass an der in Aussicht genommenen Betriebsstätte ein Ärztezentrum eingerichtet werden soll, wurde in der öffentlichen Verhandlung in keiner Weise näher spezifiziert.

4. Vor diesem Hintergrund ist daher davon auszugehen, dass an der von der Beschwerdeführerin neu zu errichten intendierten öffentlichen Apotheke de facto kein Bedarf i.S.d. § 10 ApG besteht.

5. Da sich somit der angefochtene Bescheid des Bezirkshauptmannes von Linz-Land vom 26. Juli 2017, Zl. SanRB01-45-46/Km, nicht als rechtswidrig erweist, war die gegenständliche Beschwerde gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG als unbegründet abzuweisen.

V.

Revision an den Verwaltungsgerichtshof

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig, weil im Zuge des vorliegenden Verfahrens 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, unter I. und II. ausführlich dargestellten Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union ab noch fehlt es an einer solchen Judikatur; zudem ist diese auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

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

Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich

Dr. G r o f