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

LVwG-050057/63/Gf/Mu – 050060/3 Linz, 25. Juli 2018

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

Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich hat durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter Dr. Grof über die Beschwerden 1.) der Dr. E. K.-K. KG und 2.) der Mag. S. O.-P., beide vertreten durch RA Dr. W. V., sowie 3.) des Dr. S. M. und 4.) des Dr. M. K., beide vertreten durch RA Mag. M. L., gegen den Bescheid des Bezirkshauptmannes von Urfahr-Umgebung vom 1. September 2015, Zl. SanRB10-6-2012, wegen der Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in der Gemeinde X mit der voraussichtlichen Betriebsstätte „X“ an die Mitbeteiligte Partei Mag. J. B., vertreten durch RA Dr. E. B.-O.,

z u R e c h t e r k a n n t :

I. Die Beschwerden werden 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.

Behörden- und vorgängige Verwaltungsgerichtsverfahren; Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union

1. Mit Bescheid des Bezirkshauptmannes von Urfahr-Umgebung vom 1. September 2015, Zl. SanRB10-6-2012, wurde der Mitbeteiligten Partei auf Grund ihres am 15. November 2012 gestellten Antrages gemäß den §§ 3, 9 und 10 i.V.m. den §§ 48 bis 51 des Apothekengesetzes, RGBl 5/1907 (nunmehr i.d.F. BGBl 127/2017, im Folgenden: ApG), eine Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in X (Oberösterreich) mit der voraussichtlichen Betriebsstätte „X“ erteilt; unter einem wurden die dagegen eingebrachten Einsprüche (u.a.) der Erst- und Zweitbeschwerdeführerin sowie des Dritt- und des Viertbeschwerdeführers abgewiesen.

Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass die Mitbeteiligte Partei die persönlichen Voraussetzungen des § 3 ApG erfülle, die sachlichen Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 Z. 1 ApG (ständiger Berufssitz eines Arztes in der Gemeinde X) vorlägen und der Bedarf an der Neuerrichtung der Apotheke prinzipiell (und sohin auch im gegenständlichen Fall) gesetzlich zu vermuten sei. Diese Vermutung knüpfe allein an das Nichtvorliegen der Ausschlussgründe des § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG (und damit auch jene des § 10 Abs. 3, Abs. 3a und Abs. 3b ApG: ärztliche Hausapotheke) und des § 10 Abs. 2 Z. 2 ApG (Entfernung zur nächstgelegenen Apotheke weniger als 500 Meter) an, zumal der Ausschlussgrund des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG (weiterhin zu versorgende Personen) unionsrechtswidrig und damit nicht anzuwenden sei, soweit es sich – wie hier – um die Neuerrichtung einer Apotheke in einer ländlichen Gegend handelt.

2. Gegen diesen den Rechtsmittelwerbern jeweils am 3. September 2015 zugestellten Bescheid richten sich die vorliegenden, am 28. September 2015 bzw. am 30. September 2015 – und damit jeweils rechtzeitig – zur Post gegebenen Beschwerden der Erst- und der Zweitbeschwerdeführerin sowie des Dritt- und des Viertbeschwerdeführers an das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich (im Folgenden auch: LVwG OÖ).

Darin bringen die Erst- und die Zweitbeschwerdeführerin vor, dass die in der verfahrensgegenständlichen Region bereits bestehende Medikamentenversorgung für die Bevölkerung vollkommen ausreiche, zumal sowohl der Dritt- und der Viertbeschwerdeführer als auch ein weiterer in X niedergelassener Arzt über eine Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke verfügen. Darüber hinaus habe die belangte Behörde keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen, ob es sich hinsichtlich des Versorgungsgebietes tatsächlich um eine ländliche und abgelegene Gegend im Sinne der EuGH-Entscheidung vom Februar 2014, C-367/12, handelt und ob bzw. inwieweit sich dort Personen mit eingeschränkter Mobilität aufhalten.

Der Dritt- und Viertbeschwerdeführer wenden jeweils ein, dass der EuGH in seiner Entscheidung vom 13. Februar 2014 („Sokoll-Seebacher“) lediglich ausgesprochen habe, dass eine starre Regelung – wie ein nicht unterschreitbares Versorgungspotential von 5.500-Personen – dem EU-Recht widerspreche. Nachdem der innerstaatliche Gesetzgeber das ApG allerdings bislang noch nicht entsprechend geändert habe, müsse dieses nach wie vor ohne Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung angewendet werden. Außerdem ergebe sich aus dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer, dass eine der umliegenden öffentlichen Apotheken im Falle der Neuerteilung einer Konzession deutlich unter ein Versorgungspotential von 5.500 Personen fallen würde. Schließlich liege gegenständlich auch kein „ländliches Gebiet“ vor; würde dies zutreffen, dann wäre nämlich – mit Ausnahme der Städte – ganz Österreich als eine solche abgelegene Region anzusehen.

Daher wird jeweils beantragt, den angefochtenen Bescheid aufzuheben.

3. Die belangte Behörde hat diese Beschwerden dem LVwG OÖ mit Schreiben vom 5. November 2015 bzw. vom 18. November 2015 vorgelegt.

4. Zum Zeitpunkt der Erlassung der hier angefochtenen Entscheidung stellte sich die maßgebliche Rechtslage wie folgt dar:

4.1. Gesetzliche Regelung

4.1.1. In systematischer Hinsicht unterschied (bzw. unterscheidet) das ApG zunächst im Wesentlichen vier verschiedene Typen öffentlicher, d.h. für den allgemeinen Verkehr bestimmter (vgl. § 1 ApG) Apotheken, nämlich:

- Konzessionierte Apotheken, d.h. solche, deren Betrieb nur auf Grund einer vorangehenden behördlichen Bewilligung zulässig ist (vgl. §§ 9 ff ApG);

− Realapotheken, die verkäuflich sind (in dieser Form aber nicht mehr neu begründet werden können) und zu deren Betrieb lediglich eine behördliche Genehmigung hinsichtlich der persönlichen Eignung ihres Besitzers erforderlich ist (vgl. §§ 21 ff ApG);

− von Ärzten und Tierärzten geführte Apotheken (sog. "Hausapotheken"; vgl. §§ 28 ff ApG); sowie

− von Krankenanstalten geführte Apotheken (sog. "Anstaltsapotheken"; vgl. §§ 35 ff ApG).

4.1.2. Für den Regelfall der begehrten Erteilung einer Bewilligung zum Betrieb einer im eben angeführten Sinne "Konzessionierten Apotheke" gemäß den §§ 9 ff ApG sah die Bestimmung des § 10 ApG (seit ihrer Novellierung durch BGBl 362/1990 mit Wirkung ab 30. Juni 1990) als sachliche Voraussetzungen folgende Kriterien vor:

„§ 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. sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, oder

2. die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke weniger als 500 m beträgt oder

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

(3) Ein Bedarf gemäß Abs. 2 Z 1 besteht auch dann nicht, wenn sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke

1. eine ärztliche Hausapotheke und
2. eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die versorgungswirksam höchstens eineinhalb besetzten Vertragsstellen nach Abs. 2 Z 1 entspricht und in der Gemeinde keine weitere Vertragsstelle nach § 342 Abs. 1 ASVG von einem Arzt für Allgemeinmedizin besetzt ist.

(3a) In einem Zeitraum, während dessen ein Gesamtvertrag gemäß § 341 ASVG nicht besteht, besteht ein Bedarf gemäß Abs. 2 Z 1 dann nicht, wenn in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke weniger als zwei Ärzte für Allgemeinmedizin zum Zeitpunkt der Antragstellung ihren ständigen Berufssitz haben und sich dort eine ärztliche Hausapotheke befindet.

(3b) Bei der Prüfung gemäß Abs. 2 Z 1 sind bloß vorübergehende Vertragsstellen, die einmalig und auf höchstens 3 Jahre befristet sind, nicht zu berücksichtigen.

(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.

(6) Die Entfernung gemäß Abs. 2 Z 2 darf ausnahmsweise unterschritten werden, wenn es besondere örtliche Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung dringend gebieten.

(7) Zur Frage des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist ein Gutachten der österreichischen Apothekerkammer einzuholen. Soweit gemäß § 29 Abs. 3 und 4 Ärzte betroffen sind, ist auch ein Gutachten der Österreichischen Ärztekammer einzuholen.

(8) Als bestehende Apotheken im Sinne des Abs. 2 Z 2 und 3 gelten auch alle nach der Kundmachung BGBl. I Nr. 53/1998 rechtskräftig erteilten Konzessionen zur Er-richtung einer öffentlichen Apotheke."

4.1.3. In der Praxis erlangt(e) unter den in § 10 Abs. 1 und 2 ApG normierten und jeweils einen eigenständigen Ausschließungsgrund bildenden Genehmigungsvoraussetzungen das Kriterium des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG, wonach dann kein Bedarf an der Neuerrichtung einer konzessionierten Apotheke besteht, wenn dadurch das Versorgungspotential einer bereits bestehenden Apotheke auf unter 5.500 Personen absinken würde, regelmäßig essentielle Bedeutung.

Zur näheren Determinierung des in dieser Bestimmung verwendeten, eine Prognoseentscheidung indizierenden unbestimmten Gesetzesbegriffes der "weiterhin zu versorgenden Personen" legt(e) zunächst § 10 Abs. 4 ApG ergänzend fest, dass darunter in erster Linie die in einem Umkreis von vier Straßenkilometern um die bestehende Apotheke lebenden ständigen Einwohner zu verstehen sind, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse weiterhin von dieser zu versorgen sein werden.

Wenn auf diese Weise das Versorgungspotential von 5.500 Personen (noch) nicht erreicht wird, waren (bzw. sind) darüber hinaus in einem weiteren Verfahrensschritt auch jene Personen zu ermitteln, die in diesem Gebiet – ohne ständige Einwohner zu sein – ihren Heilmittelbedarf auf Grund einer Beschäftigung, einer Inanspruchnahme von Einrichtungen und/oder einer Inanspruchnahme des Verkehrs decken (sog. "Einfluter").

Sollte schließlich selbst im Wege einer derartigen Ergänzung das Kriterium der 5.500 weiterhin zu versorgenden Personen nicht erfüllt werden können, dann stand (bzw. steht) damit aus der Sicht des Gesetzgebers allerdings gleichzeitig fest, dass kein Bedarf an einer neuen Apotheke gegeben und der dementsprechende Konzessionsantrag abzuweisen ist. Denn anders als in § 10 Abs. 6 ApG

(bezüglich des Mindestabstandes von 500 Metern) war eine analog flexible Regelung bezüglich der kritischen Grenze des der bestehenden Apotheke verbleibenden Versorgungspotentials gesetzlich nicht vorgesehen, sodass die Bestimmung des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG eine strikte Grenze der Bedarfsprüfung bildete.

4.2. Judikatur der innerstaatlichen Höchstgerichtliche – Verwaltungsgerichtshof (VwGH) und Verfassungsgerichtshof (VfGH)

In den vergangenen zwei Jahrzehnten ihrer bisherigen Geltung wurden diese unbestimmten Gesetzesbegriffe im Wege der Judikatur der Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts – v.a. des VwGH (die ihrerseits [auch] auf den richtungsweisenden Entscheidungen des VfGH vom 2. März 1998, G 37/97 u.a. [= VfSlg 15103/1998]; vom 14. Oktober 2005, G 13/05 u.a. [= VfSlg 17682/2005]; vom 26. Juni 2008, G 12/08 [= VfSlg 18513/2008]; und vom 10. Dezember 2009, G 224/09 [= VfSlg 18948/2009] fußt) – laufend erweitert, beispielsweise etwa dahin, dass

> − mehrere Konkurrenten, die jeweils die Voraussetzungen für eine Konzessionserteilung erfüllen, eine (weitere Interessenten gleichzeitig bis zum endgültigen Abschluss dieses Verfahrens präkludierende) Verfahrensgemeinschaft bilden (vgl. z.B. VwGH vom 21. Mai 2012, Zl. 2009/10/0078), wobei zwischen diesen – bei sonstiger Eignung und Gleichwertigkeit – letztlich ausschließlich das Kriterium der zeitlichen Priorität der jeweiligen Antragstellung entscheidet (vgl. z.B. VwGH vom 14. Juli 2011, Zl. 2006/10/0016);
>
> − bezüglich der ständigen Einwohner deren räumliche Nahebeziehung zu einer Apotheke primär anhand der Straßenentfernungen und der Erreichbarkeit (nicht mit öffentlichen Verkehrsmitteln, sondern) mit privaten Kraftfahrzeugen festzustellen ist (vgl. z.B. VwGH vom 20. November 2000, Zl. 2000/10/0108, und vom 26. März 2007, Zl. 2005/10/0123), wobei in diesem Zusammenhang nur ganzjährig für den mehrspurigen Kraftfahrzeugverkehr befahrbare Straßen heranzuziehen sind (vgl. z.B. VwGH vom 3. Juli 2000, Zl. 98/10/0161) und jeweils die kürzeste Wegstrecke (allenfalls in Bezug zur Straßenmitte) zu Grunde zu legen ist (vgl. z.B. VwGH vom 9. August 2006, Zl. 2003/10/0222); bei Entfernungen von wenigen hundert Metern kann allerdings demgegenüber dem Aspekt der leichteren fußwegigen Erreichbarkeit größeres Gewicht als jener mittels eines privaten Kraftfahrzeuges zukommen (vgl. z.B. VwGH vom 26. März 2007, Zl. 2005/10/0123), während andererseits bestimme Umstände – wie die Gefährlichkeit eines Weges, erhebliche Höhenunterschiede, eine Einbahnregelung, etc. – auch zu einer gegenteiligen Beurteilung führen können (vgl. z.B. VwGH vom 21. Mai 2008, Zl. 2006/10/0254); im Einzelfall ist sogar eine Aufteilung der in einem bestimmten Straßenzug oder der in einem einzelnen Haus lebenden Bevölkerung nach mehreren Apotheken geboten (vgl. z.B. VwGH vom 15. Februar 1999, Zl. 98/10/0090); eine rein mathematisch-aliquote Zuordnung (sog. "Divisionsmethode") ist als ultima-ratio-Lösung erst dann zulässig, wenn eine Aufteilung nach den Kriterien der örtlichen Nähe und Erreichbarkeit nicht möglich, zugleich aber offensichtlich ist, dass ein bestimmtes Kundenpotential zweifelsfrei von mehreren Apotheken aus versorgt wird (vgl. z.B. VwGH vom 13. November 2000, Zl. 99/10/0246);
>
> − eine dementsprechende Separation der Wohnbevölkerung stets dann zu erfolgen hat, wenn und soweit diese im Überschneidungsbereich der 4-km-Umkreise von zwei oder mehreren bestehenden bzw. neu zu errichtenden Apotheken lebt (vgl. z.B. VwGH vom 26. April 1999, Zl. 98/10/0426);
>
> − im Zusammenhang mit der Bedachtnahme auf Einfluter, d.h. bloß z.B. auf Grund einer Beschäftigung, einer Inanspruchnahme von Einrichtungen (wie etwa von Krankenanstalten, Ämtern, Heimen, Schulen, Bahnhöfen oder größeren Betrieben) oder einer Inanspruchnahme des Verkehrs (wie z.B. des öffentlichen Eisenbahn- oder Busverkehrs)

zweitweise im Versorgungsgebiet aufhältige Personen, die gemäß § 10 Abs. 5 ApG jeweils nach der Lage des Einzelfalles zu berücksichtigen sind, Erfahrungswerte oder allgemeine empirische Untersuchungsergebnisse herangezogen werden können (vgl. z.B. VwGH vom 21. Oktober 2009, Zl. 2008/10/0173); hierbei sind zukünftige Entwicklungen insoweit zu berücksichtigen, als ihre Auswirkungen mit Sicherheit vorherzusehen bzw. in naher Zukunft konkret absehbar und zu erwarten sind (vgl. z.B. VwGH vom 18. April 1994, Zl. 92/10/0477);

– die Verringerung des künftigen Versorgungspotentials der bestehenden Apotheke auch nur um 1 Kunden zur Versagung der Konzession führt, wenn dieses bereits vor der Einbringung des Neuantrages unter 5.500 Personen lag (vgl. z.B. VwGH vom 29. November 2011, Zl. 2005/10/0218);

– während der sog. "Sperrfrist" von zwei Jahren gemäß § 47 Abs. 2 ApG grundsätzlich kein weiterer Antrag auf Neuerteilung einer Konzession mehr eingebracht werden kann, es sei denn, dass eine wesentliche Veränderung in den für die frühere Entscheidung maßgebenden lokalen Verhältnissen eingetreten ist; ob dieses letztere Kriterium im konkreten Fall – insbesondere im Hinblick auf das der bestehenden Apotheke verbleibende Kundenpotential – erfüllt ist, ist von jener Behörde, die über den Konzessionsantrag zu entscheiden hat, jeweils anhand der im Zeitpunkt ihrer Entscheidung vorherrschenden Faktenlage zu beurteilen (vgl. z.B. VwGH vom 24. Februar 2011, Zl. 2010/10/0167).

Konkret führte diese aus einer Verbindung zwischen auf Grund weitgehend unbestimmter Begriffe offener Determinierung des Gesetzes und mangelnder Systematik der (notwendig einzelfallbezogenen) Judikatur gekennzeichnete Rechtslage in aller Regel dazu, dass

* ein Konzessionserteilungsverfahren schon auf Grund der Notwendigkeit der akribischen zahlenmäßigen Separation der Wohnbevölkerung nach mehreren konkurrierenden Apothekenbetreibern in Verbindung mit sich permanent ändernden faktischen Verhältnissen, der Neigung der Verfahrensparteien zur Erhebung von prozessverzögernden Einwendungen, dem Fehlen eines verfahrensrechtlichen Neuerungsverbotes und dem Abstellen auf den Zeitpunkt der Entscheidung regelmäßig eine unangemessen lange Dauer in Anspruch nimmt – was im Hinblick auf Art. 47 EGRC i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK als bedenklich erscheint;

* weitere Interessenten ihrerseits jedenfalls bis zur rechtskräftigen Erledigung eines schon anhängigen Verfahrens an einer eigenständigen Antragstellung in Bezug auf das betreffende Versorgungsgebiet gehindert sind, sodass das Kriterium der zeitlichen Priorität, insbesondere auch in Verbindung mit der Sperrfristregelung des § 47 Abs. 2 ApG, einen potentiellen Interessenten gleichsam zur Stellung von Anträgen "bloß auf Verdacht hin" zwingt, um sich auf diese Weise die zeitliche Erstrangigkeit zu sichern; dadurch können allerdings Interessenten, denen weder die bestehende lokale Verteilung der konzessionierten Apotheken noch der Umstand bekannt ist, bei welchen Behörden entsprechende Konzessionserteilungsverfahren bereits anhängig sind, sohin vornehmlich Angehörige anderer Mitgliedstaaten, möglicherweise unsachlich, d.h. durch nicht dem Unionsrecht – insbesondere dem Art. 49 AEUV – entsprechende Zielsetzungen benachteiligt werden;

* die Ermittlung der Zuordnung vor dem Hintergrund des Kriteriums der (selbst unter Heranziehung von § 10 Abs. 4 und 5 ApG – im Vergleich zur 500-Meter-Grenze [vgl. § 10 Abs. 6 ApG] – im Ergebnis absolut) starren 5.500-Personen-Grenze des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG in der Praxis vor allem deshalb nicht nur für die Behörden extrem aufwändig, sondern auch für die beteiligten (Alt- und Neu-)Apotheker völlig undurchschaubar ist, weil diesbezüglich einerseits auf den Zeitpunkt der Entscheidung abzustellen ist, andererseits aber keine zweckentsprechenden verfahrensrechtlichen Möglichkeiten (wie Neuerungsverbot, verbindliche Erklärung eines "Schlusses der Verhandlung"; prozessualer Vergleich etc.) bestehen (sodass sich die Erhebung von kontradiktorischen Einwendungen durch die

Verfahrensparteien sowie dadurch jeweils bedingte Gutachtensergänzungen [überspitzt formuliert] nahezu ad infinitum fortsetzen);

* die maßgebliche Rechtslage für den Durchschnittsbürger, insbesondere aber auch für einen durchschnittlichen – allenfalls zudem einem anderen Mitgliedstaat angehörigen – Interessenten an einer Konzessionserteilung nur mit einem überproportionalen Aufwand rekonstruierbar ist, der einem rechtsstaatlichen Standard an die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit generell-abstrakter Normen – wie dieser von Art. 16 EGRC offenbar vorausgesetzt wird – nicht entsprechen dürfte.

4.3. Unionsrecht und Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH)

Nach Art. 49 AEUV sind Beschränkungen der freien Niederlassung – worunter auch die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen fallen – ebenso wie solche der freien Dienstleistung gemäß Art. 56 AEUV von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates grundsätzlich verboten bzw. anders gewendet: im hier maßgeblichen Zusammenhang nur insoweit zulässig, als solche Beschränkungen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt und zugleich geeignet sind, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, sowie gleichzeitig nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist (vgl. z.B. EuGH vom 10. März 2009, C-169/07 [Hartlauer], RN 44).

4.3.1. Mit Blick auf den vorliegenden Fall hat der EuGH davon ausgehend bereits in seinem Urteil vom 1. Juni 2010, C-570/07 (Blanco Perez), betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen zur Rechtslage nach dem spanischen Apothekenrecht festgestellt, dass

− unter den vom AEUV geschützten Gütern und Interessen das Leben und die Gesundheit von Menschen den höchsten Rang einnimmt, es allerdings Sache der einzelnen Mitgliedstaaten ist, das Niveau, auf dem dieser Schutz eingeräumt werden soll, jeweils selbst zu bestimmen, wobei ihnen in diesem Zusammenhang ein Wertungsspielraum zukommt (RN 44);

− das Unionsrecht, insbesondere Art. 168 Abs. 7 AEUV i.V.m. der Richtlinie 2005/36, zwar die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung der Organisation sozialer Dienste grundsätzlich unberührt lässt, diese jedoch hierbei die Grundfreiheiten insoweit beachten müssen, als ungerechtfertigte Beschränkungen derselben unzulässig sind (RN 43);

− sich die Übergangsvorschrift des Art. 45 Abs. 5 der Richtlinie 2005/36 ihrem Inhalt nach nicht auf die Frage der territorialen Verteilung von Apotheken bezieht, sodass dieser Aspekt in vollem Umfang den allgemein aus dem AEUV resultierenden Geboten und Beschränkungen unterliegt (RN 46 bis 51);

− Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, wie diese im spanischen Recht vorgesehen sind (Konzessionssystem, Begrenzung auf 1 Dienstleister pro 2.800 Einwohner und Mindestentfernung von 250 Metern), durch das Ziel einer sicheren und qualitativ hochwertigen Heilmittelversorgung grundsätzlich gerechtfertigt sind (RN 63 bis 66);

− dass angesichts des konstatierten Wertungsspielraumes (RN 44) das spanische Konzessionssystem auch nicht a priori ungeeignet ist, dieses Ziel zu erreichen (RN 68 f);

− dass es der Judikatur des EuGH entspricht, dass Gesundheitseinrichtungen Gegenstand von Planungen derart sein können, dass neue Leistungserbringer an die Erteilung einer vorangehenden Erlaubnis gebunden werden, sofern sich ein derartiges System zur Lückenschließung bzw. Regulierung dahin, eine Konzentration in Ballungsgebieten ebenso wie eine Unterversorgung ländlicher Regionen zu vermeiden, als unerlässlich erweist (RN 70 bis 76), und dass sich davon ausgehend das spanische System als zur Zielerreichung grundsätzlich geeignet darstellt (RN 78 und 84), insbesondere, wenn man berücksichtigt, dass mindestens einmal jährlich ein Verfahren zur Erteilung von Neukonzessionen durchgeführt wird (RN 91) und hierbei bisher konzessionslose Apotheker den Vorrang genießen (RN 92 f);

− dass hinsichtlich der Frage, ob durch dieses System die Zielerreichung nicht bloß punktuell, sondern auch kohärent und systematisch gewährleistet ist, darauf hinzuweisen ist, dass die spanische Regelung auch entsprechende Anpassungsmaßnahmen vorsieht, um die Auswirkungen der 2.800-Einwohner- und der 250-Meter-Grundregel jeweils entsprechend abzumildern (RN 98 bis 101);

− dass ein bloßes "Mindestzahlensystem" zwar weniger einschneidend wäre, es allerdings noch innerhalb des Wertungsspielraumes des jeweiligen Mitgliedsstaates liege, sich für oder gegen ein solches System zu entscheiden (RN 105 ff);

− dass allerdings Art. 49 AEUV einer nationalen Regelung entgegensteht, die sich faktisch dahin auswirkt, dass die Errichtung einer hinreichenden Anzahl von Apotheken zur Garantie eines angemessenen pharmazeutischen Dienstes nicht gewährleistet ist (RN 114); sowie

− dass darin, dass durch die Normierung persönlicher Zugangsvoraussetzungen solche Apotheker, die ihre Tätigkeit bisher im Gebiet des Mitgliedsstaates ausgeübt haben, de facto begünstigt werden, eine Diskriminierung von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten liegt, die auch nicht dadurch gerechtfertigt werden kann, dass Apotheker stets sofort einsetzbar sein müssen (RN 119 bis 125).

4.3.2. Darüber hinaus hat der EuGH in diesem Urteil in verfahrensrechtlicher Hinsicht insbesondere betont, dass

ein Antrag auf Vorabentscheidung auch dann zulässig ist, wenn zwar ausschließlich Angehörige des Mitgliedsstaates als Prozessparteien des Ausgangsverfahrens fungieren, sodass damit de facto kein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, davon abgesehen aber die erbetene Auslegung des Unionsrechts in einem Zusammenhang mit der Realität bzw. dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht (also nicht rein hypothetischer Natur ist) – wie dies z.B. zutrifft, wenn die Rechtmäßigkeit der nationalen Regelung von der Auslegung des Art. 49 AEUV durch den EuGH abhängt –, und die Antwort des EuGH dem nationalen Gericht entweder deshalb von Nutzen ist, weil einem Inländer kraft nationalem Recht dieselbe Position wie dem Angehörigen eines anderen Mitgliedsstaates kraft Unionsrechts zukommt oder weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch die Mitglieder anderer Mitgliedsstaaten ein Interesse an der Erlangung der entsprechenden nationalen Bewilligung (konkret: zum Betrieb einer Apotheke) haben (RN 34 bis 41).

4.3.3. Davon ausgehend hatte schon der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (nunmehr: das LVwG OÖ) am 24. Juli 2012, VwSen-590223/145/Gf/Rt u.a., gemäß Art. 267 AEUV einen Antrag auf Vorabentscheidung an den EuGH gestellt und diesen u.a. wie folgt begründet:

„1. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des EuGH sowie angesichts des Umstandes, dass es keineswegs ausgeschlossen erscheint, dass auch Angehörige anderer Mitgliedstaaten ein Interesse an der Erteilung einer Neukonzession haben könnten – vorausgesetzt, die nationale Rechtslage und faktische Bedarfssituation wäre für diese jeweils durchschaubar –, erhebt sich damit in den beim Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich anhängigen Ausgangsfällen die Frage, ob die dem österreichischen Apothekengesetz zu Grunde liegende Systematik generell bzw. hinsichtlich ihrer konkreten Ausgestaltung mit den Grundsätzen des Unionsrechts vereinbar ist.

1.1. Bedenken ergeben sich in diesem Zusammenhang ..... zunächst dahin, ob der Umstand, dass eine Konkretisierung des im Zuge der Entscheidung über einen Antrag auf Neuerteilung einer Konzession in erster Linie essentiellen Kriteriums des Bedarfes nicht im Gesetz (nämlich dem § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG – allenfalls i.V.m. § 10 Abs. 4 und 5 ApG) selbst erfolgt, sondern einer höchst kasuistischen und zudem ex ante nur schwer vorhersehbaren höchstgerichtlichen Rechtsprechung überlassen wird, sowohl mit den demokratisch-rechtsstaatlichen Anforderungen, wie sie dem Art. 16 EGRC offensichtlich zu Grunde liegen, als auch mit dem unionsrechtlichen Transparenzgebot des Art. 49 AEUV (vgl. dazu z.B. EuGH vom 9. September 2010, C-64/08 [Engelmann], RN 49) vereinbar ist.

1.2. Selbst wenn dies zu bejahen wäre, erhebt sich davon ausgehend dennoch die Frage, ob die für diese Bedarfsprüfung in § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG konkret festgelegte starre Grenze von 5.500 Personen, hinsichtlich der (im Gegensatz zum Kriterium der 500-Meter-Grenze des § 10 Abs. 2 Z. 2 ApG) keine Möglichkeit des Abweichens von der Grundregel gesetzlich vorgesehen ist, in der Praxis auch tatsächlich eine kohärente Zielerreichung i.S.d. RN 98 bis 101 des EuGH-Urteils vom 1. Juni 2010, C-570/07, gewährleistet.

1.3. Schließlich bleibt nach Ansicht des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich zu klären, ob dann, wenn die Bestimmung des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG zwar dem Grunde nach mit Art. 49 AEUV vereinbar wäre, angesichts der aus dieser Regelung infolge der Judikatur der nationalen Höchstgerichte resultierenden weiteren Detailkriterien – wie zeitliche Priorität der Antragstellung; Präklusion späterer Interessenten durch das laufende Verfahren; zweijährige Sperrfrist bei Antragsabweisung; Kriterien zur Ermittlung der "ständigen Einwohner" einerseits und der "Einfluter" andererseits sowie zur Separation des Kundenpotentials bei Überschneidung des 4-km-Umkreises von zwei oder mehr Apotheken; etc. – in der Praxis regelmäßig noch eine vorhersehbare und berechenbare Vollziehung dieser Bestimmung innerhalb angemessener Frist (Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC) möglich und damit auch deren konkrete Eignung im Hinblick auf die Notwendigkeit der Kohärenz der Zielerreichung gegeben oder de facto nicht vielmehr ein angemessener pharmazeutischer Dienst nicht gewährleistet ist oder eine Diskriminierung zwischen Inländern und Angehöriger anderer Mitgliedstaaten vorliegt (vgl. EuGH vom 1. Juni 2010, C-570/07, RN 98 bis 101 sowie 114 bis 125).

2. Weil diese Problemfelder bislang – soweit ersichtlich – inhaltlich noch nicht geklärt wurden und prozessuale Hindernisse (insbesondere im Hinblick auf die RN 34 bis 41 des EuGH-Urteils vom 1. Juni 2010, C 570/07) aus h. Sicht nicht entgegen stehen dürften (zur grundsätzlichen innerstaatlichen Anerkennung des Verbotes der Diskriminierung im Zuge der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht vgl. jüngst auch VfGH vom 6. Oktober 2011, G 41/10, m.w.N.), erlaubt sich daher der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich, im Wege seines nach der Geschäftsverteilung hierfür zuständigen Mitgliedes dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

> 2.1. Steht das Legalitätsgebot des Art. 16 EGRC und/oder das Transparenzgebot des Art. 49 AEUV einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen Bestimmung des § 10 Abs. 2 Z. 3 Apothekengesetz, die das Kriterium des Bedarfes an der Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke nicht zumindest in den essentiellen Grundzügen schon im Gesetz selbst regelt, sondern die Konkretisierung maßgeblicher Teile ihres Inhalts der innerstaatlichen Judikatur überlässt, entgegen, weil dadurch nicht ausgeschlossen werden kann, dass bestimmten inländischen Interessenten sowie diesen insgesamt gegenüber den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten ein maßgeblicher Wettbewerbsvorteil entsteht?

2.2. Für den Fall, dass diese erste Frage zu verneinen ist:

Steht Art. 49 AEUV einer nationalen Regelung wie § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG, die für das essentielle Kriterium der Bedarfsprüfung eine starre Grenze von 5.500 Personen festlegt, hinsichtlich der im Gesetz keine Möglichkeit eines Abweichens von dieser Grundregel vorgesehen ist, entgegen, weil dadurch de facto eine kohärente Zielerreichung i.S.d. RN 98 bis 101 des EuGH-Urteils vom 1. Juni 2010, C-570/07, nicht (ohne Weiteres) gewährleistet erscheint?

2.3. Für den Fall, dass auch die zweite Frage zu verneinen ist:

Steht Art. 49 AEUV und/oder Art. 47 EGRC einer Regelung wie § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG, aus der infolge der Judikatur der nationalen Höchstgerichte zur Frage der Bedarfsprüfung weitere Detailkriterien – wie zeitliche Priorität der Antragstellung; Sperrwirkung des laufenden Verfahrens für spätere Interessenten; zweijährige Sperrfrist bei Antragsabweisung; Kriterien zur Ermittlung der "ständigen Einwohner" einerseits und der "Einfluter" andererseits sowie zur Separation des Kundenpotentials bei Überschneidung des 4-km-Umkreises von zwei oder mehr Apotheken; etc. – resultieren, entgegen, weil dadurch eine vorhersehbare und berechenbare Vollziehung dieser Bestimmung innerhalb angemessener Frist nicht als Regelfall ermöglicht wird und deshalb (vgl. EuGH vom 1. Juni 2010, C 570/07, RN 98 bis 101 sowie 114 bis 125) deren konkrete Eignung im Hinblick auf die Notwendigkeit der Kohärenz der Zielerreichung als nicht gegeben und/oder ein angemessener pharmazeutischer Dienst als de facto nicht gewährleistet und/oder eine tendenzielle Diskriminierung von inländischen Interessenten untereinander oder zwischen diesen und anderen Mitgliedstaaten angehörenden Interessenten konstatiert werden kann?“

4.3.4. Mit Urteil vom 13. Februar 2013, C-367/12 (Sokoll-Seebacher I), hatte sodann der EuGH entschieden, dass

„Art. 49 AEUV, insbesondere das Gebot der Kohärenz bei der Verfolgung des angestrebten Ziels, ... dahin auszulegen [ist], dass er einer mitgliedstaatlichen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen, die als essentielles Kriterium bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine starre Grenze von ‚*weiterhin zu versorgenden Personen*‘ festlegt, entgegensteht, weil die zuständigen nationalen Behörden keine Möglichkeit haben, von dieser Grenze abzuweichen, um örtliche Besonderheiten zu berücksichtigen.“

Begründend hat der Gerichtshof dazu u.a. ausgeführt, dass

– er deshalb, weil sich die Vorlagefragen des LVwG OÖ nur auf die Niederlassungsfreiheit beziehen und Art. 16 EGRC insoweit auf Art. 49 AEUV verweist, § 10 ApG nur an Art. 49 AEUV (und hier nicht auch an Art. 16 EGRC) zu messen hat (RN 23);

– ein System der vorangehenden behördlichen Genehmigung der Zulassung neuer Leistungserbringer im Gesundheitswesen dann mit Art. 49 AEUV vereinbar ist, wenn a) dadurch Lücken im Zugang zu solchen Leistungen geschlossen und Doppelversorgungsstrukturen vermieden werden, b) dadurch die Gesundheitsversorgung den Bedürfnissen der Bevölkerung angepasst ist, c) diese Versorgung das gesamte Hoheitsgebiet abdeckt und d) auch geographisch isolierte oder sonst benachteiligte Regionen mit einbezogen sind (RN 24);

– die in § 10 ApG normierten Kriterien zur Ermittlung, ob es an einem Bedarf für einen zusätzlichen Leistungserbringer fehlt – nämlich: die Zahl der bereits bestehenden Apotheken, die Entfernungen zwischen diesen und der neu zu errichtenden Apotheke sowie die von den bestehenden Apotheken weiterhin zu versorgenden ständigen Einwohner oder Personen, die einen bestimmten Bezug zu diesem Gebiet aufweisen –, hinreichend objektiv sind (RN 29 bis 32); denn sie können von Interessierten im Vorhinein ermittelt werden (RN 34) und sind auch nicht als diskriminierend anzusehen (RN 35 ff), da das Vorliegen eines Bedarfes grundsätzlich vermutet wird und daher nicht vom Bewerber nachgewiesen werden muss (RN 36);

– es grundsätzlich Sache des nationalen Gerichts ist, zu beurteilen, ob die nationale Regelung geeignet ist, das mit dem System der Zugangsbeschränkung verfolgte Ziel auch tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen (RN 40), wobei darauf Bedacht zu nehmen ist, dass bei Voraussetzungen wie „Bevölkerungsdichte“ und „Mindestentfernung“ in dünn besiedelten Regionen unter Umständen bestimmten Personen ein angemessener Zugang zu pharmazeutischen Diensten vorenthalten werden könnte (RN 41 u. 42);

– § 10 ApG jedoch einerseits Personen nicht angemessen berücksichtigt, die nicht im Versorgungsgebiet einer bereits bestehenden Apotheke wohnen, sondern bloß durch ihre Beschäftigung oder Benützung eines Verkehrsmittels in dieses Gebiet „einfluten“ (RN 45), denn unter diesen Personen können sich auch solche mit einer eingeschränkten Mobilität befinden, die aber gerade dringend und häufig Arzneimittel benötigen (RN 46); gleichzeitig würde aber durch die im Interesse jener Personen, die im Gebiet der künftigen Apotheke wohnen, beantragte Neuerrichtung die Zahl der von der bereits bestehenden Apotheke aus zu versorgenden Personen zwangsläufig – und allenfalls sogar unter 5.500 – sinken; damit kommt es bei der Bedarfsprüfung im Ergebnis aber nicht auf die Möglichkeit des Zugangs zu Apothekendienstleistungen im „Neugebiet“, sondern in Wirklichkeit darauf an, ob die Zahl der verbleibenden Einfluter dazu ausreicht, um für die bestehende Apotheke den durch die Neuerrichtung resultierenden Abgang auszugleichen (RN 47 bis 49);

– die Anwendung des in § 10 ApG normierten Kriteriums der „weiterhin zu versorgenden Personen“ sohin nicht zu gewährleisten vermag, dass auch für jene Menschen, die in abgelegenen oder ländlichen Regionen wohnen, ein gleicher und angemessener Zugang zu Apothekendienstleistungen sichergestellt ist (RN 50);

– Art. 49 AEUV daher einer Regelung wie § 10 ApG, die als essentielles Kriterium für die Bedarfsprüfung eine starre Grenze von weiterhin zu versorgenden Personen festlegt, entgegensteht, weil die Behörden unter Bindung an eine derartige Rechtsgrundlage örtliche Besonderheiten nicht adäquat berücksichtigen können (RN 51).

4.3.5. Davon ausgehend hatte das LVwG OÖ mit Erkenntnis vom 21. Februar 2014, LVwG-050006/8/Gf/Rt, der Beschwerdeführerin jenes Anlassverfahrens gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG stattgegeben und den angefochtenen Bescheid aufgehoben.

Begründend wurde dazu ausgeführt, dass (zumindest bislang) gesetzlich nicht normiert ist, wie von einem Gericht im fortgesetzten Verfahren vorzugehen ist, wenn der EuGH auf dessen Vorlageantrag hin eine nationale Rechtsvorschrift als unionsrechtswidrig erklärt hat.

Auf Basis dieser Regelungslücke habe der VfGH in einer ähnlich gelagerten Konstellation wie der hier vorliegenden in seiner Entscheidung vom 6. Oktober 2011, G 41/10 (die in der Folge mit dem Erkenntnis vom 15. Dezember 2011, G 61/10, bestätigt wurde), die Meinung vertreten, dass sich

„die Annahme des Verfassungsgerichtshofes, dass hinsichtlich der Bedarfsprüfung für Ambulatorien aufgrund der in Prüfung gezogenen Bestimmung des KAKuG bis zum In-Kraft-Treten der Neuregelung am 19. August 2010 eine Rechtslage vorlag, die dazu führte, dass inländische Bewilligungssachverhalte in unsachlicher Weise schlechter behandelt werden als in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallende Sachverhalte, ... angesichts der begrenzten zeitlichen Geltungsdauer dieser Rechtslage im Ergebnis als nicht zutreffend“

erwiesen hat. Zwar hätten

„Urteile des EuGH, die aussprechen, dass unmittelbar anwendbares Unionsrecht einer innerstaatlichen Norm entgegensteht, ... die Wirkung, dass die betreffenden Teile der nationalen Rechtsordnung wegen Verstoßes gegen unionsrechtliche Bestimmungen künftig unangewendet zu bleiben haben, sodass eine nach innerstaatlichen Maßstäben an sich verfassungskonforme Rechtslage im Gefolge des Urteils des EuGH nur mehr auf Sachverhalte, die nicht vom Vorrang des Unionsrechtes betroffen sind, weiterhin anzuwenden ist. Ein solches Urteil des EuGH kann daher mit seiner Erlassung in diesem Restanwendungsbereich im Ergebnis eine sogenannte 'Inländerdiskriminierung' bewirken. ..... Ein Urteil des EuGH kann also auf jedwedem Rechtsgebiet eine ..... beachtliche Anzahl von rein inlandsbezogenen Folgefällen provozieren, die im Falle der erfolgreichen Geltendmachung einer nunmehr eingetretenen Verfassungswidrigkeit der Norm dazu führen können, dass aufgrund der Anlassfallwirkung eines das Gesetz aufhebenden Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes gemäß Art. 140 Abs. 7 zweiter Satz B-VG Bewilligungen ohne die Berücksichtigung von im öffentlichen Interesse bestehenden Schranken des Gesetzes erlangt werden können, die bei Fortbestehen der früheren Rechtslage nicht hätten erteilt werden dürfen.“

Allerdings könne

„dieser Effekt ..... den öffentlichen Interessen zuwiderlaufen, wenn – wie hier – der in der Norm vorgesehene Erlaubnisvorbehalt zur Errichtung von Krankenanstalten an sich unionsrechtlich zulässig ist, aber nur in seiner konkreten Ausgestaltung als unionsrechtswidrig festgestellt wurde. In einem solchen Fall stehen dem Gesetzgeber nämlich im Allgemeinen mehrere Reaktionsmöglichkeiten unionsrechtskonformer Neuregelungen offen, einschließlich der Möglichkeit, den strittigen Erlaubnisvorbehalt – vorbehaltlich der unionsrechtlich erforderlichen Begleitmaßnahmen – beizubehalten. Eine geordnete Krankenanstaltenplanung dient der Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen medizinischen Versorgung und der Vermeidung einer erheblichen Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit, wie der EuGH in der Entscheidung 'Hartlauer Handelsgesellschaft mbH' (10.3.2009, Rs. C-169/07, ...) erneut ausdrücklich anerkannt hat (.....), und damit dem wichtigen öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Gesundheitswesen. In dieser Konstellation widerspricht ein zwischen der Verkündung des Urteils des EuGH und dem Zeitpunkt der Neuregelung durch den Gesetzgeber als Folge der Anlassfallwirkung einer Gesetzesaufhebung durch den Verfassungsgerichtshof entstehendes gesetzliches Vakuum dem jeweils der Norm zugrundeliegenden öffentlichen Interesse an einer geordneten Krankenanstaltenplanung, weil dadurch der Zugang zu Bewilligungen eröffnet werden kann, die weder nach alter Rechtslage noch nach einer (möglichen) unionsrechtskonformen neuen Rechtslage erteilt werden dürfen. Es besteht in einer Konstellation wie der hier vorliegenden daher ein erhebliches öffentliches Interesse an der grundsätzlichen Aufrechterhaltung des nationalen Regelungsregimes zumindest im überwiegend innerstaatlichen Restanwendungsbereich für jenen Zeitraum, der vom Gesetzgeber für eine (unionsrechtlich zulässige) Neuregelung benötigt wird. Dieses öffentliche Interesse vermag daher die aus (allein) unionsrechtlicher Ursache entstandene 'inländerdiskriminierende' Wirkung einer Norm vorübergehend, nämlich für die Dauer einer für die Neuregelung erforderlichen Übergangszeit, sachlich zu rechtfertigen. Was die Dauer eines solchen Zeitraums betrifft, so ist der in Art. 140 Abs. 5 B-VG zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke auch hier sinngemäß zu berücksichtigen. Im Interesse eines geordneten Gesetzgebungsprozesses ist daher – in einem Fall wie dem vorliegenden – die diskriminierende Wirkung einer Norm

> aus den genannten Gründen bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber vorübergehend für einen angemessenen Zeitraum hinzunehmen."

Eine solcherart entstandene Inländerdiskriminierung würde sich daher während eines „angemessenen Übergangszeitraumes" aus innerstaatlicher Sicht nicht als verfassungswidrig erweisen (vgl. auch VfGH vom 15. Dezember 2011, G 290/09).

Der VwGH habe sich dieser Rechtsansicht zunächst für Fallkonstellationen, in denen ein Gesetzesprüfungsverfahren beim VfGH anhängig war, angeschlossen (vgl. z.B. VwGH vom 20. März 2013, Zl. 2012/11/0046) und sie in der Folge (allerdings ohne nähere eigenständige Begründung, sondern unter bloßem Hinweis auf das vorzitierte VfGH-Erkenntnis vom 15. Dezember 2011, G 61/10) dahin verallgemeinert, dass die unionsrechtswidrigen Bestimmungen bei rein inlandsbezogenen Sachverhalten weiterhin anzuwenden sind (vgl. z.B. VwGH vom 23. Mai 2013, Zl. 2011/11/0029, und vom 24. Juli 2013, Zl. 2010/11/0195), nachdem dieser Gerichtshof schon zuvor unter Hinweis auf eine (deutsche) Literaturstelle gemeint habe (vgl. VwGH vom 17. April 2008, Zl. 2008/15/0064), dass

> „die Verdrängung von nationalem Recht durch Gemeinschaftsrecht ..... bloß jenes Ausmaß umfassen [darf], das gerade noch hinreicht, um einen gemeinschaftsrechtskonformen Zustand herbeizuführen. Dabei sind die gemeinschaftsrechtlichen Erfordernisse in das nationale Gesetz ‚hineinzulesen' (vgl. *Gosch*, ..., DStR 2007, 1553 [1555], der in diesem Zusammenhang auch von der ‚geltungserhaltenden Reduktion nationaler Normen' spricht)."

Ungeachtet der Frage, ob diese eher restriktive Sichtweise der nationalen Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts bezüglich des Grundsatzes des Vorranges des Unionsrechts ihrerseits unionsrechtskonform erscheint, sei für das gegenständliche Verfahren aber zunächst darauf hinzuweisen, dass dieses – bei grundsätzlich identischer Problemlage – von jenen Fallkonstellationen, die den vorerwähnten Entscheidungen des VfGH und des VwGH zu Grunde lagen, hinsichtlich maßgeblicher Parameter divergiere:

- Denn zum einen habe der EuGH – im Unterschied zu seinem (vom VfGH und vom VwGH jeweils zentral zur Begründung ihrer Ansicht herangezogenen) Urteil vom 10. März 2009, C-169/07 (Hartlauer) – hier unmissverständlich klargestellt, dass das in § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG normierte Bedarfsprüfungskriterium der „weiterhin zu versorgenden Personen" als solches (arg.: „*Art. 49 AEUV ..... ist dahin auszulegen, dass er ..... entgegensteht*") und nicht bloß hinsichtlich spezifischer Aspekte – und sohin nicht nur unter bestimmen Vorbehalten – dem Art. 49 AEUV widerspricht, wobei sich die hierfür vom EuGH gegebene Begründung nicht primär auf das Anlassverfahren bezieht, sondern vorrangig für den Gesetzgeber im Zuge der Erlassung einer Neuregelung von Interesse ist;

- In der Sache betreffe die vom EuGH konstatierte Unionsrechtswidrigkeit im gegenständlichen Fall zudem nicht bloß einen peripheren (vgl. dagegen VfGH vom 15. Dezember 2011, G 61/10, Pkt. I.2.5.: „*nur in seiner konkreten Ausgestaltung als unionsrechtswidrig festgestellt*“), sondern vielmehr geradezu den zentralen Aspekt des in § 10 ApG normierten Bedarfsprüfungsverfahrens, nämlich den Bestandsschutz für bereits bestehende Apotheken;

- Schließlich sei im vorliegenden Fall in prozessualer Hinsicht auch kein Gesetzesprüfungsverfahren gemäß Art. 140 B-VG anhängig (und wäre ein solcher, auf das Argument der Inländerdiskriminierung gegründeter Antrag im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes – vgl. wiederum VfGH vom 15. Dezember 2011, G 61/10 – überdies auch wenig erfolgversprechend), sodass auch – jedenfalls formal – keine bloß vorübergehende Unionsrechtswidrigkeit i.S.d. Art. 140 Abs. 5 und 7 B-VG vorliege.

Sei aber vor dem Hintergrund, dass der EuGH die Unionsrechtswidrigkeit des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG, der eine zentrale Voraussetzung der Marktzulassung in Form einer Bedarfsprüfung normiert, vorbehaltslos – und damit auch mit unmittelbarer sowie sofortiger Wirkung – festgestellt hat, zu konstatieren, dass eine entsprechende gesetzliche Regelung im österreichischen Recht für Fallkonstellationen wie die hier vorliegende nicht bestehe, so verbleibe im öffentlichen Interesse an einem geordneten Gesundheitswesen nur die Möglichkeit, die der Sache nach am ehesten adäquate verfahrensrechtliche Norm, nämlich Art. 140 B-VG, analog heranzuziehen.

Dabei sei jedoch darauf zu achten, dass öffentliche Interessen weder einseitig noch exklusiv bevorzugt werden, sondern – im Sinne einer möglichst effizienten Unionsrechtskonformität und eines möglichst effektiven Grundrechtsschutzes – auch auf die konträren Interessen der Konzessionswerber ausreichend Bedacht genommen wird; beispielsweise könne daher – anders als in den vom VfGH zu führenden Gesetzesprüfungsverfahren – die in Art. 140 Abs. 5 letzter Satz B-VG mit 18 Monaten objektiv besehen bereits extensiv festgelegte Frist schon im Hinblick auf eine angemessene Verfahrensdauer i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 EGRC nicht verabsolutierend als ein jedenfalls „*vorübergehend angemessener Zeitraum*“ (vgl. VfGH vom 15. Dezember 2011, G 61/10, Pkt. I.2.7.3.) erscheinen. Denn im Hinblick auf die für Vollzugsorgane grundsätzlich maßgebliche Entscheidungsfrist von 6 Monaten (vgl. z.B. § 73 AVG; § 34 VwGVG; § 284 BAO) sei vielmehr vorläufig kein zwingender Grund ersichtlich, weshalb diese für den Gesetzgeber wesentlich länger sein sollte, zumal in gewissen Konstellationen eine Unionsrechtswidrigkeitserklärung durch den EuGH nicht ganz unabsehbar sei.

Vor diesem Hintergrund komme im gegenständlichen Fall insbesondere dem Prinzip der Anlassfallwirkung maßgebliche Bedeutung zu:

Denn nach Art. 140 Abs. 7 zweiter Satz B-VG sei ein vom VfGH als verfassungswidrig erkanntes Gesetz zwar auf alle vor dessen Aufhebung verwirklichten Tatbestände, nicht jedoch auch auf den Anlassfall weiterhin anzuwenden; durch diesen Grundsatz werde der Betreiber des Ausgangsverfahrens u.a. vor einer ineffizienten Prozessführung geschützt.

Auf den vorliegenden Fall analog übertragen bedeute dies, dass die Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit des Bedarfsprüfungskriteriums des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG hier jedenfalls unmittelbare Wirksamkeit entfalte.

Lasse man sohin davon ausgehend die Bestimmung des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG (und damit auch die darauf aufbauenden Absätze 4, 5 und 7 des § 10 ApG) auf Grund des Vorranges des Unionsrechts (hier: des Art. 49 AEUV) außer Acht, so sei einerseits zu konstatieren, dass die Beschwerdeführerin die persönlichen Voraussetzungen des § 3 ApG und die sachliche Voraussetzung des § 10 Abs. 1 Z. 1 ApG (ständiger Berufssitz eines Arztes in der Gemeinde) erfülle sowie die Ausschlussgründe des § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG (und damit auch jene des § 10 Abs. 3, Abs. 3a und Abs. 3b ApG: ärztliche Hausapotheke) und des § 10 Abs. 2 Z. 2 ApG (Entfernung zur nächstgelegenen öffentlichen Apotheke weniger als 500 Meter) nicht vorliegen.

Insgesamt besehen komme daher die gesetzliche Vermutung des ApG, dass an der Neuerrichtung einer Apotheke prinzipiell ein entsprechender Bedarf besteht (so explizit der EuGH in seinem Urteil vom 13. Februar 2014, C 367/12, RN 28 u. 36), zum Tragen.

Davon ausgehend sei der Beschwerdeführerin daher die beantragte Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke zu erteilen gewesen.

4.3.6. Gegen dieses Erkenntnis hat die in jenem Verfahren mitbeteiligte Partei eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben.

4.3.7. Mit Erkenntnis vom 30. September 2015, Ro 2014/10/0081, hat der VwGH dieser Revision stattgegeben und das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich vom 21. Februar 2014, LVwG-050006/8/Gf/Rt, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Begründend hat der VwGH dazu unter Hinweis auf sein Erkenntnis vom 27. März 2014, 2013/10/0209, im Wesentlichen ausgeführt, dass das Urteil des EuGH vom 13. Februar 2014, C-367/12, so zu verstehen sei, dass § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG lediglich dann unangewendet zu lassen und die Konzession ohne Rücksicht auf eine allfällige Einschränkung des Kundenpotentials der benachbarten Apotheken auf unter 5.500 zu versorgende Personen zu erteilen ist, wenn die neu beantragte

Apotheke dazu erforderlich ist, um für die in bestimmten ländlichen und abgelegenen Gebieten wohnhafte Bevölkerung die zumutbare Erreichbarkeit einer Arzneimittelabgabestelle zu gewährleisten; ist aber die Erteilung der beantragten Konzession nicht bereits aus diesen Gründen unionsrechtlich geboten, so sei § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG – der in diesem Fall nach den Ausführungen des EuGH nicht unionsrechtswidrig sei – weiterhin anzuwenden.

Im Übrigen sei anzumerken, dass auf Grund der bisherigen Verfahrensergebnisse einerseits keinerlei Anhaltspunkte für eine Auswirkung der von der Konzessionswerberin beantragten Neuerrichtung einer Apotheke auf die Versorgungslage einer in ländlichen und abgelegenen Gebieten wohnhaften Bevölkerung bestünden; zudem sei andererseits von Vornherein auszuschließen, dass die Neuerrichtung der beantragten Apotheke zum Zweck der Gewährleistung eines zumutbaren Anfahrtsweges für die Bevölkerung eines bestimmten abgelegenen ländlichen Gebietes erforderlich ist.

4.3.8. Zwischenzeitlich hatte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in einer anderen Apothekenrechtssache mit Schriftsatz vom 8. Dezember 2014, LVwG-050013/35/Gf/Rt, beim EuGH einen weiteren Antrag gemäß Art. 267 AEUV mit folgender Vorlagefrage eingebracht:

> „Ist eine nationale Rechtslage, nach der einerseits innerstaatliche Verfahrensbestimmungen zur Regelung der Frage, wie ein Gericht in jenen bereits bei ihm anhängigen Fällen vorzugehen hat, die unter Bedachtnahme auf eine vom Gerichtshof der Europäischen Union als unionsrechtswidrig festgestellte Rechtsgrundlage abzuschließen sind, fehlen, andererseits jedoch eine vorbehaltslose Bindung dieses Gerichts an die Auslegung des Unionsrechts durch ein anderes nationales Gericht vorgesehen ist, mit Art. 267 AEUV und/oder allgemein mit dem Grundsatz des Vorranges des Unionsrechts (vgl. jüngst EuGH vom 11. September 2014, C-112/13 [ECLI:EU:C:2014:2195], RN 29) vereinbar?“

4.3.9. Diesbezüglich hat der EuGH in der Folge mit Beschluss vom 15. Oktober 2015, C-581/14 (Naderhirn), für Recht erkannt:

> „Das Unionsrecht ist dahin auszulegen, dass es einer nationalen Rechtslage entgegensteht, die zum einen dadurch gekennzeichnet ist, dass innerstaatliche Vorschriften zur Regelung der Frage fehlen, wie ein nationales Gericht in den bei ihm anhängigen Rechtssachen dem Umstand Rechnung zu tragen hat, dass nach einem Urteil des Gerichtshofs eine nationale Vorschrift als unionsrechtswidrig anzusehen ist, und zum anderen durch das Vorliegen innerstaatlicher Vorschriften, nach denen das fragliche Gericht vorbehaltlos an die Auslegung des Unionsrechts durch ein anderes nationales Gericht gebunden ist, sofern das fragliche nationale Gericht aufgrund einer solchen innerstaatlichen Rechtsvorschrift daran gehindert wäre, sicherzustellen, dass der Vorrang des Unionsrechts ordnungsgemäß gewährleistet wird, indem es im Rahmen seiner Zuständigkeiten alle hierfür erforderlichen Maßnahmen ergreift.“

Begründend wurde dazu u.a. ausgeführt,

– dass die nationalen Gerichte an die vom Gerichtshof nach Art. 267 AEUV vorgenommene Auslegung gebunden sind; es kommt ihnen jedoch zu, zu beurteilen, ob die Vorabentscheidung hinreichende Klarheit geschaffen hat oder ob eine erneute Befassung des Gerichtshofs notwendig ist (RN 28);

– dass sich aus dem Vorlageantrag ergibt, dass zwischen dem vorlegenden Verwaltungsgericht und dem Verwaltungsgerichtshof eine Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der Tragweite des Urteils Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68) besteht, das vorlegende Gericht jedoch den Gerichtshof nicht zu dessen Tragweite befragt hat (RN 29);

– dass hinsichtlich des Fehlens innerstaatlicher Vorschriften zur Regelung der Frage, wie ein nationales Gericht in den bei ihm anhängigen Rechtssachen dem Umstand Rechnung zu tragen hat, dass nach einem Urteil des Gerichtshofs eine nationale Vorschrift als unionsrechtswidrig anzusehen ist, aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH hervorgeht, dass die Mitgliedstaaten nach dem in Art. 4 Abs. 3 EUV niedergelegten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verpflichtet sind, die rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes gegen das Unionsrecht zu beheben und dass diese Verpflichtung jedem Organ des betreffenden Mitgliedstaats im Rahmen seiner Zuständigkeiten obliegt, woraus folgt, dass die Gerichte eines Mitgliedstaats im Rahmen ihrer Zuständigkeiten alle erforderlichen allgemeinen oder besonderen Maßnahmen zu ergreifen haben, damit die Unvereinbarkeit einer nationalen Vorschrift mit dem Unionsrecht behoben wird, und zwar auch dann, wenn es keine innerstaatlichen Vorschriften gibt, die regeln, wie ein nationales Gericht dieser Verpflichtung nachzukommen hat; nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat, gehalten, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste (RN 30 bis 33); sowie

– dass der EuGH hinsichtlich des Vorliegens innerstaatlicher Vorschriften, nach denen ein nationales Gericht vorbehaltlos an die Auslegung des Unionsrechts durch ein anderes nationales Gericht gebunden ist, bereits entschieden hat, dass es mit dem Unionsrecht nicht vereinbar ist, dass ein nationales Gericht nach einer nationalen Vorschrift an die rechtliche Beurteilung eines übergeordneten nationalen Gerichts gebunden ist, wenn diese Beurteilung des übergeordneten Gerichts nicht dem Unionsrecht in seiner Auslegung durch den Gerichtshof entspricht (RN 34); entspricht also die Beurteilung eines nationalen Gerichts nicht dem Unionsrecht, ist ein anderes nationales Gericht, das nach dem innerstaatlichen Recht vorbehaltlos an die Auslegung des Unionsrechts durch das erstgenannte Gericht gebunden ist, nach dem Unionsrecht verpflichtet, aus eigener Entscheidungsbefugnis die innerstaatliche Rechtsvorschrift unangewendet zu lassen, die von ihm verlangt, sich an die vom erstgenannten Gericht herangezogene Auslegung des Unionsrechts zu halten (RN 35), was u. a. dann der Fall wäre, wenn ein nationales Gericht aufgrund einer solchen innerstaatlichen Rechtsvorschrift, an die es gebunden ist, daran gehindert wäre, in den bei ihm anhängigen Rechtssachen dem Umstand, dass eine nationale Vorschrift nach einem Urteil des Gerichtshofs als unionsrechtswidrig anzusehen ist, angemessen Rechnung zu tragen und sicherzustellen, dass der Vorrang des Unionsrechts ordnungsgemäß gewährleistet wird, indem es alle hierfür erforderlichen Maßnahmen ergreift (RN 36).

4.3.10. Davon ausgehend hat das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich mit Schriftsatz vom 24. November 2015, LVwG-050006/29/Gf/JE/Mu, einen weiteren Antrag gemäß Art. 267 AEUV eingebracht und mit diesem folgende Fragen gestellt:

„Ist Art. 49 AEUV, insbesondere das Gebot der Kohärenz bei der Verfolgung des angestrebten Ziels, im Hinblick auf die bzw. unter Zugrundelegung der vom Gerichtshof der Europäischen Union in dessen Urteil vom 13. Februar 2014, C-367/12 („Sokoll-Seebacher“), im Tenor (bzw. in RN 51) getroffene Feststellung, dass eine mitgliedstaatlichen Regelung wie § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG, die als essentielles Kriterium bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine starre Grenze von weiterhin zu versorgenden (konkret: in einem Ausmaß von 5.500) Personen festlegt, entgegensteht,

a) dahin zu verstehen, dass der Umstand der Festlegung nicht bloß eines flexiblen Richt-, sondern eines exakten (d.h. eines ziffernmäßig bestimmten und somit im Wege der Auslegung nicht flexibilisierbaren) Grenzwertes diese Regelung gesamthaft besehen inkohärent und damit unionsrechtswidrig macht, weil die zuständigen nationalen Behörden damit generell keine Möglichkeit haben, von diesem Grenzwert abzuweichen, um örtliche Besonderheiten zu berücksichtigen (zumal ja die in RN 24 des vorangeführten Urteils aufgestellten Kriterien für eine kohärente und systematische Zielerreichung jeweils kumulativ vorliegen müssen) – mit der Folge, dass jenes Bedarfsprüfungskriterium innerstaatlich so lange nicht anzuwenden ist, bis dieses vom nationalen Gesetzgeber durch eine unionsrechtskonforme, flexiblere Regelung (etwa analog zu § 10 Abs. 6 ApG hinsichtlich der in § 10 Abs. 2 Z. 2 ApG festgelegten 500-Meter-Grenze) ersetzt wird?

oder

b) dahin zu verstehen, dass die in § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG normierte Festlegung nicht bloß eines flexiblen Richt-, sondern eines exakten (d.h. eines ziffernmäßig bestimmten und somit im Wege der Auslegung nicht flexibilisierbaren) Grenzwertes lediglich dann und insoweit unionsrechtswidrig ist, wenn bzw. als diese in einem konkreten Fall auf eine Sachverhaltskonstellation anzuwenden ist, in der auf Grund örtlicher Besonderheiten oder sonstiger faktischer Gegebenheiten tatsächlich deshalb ein Bedarf an der Neuerrichtung einer Apotheke besteht, weil anders für bestimmte Personen (insbesondere für sog. „Einfluter“, Neuzugezogene etc.) kein angemessener Zugang zu Arzneimitteln gewährleistet ist (vgl. RN 45 i.V.m. RN 50 des vorangeführten Urteils), selbst wenn dadurch das Versorgungspotential für eine oder mehrere bereits bestehende(n) Apotheke(n) künftig tatsächlich unter 5.500 Personen sinken sollte – mit der Folge, dass jenes Bedarfsprüfungskriterium bis zu einer klarstellenden Neuregelung durch den nationalen Gesetzgeber nur in solchen Konstellationen, jedoch gleichermaßen für ländliche, städtische oder sonstige Gebiete, nicht anzuwenden ist?

oder

c) dahin zu verstehen, dass die in § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG normierte Festlegung nicht bloß eines flexiblen Richt-, sondern eines exakten (d.h. eines ziffernmäßig bestimmten und somit im Wege der Auslegung nicht flexibilisierbaren) Grenzwertes nur dann und insoweit unionsrechtswidrig ist, wenn bzw. als diese in einem konkreten Fall auf eine Sachverhaltskonstellation anzuwenden ist, die sich auf eine ländliche und abgelegene Gegend bezieht, selbst wenn dadurch das Versorgungspotential für eine oder mehrere bereits bestehende(n) Apotheke(n) künftig tatsächlich unter 5.500 Personen sinken sollte – mit der Folge, dass jenes Bedarfsprüfungskriterium bis zu einer klarstellenden Neuregelung durch den nationalen Gesetzgeber nur dann nicht anzuwenden ist, wenn dies Auswirkungen auf die Bevölkerung in einem ländlichen und/oder abgelegenen Gebiet hat?“

Begründend wurde dazu ausgeführt, dass die vom EuGH in dessen Urteil vom 13. Februar 2014, C-367/12 (Sokoll-Seebacher I) getroffenen Feststellungen nach Ansicht des LVwG OÖ dahin zu verstehen sind, dass die Regelung der Bedarfsprüfung in der Form, wie diese – derzeit immer noch – in § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG festgelegt ist, nicht bloß in Sonderkonstellationen wie der beabsichtigten Neuerrichtung einer Apotheke in dünn besiedelten ländlichen Gebieten (dort freilich besonders!), sondern vielmehr ganz grundsätzlich dem Art. 49 AEUV widerspricht, weil

sie es infolge des darin normierten starren Grenzwertes von 5.500 Personen der Behörde (bspw. im Gegensatz zu § 10 Abs. 6 ApG, der im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung ein ausnahmsweises Unterschreiten der prinzipiell fixen 500-Meter-Entfernung durchaus zulässt!) nicht ermöglicht, Spezifika des konkreten Einzelfalles angemessen, nämlich zu Gunsten des kohärent anzustrebenden Primärzieles einer optimalen Heilmittelversorgung der Bevölkerung bzw. eines gleichen und angemessenen Zuganges zu Apothekendienstleistungen (dem gegenüber das Ziel des Bestandsschutzes bereits bestehender Apotheken wohl in den Hintergrund zu treten hat), zu berücksichtigen.

Nach Auffassung des LVwG OÖ hat der EuGH mit dem Abstellen auf ländliche und abgelegene Gegenden im „Sokoll-Seebacher I"-Urteil bloß eine besonders illustrative Beispielskonstellation zur Begründung seiner Feststellung, dass die Festlegung eines starren, nicht interpretativ flexibilisierbaren Grenzwertes eine adäquate Reaktion auf eine neu entstandene Bedarfslage nicht ermöglicht, gewählt, damit aber wohl nicht ausgeschlossen, dass das Ziel einer optimalen Heilmittelversorgung der Bevölkerung auch im städtischen Bereich eine gleichermaßen adäquate Flexibilität erfordert, selbst wenn dadurch der Bestandsschutz bestehender Apotheken (in aller Regel ohnehin nur geringfügig) beeinträchtigt werden sollte.

Eine solche Anpassungsmöglichkeit dürfte nämlich weder im ländlichen noch im städtischen Raum gegeben sein, wenn in § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG – nicht in Form eines bloßen Richt-, sondern eines fixen Grenzwertes – eine explizite – und damit im Wege der Auslegung schon a priori nicht variierbare – Personenzahl festgelegt ist: Indem auf diese Weise jede solche Verringerung des Kundenstocks bestehender Apotheken, aus der ein unter der 5.500-Personen-Grenze liegendes Quantum resultiert – und somit im Extremfall auch ein verbleibendes Kundenpotential von bloß 5.499 Personen –, ex lege zur Verneinung des Bedarfes führen muss (arg. „besteht nicht" in § 10 Abs. 2 ApG), können spezifische tatsächliche Gegebenheiten wie etwa ein dringendes öffentliche Interesse an einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung i.S.d. § 10 Abs. 6 ApG schon von vornherein nicht in eine solche Bedarfsbeurteilung einfließen. Dies kann vornehmlich in ländlichen und abgelegenen Gebieten zu einer verfälschten Bedarfsbeurteilung führen. In gleicher Weise ist aber auch in dichter besiedelten Gegenden keineswegs ausgeschlossen, dass faktisch selbst dann ein dringender Bedarf besteht, wenn sich der Kundenstock bestehender Apotheken auf weniger als 5.500 Personen verringert; konkret müsste etwa die beantragte Konzession für eine Neuapotheke z.B. versagt werden, wenn im Zuge der Neugestaltung eines Stadtviertels (Errichtung von Hochhäusern, Bahnhöfen, Einkaufszentren, etc.) für eine solche wegen der damit verbundenen Neuansiedlung, Einflutung usw. weiterer Personen zwar objektiv besehen durchaus ein zusätzlicher Versorgungsbedarf entsteht, dadurch jedoch gleichzeitig der Kundenstock von einer oder von mehreren bereits bestehenden Apotheke(n) auf (knapp) unter 5.500 Personen absinken würde.

Dass im Urteil vom 13. Februar 2014, C-367/12 (Sokoll-Seebacher I), die Hervorhebung von „dünn besiedelten ländlichen Regionen“ (bzw. eigentlich: von „Menschen mit eingeschränkter Mobilität“) – zudem in nahe liegender Anlehnung an das einschlägige EuGH-Vorjudikat vom 1. Juni 2010, C-570/07 (Blanco Pérez und Chao Gómez) – bloß paradigmatisch, nämlich zur Verdeutlichung der mit einer starren Grenze verbundenen Auswirkungen, erfolgte, dürfte sich schließlich auch daraus ergeben, dass im Tenor eine entsprechende Hervorhebung – wohl nicht zufällig – weggelassen wurde (vgl. nach RN 53):

> „Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Vierte Kammer) für Recht erkannt:
>
> Art. 49 AEUV, insbesondere das Gebot der Kohärenz bei der Verfolgung des angestrebten Ziels, ist dahin auszulegen, dass er einer mitgliedstaatlichen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen, die als essenzielles Kriterium bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine starre Grenze von ‚weiterhin zu versorgenden Personen‘ festlegt, entgegensteht, weil die zuständigen nationalen Behörden keine Möglichkeit haben, von dieser Grenze abzuweichen, um örtliche Besonderheiten zu berücksichtigen.“ (Hervorhebung im Original)

Im Urteilsspruch ist also offenbar bewusst keine Bezugnahme auf „dünn besiedelte ländliche Gebiete“, auf „Menschen mit eingeschränkter Mobilität“ o.Ä. enthalten.

Dem gegenüber scheint der VwGH – beginnend mit seinem Erkenntnis vom 27. März 2014, Zl. 2013/10/0209, bis zu seiner im Anlassfall maßgeblichen Entscheidung vom 30. September 2015, Ro 2014/10/0081 (m.w.N.) – davon auszugehen, dass das in § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG festgelegte Bedarfskriterium der „weiterhin zu versorgenden Personen“ nach dem Urteil des EuGH vom 13. Februar 2014, C-367/12 (Sokoll-Seebacher), lediglich dann und insoweit als unionsrechtswidrig anzusehen ist, als dieses in Sachverhaltskonstellationen heranzuziehen wäre, in denen die Versorgungssituation, d.h. die Erreichbarkeit einer Arzneimittelabgabestelle, für die in bestimmten ländlichen und abgelegenen Gebieten wohnhafte Bevölkerung zu prüfen ist; im Übrigen stehe § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG jedoch nicht im Widerspruch zu Art. 49 AEUV, weshalb diese Bestimmung in Verfahren zur Erteilung einer Neukonzession bzw. in Verfahren, in denen die Erweiterung des Standortes der Betriebsstätte jeweils einer im städtischen Raum gelegenen Apotheke zu beurteilen ist, uneingeschränkt zum Tragen komme.

4.3.11. Aus Anlass dieser Vorabentscheidungsersuchen wurde u.a. auch das gegenständliche Beschwerdeverfahren mit Beschluss des LVwG OÖ vom 27. November 2015, LVwG-050057/5/Gf/Mu, bis zum Einlangen der Entscheidung des EuGH ausgesetzt.

4.3.12. Mit Beschluss vom 30. Juni 2016, C-634/15 (Sokoll-Seebacher II), hg. eingelangt am 7. Juli 2016, hat der EuGH für Recht erkannt:

> „Das Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68), ist so zu verstehen, dass das in der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung festgelegte Kriterium einer starren Grenze der Zahl der ‚*weiterhin zu versorgenden Personen*' bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke allgemein in keiner konkreten Situation, die einer Prüfung unterzogen wird, Anwendung finden darf."

Begründend wurde dazu ausgeführt, dass zunächst darauf zu verweisen ist, dass es die Bindungswirkung eines im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteils nicht ausschließt, dass das nationale Gericht, an das dieses Urteil gerichtet ist, vor der Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits eine erneute Anrufung des Gerichtshofs für erforderlich hält. Eine solche Vorlage ist gerechtfertigt, wenn das nationale Gericht beim Verständnis oder bei der Anwendung des Urteils Schwierigkeiten hat, wenn es dem Gerichtshof eine neue Rechtsfrage stellt oder wenn es ihm neue Gesichtspunkte unterbreitet, die ihn dazu veranlassen könnten, eine bereits gestellte Frage abweichend zu beantworten (Beschluss vom 5. März 1986, Wünsche, C-69/85, RN 15; Urteile vom 11. Juni 1987, X, C-14/86, RN 12, und vom 6. März 2003, Kaba, C-466/00, RN 39). Dies ist hier insofern der Fall, als das vorlegende Gericht wissen möchte, ob aus dem Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12,), hervorgeht, dass von der Anwendung des Kriteriums einer starren Grenze der Zahl der "weiterhin zu versorgenden Personen" in jedem Fall abzusehen ist oder nur in Rechtssachen, die bestimmte Gebiete oder besondere Situationen betreffen (RN 19 und 20).

Gemäß Art. 99 seiner Verfahrensordnung kann der Gerichtshof, wenn die Beantwortung der zur Vorabentscheidung vorgelegten Frage keinen Raum für vernünftige Zweifel lässt oder wenn die Antwort auf eine solche Frage klar aus seiner Rechtsprechung abgeleitet werden kann, auf Vorschlag des Berichterstatters und nach Anhörung des Generalanwalts jederzeit die Entscheidung treffen, durch mit Gründen versehenen Beschluss zu entscheiden. Genau dies ist hier der Fall, da die Antwort auf die Vorlagefrage bereits klar aus dem Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12), abgeleitet werden kann (RN 21 und 22).

Nach der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung wird eine Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke nur dann erteilt, wenn ein "Bedarf" besteht. Dieser Bedarf wird vermutet, es sei denn, mindestens einer der in dieser Regelung genannten konkreten Umstände steht dem entgegen (Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, RN 28).

Zu diesen Umständen gehört die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus "weiterhin zu versorgenden Personen", d.h. der ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern um diese Betriebsstätte (Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, RN 43).

So ist nach dieser Regelung das Bestehen eines Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke dann ausgeschlossen, wenn die Zahl der "weiterhin zu versorgenden Personen", d.h. der ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern um diese Betriebsstätte, sich infolge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5.500 betragen wird (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, RN 29 und 43). Diese Regelung sieht jedoch eine Anpassungsmaßnahme vor, wonach dann, wenn die Zahl der ständigen Einwohner weniger als 5.500 beträgt, die aufgrund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs von dieser Apotheke in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen sind (Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, RN 43). Es ist sachdienlich, das vorlegende Gericht darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Erreichung des angestrebten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. März 2009, Hartlauer, C-169/07, RN 55; vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u.a., C-171/07 und C-172/07, RN 42; und vom 1. Juni 2010, Blanco Pérez und Chao Gómez, C-570/07 und C-571107, RN 94). Hierzu hat der Gerichtshof im Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, RN 45 und 46), zum einen festgestellt, dass nach der im Ausgangsverfahren fraglichen Regelung sich für bestimmte, insbesondere in ländlichen Regionen wohnende Personen, erst recht, wenn sie wie z. B. ältere Menschen, Menschen mit Behinderungen und Kranke zeitweilig oder längerfristig über eine eingeschränkte Mobilität verfügen, der Zugang zu Arzneimitteln als kaum angemessen erweisen kann. Es gibt nämlich Personen, die nicht im Umkreis von vier Straßenkilometern um die Betriebsstätte der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke wohnen und daher weder in deren Versorgungsgebiet noch in einem anderen bestehenden Gebiet als ständige Einwohner berücksichtigt werden. Diese Personen können zwar allenfalls als „Einfluter" berücksichtigt werden. Jedoch hängt ihr Zugang zu Apothekendienstleistungen in jedem Fall von Umständen ab, die ihnen grundsätzlich keinen dauerhaften und kontinuierlichen Zugang gewähren, da dieser an der Beschäftigung in einem bestimmten Gebiet oder einem dort benutzten Verkehrsmittel anknüpft (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, EU:C:2014:68, RN 45). Zum anderen hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass in ländlichen und abgelegenen Gebieten, in die nur wenige einfluten, die Zahl der weiterhin zu versorgenden Personen wegen der niedrigen Bevölkerungsdichte ohne Weiteres

unter 5.500 liegen kann, so dass der Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke niemals als zureichend angesehen werden könnte (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, EU:C:2014:68, RN 47 bis 49).

Daraus folgt, dass bei der Anwendung des Kriteriums der Zahl der "weiterhin zu versorgenden Personen" trotz der von der nationalen Regelung vorgesehenen Anpassungsmaßnahme die Gefahr besteht, dass für bestimmte Personen, die in Gebieten mit gewissen örtlichen Besonderheiten, wie ländlichen und abgelegenen Regionen außerhalb der Versorgungsgebiete bestehender Apotheken, wohnen, insbesondere für Menschen mit eingeschränkter Mobilität, kein gleicher und angemessener Zugang zu Apothekendienstleistungen sichergestellt ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, RN 50).

Durch die Bezugnahme auf ländliche oder abgelegene Regionen sowie auf Menschen mit eingeschränkter Mobilität wollte der Gerichtshof die Tragweite seiner Beurteilung der Kohärenz der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung jedoch keineswegs auf diese Art von Regionen und auf diese Kategorie von Personen begrenzen.

Aufgrund der von ihr festgelegten starren Grenze der Zahl der "weiterhin zu versorgenden Personen" ermöglicht die im Ausgangsverfahren fragliche nationale Regelung es der zuständigen Behörde nämlich nicht, die Besonderheiten jeder einzelnen geprüften Situation gehörig zu berücksichtigen und auf diese Weise die kohärente und systematische Erreichung des mit dieser Regelung angestrebten Hauptziels zu gewährleisten, das, wie der Gerichtshof in RN 25 seines Urteils vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12), angemerkt hat, darin besteht, eine sichere und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln zu gewährleisten.

Vor diesem Hintergrund ist der Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangt, dass eine mitgliedstaatliche Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche, die als essenzielles Kriterium bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine starre Grenze der Zahl der "weiterhin zu versorgenden Personen" festlegt, im Widerspruch zu Art. 49 AEUV, insbesondere zum Gebot der Kohärenz bei der Verfolgung des angestrebten Ziels, steht, weil die zuständigen nationalen Behörden keine Möglichkeit haben, von dieser Grenze abzuweichen, um örtliche Besonderheiten, d.h. im Endeffekt Besonderheiten der verschiedenen konkreten Situationen, wobei jede einzelne zu prüfen ist, zu berücksichtigen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, RN 51).

Daraus folgt, dass die mit der Anwendung des Kriteriums einer starren Grenze der Zahl der "weiterhin zu versorgenden Personen" verbundene Inkohärenz sys-

temimmanent ist. Daher können sich die Gefahren, die mit einer derartigen Anwendung einhergehen, auf die Beurteilung jeder einzelnen Situation auswirken (RN 35).

Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass das Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68), so zu verstehen ist, dass das in der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung festgelegte Kriterium einer starren Grenze der Zahl der "weiterhin zu versorgenden Personen" bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke allgemein in keiner konkreten Situation, die einer Prüfung unterzogen wird, Anwendung finden darf (RN 36).

4.3.13. Im Ergebnis hat der EuGH somit in diesem Beschluss festgestellt, dass die vom VwGH in dessen Erkenntnis vom 30. September 2015, Ro 2014/10/0081, mit dem das Erkenntnis des LVwG OÖ vom 21. Februar 2014, LVwG-050006/8/Gf/Rt, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben wurde, vertretene Rechtsmeinung dem Unionsrecht widerspricht (vgl. RN 13 i.V.m. RN 36 dieses Beschlusses).

4.4. Anwendung auf den vorliegenden Fall

4.4.1. Da in inhaltlicher Hinsicht weiters zu beachten war, dass gemäß diesem Beschluss des EuGH vom 30. Juni 2016, C-634/15 (Sokoll-Seebacher II), das in § 10 Abs. 2 Z. 3 i.V.m. § 10 Abs. 4 ApG festgelegte Kriterium einer starren Grenze der Zahl der "weiterhin zu versorgenden Personen" – zumal auch die Einfügung eines Abs. 6a in § 10 ApG durch BGBl I 30/2016 infolge des explizit eingeschränkten Abstellens auf „ländliche und abgelegene Regionen“ ebenfalls keine Unionsrechtskonformität dieser Regelung bewirkte – bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke allgemein in keiner konkreten Situation, die einer Prüfung unterzogen wird, Anwendung finden darf, stellte sich somit auch für den gegenständlichen Beschwerdefall die um ihren unionsrechtswidrigen materiellen Gehalt bereinigte Rechtslage folgendermaßen dar:

> „§ 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. sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, oder
> 2. die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke weniger als 500 m beträgt.“

4.4.2. Davon ausgehend wurden im vorliegenden Fall die Rechtsbehelfe der Erst- bis Viertbeschwerdeführer mit Erkenntnis des LVwG OÖ vom 12. Juli 2016, LVwG-050057/6/Gf/Mu u.a., abgewiesen.

Begründend wurde dazu ausgeführt, dass sich aus RN 23 des Beschlusses des EuGH vom 30. Juni 2016, C-634/15 (Sokoll-Seebacher II), ergebe, dass nach der Konzeption des § 10 ApG das Vorliegen eines Bedarfes als prinzipiell gegeben anzunehmen ist, es sei denn, dass dieser Vermutung mindestens einer der in dieser Regelung genannten konkreten Umstände entgegensteht (s.a. das Urteil des EuGH vom 13. Februar 2014, C-367/12 [Sokoll-Seebacher I], RN 28).

Demgemäß sei gleichsam eine „Negativprüfung“ vorzunehmen, d.h., dass nach der bereinigten Rechtslage ein Bedarf als jedenfalls gegeben zu erachten und damit die Anforderung des § 10 Abs. 1 Z. 2 ApG bereits dann als erfüllt anzusehen ist, wenn (nur mehr) weder der Ausschlussgrund des § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG noch jener des § 10 Abs. 2 Z. 2 ApG vorliegt.

Diesbezüglich sei bereits im erstbehördlichen Verfahren allseits unbestritten festgestellt worden, dass in der Gemeinde des von der Mitbeteiligten Partei in Aussicht genommenen Standortes insgesamt vier Ärzte – davon zwei Kassenärzte – für Allgemeinmedizin ihren ständigen Berufssitz haben, dass lediglich einer der beiden Kassenärzte über eine Hausapothekenbewilligung verfügt und dass die Entfernung der geplanten Apotheke der Mitbeteiligten Partei zu den nächstgelegenen bereits bestehenden öffentlichen Apotheken unstrittig jeweils mehr als 500 Meter beträgt (vgl. S. 12 und 13 des angefochtenen Bescheides).

Zudem ergebe sich all dies auch aus dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 2. Februar 2015, Zl. III-5/2/2-45/3/15 (vgl. S. 3 und S. 8).

Da sohin weder der Ausschlussgrund des § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG noch jener des § 10 Abs. 2 Z. 2 ApG vorliege und somit sowohl die Voraussetzung des § 10 Abs. 1 Z. 1 ApG als auch jene des § 10 Abs. 1 Z. 2 ApG erfüllt sei, komme der Mitbeteiligten Partei, die im Übrigen auch unstrittig alle persönlichen Voraussetzungen erfülle (vgl. S. 11 des angefochtenen Bescheides), im Ergebnis nach dem Einleitungshalbsatz des § 10 Abs. 1 ApG ein subjektiv-öffentliches Recht auf Konzessionserteilung zu.

Als nicht tragfähig erweise sich in diesem Zusammenhang hingegen die von der Österreichischen Apothekerkammer in einer unmittelbaren Reaktion auf den Beschluss des EuGH vom 30. Juni 2016, C-634/15 (Sokoll-Seebacher II) in einer Presseaussendung vom 7. Juli 2016 vertretene reduktionistische Rechtsauffassung, dass „*die Bedarfsprüfung für Apotheken ..... weiterhin aufrecht*“ bleibe, die

Behörden „*aber nun mehr Flexibilität darin*“ hätten, „*in bestimmten Fällen Ausnahmen zuzulassen, wenn dies der Versorgung der Bevölkerung dienlich ist.*“[1] (ebenso der Rechtsvertreter des Dritt- und des Viertbeschwerdeführers in einem „weiteren Vorbringen“ vom 8. Juli 2016). Denn diese Meinung stehe sowohl im eindeutigen Widerspruch zum (damals maßgeblichen) Gesetzestext des § 10 ApG, der den Behörden keinerlei Ermessen einräume, als auch in Opposition zum insoweit völlig klaren Tenor des vorzitierten Beschlusses des EuGH.

Außerdem lasse sich auch nicht einwenden, dass im gegenständlichen Fall das Unionsrecht mangels Auslandsbezug nicht zum Tragen komme:

Denn der EuGH habe etwa schon in seinem Urteil vom 19. Juli 2012, C-470/11 (Garkalns) betont, dass das Unionsrecht auch für rein innerstaatliche Konstellationen, die außerhalb des Anwendungsbereiches der Grundfreiheiten bzw. der EGRC liegen, insbesondere dann maßgeblich ist, wenn das nationale Recht vorschreibt, dass einem inländischen Staatsangehörigen die gleichen Rechte zukommen, die einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats in der gleichen Lage kraft Unionsrecht zustünden (vgl. RN 20).

In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass Art. 7 Abs, 1 erster Satz B-VG einen verfassungsmäßigen Gleichheitsgrundsatz für sämtliche österreichischen Staatsbürger normiert. Daraus leite der VfGH in ständiger Judikatur ein Inländerdiskriminierungsverbot ab (vgl. z.B. VfGH vom 6. Oktober 2011, G 41/10 [= VfSlg 19529/2011], Pkt. III.2.1., m.w.N.).

Um also eine darin bestehende Inländerdiskriminierung, dass Ausländer in einer vergleichbaren Situation dadurch bessergestellt wären, dass für diese § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG unmittelbar unanwendbar ist, während inländische Konzessionswerber bis zu einer formellen Feststellung der Gleichheitswidrigkeit die in dieser Bestimmung normierten Beschränkungen hinnehmen müssten, gebiete eine verfassungskonforme Interpretation dieser Norm, sie auch bei Sachverhalten ohne Auslandsbezug unionsrechtskonform auszulegen, d.h., deren unionsrechtswidrigen Inhalt nicht anzuwenden.

Denn es treffe zwar zu, dass es nach nationalem Recht exklusiv dem VfGH zukomme, § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG wegen Verfassungswidrigkeit (nämlich wegen Verstoßes gegen Art. 7 Abs. 1 B-VG) gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG aufzuheben; insoweit ziele ein derartiges Verfahren auf eine generell-verbindliche Feststellung der Unvereinbarkeit dieser Norm mit der Verfassung ab. Dessen ungeachtet sei jedoch im konkreten Einzelfall umgehend für die volle Wirksamkeit der zuvor angeführten Rechtsprechung des EuGH bezüglich der unionsrechtswidrigen Inländerdiskriminierung zu sorgen. Unions- und verfassungsrechtskonform interpretiert sei daher

[1] Vgl. „EuGH-Entscheid: Zulassung von Apotheken neu interpretiert“, abrufbar unter: www.ots.at/presseaussendung/OTS_20160707_OTS0171/eugh-entscheid-zulassung-von-apotheken-neu-interpretiert-bild.

in Fällen, in denen die Unionsrechtswidrigkeit – wie hier – offensichtlich auch zu einer Verfassungswidrigkeit führt, das unionsrechtswidrige nationale Recht, nämlich § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG, auch in Sachverhalten ohne Auslandsbezug nicht anzuwenden (dies ganz abgesehen davon, dass der Umstand eines fehlenden Auslandsbezuges de facto vielfach in erster Linie darin begründet ist, dass die bis zu ihrer Bereinigung bestanden habende Rechtslage in Verbindung mit der faktischen Aufteilung nahezu des gesamten Bundesgebietes auf bereits bestehende öffentliche Apotheken und ärztliche Hausapotheken die Erteilung einer Konzession für ausländische Interessenten in aller Regel als schon von vornherein aussichtslos erscheinen ließ).

5. Revisionsverfahren

5.1. Gegen dieses Erkenntnis hat die Zweitbeschwerdeführerin eine außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben.

5.2. Mit Erkenntnis vom 27. Juni 2017, Ra 2016/10/0125, hat der VwGH dieser Revision stattgegeben und die hg. Entscheidung vom 12. Juli 2016, LVwG-050057/6/Gf/Mu, wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Begründend wurde dazu zunächst ausgeführt, dass das LVwG OÖ seiner Entscheidung im Kern die Auffassung zu Grunde gelegt habe, dass für die Anwendung des § 10 Abs. 3 ApG auf Grund der Rechtsprechung des EuGH, insbesondere dessen Beschlusses vom 30. Juni 2016, C-634/15 (Sokoll-Seebacher II), kein Raum bleibe.

Dem gegenüber ergebe sich jedoch aus dem Erkenntnis des VwGH vom 29. März 2017, Ra 2016/10/0141 (sowie in der Folge auch aus den Entscheidungen vom 26. April 2017, Ro 2017/10/0001, vom 26. April 2017, Ro 2017/10/0005 und vom 26. April 2017, Ro 2017/10/0015), dass aus dem angeführten Beschluss des EuGH klar hervorgehe, dass dieser Gerichtshof „*nicht etwa die Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke als solche, sondern lediglich die ‚allgemeine' Zugrundelegung einer unveränderlich festgelegten Anzahl von ‚weiterhin zu versorgenden Personen' dabei als unionsrechtswidrig erachtet*" (RN 19).

Im verwiesenen Erkenntnis des VwGH vom 29. März 2017, Ra 2016/10/0141, heißt es weiters:

> „20 Eine unmittelbare Anwendbarkeit der wiedergegebenen Aussagen des EuGH auf den vorliegenden Fall lässt sich allerdings – anders, als das dem Verwaltungsgericht offenbar vor Augen steht – auch aus dem Urteil des EuGH vom 19. Juli 2012, Rechtssache C- 470/11 (Rz 20), nicht ableiten.

21 In der zitierten Aussage wird nämlich lediglich klargestellt, dass der EuGH ein Vorabentscheidungsersuchen auch bei ‚reinem Inlandsbezug' des Ausgangsstreitverfahrens beantworten kann, wenn das nationale Recht vorsieht, dass dem inländischen Staatsangehörigen die gleichen Rechte zustehen, die einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates in der gleichen Lage kraft Unionsrecht zustehen. Dann könne die Antwort des EuGH dem vorlegenden Gericht nämlich von Nutzen sein. Dass die Antwort auf das Vorabentscheidungsersuchen unmittelbar anzuwenden wäre, ist daraus allerdings nicht abzuleiten.

22 Das Verwaltungsgericht hat allerdings seinem Erkenntnis im Weiteren ..... die Auffassung zugrunde gelegt, das verfassungsrechtliche Verbot der Inländerdiskriminierung gebiete im vorliegenden Fall die Nichtanwendung des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG im Wege einer verfassungskonformen Interpretation.

23 Dies trifft jedoch nicht zu.

24 Selbst wenn man – was im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben kann – davon ausgeht, dass eine Ermächtigung des Verwaltungsgerichtes bestehe, Bestimmungen, die eine ‚inländerdiskriminierende' Wirkung entfalten, in verfassungskonformer Interpretation unangewendet zu lassen, so übersieht das Verwaltungsgericht, dass eine ‚inländerdiskriminierende' Norm nicht automatisch gegen den Gleichheitssatz verstößt und daher verfassungswidrig ist; Letzteres wäre aber wohl unabdingbare Voraussetzung für die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Interpretation.

25 Nun ergibt sich allerdings aus der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, dass ein erhebliches öffentliches Interesse an der grundsätzlichen Aufrechterhaltung des nationalen – in seiner konkreten Ausgestaltung unionsrechtswidrigen – Regelungsregimes während der Dauer einer für die Neuregelung erforderlichen Übergangszeit die aus (allein) unionsrechtlicher Ursache entstandene ‚inländerdiskriminierende' Wirkung der Norm für die Dauer dieses Zeitraumes sachlich zu rechtfertigen vermag. Insoweit verletzt eine Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger gegenüber Ausländern den Gleichheitssatz nicht.

26 Ein solcher Fall liegt hier vor:

27 Aus Anlass des genannten Beschlusses des EuGH änderte der Bundesgesetzgeber durch BGBl I 103/2016, ausgegeben am 6. Dezember 2016, § 10 Abs. 6a ApG dahin, dass die Zahl der von der Betriebsstätte einer oder mehrerer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen gemäß § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG zu unterschreiten ist, ‚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'.

28 Nach dem Willen des Gesetzgebers (vgl. dazu die Begründung des Antrages 1863/A BlgNR XXV. GP) solle demnach die Behörde im Einzelfall prüfen, ob besondere örtliche Verhältnisse vorliegen, die ein Unterschreiten der Grenze von 5.500 zu versorgenden Personen rechtfertigen. Um der Rechtsprechung des EuGH zu entsprechen, habe die Behörde dabei ‚in jedem einzelnen Fall zu prüfen', ob allenfalls besondere örtliche Verhältnisse vorlägen, und ihre Entscheidung entsprechend zu begründen.

29 Der Verwaltungsgerichtshof geht davon aus, dass mit dieser Novelle die in den angeführten Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen C-367/12 und C-634/15 geforderte Flexibilität der der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke zugrunde liegenden nationalen Regelung hergestellt ist. Der Gesetzgeber hat somit binnen sechs Monaten nach Fassung des Beschlusses des EuGH vom 30. Juni 2016 durch eine entsprechende Neuregelung der Entscheidung des EuGH Rechnung getragen.

30 Wie der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 6. Oktober 2011, G 41/10 = VfSlg 19.529, ausgesprochen hat, kann selbst ein sich zwischen Fällung eines Urteils des EuGH und entsprechender gesetzlicher Neuregelung ergebender längerer Zeitraum

(damals 16 Monate), während dessen das Gesetz eine diskriminierende Wirkung gegenüber Sachverhalten ohne Gemeinschaftsrechtsbezug entfalten konnte, angesichts eines erheblichen öffentlichen Interesses – etwa an der medizinischen Versorgung – als angemessen erachtet werden, sodass die daraus entstehende ‚inländerdiskriminierende' Wirkung einer Norm vorübergehend, nämlich für die Dauer einer für einen ‚geordneten Gesetzgebungsprozess' erforderlichen Übergangszeit, sachlich zu rechtfertigen und daher hinzunehmen ist.

31 Nichts anderes kann im vorliegenden Fall gelten, in dem – wie auch der EuGH hervorgehoben hat – das öffentliche Interesse an einer sicheren und qualitativ hochwertigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln auf dem Spiel steht.

32 Im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses durfte das Verwaltungsgericht in Bezug auf die im Beschluss des EuGH vom 30. Juni 2016 zum Ausdruck gebrachte Rechtsauffassung jedenfalls nicht davon ausgehen, dass der Zeitraum, in dem eine ‚inländerdiskriminierende Wirkung' nach der Rechtsprechung des VfGH hinzunehmen ist, bereits überschritten wurde.

33 Im fortzusetzenden Verfahren wird der Bedarf an der vom Mitbeteiligten beantragten Standorterweiterung unter Zugrundelegung der neu gefassten Bestimmung des § 10 ApG – und gemäß § 10 Abs. 7 ApG auf Grundlage eines Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer – zu beurteilen sein."

5.3. In sachlichem Zusammenhang damit stehend hat der VfGH in seinem Erkenntnis vom 28. September 2017, E 2666/2016, ausgesprochen:

„Das LVwG OÖ führt im angefochtenen Erkenntnis aus, dass § 10 Abs 2 Z 3 ApG im Beschwerdefall aus unionsrechtlichen Gründen nicht angewendet werden dürfe. Dabei verweist das LVwG OÖ auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 19. Juli 2012, C-470/11, Garkalns, Rz 20, wonach – so die Interpretation dieses Urteils durch das LVwG OÖ – das Unionsrecht auch für rein innerstaatliche Konstellationen, die außerhalb des Anwendungsbereiches der Grundfreiheiten bzw. der GRC lägen, insbesondere dann maßgeblich sei, wenn das nationale Recht vorschreibe, dass einem inländischen Staatsangehörigen die gleichen Rechte zukommen, die einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates in der gleichen Lage kraft Unionsrechts zustünden. Der Verfassungsgerichtshof leite in ständiger Rechtsprechung ein Inländerdiskriminierungsverbot ab (vgl. VfSlg 19.529/2011). Um also eine Inländerdiskriminierung, die darin bestehe, dass ein Ausländer in einer vergleichbaren Situation dadurch besser gestellt wäre, indem für diesen § 10 Abs 2 Z 3 ApG ‚direkt unanwendbar' sei, hintanzuhalten, gebiete eine verfassungskonforme Interpretation dieser Bestimmung, sie auch bei Sachverhalten ohne Auslandsbezug unionsrechtskonform auszulegen, d.h. deren unionsrechtswidrigen Inhalt nicht anzuwenden. Aus diesen Überlegungen sei daher die Bestimmung des § 10 Abs 2 Z 3 ApG nicht anzuwenden. Ergänzend führte das LVwG OÖ aus, dass auch die Bestimmung des § 10 Abs 6a ApG idF BGBl I 30/2016 den unionsrechtswidrigen Zustand auf Grund des eingeschränkten Anwendungsbereiches auf ‚ländliche und abgelegene Regionen' nicht beseitigen könne.

Angesichts der Begründung des angefochtenen Erkenntnisses des LVwG OÖ hat der Verfassungsgerichtshof zunächst zu untersuchen, ob bei Vorliegen eines Unionsrechtsbezugs die (negative) Bedarfsregelung des § 10 Abs 1 Z 2 iVm § 10 Abs 2 Z 3 ApG gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht, insbesondere gegen Art 49 AEUV, verstößt und daher § 10 Abs 2 Z 3 ApG unangewendet bleiben müsse. Erst wenn dies bejaht werden kann, stellt sich die Frage einer möglichen Inländerdiskriminierung.

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in dem – auch vom LVwG OÖ angeführten – Urteil vom 13. Februar 2014, C-367/12, Sokoll-Seebacher I, im Hinblick auf die (negative) Bedarfsregelung des § 10 Abs 1 Z 2 iVm § 10 Abs 2 Z 3 ApG ausgesprochen, dass ‚Art49 AEUV, insbesondere das Gebot der Kohärenz bei der Verfolgung des angestrebten Ziels, […] dahin auszulegen [ist], dass er einer mitgliedstaatlichen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen, die als essenzielles Kriterium bei der Prüfung des Bedarfs an

einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine starre Grenze von 'weiterhin zu versorgenden Personen' festlegt, entgegensteht, weil die zuständigen nationalen Behörden keine Möglichkeit haben, von dieser Grenze abzuweichen, um örtliche Besonderheiten zu berücksichtigen‘. Der Gerichtshof der Europäischen Union führte in der Begründung dieses Urteils unter anderem aus, dass ‚[i]n ländlichen und abgelegenen Regionen, in die nur wenige 'einfluten', […] die Gefahr [besteht], dass die Zahl der 'weiterhin zu versorgenden Personen' nicht die zwingend vorgeschriebene Grenze erreicht und damit der Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke als unzureichend angesehen wird. Daraus folgt, dass bei der Anwendung des Kriteriums der Zahl der 'weiterhin zu versorgenden Personen' die Gefahr besteht, dass für bestimmte Personen, die in ländlichen und abgelegenen Regionen außerhalb der Versorgungsgebiete bestehender Apotheken wohnen, insbesondere für Menschen mit eingeschränkter Mobilität, kein gleicher und angemessener Zugang zu Apothekendienstleistungen sichergestellt ist.‘

Als Reaktion auf dieses Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 13. Februar 2014, C-367/12, Sokoll-Seebacher I, fügte der nationale Gesetzgeber mit der Novelle BGBl I 30/2016 den Abs 6a in § 10 ApG ein, wonach ‚[d]ie Zahl der von der Betriebsstätte einer oder mehrerer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen gemäß Abs 2 Z 3 […] zu unterschreiten [ist], wenn es in ländlichen und abgelegenen Regionen auf Grund besonderer örtlicher Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung unter Berücksichtigung des Versorgungsangebots durch bestehende Apotheken einschließlich Filialapotheken und ärztlichen Hausapotheken dringend erforderlich ist‘.

Im Beschluss vom 30. Juni 2016, C-634/15, Sokoll-Seebacher II, nahm der Gerichtshof der Europäischen Union eine authentische Interpretation des Urteils vom 13. Februar 2014, C-367/12, Sokoll-Seebacher I, vor. Demnach sei das genannte Urteil vom 13. Februar 2014 ‚so zu verstehen, dass das in der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung festgelegte Kriterium einer starren Grenze der Zahl der 'weiterhin zu versorgenden Personen' bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke allgemein in keiner konkreten Situation, die einer Prüfung unterzogen wird, Anwendung finden darf‘. Der Widerspruch zu Art 49 AEUV liege im Wesentlichen deswegen vor, weil die zuständigen nationalen Behörden keine Möglichkeit haben, von der starren Grenze der Zahl der ‚weiterhin zu versorgenden Personen‘ bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke abzuweichen, ‚um örtliche Besonderheiten, d.h. im Endeffekt Besonderheiten der verschiedenen konkreten Situationen, wobei jede einzelne zu prüfen ist, zu berücksichtigen‘.

Der Verfassungsgerichtshof stimmt grundsätzlich der Rechtsauffassung des LVwG OÖ zu, dass die Bestimmungen des § 10 Abs 2 Z 3 iVm Abs 6a ApG idF BGBl I 30/2016 – ausgehend vom Beschluss des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 30. Juni 2016, C-634/16, Sokoll-Seebacher II – im Widerspruch zu Art 49 AEUV stehen, weil diese nationalen Bestimmungen eine Unterschreitung der ‚weiterhin zu versorgenden Personen‘ gemäß § 10 Abs 2 Z 3 ApG nur dann ermöglichen, ‚wenn es in ländlichen und abgelegenen Regionen auf Grund besonderer örtlicher Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung […] dringend erforderlich ist‘.

Dies führt allerdings – gäbe es im Beschwerdesachverhalt einen Unionsrechtsbezug – nicht notwendigerweise dazu, dass die (negative) Bedarfsregelung des § 10 Abs 2 Z 3 iVm Abs 6a ApG idF BGBl I 30/2016 zur Gänze unangewendet zu bleiben hat. Auf Grund des Anwendungsvorrangs des Art 49 AEUV muss § 10 Abs 2 Z 3 iVm Abs 6a ApG idF BGBl I 30/2016 vielmehr so angewendet werden, dass nicht nur bei besonderen örtlichen Verhältnissen in ländlichen und abgelegenen Regionen, sondern in jedem Fall die örtlichen Besonderheiten zu prüfen sind. Eben dies hat aber das LVwG OÖ im Beschwerdefall unterlassen, indem es die Bedarfsregelung des § 10 Abs 2 Z 3 ApG zur Gänze unangewendet ließ.

Der Verfassungsgerichtshof kann aber dem LVwG OÖ auch nicht insoweit folgen, als bei dem rein inländischen Beschwerdesachverhalt zur Vermeidung einer verfassungsrechtlich verpönten Inländerdiskriminierung § 10 Abs 2 Z 3 (iVm Abs 6a) ApG idF BGBl I 30/2016

unangewendet bleiben sollte. Das LVwG OÖ begründet diese ‚verfassungskonforme Auslegung' des § 10 Abs 2 Z 3 (iVm Abs 6a) ApG idF BGBl I 30/2016 mit einem Hinweis auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 19. Juli 2012, C-470/11, Garkalns.

Entgegen den Ausführungen des LVwG OÖ im angefochtenen Erkenntnis kann aus diesem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union nichts für den Standpunkt des LVwG OÖ gewonnen werden. Der Gerichtshof der Europäischen Union führte nämlich im zitierten Urteil lediglich aus, dass bei einem reinen Inlandssachverhalt die Antwort des Gerichtshofes der Europäischen Union dem vorlegenden Gericht auch unter derartigen Umständen von Nutzen sein könne, ‚insbesondere dann, wenn sein nationales Recht vorschreiben sollte, dass einem inländischen Staatsangehörigen die gleichen Rechte zustehen, die einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats in der gleichen Lage Kraft Unionsrechts zustünden (vgl. in diesem Sinne Urteil Blanco Pérez und Chao Gomez, Randnr. 39 und Urteil vom 10. Mai 2012, Duomo Gpa, C-357/10 – C-359/10, Randnr. 28)'.

Aus dem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 19. Juli 2012, C-470/11, Garkalns, kann mitnichten gefolgert werden, das Unionsrecht gebiete, bei einem reinen Inlandssachverhalt infolge einer möglichen (verfassungswidrigen) Inländerdiskriminierung Bestimmungen des nationalen Rechtes unangewendet zu lassen. Ausgehend vom Verständnis des LVwG OÖ, dass § 10 Abs 2 Z 3 ApothekenG verfassungswidrig sei, wäre das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vielmehr gemäß Art 89 Abs 2 iVm Art 135 Abs 4 B-VG gehalten gewesen, beim Verfassungsgerichtshof einen Antrag nach Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG auf Aufhebung des § 10 Abs 2 Z 3 ApG wegen Verfassungswidrigkeit zu stellen. Eben dies hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich allerdings nicht getan.

Der Verfassungsgerichtshof sieht keinen Anlass, die Bestimmung des § 10 Abs 2 Z 3 ApG (iVm Abs 6a ApG) idF BGBl I 30/2016 von Amts wegen in Prüfung zu ziehen.

Der Verfassungsgerichtshof muss aus folgenden Gründen nicht näher untersuchen, ob die Bestimmung des § 10 Abs 2 Z 3 (iVm Abs 6a) ApG idF BGBl I 30/2016 tatsächlich eine diskriminierende Wirkung für inländische Staatsangehörige hat, weil eine vom Verfassungsgerichtshof aufzugreifende Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmungen bereits aus folgendem Grund ausscheidet:

Im Gefolge des Beschlusses des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 30. Juni 2016, C-634/14, Sokoll-Seebacher II, fasste der Gesetzgeber mit der Novelle BGBl I 103/2016 die Bestimmung des § 10 Abs 6a ApoG neu. Demnach ist die Zahl der weiterhin zu versorgenden Personen gemäß § 10 Abs 2 Z 3 ApG 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'.

Aus den Materialien (IA 1863/A BlgNR 25. GP, 2) zur Neufassung des § 10 Abs 6a ApG durch die Novelle BGBl I 103/2016 wird deutlich, dass die Behörde auf Grund der neu gefassten Bestimmung des § 10 Abs 6a ApG – gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union – ‚in jedem einzelnen Fall zu prüfen' hat, ob besondere örtliche Verhältnisse vorliegen und dementsprechend ein Unterschreiten der Grenze von 5.500 zu versorgenden Personen erforderlich ist. Der Verfassungsgerichtshof geht – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 29.3.2017, Ra 2016/10/0141) – davon aus, dass durch die Neufassung des § 10 Abs 6a ApG nunmehr eine ausreichende gesetzliche Grundlage dafür geschaffen wurde, die in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union geforderte Flexibilität bei der Bedarfsprüfung zu gewährleisten. Die Neufassung des § 10 Abs 6a ApG erfolgte durch die Novelle BGBl I 103/2016 und trat am 7. Dezember 2016, sohin innerhalb von sechs Monaten nach Verkündung des Beschlusses des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 30. Juni 2016, C-634/15, Sokoll-Seebacher II, in Kraft.

Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl. VfSlg 19.529/2011) kann selbst ein sich zwischen Verkündung eines Urteils des Gerichtshofes der Europäischen Union und dem Zeitpunkt der Neuregelung durch den Gesetzgeber ergebender Zeitraum von rund sechzehn Monaten, während dessen das Gesetz eine diskriminierende Wirkung gegenüber Sachverhalten ohne Unionsrechtsbezug entfalten konnte, angesichts eines erheblichen öffentlichen Interesses – etwa an der medizinischen Versorgung – als angemessen erachtet werden, sodass die aus (allein) unionsrechtlicher Ursache entstandene ‚inländerdiskriminierende' Wirkung einer Norm im Interesse eines geordneten Gesetzgebungsprozesses vorübergehend, nämlich für die Dauer einer für die Neuregelung erforderlichen Übergangszeit sachlich zu rechtfertigen und daher hinzunehmen ist.

Diese Erwägungen des Verfassungsgerichtshofes im zitierten Erkenntnis VfSlg 19.529/2011 können auch auf den Beschwerdefall übertragen werden. Auch im Beschwerdefall gibt es ein öffentliches Interesse an der Sicherung einer ausreichenden flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln. Im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses (September 2016) durfte das LVwG OÖ in Bezug auf die in dieser Form erstmals im Beschluss des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 30. Juni 2016, C-634/15, Sokoll-Seebacher II, zum Ausdruck gebrachte Rechtsauffassung jedenfalls nicht davon ausgehen, dass der Zeitraum, in dem eine allfällige (hier nicht weiter untersuchte) inländerdiskriminierende Wirkung nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes hinzunehmen ist, bereits überschritten wurde, zumal seit Erlassung des Beschlusses des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 30. Juni 2016, C-634/15, Sokoll-Seebacher II, nur etwas mehr als zwei Monate vergangen waren."

II.

Fortgesetztes Verfahren

1. Zwecks Vor-Abklärung der Frage, ob das in § 10 ApG normierte Bedarfsprüfungssystem – insbesondere im Hinblick auf die zwischenzeitlich vorgenommene Novellierung von dessen Abs. 6a durch BGBl I 103/2016 – dem Unionsrecht entspricht, wurde am 22. November 2017 am Sitz des LVwG OÖ mit Parteienvertretern von zu diesem Zeitpunkt hg. anhängigen apothekenrechtlichen Beschwerdeverfahren eine informelle rechtliche Erörterung durchgeführt.

Deren wesentliche Inhalte wurden in Form eines Aktenvermerkes[2], der in der Folge sämtlichen Teilnehmern – darunter auch sämtlichen Parteien(vertretern) des gegenständlichen Verfahrens – übermittelt wurde, festgehalten.

In diesem Zusammenhang hat der im gegenständlichen Fall geschäftsverteilungsmäßig zur Entscheidung zuständige Einzelrichter abschließend folgende (vorläufige) grundsätzliche Rechtsmeinung geäußert:

„a) In jenen Fällen, in denen eine Kohärenz- und Verhältnismäßigkeitsprüfung in Bezug auf einen innerstaatlichen Eingriff in die Erwerbsfreiheit durchzuführen ist, muss diese nach der Judikatur des EuGH von jedem nationalen Gericht autonom, d.h. insbesondere

[2] Vgl. den Aktenvermerk des LVwG OÖ vom 22. November 2017, LVwG-050013/90/Gf/Mu u.a. (BEILAGE zu diesem Erkenntnis).

ohne Bindung an die diesbezügliche Rechtsmeinung anderer innerstaatlicher (allenfalls auch im Instanzenzug übergeordneter) Gerichte, sowie stets auf Grund des aktuellen Faktenstandes vorgenommen werden.

b) In den von den Parteienvertretern angeführten jüngsten Erkenntnissen des VfGH und des VwGH haben diese beiden Gerichte ersichtlich keine – jedenfalls keine autonome – Kohärenzprüfung in dem vom EuGH geforderten Sinn durchgeführt, sondern bloß unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien und ohne substantielle eigenständige Begründung der Neuregelung des § 10 Abs. 6a ApG die Unionsrechtskonformität unterstellt.

c) Die Beweislast dafür, dass die mit der Eingriffsmaßnahme verfolgte Zielsetzung auch tatsächlich kohärent und systematisch erreicht wird, trifft die staatlichen Behörden; im Gegensatz zu einem Art. 140-B-VG-Verfahren vor dem VfGH, in dem – vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Vermutung der Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung – vom (von den) Antragsteller(n) Argumente für die Verfassungswidrigkeit geliefert werden müssen, ist es hier gleichsam umgekehrt: Ein Eingriff in die Grundfreiheiten ist prinzipiell unzulässig, es sei denn, er wäre durch das öffentliche Interesse geboten, d.h.: Es müssen die im öffentlichen Interesse liegende faktische und die systematische Kohärenz sowie die Verhältnismäßigkeit vom Staat aktiv nachgewiesen werden. Sämtliche dieser drei Aspekte sind somit weder quasi „selbst-rechtfertigend“ noch spricht eine ex-ante-Vermutung für deren Unionsrechtskonformität, sondern es bedarf für deren Begründetheit jeweils entsprechender faktischer und zudem qualitativ über bloße Behauptungen hinauskommender Beweise – Gesetzesmaterialien sind hingegen lediglich Absichtserklärungen.

Solche Beweise hat nicht das Gericht von Amts wegen zu ermitteln und auch nicht die ÖApK beizubringen, sondern „die staatliche Behörde“; darunter wäre zweckmäßigerweise eine oberste Behörde zu verstehen, die dem LVwG-Verfahren allerdings nur informell beigezogen werden kann.

d) Hinsichtlich der strukturellen Befangenheit der ÖApK müssen die darauf bezüglichen formalrechtlichen Grundsätze – wie z.B. Verpflichtung zur Objektivität – auch einen entsprechend belegbaren faktischen Niederschlag finden.

Der Anschein der Befangenheit (dass der diesbezügliche Maßstab vom EuGH im Verfahren C-685/15 offengelassen wurde, bedingt im Grunde einen neuerlichen Vorlageantrag) wird jedenfalls nicht schon dadurch entkräftet, dass die ÖApK neben den Apothekenunternehmern auch die Interessen der (bloß) angestellten Pharmazeuten – die die größte Gruppe der Antragteller für eine Neukonzession bilden – zu vertreten hat; denn auf der anderen Seite vertritt die ÖApK weder die Interessen jener inländischen Interessenten für eine Apothekenkonzession, die keine Apothekenunternehmer und auch keine bloß angestellten Pharmazeuten sind, noch v.a. auch ausländische Interessenten für eine Apothekenkonzession, sondern sie steht zu diesen beiden Gruppen vielmehr sogar in einem Konkurrenzverhältnis.

e) Kein Argument für die Unionsrechtskonformität der Bedarfsprüfungsregelung des § 10 Abs. 6a ApG ist jedenfalls ein bloß quantitatives Überwiegen von diesbezüglich übereinstimmenden Rechtsauffassungen – vielmehr kommt es auf die qualitative Überzeugungskraft der Argumente an.

f) Als weitere Vorgangsweise ist daher geplant, in jenen derzeit beim LVwG OÖ anhängigen Verfahren, in denen auf Grund der konkreten faktischen Umstände eine besonders eilige Entscheidung nicht geboten erscheint, zur Frage der Systematik und Kohärenz der Bedarfsprüfungsregelung des § 10 Abs. 6a ApG eine Stellungnahme des Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen einzuholen.“

2. Mit hg. Schreiben vom 27. November 2017, LVwG-050057/21/Gf/Mu, wurde das Bundesministerium für Gesundheit und Frauen (im Folgenden: BMinGF) unter Hinweis darauf, dass das vom LVwG OÖ in den bei ihm anhängigen apothekenrechtlichen Beschwerdeverfahren anzuwendende VwGVG keine Möglichkeit der

formellen Einbeziehung des BMinGF vorsieht, jedoch angesichts dessen, dass im LVwG-Verfahren einerseits durchwegs nur erstinstanzliche Behörden als staatliche Organe fungieren und deren Amtssprengel jeweils bloß auf einen kleinen Teilbereich des Bundesgebietes beschränkt ist, andererseits aber ein erhebliches Interesse an einer österreichweit einheitlichen Lösung besteht, sowie unter Beigebung des Aktenvermerkes über die rechtliche Erörterung am 22. November 2017 darum ersucht, zu folgenden vorläufigen Überlegungen des im vorliegenden Fall nach der Geschäftsverteilung zur Entscheidung zuständigen Einzelrichters des LVwG OÖ Stellung zu nehmen:

„A) Allgemeines:

1. Im Rahmen des staatlichen Gesundheitssystems, das im Bereich der Heilmittelversorgung auf einem Zusammenspiel zwischen öffentlichen Apotheken (und deren Filialapotheken), ärztlichen Hausapotheken und Sozialversicherungsträgern fußt, sieht das ApG gegenwärtig im Zuge der Erteilung einer Konzession für die Neuerrichtung von öffentlichen Apotheken nach wie vor eine Bedarfsprüfung bzw. bei der Erteilung von Hausapothekenbewilligungen das Nichtbestehen einer öffentlichen Apotheke in der betreffenden Gemeinde vor (vgl. §§ 10 und 29 ApG).

Derart einschneidende Eingriffe in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union mit dem Gemeinschaftsrecht allerdings nur dann vereinbar, wenn diese sowohl zur Erreichung von im öffentlichen Interesse gelegenen Zielen geeignet als auch verhältnismäßig sind.

2. Seit dem EU-Beitritt Österreichs im Jahr 1995 wurden die wesentlichsten inhaltlichen Novellierungen des ApG überwiegend auf Basis von Initiativanträgen im Nationalrat verabschiedet, d.h., dass zu diesen keine regulären Gesetzesmaterialien existieren.

Dies wirft die grundsätzliche Frage auf, woraus sich in Bezug auf die Heilmittelversorgung der Bevölkerung mit dem Unionsrecht harmonisierte staatliche Zielsetzungen, die zudem de facto sowohl kohärent als auch systematisch verfolgt werden, objektiv und belegbar ableiten lassen.

3. Um beurteilen zu können, ob die Bedarfsprüfungsregelung des § 10 ApG den unionsrechtlichen Anforderungen entspricht, bedarf es daher jedenfalls folgender zwei getrennter Schritte:

- Ermittlung der mit dieser Regelung verfolgten Ziele, wobei in diesem Zusammenhang von diversen öffentlichen Institutionen eine flächendeckende Heilmittelversorgung zu für jedermann erschwinglichen Preisen in erreichbarer Nähe des Wohnortes ins Treffen geführt wird, sowie

- Vorlage von Nachweisen dafür, dass diese Ziele auch tatsächlich, und zwar sowohl systematisch als auch kohärent (d.h. gesamthaft betrachtet widerspruchsfrei), erreicht werden.

Diesbezüglich ist v.a. auf die (wenngleich in einem anderen materiellen Zusammenhang ergangene, hinsichtlich ihrer Stoßrichtung jedoch zweifelsfrei verallgemeinerungsfähige) Entscheidung des EuGH vom 14.6.2017, C-685/15, zu verweisen, aus der sich ableiten lässt, dass es primär den staatlichen Behörden obliegt, eine im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips liegende Rechtfertigung von Eingriffen in die Dienstleistungsfreiheit zu belegen, d.h. mit objektiv tragfähigen Beweismitteln zu untermauern.

4. Dessen ungeachtet können der Beurteilung der Frage der Unionsrechtskonformität nach Auffassung des erkennenden Richters jedenfalls folgende notorische Umstände bzw. Fakten zu Grunde gelegt werden:

4.1. Ein wesentlicher Anteil an der Heilmittelversorgung kommt auch den ärztlichen Hausapotheken im Rahmen des Kassenplanstellensystems der Sozialversicherungsträger (vgl. § 343 ASVG) zu, und zwar unter folgenden rechtlichen Rahmenbedingungen:

- Hausapotheken sollen idR nur in solchen (ländlichen) Gemeinden bestehen, in denen einerseits bloß ein Arzt für Allgemeinmedizin mit Kassenplanstelle seinen Berufssitz hat (sog. „Ein-Arzt-Gemeinden“) und andererseits noch keine öffentliche Apotheke etabliert ist;

- Auf die Verleihung einer Kassenplanstelle besteht allerdings für den Arzt kein subjektiv-öffentlicher Rechtsanspruch, vielmehr liegt deren Zuerkennung auf Basis der privatrechtlichen Kontrahierungsfreiheit im Ermessen des Sozialversicherungsträgers (wobei in diesem Zusammenhang zwecks Objektivierung nach einem „Punktesystem“ vorgegangen wird; vgl. § 343 Abs. 1a ASVG);

- Unter dem Aspekt der finanziellen Rentabilität besteht für einen Arzt de facto jedoch kaum ein Interesse für eine Kassenplanstelle in ländlicher Region, wenn diese nicht zugleich mit einer Hausapothekenbewilligung verbunden ist (dies ganz abgesehen davon, dass in Österreich ausgebildete Ärzte wegen vergleichsweise lukrativerer Verdienstmöglichkeiten generell vermehrt ins Ausland abwandern);

- Schließlich ist zu beachten, dass eine Hausapothekenbewilligung gleichsam stets als ‚nur mit Vorbehalt erteilt‘ gilt, denn sie ist gemäß § 29 Abs. 3 ApG ex lege zurückzunehmen, sobald in der Gemeinde eine öffentliche Apotheke errichtet wird, wobei in diesem Zusammenhang insbesondere auch auf vermehrt neu entstehende sog. ‚PHC-Center‘ (insbes. Gruppenpraxen nach dem ÄrzteG und ZahnärzteG sowie Primärversorgungseinrichtungen nach dem PrimVG) Bedacht zu nehmen sein wird.

Einer öffentlichen Apotheke kommt damit schon ex lege, de facto aber auch deshalb, weil Kassenplanstellen im ländlichen Raum vielfach trotz mehrfacher Ausschreibung mangels interessierter Allgemeinmediziner nicht mehr besetzt werden können, der Vorrang gegenüber einer ärztlichen Hausapotheke zu.

4.2. Im städtischen Bereich sind die Einzugsgebiete der öffentlichen Apotheken gegenwärtig in aller Regel erschöpfend aufgeteilt. Ein Bewerber um eine neue Konzession muss sich daher bildlich gesprochen entweder einen „freien Fleck“ auf der Landkarte suchen – solche sind allerdings fast nur mehr im ländlichen Raum zu finden und zudem tritt er dort in Konkurrenz zu ärztlichen Hausapotheken (wobei öffentlichen Apotheken grundsätzlich der Vorrang gebührt) – oder eine Situation abwarten, ab der in (abgegrenzten) städtischen Wohngebieten der Zuzug so hoch ist, dass das Versorgungsgebiet einer bereits bestehenden öffentlichen Apotheke mehr als 11.000 Personen (Einwohner samt Einwohnergleichwerten) aufweist (z.B. Neubau eines Hochhauses oder einer bedeutenden Infrastruktureinrichtung), weil nur in einer solchen Situation ex ante zweifelsfrei ein Bedarf für die Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke besteht.

4.3. Der Betrieb einer öffentlichen Apotheke ist an einen relativ fixen Standort gebunden – eine Verlegung bzw. Erweiterung desselben ist wiederum nur nach entsprechender Bedarfsprüfung zulässig.

4.4. Die Abgabe von Medikamenten unterliegt prinzipiell der behördlichen Preisbindung; insoweit erscheint klärungsbedürftig, inwieweit in diesem Zusammenhang auch ein hinreichender Gewinn für Apotheker und Hausärzte einkalkuliert ist, der sich unter einem nachteilig für die Konsumenten auswirkt.

4.5. Einer öffentlichen Apotheke kommt insofern eine Doppelfunktion zu, als sie einerseits zahlreiche öffentliche (d.h.: an sich staatliche) Aufgaben im Bereich der Gesundheitsvorsorge wahrnehmen (vgl. § 1 ApothekenbetriebsO), andererseits aber auch als privates Unternehmen nach kaufmännischen Prinzipien geführt werden muss.

Wenn der in die Bedarfsprüfung integrierte gesetzliche Existenzschutz als Ausgleich für die Verpflichtung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen soll, erhebt sich die Frage, ob dies unter dem Blickwinkel des Gleichheitsgrundsatzes nicht auch für alle anderen Gruppen der sog. „freien Berufe" (z.B. Ärzte, Rechtsanwälte, Ziviltechniker) gelten (sodass auch in diesen Bereich ein Konkurrenzschutz in Form einer Bedarfsprüfung eingeführt werden) muss.

4.6. Die Errichtungskosten für eine öffentliche Apotheke sollen durchschnittlich ca. 500.000 Euro betragen; in diesem Zusammenhang könnte sich das bereits mit der ApG-Nov 1984 gesetzlich festgelegte Versorgungspotential von 5.500 Personen nach mittlerweile mehr als 30 Jahren als zu niedrig erweisen, um eine Apotheke tatsächlich betriebswirtschaftlich lukrativ führen zu können.

4.7. Auch in anderen EU-Staaten existieren ähnliche Niederlassungsbeschränkungen wie in Österreich.

Eine in solchen „Regulierungsländern" einerseits und in Ländern ohne Niederlassungsbeschränkungen (allerdings im Auftrag einer [der Dänischen] Apothekervereinigung) durchgeführte Europäische Vergleichsstudie („*Impact of pharmacy deregulation and regulation in European countries*"[3]) aus dem Jahr 2012 kam zu dem Ergebnis, dass eine Liberalisierung nur in städtischen Bereichen auch Neugründungen nach sich gezogen und insbesondere nicht zu niedrigeren Medikamentenpreisen oder zu einer verbesserten Heilmittelversorgung, sondern zu einer verringerten Lagerhaltung geführt habe; dennoch erweise sich das Serviceniveau in allen 9 in dieser Studie verglichenen Ländern unabhängig vom Grad der Deregulierung als annähernd gleich, was primär am Ausbildungsstandard und Engagement der Apotheker liegen dürfte; weiters tendiere eine Deregulierung zu einer Ausweitung der Öffnungszeiten, aber auch zu einer vermehrten Einflussnahme von Pharmakonzernen sowie zu geringeren Gewinnmargen und vermehrtem Arbeitsaufwand für Apotheker; aus der Sicht der Kunden müsse eine Reduktion der Beratungsleistungen hingenommen werden; schließlich ließen sich für die öffentliche Hand keine maßgeblichen Einsparungseffekte belegen. Empfohlen wird von den Studienautoren daher kein rein marktwirtschaftliches System für Apothekendienstleistungen, eine spezielle Rücksichtnahme auf „vulnerable Personen", eine wohldefinierte und messbare Zielplanung sowie eine angemessene Umsetzung und Evaluierung dieser Intentionen (vgl. insbesondere S. 3, 13 und 18 ff dieser Studie).

4.8. Soweit es im Besonderen die Rolle der Apothekerkammer bei der im Zuge der Bedarfsprüfung zu erstellenden Gutachten betrifft, ist objektiv besehen von besonderer Bedeutung, dass Bewerber um eine Neukonzession als künftige Konkurrenten der bereits niedergelassenen Apotheker betrachtet werden müssen.

4.8.1. Angesichts dessen stellt sich die prinzipielle Frage, ob solche Gutachten sämtlichen Voraussetzungen an die Unabhängigkeit, wie sie (allerdings nur) im Schlussantrag (der Generalanwältin Sharpston) zum EuGH-Urteil vom 14. Juni 2017, C-685/15, aufgestellt wurden, entsprechen können, zumal sich der in diesem Zusammenhang gelegentlich erhobene Einwand, dass in diesem Zusammenhang auch den „pharmazeutischen Fachkräften" bzw. „angestellten Apothekern" (d.i. jener [inländische] Personenkreis, der in erster Linie an einer Neukonzession interessiert ist) ein maßgeblicher Einfluss zukäme, objektiv nicht nachvollziehen lässt.

4.8.2. Unabhängig davon wird den Gutachten der Apothekerkammer zur Ermittlung der im Zuge der Bedarfsprüfung de iure bloß sekundär, de facto jedoch oft ausschlaggebend maßgeblichen „Einwohnergleichwerte" jüngst stets eine (undatierte) Studie der Technischen Universität Wien („*Studie zur Ermittlung von Einwohnergleichwerten – Endbericht*", im Folgenden kurz: „Einwohnergleichwerte"-Studie) zu Grunde gelegt.

---

[3] Abrufbar unter: http://whocc.goeg.at/Literaturliste/Dokumente/BooksReports/GOeG_FP_PharmacyRegulationDeregulation_Summary_March2012.pdf

Diese basiert – zusammengefasst – auf einem sog. „multiplen Regressionsmodell“, das ausgehend von der Ermittlung plausibel-valider Daten einen Algorithmus („Regressionsmodell zur Umsatzschätzung“) erstellt, bei dem anhand von 5 Einflussfaktoren (‚Hauptwohnsitze und Kaufkraft‘ – ‚Nebenwohnsitze und Touristen‘ – ‚Knoten des öffentlichen Verkehrs‘ – ‚Einzelhandelsdichte und Beschäftigte‘ – ‚Patientenfrequenz von Ambulanzen‘ [Anm.: es fehlen ‚(öffentliche) Einrichtungen‘ iSd § 10 Abs. 5 ApG!]) mehr als 50 % des Umsatzes von Apotheken plausibel erklärt und prognostiziert werden können sollen, nämlich dahin, dass sich der Umsatz einer öffentlichen Apotheke prozentuell regelmäßig wie 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 ist also, dass der Umsatz einer öffentlichen Apotheke zu ca. 55 % von ständigen Einwohnern und zu ca. 45 % durch „Einwohnergleichwerte“ determiniert werden soll, wobei der so ermittelte Umsatz im Falle des Vorliegens von ärztlichen Hausapotheken jeweils um 22 % zu reduzieren ist. Eine konkret definierte Methode zur Berechnung von Einwohnergleichwerten lässt sich dieser Studie allerdings nicht entnehmen; fraglich ist daher auch, ob die auf S. 36 der Studie als Ergebnis präsentierten „Gewichtungsfaktoren“ als absolute Werte oder als Prozentzahlen in Bezug auf die jeweiligen ständigen Einwohner des konkreten Versorgungsgebietes zu verstehen sind; und schließlich findet sich in dieser Studie auch keine Methode zur Ermittlung jener „konkreten Versorgungsäquivalente“, auf die in den Gutachten der Apothekerkammer vielfach Bezug genommen wird.

Vor diesem Hintergrund ist somit für einen Konzessionswerber ex ante nicht seriös abschätzbar, ob ein Bedarf an einer Neuerrichtung besteht. Um dies in Erfahrung bringen zu können, muss er extra ein Behördenverfahren einleiten lassen, wobei in dessen Zuge ein Gutachten der Apothekerkammer erstellt werden muss – all dies jedoch verbunden mit dem Risiko, dass für den Fall der Feststellung des Nichtbestehens eines Bedarfes die Sperrwirkung des § 47 Abs. 2 ApG eintritt, sodass letztlich eine Konzessionserteilung für den begehrten Standort de facto über mehrere Jahre hinweg blockiert ist.

5. Berücksichtigt man alle diese Aspekte, so stellt sich die Konzeption des Gebietsschutzes für bestehende öffentliche Apotheken in der Erscheinungsform einer Bedarfsprüfung nach vorläufiger Einschätzung des nach der Geschäftsverteilung zur Entscheidung zuständigen Einzelrichters eher als ein historisch gewachsenes, auf Anforderungen des EuGH immer nur gleichsam widerstrebend und im unbedingt erforderlichen Ausmaß reagierendes, insgesamt jedoch äußerst fragiles (Zufalls-)Konglomerat dar, hinsichtlich dessen objektiv eine systematische, insbesondere eine zugleich auch verhältnismäßige Kohärenz nicht – und jedenfalls nicht als gleichsam „offen auf der Hand liegend“ – erkennbar ist.

De facto scheint vielmehr ein betriebswirtschaftlich bedingter Konkurrenzschutz zugunsten bereits bestehender öffentlicher Apotheken das vorrangige (wenn nicht sogar ausschließliche) Ziel der im ApG verankerten Bedarfsprüfung zu bilden. Ein Lenkungseffekt ist demgegenüber nur insofern erkennbar, als in dicht besiedelten Gebieten in der Regel eine zusätzliche Konzession für einen langen Zeitraum faktisch nicht erlangt werden kann, was potentielle Interessenten (Konkurrenten) zu einem Abdriften an die Peripherie von größeren Orten bzw. in ländliche Gebiete nötigt. Dadurch werden aber wiederum die dort bereits bestehenden ärztlichen Hausapotheken verdrängt. Und für die Patienten selbst resultiert damit im Ergebnis keineswegs eine

Verbesserung der Heilmittelversorgung, denn diese sind dann dazu veranlasst, zusätzlich eine öffentliche Apotheke aufsuchen zu müssen, anstatt – wie bisher – die Medikamente unmittelbar vom behandelnden Arzt ausgefolgt zu erhalten.

B) Spezifische Einzelfragen

Von diesen grundsätzlichen Bedenken abgesehen erscheint aber im Zusammenhang mit diesem Themenkomplex insbesondere auch die Klärung folgender spezifischer Einzelfragen von nicht unerheblichem Interesse:

- Wurden bislang in irgendeiner Studie auch Patienten selbst hinsichtlich ihrer determinierenden Präferenzen zur Inanspruchnahme von Apotheken befragt?

- Bettlägerige Patienten müssen Medikamente durch Pflegedienste, pflegende Angehörige oder andere Personen besorgen lassen, die teilweise nicht im selben Haushalt und/oder nicht einmal im selben Stadt- oder Ortsteil leben, aber ihrerseits durchaus mobil sind – inwieweit wurde bislang in Studien berücksichtigt, dass für solche Personen eine Apotheke in Gehnähe zum Patienten idR keine Rolle spielt?

- Halten Apotheken de facto tatsächlich einen großen Arzneimittelvorrat? Die praktische Erfahrung lehrt eher, dass weniger nachgefragte Medikamente oft gleichsam ‚vorbestellt' werden müssen und die Apotheke dann zur Abholung neuerlich aufgesucht werden muss [gibt es diesbezügliche Erhebungen/Statistiken?

- In welchem Umfang besorgen sich die Patienten ihre Medikamente im benachbarten Ausland (BRD, CZ, SVK, HUN, ...) und/oder v.a. über Internet, besonders dann, wenn und weil dies rezeptfrei und/oder kostengünstiger erfolgen kann?

- Machen Nahrungsergänzungsmittel, Kosmetika und Getränke mittlerweile tatsächlich bereits ein Drittel des Umsatzes einer durchschnittlichen Apotheke (so z.B. ORF-News vom 15.9.2017, http://salzburg.orf.at/news/stories/2866355/) aus?

- Der durchschnittliche Zuwachs an öffentlichen Apotheken beträgt österreichweit (nur) 15 pro Jahr (davon die meisten im Bundesland Wien) [inwieweit hängt dies v.a. – oder auch nur – mit dem allgemeinen Bevölkerungszuwachs zusammen?

- Wie viele ärztliche Hausapotheken gibt es in Österreich, aufgegliedert nach Bundesländern und Regionen (insbes. im ländlichen Raum)?

- Gibt es Statistiken bzw. Studien darüber, in welchem Umfang die Sozialversicherungsträger tatsächlich den Großteil des Arzneimittelumsatzes finanzieren? Handelt es sich dabei allenfalls um eine unionsrechtlich (un)zulässige staatliche Subvention für Apotheken?"

5.3. In seinem Antwortschreiben vom 25. Jänner 2018, Zl. BMASK-92300/0002-IX/A/4/2018, hat das BMinGF zunächst mitgeteilt, dass ihm als oberster Behörde des Bundes in einem apothekenrechtlichen Beschwerdeverfahren vor einem LVwG keine Parteistellung zukomme, weshalb von der Erstattung einer Stellungnahme zum hg. Ersuchen vom 27. November 2017 Abstand genommen werde.

Unter einem wurde jedoch darauf hingewiesen, dass das BMinGF „*allen Landeshauptmännern ..... und den mit dem Apothekengesetz in mittelbarer Bundesverwaltung befassten Bezirksverwaltungsbehörden ein Argumentarium übermittelt*" habe, „*in welchem die kohärente, unionsrechtskonforme Ausgestaltung des österreichischen Apothekenkonzessionssystems dargelegt und bekräftigt wird*".

5.4. Über weiteres Ersuchen des LVwG OÖ vom 30. Jänner 2018, LVwG-050057/25/Gf/Mu, hat das Amt der Oberösterreichischen Landesregierung dem LVwG OÖ diese (undatierte) Argumentesammlung des BMinGF mit e-mail vom 7. Februar 2018 (im Folgenden kurz: „Argumentarium“) übermittelt.

Darin führt das BMinGF aus:

„Zu GZ. BMASGK-92300/0002-IX/A/4/2018

Stellungnahme zur kohärenten, unionsrechtskonformen Ausgestaltung des österreichischen Apothekenkonzessionssystems

1. Nach der Judikatur des EuGH stellen mitgliedstaatliche Regelungen, welche die Neuerrichtung von Apotheken von geographischen bzw. demographischen Kriterien wie einer Mindestentfernung zwischen zwei Apotheken oder der Zahl der durch eine Apotheke zu versorgenden Personen abhängig machen, Beschränkungen der europäischen Grundfreiheiten dar. Solche Beschränkungen sind nur dann gerechtfertigt, wenn sie einerseits zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, konkret dem ‚Ziel, eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen‘ (EuGH C-367/12 Sokoll-Seebacher Rn 25 mwN), dienen und andererseits dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Unter letzterem Gesichtspunkt kann die nationale Regelung nur dann als geeignet angesehen werden, die Erreichung des angestrebten Ziels zu gewährleisten, wenn sie ‚tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen‘ (EuGH C-367/12 Sokoll-Seebacher Rn 39 mwN). Diese Beurteilung erfolgt letztlich im Einzelfall durch die nationale zuständige Stelle. Wie der EuGH zur Kohärenzprüfung bei Beschränkungen der Grundfreiheiten in anderen – jedoch nicht in jeder Hinsicht vergleichbaren – Rechtsgebieten, wie etwa dem Glücksspielrecht, entschieden hat, müssen in der dabei anzustellenden Gesamtbeurteilung sowohl rechtliche als auch tatsächliche Umstände Beachtung finden (vgl EuGH C-347/09 Dickinger und Ömer Rn 65 mwN und EuGH C-464/15 Admiral Casinos Rn 31 mwN).

2. Mit der Bedarfsprüfung gemäß § 10 ApG, welche anlässlich der Neuerrichtung öffentlicher Apotheken durchzuführen ist, wird das vom EuGH anerkannte grundsätzliche ‚Ziel [verfolgt], eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen‘ (EuGH C-367/12 Sokoll-Seebacher Rn 25 mwN; dieses Ziel wird in den Materialien zum ApG [vgl IA 1863/A XXV. GP] explizit genannt). Die Bedarfsprüfung dient auch nach Auffassung des VfGH dem ‚öffentlichen Interesse an der Sicherung einer ausreichenden flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln‘ (so jüngst VfGH 28.9.2017, E 2666/2016, Rn 49).

Die geltenden Regelungen über die Bedarfsprüfung begrenzen die Zahl der Apotheken nach Maßgabe von Bestimmungen der geographischen Planung. Sie bewirken insbesondere eine am Bedarf der Bevölkerung orientierte, gleichmäßige Allokation der Apotheken im gesamten Bundesgebiet und vermeiden somit die Konzentration von Apotheken an bestimmten – in erster Linie urbanen – Standorten, die als sehr ertragreich und somit attraktiv(er) angesehen werden. Demgegenüber könnten – ohne eine Bedarfsregelung – andere Teile des Bundesgebiets, etwa ländliche, geographisch isolierte oder in sonstiger Weise benachteiligte Gebiete, als weniger attraktiv erachtet werden. Die Bedarfsregelung lenkt sohin die Ansiedlung von Apotheken in diejenigen Gebiete, in denen der Zugang der Bevölkerung zum pharmazeutischen Dienst und damit zu einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung lückenhaft ist, weil sie die Apotheker daran hindert, sich in Gebieten niederzulassen, in denen es bereits eine hinreichende Zahl von Apotheken gibt, und sie so veranlasst, sich in Gebieten niederzulassen, in denen ein Bedarf nach weiteren Apotheken besteht.

Die konkreten Parameter der Bedarfsregelung gemäß § 10 Abs. 2 ApG sind im Hinblick auf die gewöhnlichen und durchschnittlichen demographischen Aspekte festgelegt (zur

Zulässigkeit einer solchen Festlegung bei angemessener Berücksichtigung demographischer Besonderheiten EuGH C-570/07 und C-571/07 Blanco Pérez und Chao Gómez Rn 96).

Die Berücksichtigung von Gebieten mit demographischen Besonderheiten und damit die Berücksichtigung geographisch isolierter oder in sonstiger Weise benachteiligter Regionen ergibt sich aus der Regelung über die ärztlichen Hausapotheken gemäß § 10 Abs. 2 Z 1 ApG und insbesondere aus der Bestimmung des § 10 Abs. 6a ApG idF BGBl I 2016/103, auf deren unionsrechtlichen Hintergrund nachfolgend unter Punkt 3. noch näher eingegangen wird.

Die Bedarfsprüfung erweist sich damit im Sinn der Judikatur des EuGH als unerlässlich, ‚um eventuelle Lücken im Zugang zu Leistungen des Gesundheitswesens zu schließen [bzw solche nicht neu entstehen zu lassen] und um die Einrichtung von Strukturen einer Doppelversorgung zu vermeiden, so dass eine Gesundheitsversorgung gewährleistet ist, die den Bedürfnissen der Bevölkerung angepasst ist, das gesamte Hoheitsgebiet abdeckt und geographisch isolierte oder in sonstiger Weise benachteiligte Regionen berücksichtigt‘ (EuGH C-367/12 Sokoll-Seebacher Rn 24; in diesem Sinn bereits EuGH C-570/07 und C-571/07 Blanco Pérez und Chao Gómez Rn 70 ff mit Nachweisen der Vorjudikatur).

Darüber hinaus ermöglicht die Bedarfsregelung gemäß § 10 ApG den öffentlichen Apotheken die Erbringung umfassender Gesundheitsdienstleistungen im öffentlichen Interesse, so etwa die Versorgung von Substitutionspatienten, die Zustellung dringend benötigter Arzneimittel für bettlägerige Patienten, die Einbindung in Katastrophenschutzprogramme sowie die Erbringung von Nacht- und Bereitschaftsdiensten.

Die Eignung der gesetzlichen Regelung zur Zielerreichung belegt die Zunahme der Anzahl der Apotheken in Österreich: Seit Inkrafttreten der Apothekengesetznovelle 1984 mit 1. Jänner 1985 hat sich die Anzahl der Apotheken von 918 (inklusive damals einer Filialapotheke) bis Ende 2017 auf 1.390 (inkl. 29 Filialapotheken) – somit um 472 (dies entspricht einem Zuwachs von mehr als 50%) – erhöht. Die Regelung hat außerdem zu einer geographisch sinnvollen Verteilung der neuen Apotheken geführt. So ergibt eine nähere Betrachtung der Apothekeneröffnungen der letzten 10 Jahre folgendes Bild: Insgesamt haben in den letzten 10 Jahren 152 öffentliche Apotheken neu eröffnet. In kleineren Orten, bisher ohne Apotheke, gab es mit 73 Neueröffnungen den größten Zuwachs. In Orten mit Apotheken (ausgenommen Wien und Landeshauptstädte) wurden 43 Apotheken neu gegründet. In Wien und den Landeshauptstädten wurden in den letzten 10 Jahren 36 öffentliche Apotheken neu eröffnet (vgl. Apotheke in Zahlen 2017, S. 6, Herausgeber Österreichische Apothekerkammer).

Die Entwicklung der österreichischen Apothekenlandschaft belegt somit den Vorteil eines solchen bedarfsgerechten Verteilungssystems.

3.
a. Nach der Judikatur des EuGH hat die Bedarfsprüfung den vorangeführten Anforderungen vor den ApG-Novellen BGBl I 2016/30 und BGBl I 2016/103 jedoch nur in einem Aspekt nicht entsprochen: Konkret bemängelte der EuGH die Regelung des § 10 Abs. 2 Z 3 ApG idF vor der Novelle BGBl I 2016/30, wonach ein Bedarf für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke dann nicht besteht, wenn 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. Art. 49 AEUV, insbesondere das Gebot der Kohärenz bei der Verfolgung des angestrebten Ziels, wäre nämlich dahin auszulegen, dass er einer mitgliedstaatlichen Regelung, die als essenzielles Kriterium bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine starre Grenze von ‚weiterhin zu versorgenden Personen‘ festlegt, entgegensteht, weil die zuständigen nationalen Behörden keine Möglichkeit haben, von dieser Grenze abzuweichen, um örtliche Besonderheiten zu berücksichtigen (EuGH C-367/12 Sokoll-Seebacher Rn 51). Der EuGH begründete dies insbesondere damit, dass bei einer im gesamten betroffenen Hoheitsgebiet einheitlichen Anwendung der in der nationalen Regelung für die Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke festgelegten Voraus-

setzungen bezüglich der Bevölkerungsdichte und der Mindestentfernung zwischen Apotheken unter bestimmten Umständen die Gefahr besteht, dass in Gebieten, die bestimmte demographische Besonderheiten aufweisen, ein angemessener Zugang zum pharmazeutischen Dienst nicht gewährleistet ist (EuGH C-367/12 Sokoll-Seebacher Rn 41). Bei der Anwendung des Kriteriums der Zahl der ‚weiterhin zu versorgenden Personen' bestünde nämlich die Gefahr, dass für bestimmte Personen, die in ländlichen und abgelegenen Regionen außerhalb der Versorgungsgebiete bestehender Apotheken wohnen, insbesondere für Menschen mit eingeschränkter Mobilität, kein gleicher und angemessener Zugang zu Apothekendienstleistungen sichergestellt ist (EuGH C-367/12 Sokoll-Seebacher Rn 41).

Nach einer Neuregelung mit BGBl I 2016/30 stellte der EuGH auf Grund eines neuerlichen Vorabentscheidungsersuchens klar, dass das in § 10 Abs. 2 Z 3 ApG festgelegte Kriterium einer starren Grenze der Zahl der ‚weiterhin zu versorgenden Personen' bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ‚allgemein in keiner konkreten Situation, die einer Prüfung unterzogen wird, Anwendung finden darf' (EuGH C-634/15 Sokoll-Seebacher und Naderhirn Rn 36).

Dem Rechnung tragend, wurde das ApG durch das Bundesgesetz BGBl I 2016/103 neuerlich novelliert, wobei § 10 Abs. 6a ApG seitdem wie folgt lautet:

> ‚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.'

Laut der Begründung im Initiativantrag zu § 10 Abs. 6a ApG idF der Novelle BGBl I 2016/103 dient diese weitere Novelle explizit dazu, den beiden vorzitierten EuGH-Entscheidungen Rechnung zu tragen, um die kohärente und systematische Erreichung des mit der Bedarfsprüfung angestrebten Hauptziels – nämlich eine sichere und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln – zu gewährleisten (IA 1863/A XXV. GP).

b. Nach der Rsp des VwGH wurde mit der ApG-Novelle BGBl I 2016/103 die in den angeführten Entscheidungen des EuGH geforderte Flexibilität der der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke zugrunde liegenden nationalen Regelung hergestellt, sodass die rechtlichen Rahmenbedingungen der Bedarfsprüfung bei Apotheken nunmehr in jeder Hinsicht den Anforderungen des Unionsrechts entsprechen (grundlegend dazu VwGH 29.03.2017, Ra 2016/10/0141 Rn 27-29). Dieser Rechtsauffassung hat sich in weiterer Folge auch der VfGH angeschlossen (VfGH 28.09.2017, E 2666/2016 Rn 46 f).

Wie der VwGH zutreffend ausführt, geht aus dem Beschluss des EuGH in der Rs C-634/15 Sokoll-Seebacher und Naderhirn klar hervor, dass der EuGH nicht etwa die Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke als solche, sondern lediglich die ‚allgemeine' Zugrundelegung einer unveränderlich festgelegten Anzahl von ‚weiterhin zu versorgenden Personen' als unionsrechtswidrig erachtet (VwGH 29.03.2017, Ra 2016/10/0141 Rn 19; 23.05.2017, Ro 2017/10/0008 Rn 14). Bestätigt wird diese Rechtsauffassung auch durch die zahlreichen Entscheidungen des EuGH zu den demographischen und geographischen Marktzugangsvoraussetzungen für Apotheken in Spanien und Italien, welche vergleichbar der Rechtslage in Österreich auf zu versorgende Personen bzw. Mindestabstände abgestellt haben. Diese wurden vom EuGH allesamt als unionsrechtskonform bestätigt, weil es sich bei diesen Kriterien bloß um Grundregeln gehandelt hat, von denen in besonderen Fällen abgewichen werden durfte (vgl EuGH C-570/07 und C-571/07 Blanco Pérez und Chao Gómez Rn 98; C-563/08 Carlos Sáez Sánchez und Patricia Rueda Vargas Rn 27; C-217/09 Polisseni Rn 30 ff; C-315/08 Grisoli Rn 35 ff).

Infolge der Neufassung des § 10 Abs. 6a ApG durch die ApG-Novelle BGBl I 2016/103 liegt somit eine insgesamt unionsrechtskonforme Rechtslage vor: Daher besteht für die zuständigen Verwaltungsgerichte – abgesehen davon, dass der Anwendungsvorrang des

Unionsrechts, namentlich der primärrechtlichen Regelungen der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit, bei Sachverhalten mit reinem Inlandsbezug nicht zum Tragen kommt – keine Veranlassung, die negative Bedarfsregelung gemäß § 10 Abs. 2 Z 3 ApG iVm § 10 Abs. 6a ApG idF der Novelle BGBl I 2016/103 unangewendet zu lassen (VwGH 29.03.2017, Ra 2016/10/0141 Rn 20; 23.05.2017, Ro 2017/10/0008 Rn 14). Ganz im Gegenteil, das Unangewendetlassen dieser negativen Bedarfsregelung würde eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisten Rechts auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz (Gleichheitsgrundsatz) infolge von Willkür begründen (so jüngst VfGH 28.09.2017, E 2666/2016 Rn 31).

c. Was die nach der Rsp. des EuGH bei der Kohärenzprüfung zu beachtenden tatsächlichen Umstände anlangt, ist darauf hinzuweisen, dass § 10 Abs. 6a ApG die zur Vollziehung zuständigen Behörden ausdrücklich dazu verpflichtet, bei örtlichen Besonderheiten vom Kriterium der 5.500 weiterhin zu versorgenden Personen in § 10 Abs. 2 Z 3 ApG abzuweichen, um im Sinne der Judikatur des EuGH dem Ziel, eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen, zum Durchbruch zu verhelfen. Nach den Materialien zur ApG-Novelle BGBl I 2016/103 hat nämlich die Behörde, um der Rechtsprechung des EuGH zu entsprechen, ‚in jedem einzelnen Fall zu prüfen', ob allenfalls besondere örtliche Verhältnisse vorliegen, und ihre Entscheidung entsprechend zu begründen (IA 1863/A XXV. GP). Dieser Auftrag an die Vollziehung stellt sicher, dass den Anforderungen an die Kohärenz nicht nur in rechtlicher, sondern, wie vom EuGH gefordert, auch in faktischer Hinsicht entsprochen wird.

Obwohl § 10 Abs. 6a ApG idF der Novelle BGBl I 2016/103 erst mit Ablauf des 06.12.2016 in Kraft getreten ist, liegen zu dieser Bestimmung bereits Anwendungsfälle durch die zur Konzessionserteilung für neu zu errichtende Apotheken zuständigen Bezirksverwaltungsbehörden vor (siehe dazu die Bescheide der BH Kufstein vom 16.08.2017, Zl.: KU-APO-34/1-2015, der BH Tulln 04.10.2017, Zl.: TUA5-S-1421/001; der BH Linz-Land 01.08.2017, Zl.: SanRB01-45-48/Km [(bestätigt durch LVwG OÖ, 19.12.2017, Zl.: LVwG-050098/21/Gf/Mu – 050099/2 und LVwG-050102/8/Gf/Mu], Magistrat der Stadt Wiener Neustadt vom 23.1.2018, Zl.: GB III/4-G-160/16). Dies beweist, dass den europarechtlichen Anforderungen, deren Umsetzung die geltende Fassung des § 10 Abs. 6a ApG dient, auch in faktischer Hinsicht entsprochen wird.

4. Nach der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung ist daher zusammenfassend von folgendem Ergebnis auszugehen:

- Das geltende Regime der Bedarfsprüfung anlässlich der Neuerrichtung öffentlicher Apotheken gemäß § 10 ApG verfolgt das grundsätzliche Ziel, eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen. Insbesondere wird mit der Bedarfsprüfung sichergestellt, dass neue Apotheken dort errichtet werden, wo ein entsprechender Versorgungsbedarf gegeben ist und dass die einer flächendeckenden Versorgung abträgliche Einrichtung von Strukturen einer Doppelversorgung vermieden wird, sodass insgesamt eine Gesundheitsversorgung gewährleistet ist, die den Bedürfnissen der Bevölkerung angepasst ist, das gesamte Hoheitsgebiet abdeckt und – auf Grund des § 10 Abs. 6a ApG explizit – geografisch isolierte oder in sonstiger Weise benachteiligte Regionen berücksichtigt.

- Das geltende Regime der Bedarfsprüfung gewährleistet im Sinn der Rechtsprechung des EuGH eine verhältnismäßige und kohärente Erreichung dieses Ziels, die nicht über das erforderliche Ausmaß hinausgeht.

- Das österreichische Apothekenkonzessionssystem erweist sich insgesamt als mit dem Unionsrecht in Einklang stehend (so gelangen der VwGH und der VfGH beide zum Ergebnis der Unionsrechtskonformität, siehe dazu grundlegend VwGH 29.03.2017, Ra 2016/10/0141 Rn 27-29; darauf Bezug nehmend VfGH 28.09.2017, E 2666/2016 Rn 46 f; vgl ferner VwGH 23.05.2017, Ro 2017/10/0003; 23.05.2017, Ra 2017/10/0006; 27.06.2017, Ra 2016/10/0125; der VwGH weist nunmehr Revisionen, welche sich gegen die Unionsrechtskonfor-

mität des geltenden österreichischen Apothekenkonzessionssystems richten, infolge geklärter Rechtslage beschlussmäßig zurück, so etwa VwGH 23.05.2017, Ra 2016/10/0083; vgl ebenso die Unionsrechtskonformität aussprechend zB LVwG NÖ 18.04.2017, LVwG-AV-1374/001-2016; 13.11.2017, LVwG-AV-211/001-2017; 13.11.2017, LVwG-AV-216/001-2017).

Zusammenfassung

Nach der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung steht als Ergebnis fest, dass durch das geltende Regime der Bedarfsprüfung anlässlich der Neuerrichtung öffentlicher Apotheken eine verhältnismäßige und kohärente Zielerreichung gewährleistet ist, die nicht über das erforderliche Ausmaß hinausgeht. Das österreichische Apothekenkonzessionssystem erweist sich daher insgesamt als mit dem Unionsrecht in Einklang stehend (so gelangen der VwGH und der VfGH beide zum Ergebnis der Unionsrechtskonformität, siehe VwGH 29.03.2017, Ra 2016/10/0141 Rn 27-29; 23.05.2017, Ro 2017/10/0003; 23.05.2017, Ra 2017/10/0006; 27.06.2017, Ra 2016/10/0125; VfGH 28.09.2017, E 2666/2016 Rn 46 f; der VwGH weist nunmehr Revisionen, welche sich gegen die Unionsrechtskonformität des geltenden österreichischen Apothekenkonzessionssystems richten, infolge geklärter Rechtslage beschlussmäßig zurück, so etwa VwGH 23.05.2017, Ra 2016/10/0083; vgl ebenso die Unionsrechtskonformität aussprechend zB LVwG NÖ 18.04.2017, LVwG-AV-1374/001-2016; 13.11.2017, LVwG-AV-211/001-2017; 13.11.2017, LVwG-AV-216/001-2017).“

Gesamthaft betrachtet folgt daraus, dass dieses Argumentarium des BMinGF weder konkrete Sachverhaltsfeststellungen noch die Wiedergabe, eine Bezugnahme oder einen Verweis auf zweckdienliche Beweismittel enthält, sondern sich vielmehr auf eine Darstellung der Rechtslage und der dazu ergangenen Judikatur beschränkt.

5.5. Seitens des LVwG OÖ wurde dieses Argumentarium mit e-mail vom 9. Februar 2018 auch sämtlichen Verfahrensparteien zur Kenntnis gebracht.

5.6. Mit Schriftsatz vom 16. Februar 2018 hat der Rechtsvertreter des Dritt- und Viertbeschwerdeführers ein „weiteres Vorbringen“ erstattet und mit diesem darauf hingewiesen, dass X deshalb, weil derzeit de facto lediglich $1^1/_2$ Kassenplanstellen für Allgemeinmedizin von einer Vertragsgruppenpraxis besetzt seien, eine „Ein-Arzt-Gemeinde“ i.S.d. § 10 Abs. 2 Z. 1 und Abs. 3 ApG verkörpere und sohin schon ex lege kein Bedarf an einer neuen öffentlichen Apotheke bestehe. Denn jenes an der Gemeindegrenze zwischen Linz und X situierte Ordinationsgebäude befinde sich zumindest zum Teil – nämlich hinsichtlich der Parkplätze – auf dem Gebiet der Landeshauptstadt und sei zudem auch nach dem Kassenstellenplan der OÖGKK für diese vorgesehen.

Davon abgesehen werde das Gebiet der Gemeinde X von den umliegenden öffentlichen Apotheken und den bestehenden ärztlichen Hausapotheken ohnehin völlig ausreichend versorgt, sodass auch keine Ausnahmesituation i.S.d. § 10 Abs. 6a ApG vorliege.

5.7. In weiterer Folge hat das LVwG OÖ Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung zu Zl. SanRB10-6-2012

sowie im Wege der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung am 21. Februar 2018, zu der als Parteien die Erstbeschwerdeführerin, der Rechtsvertreter der Erst- und der Zweitbeschwerdeführerin, der Rechtsvertreter des Dritt- und des Viertbeschwerdeführers, die Rechtsvertreterin der Mitbeteiligten Partei sowie Dr. M R als Vertreterin der belangten Behörde und die sachverständige Zeugin Mag. K F (Österreichische Apothekerkammer) erschienen sind.

Im Zuge dieser Verhandlung wurde ergänzend zu den bisherigen Darstellungen unter Pkt. I. und II. folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt festgestellt:

5.7.1. Eine allgemein zugängliche kartographische Übersicht, die die Verteilung der öffentlichen Apotheken und Hausapotheken für das gesamte Bundesgebiet verdeutlicht, oder zumindest eine öffentlich zugängliche Tabelle, aus der sowohl alle Adressen der Betriebsstätten der öffentlichen Apotheken und alle Standorte der Ordinationen mit ärztlichen Hausapotheken hervorgehen, existiert auch nach Angabe der sachverständigen Zeugin nicht; insbesondere bieten gängige Internet-Suchmaschinen keine Gewähr für die Vollständigkeit der Darstellung der Apotheken. Allerdings hat die Zeugin eine entsprechende, von der Österreichischen Apothekerkammer für deren internen Gebrauch erstellte und auf dem aktuellen Stand befindliche Übersichtskarte für das gesamte Bundesgebiet vorgelegt, auf der in Form von roten bzw. rosa Kreisen die öffentlichen Apotheken und in Form von grünen Dreiecken die ärztlichen Hausapotheken ersichtlich sind (vgl. Beilage 1 zum Verhandlungsprotokoll, ONr. 32 des hg. Aktes).

5.7.2. Sämtliche Parteienvertreter stimmten mit der sachverständigen Zeugin dahin überein, dass folgende „Richtwerte“ auch gegenwärtig noch zutreffen:

- Selbständige Apotheker (inkl. Filialapotheken): ca. 1.400
- Angestellte Pharmazeuten: ca. 4.200
- Pharmazeutisch-kaufmännische Assistenten: ca. 5.350

5.7.3. Das Gutachten der „Österr. Apothekerkammer – Landesgeschäftsstelle OÖ“ vom 2. Februar 2015, Zl. III/5/2/2-45/3/15, wonach an der beantragten Apotheke deshalb kein Bedarf bestehe, weil infolge von deren Inbetriebnahme das Versorgungspotential der bestehenden Apotheke der Zweitbeschwerdeführerin voraussichtlich auf 4.842 Personen absinken würde, wurde ca. vor 3 Jahren erstellt. Dass die Bedarfssituation nunmehr infolge geänderter faktischer Gegebenheiten (z.B. Infrastrukturmaßnahmen etc.) anders zu beurteilen ist, konnte von der sachverständige Zeugin nicht ausgeschlossen werden, wenngleich nach ihrer momentanen Einschätzung an dem von der Mitbeteiligten Partei in Aussicht genommenen Standort keine besonderen örtlichen Verhältnisse i.S.d. § 10 Abs. 6a ApG gegeben sein dürften.

5.7.4. Vor diesem Hintergrund wurde die öffentliche Verhandlung vorläufig unterbrochen und die Österreichische Apothekerkammer darum ersucht, ein entsprechendes Gutachten zu der Frage, ob gegenwärtig an dem von der Mitbeteiligten

Partei in Aussicht genommenen Standort X, „besondere örtliche Verhältnisse“ gegeben sind, die i.S.d. § 10 Abs. 6a ApG „im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung unter Berücksichtigung des Versorgungsangebots durch bestehende Apotheken einschließlich Filialapotheken und ärztlichen Hausapotheken“ eine Unterschreitung des in § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG normierten Versorgungspotentials von 5.500 Personen gebieten, zu erstellen sowie unabhängig davon zu beurteilen, ob entweder bei nunmehriger Heranziehung der sog. „Einwohnergleichwerte-Studie“ der TU Wien im Falle einer Konzessionserteilung an die Mitbeteiligte Partei das Versorgungspotential der Apotheke der Erst- und/oder der Zweitbeschwerdeführerin voraussichtlich weniger als 5.500 Personen betragen wird, wobei in diesem Zusammenhang jeweils zur Frage der Methode der Ermittlung der sog. „Halbierungspunkte“ jeweils explizit Stellung genommen werden möge.

5.7.5. Diese Sachverhaltsfeststellungen gründen sich auf den Akteninhalt sowie auf die glaubwürdigen, schlüssigen und in sich widerspruchsfreien Aussagen der in der öffentlichen Verhandlung einvernommenen Parteienvertreter und der sachverständigen Zeugin.

5.7.6. Unter einem wird das Verhandlungsprotokoll (ONr. 32 des hg. Aktes) zum integrierenden Bestandteil der Begründung dieser Entscheidung erklärt.

5.8. Mit Schriftsatz vom 6. März 2018 hat die Rechtsvertreterin der Mitbeteiligten Partei eine Stellungnahme erstattet, in der zunächst darauf hingewiesen wurde, dass sich aus den Materialien zur Novellierung des Abs. 6a des § 10 ApG ergebe, dass dann, wenn Orte mit mehr als 5.000 Einwohnern – und die Gemeinde X hatte zum Stichtag 1.1.2017 schon 5.108 Einwohner – über keine öffentliche Apotheke verfügen, die Neuerrichtung einer solchen selbst dann nicht verhindert werden solle, wenn dadurch das Versorgungspotential einer Apotheke in einem Nachbarort unter 5.500 Personen fällt, solange diese weiterhin noch wirtschaftlich geführt werden kann; in diesem Zusammenhang habe die Österreichische Apothekerkammer im Übrigen in ihren Gutachten bereits mehrfach die Auffassung geäußert, dass hierfür ein Versorgungspotential von 4.400 Personen hinreiche.

Davon ausgehend, dass eine ärztliche Hausapotheke in Bezug auf eine optimale Heilmittelversorgung schon im Hinblick auf Lagerhaltung, Öffnungszeiten etc. einer öffentlichen Apotheke nicht gleichgesetzt werden könne, sondern Ersterer lediglich eine Ergänzungsfunktion zukomme, seien im vorliegenden Fall – abgesehen von der Einwohnerzahl – insbesondere auch deshalb „besondere örtliche Verhältnisse“ i.S.d. § 10 Abs. 6a ApG gegeben, weil in der Gemeinde X bloß eine einzige ärztliche Hausapotheke existiere, darüber hinaus jedoch noch vier weitere Ärzte ohne Hausapotheke angesiedelt seien, deren Patienten die bestehende Hausapotheke gemäß § 30 Abs. 3 ApG) jeweils nicht in Anspruch nehmen könnten.

Dass Kassenplanstellen ohne Hausapotheke künftig unbesetzt bleiben müssten, stehe der Annahme des Vorliegens von besonderen örtlichen Verhältnissen schon deshalb nicht entgegen, weil der Zweck des ApG nicht darin bestehe, eine ausreichende finanzielle Absicherung von Landärzten zu garantieren.

5.9. In einer gemeinsamen Stellungnahme vom 15. März 2018 haben die Oberösterreichische Gebietskrankenkasse (im Folgenden: OÖGKK) und die Ärztekammer für Oberösterreich (im Folgenden: OÖÄK) ausgeführt, dass nach dem derzeit zwischen der OÖGKK und der OÖÄK maßgeblichen Stellenplan die auf dem Gebiet der Gemeinde X situierte Ordination von Dr. M. dem Gebiet Linz-Urfahr zugeordnet ist und eine Nachbesetzung dieser Stelle ebenfalls für dieses Gebiet erfolgen soll.

5.10. Mit Schriftsatz vom 30. März 2018 hat der Rechtsvertreter des Dritt- und des Viertbeschwerdeführers darauf hingewiesen, dass sich § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG – wie auch aus den Gesetzesmaterialien (StenProtNR, 22. GP, 139. Sitzung, S. 246) hervorgehe – zweifelsfrei auf den zwischen der OÖGKK und der OÖÄK vereinbarten Stellenplan beziehe. Danach sowie zufolge der gemeinsamen Stellungnahme der OÖGKK und der OÖÄK vom 15. Juni 2018 sei aber die von Dr. M. besetzte Planstelle eindeutig der Stadt Linz zuzuordnen; dass die Baulichkeit der betreffenden Ordination faktisch auf dem Gebiet der Gemeinde X liege, vermöge daran jedenfalls nichts zu ändern. Angesichts dessen müsse aber X als sog. „Ein-Arzt-Gemeinde“ qualifiziert werden, sodass schon aus diesem Grund kein Bedarf für die von der Mitbeteiligten Partei neu zu errichten intendierte Apotheke bestehe.

5.11. Dagegen brachte die Rechtsvertreterin der Mitbeteiligten Partei in einer Stellungnahme vom 5. April 2018 vor, dass es für die Beurteilung als „Ein-Arzt-Gemeinde“ nicht auf den Kassenvertrag, sondern ausschließlich auf die tatsächliche Lage der Betriebsstätte des betreffenden Arztes ankäme; diesbezüglich stehe aber allseits unbestritten fest, dass sich die Ordination von Dr. M. auf dem Gebiet von X befinde, sodass sie i.S.d. § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG folglich dieser Gemeinde zuzurechnen sei.

5.12. Hierauf hat der Rechtsvertreter der Erst- und der Zweitbeschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 3. Mai 2018 im Wesentlichen repliziert, dass sich schon aus dem Gutachten der Apothekerkammer vom 12. März 2015 ergebe, dass das Versorgungspotential der Apotheke der Zweitbeschwerdeführerin im Falle einer Konzessionserteilung an die Mitbeteiligte Partei auf 4.872 Personen sinken würde; außerdem lägen keine besonderen Verhältnisse i.S.d. § 10 Abs. 6a ApG vor und schließlich sei die Gemeinde X nach dem Willen der Gesamtvertragsparteien – worauf es ausschließlich ankomme – zweifelsfrei als eine Ein-Arzt-Gemeinde anzusehen.

5.13. In ihrem ergänzenden Gutachten vom 27. April 2018, Zl. III-5/2/2-42/9/18, in dem zur Ermittlung der Einwohnergleichwerte aus Ambulanzpatienten, Beschäftigten und Besuchern von Einkaufs- u. Fachmarktzentren (sog. „Einfluter“) auch die Einwohnergleichwerte-Studie der Technischen Universität Wien herangezogen wurde, hat die Österreichische Apothekerkammer festgestellt, dass sich in der Gemeinde X eine ärztliche Hausapotheke und zwei Ärzte für Allgemeinmedizin befinden, die über einen Kassenvertrag gemäß § 342 Abs. 1 ASVG verfügen.

Für den Fall der Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke durch die Mitbeteiligte Partei würde der bestehenden Apotheke der Zweitbeschwerdeführerin in X ein Versorgungspotential von 7.331 Personen (insgesamt 4.916 ständige Einwohner plus 2.415 personale Einwohnergleichwerte; vgl. S. 14) und der bestehenden Apotheke der Erstbeschwerdeführerin in Linz ein Versorgungspotential von 10.078 Personen (insgesamt 8.918 ständige Einwohner plus 1.153 personale Einwohnergleichwerte; vgl. S. 19) verbleiben. Daher sei ein Bedarf an der Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke in X gegeben, zumal die in dieser Gemeinde bestehende ärztliche Hausapotheke mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 10 Abs. 6a ApG nicht als gleichwertig in diese Beurteilung einzubeziehen sei (vgl. S. 21).

5.14. Die Vertreterin der Mitbeteiligten Partei führte dazu in ihrer Stellungnahme vom 11. Juni 2018 ergänzend aus, dass sich auch aus den Fahrplänen der öffentlichen Verkehrsmittel ergebe, dass die Gemeinde X einen Verkehrsknotenpunkt i.S.d. dem Gutachten der Apothekerkammer zu Grunde gelegten Einwohnergleichwerte-Studie darstelle. Davon abgesehen würden im gegenständlichen Fall auch die Voraussetzungen für eine Anwendbarkeit des § 10 Abs. 6a ApG vorliegen, zumal die Apothekerkammer selbst in mehreren Gutachten stets dann von dessen Heranziehbarkeit ausgegangen sei, wenn einer bestehenden öffentlichen Apotheke ein Versorgungspotential von ca. 4.000 Personen bleibt.

5.15. Mit Schriftsatz vom 12. Juni 2018 betonte der Vertreter der Erst- und der Zweitbeschwerdeführerin zunächst neuerlich, dass es sich bei X de facto um eine „Ein-Arzt-Gemeinde“ i.S.d. § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG handle.

Soweit es das Gutachten der Apothekerkammer vom 27. April 2018 betrifft, erscheine die aus der Annahme, dass die Gemeinde X einen Verkehrsknotenpunkt darstelle, resultierende hohe Zahl an Einwohnergleichwerten als verfehlt; dies schon deshalb, weil offensichtlich keine zureichenden Daten über Passagierfrequenzen vorliegen würden und zudem keinerlei Verknüpfungen zwischen den dort parallel verlaufenden Bus- und Bahnlinien bestünden. Davon abgesehen werde die dem Gutachten zu Grunde gelegte Studie der TU Wien von mehreren namhaften Stellen ohnehin generell negativ beurteilt; dies insbesondere auch insoweit, als in dieser die mittlerweile auf einem nahezu 20 Jahre alten Datenmaterial basierende sog. „Hausapotheken-Studie“ der Apothekerkammer unbesehen übernommen worden sei.

5.16. In seiner Äußerung vom 13. Juni 2018 wies der Rechtsvertreter des Dritt- und des Viertbeschwerdeführers darauf hin, dass im Gutachten der Apothekerkammer vom 27. April 2018 bezüglich Personen mit Haupt- und Nebenwohnsitzen sowie Beschäftigter nur die Zahl der jeweiligen „Einfluter“, nicht aber auch die entsprechenden „Ausfluter“ berücksichtigt und somit das verbleibende Versorgungspotential schon aus diesem Grund nicht korrekt ermittelt worden sei. Außerdem sei mangels eines Hinweises auf entsprechende Verkehrslinien nicht nachvollziehbar, inwiefern es sich beim Bahnhof X um einen Verkehrsknotenpunkt i.S.d. TU-Studie handeln solle. Dazu komme, dass sich diese Studie generell – z.B. hinsichtlich der Ermittlung der Einfluter, der Einzelhandelsdichte und der Beschäftigten – und im Besonderen die Ermittlung der Einwohnergleichwerte nicht einmal arithmetisch nachvollziehen lasse.

Schließlich wird nochmals betont, dass X de facto als eine „Ein-Arzt-Gemeinde“ zu qualifizieren sei.

5.17. Am 5. Juli 2018 wurde seitens des LVwG OÖ die am 21. Februar 2018 begonnene öffentliche Verhandlung – zu der als Parteien die Erst- und die Zweitbeschwerdeführerin sowie deren Rechtsvertreter, der Rechtsvertreter des Dritt- und des Viertbeschwerdeführers, die Rechtsvertreterin der Mitbeteiligten Partei sowie Dr. M R und M D als Vertreter der belangten Behörde und der sachverständige Zeuge A K (Österreichische Apothekerkammer) erschienen sind – mit dem Hauptziel der Erörterung des ergänzenden Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer vom 27. April 2018, Zl. III-5/2/2-42/9/18, fortgesetzt.

5.17.1. In diesem Zusammenhang führte der Vertreter der Erst- und der Zweitbeschwerdeführerin insbesondere aus, dass eine beim Amt der Oberösterreichischen Landesregierung vorgenommene Anfrage bezüglich der Frequenz des sogenannten Verkehrsknotenpunktes X ergeben hätte, dass dort nur ca. 700 Personen täglich die Mühlkreisbahn in Richtung Linz benutzen und von diesen Arbeitsauspendlern nur 50 Personen am Bahnhof – und zudem außerhalb der Öffnungszeiten der Apotheke der Zweitbeschwerdeführerin – in die großteils parallel zur Bahnstrecke verlaufenden Autobuslinien umsteigen würden. Daraus folge, dass die von der Apothekerkammer bezüglich dieser Apotheke ermittelte Anzahl an „Einwohnergleichwerten für Verkehrsknotenpunkte“ offenkundig völlig unrealistisch sei.

Weiters wurde darauf hingewiesen, dass der Anteil an magistralen Rezepten für die Apotheke der Zweitbeschwerdeführerin – entgegen dem von der Apothekerkammer zu Grunde gelegten Durchschnittswert von 6% – tatsächlich bloß 1,36% pro Jahr betrage.

Zuletzt sei zu betonen, dass die Judikatur des VwGH, wonach Auspendler bei der Ermittlung des gemäß § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG verbleibenden Versorgungspotentials

nicht zu berücksichtigen sind, deshalb als gleichheitswidrig erscheine, weil dem gegenüber z.B. Beschäftigte sehr wohl als Einfluter beachtet werden müssten.

5.17.2. Der sachverständige Zeuge gab an, dass ein Grundproblem jeder Studie stets darin liege, ob diese das gesamte Bundesgebiet umfasst oder nur regional angelegt ist. In concreto stelle sich die Einwohnergleichwerte-Studie der TU Wien als österreichweit dar, wobei die Einwohnergleichwerte-Kriterien jeweils anhand von Teilmodellen simuliert worden seien.

Durch die Judikatur des VwGH – wonach das bisherige Instrumentarium als unzureichend erklärt wurde – bedingt werde diese Studie nunmehr seitens der Apothekerkammer allen ihren Gutachten als objektiver Erklärungsmodus zur Ermittlung von Einwohnergleichwerten zu Grunde gelegt, zumal keine alternative Methode zur Verfügung stünde.

Im Besonderen gehe die Einwohnergleichwerte-Studie in Bezug auf die Ermittlung von Verkehrsknotenpunkten nicht von einer bestimmten Personenzahl, sondern von der Anzahl der Verkehrslinien, die an einem konkreten Ort bzw. Punkt zusammentreffen, aus. Beispielsweise würden daher dann, wenn – wie im gegenständlichen Fall – eine Bahn- und eine Buslinie teilweise parallel geführt werden, solche Linien nicht als eine, sondern als zwei bzw. mehrere öffentliche Verkehrsverbindungen erfasst. Auf dieser Basis sei der Ort X in der Anlage zu dieser Studie als ein Verkehrsknotenpunkt qualifiziert worden.

5.17.3. Die Vertreterin der Mitbeteiligten Partei verwies zum einen darauf, dass in dem vor dem LVwG Steiermark zu Zl. 48.25-2844/2017 geführten Verfahren am 19. März 2018 ein Vertreter der Ersteller der Einwohnergleichwerte-Studie zeugenschaftlich einvernommen worden sei und in dieser Eigenschaft im Wesentlichen erklärt habe, dass diese Studie hauptsächlich auf der Basis von Erkenntnisse der statistischen Wissenschaften erstellt worden sei. Da er im Übrigen ausführlich erläutert habe, wie es zum Ergebnis der Studie gekommen sei, sei diese vom LVwG Steiermark schließlich dessen Entscheidung als nachvollziehbar zu Grunde gelegt worden.

Zum anderen hat die Rechtsvertreterin auf ihre Stellungnahme vom 11. Juni 2018, mit der ein Zugfahrplan übermittelt wurde, hingewiesen und ergänzend einen entsprechenden Busfahrplan vorgelegt.

5.17.4. Der Vertreter des Dritt- und des Viertbeschwerdeführers brachte vor, dass im Hinblick auf die Aussage des sachverständigen Zeugen nach wie vor nicht nachvollziehbar sei, weshalb der Ort X als ein Verkehrsknotenpunkt anzusehen ist; dieser Feststellung schloss sich auch der Vertreter der Erst- und der Zweitbeschwerdeführerin an.

5.17.5. Unter einem wird auch dieses Verhandlungsprotokoll (ONr. 55 des hg. Aktes) zum integrierenden Bestandteil der Begründung dieses Erkenntnisses erklärt.

5.18. In einer nachträglichen Stellungnahme vom 12. Juli 2018 wies die Zweitbeschwerdeführerin unter Vorlage von zahlreichen Nachweisen im Wesentlichen darauf hin, dass sich bei den Bahnhöfen X und X insgesamt ca. lediglich 230 Stellplätze für ein „Park-and-Ride“-System befänden; dass weder dem Apothekerverband noch der Apothekerkammer eine Apotheke bekannt sein würde, die bereits vor 8:00 Uhr geöffnet habe; sowie, dass die den Gutachten der Apothekerkammer zu Grunde gelegte Einfluter-Beurteilung generell unbefriedigend sei und in concreto auf Mehrfachzählungen basiere. Außerdem seien im Gutachten der Apothekerkammer die Nebenwohnsitz-Zahlen zu hoch bewertet und der Ort X v.a. auch deshalb zu Unrecht als Verkehrsknotenpunkt qualifiziert worden, weil die Pendler hier aufgrund paralleler Linienführung nicht aus- und umsteigen, sondern in aller Regel nur durchfahren würden.

5.19. Ergänzend dazu führte der Rechtsvertreter der Erst- und der Zweitbeschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 19. Juli 2018 aus, dass sich aus einer Stellungnahme der SmartGIS/Smartpharma e.U. vom 16. Juli 2018 ergebe, dass die Annahme von 2.000 aus dem Titel „Verkehrsknotenpunkt“ resultierenden Einwohnergleichwerten „deutlich zu hoch“ angesetzt sei, was schon dadurch einleuchte, dass vergleichsweise der (Großstadt-)Bahnhofapotheke in Wr. Neustadt im darauf bezüglichen Gutachten der Apothekerkammer lediglich 1.518 Einwohnergleichwerte zugerechnet worden seien. Davon abgesehen müssten von den insgesamt 7.137 Einwohnern (ständige Einwohner: 4.289; Einwohnergleichwerte: 2.850) 3.444 Tagesauspendler in Abzug gebracht werden, sodass lediglich ein tatsächliches Versorgungspotential von 3.793 Personen verbleibe. Dies vor allem auch deshalb, weil die Ordination des hausapothekenführenden Arztes in X während dessen durch Urlaub, Krankheit etc. bedingter Abwesenheit nicht geschlossen sei, sondern stets eine entsprechende Vertretung Platz greife, sodass die Patienten auch in dieser Zeit ihren Medikamentenbedarf dort – und nicht in der Apotheke der Zweitbeschwerdeführerin – decken würden.

5.20. Die Vertreterin der Mitbeteiligten Partei wies in ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 17. Juli 2018 darauf hin, dass selbst unter der Annahme, dass der Apotheke der Zweitbeschwerdeführerin im Falle der Abweisung ihrer Beschwerde lediglich ein Versorgungspotential von 4.916 Personen verbleiben sollte, deren wirtschaftliche Existenzfähigkeit – wie aus entsprechenden Gutachten der Apothekerkammer in vergleichbaren Fällen hervorgehe – als durchaus gesichert erscheine.

Im Übrigen stelle die im Gutachten der Apothekerkammer vorgenommene Berücksichtigung des aus magistralen Anfertigungen aufgrund von Verschreibungen von

hausapothekenführenden Ärzten resultierenden Umsatzes nur einen Teilaspekt der Berücksichtigung von Einwohnern aus Orten mit Hausapotheken dar.

Schließlich würden die bei der Bahnstation X bestehenden 240 Stellplätze auch tatsächlich benützt, sodass es an der Zweitbeschwerdeführerin selbst liege, die Öffnungszeiten ihrer Apotheke den tatsächlichen Bedürfnissen dieser Pendler anzupassen.

III.

Rechtliche Beurteilung

In der Sache selbst hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich über die vorliegenden Beschwerden erwogen:

1. Rechtslage

Soweit für den gegenständlichen Fall maßgeblich, ordnet das Apothekengesetz, RGBl 5/1907 i.d.g.F. BGBl I 37/2018 (im Folgenden: 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. sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, oder
> 2. die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke weniger als 500 m beträgt oder
> 3. die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen sich in Folge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5.500 betragen wird.

(3) Ein Bedarf gemäß Abs. 2 Z 1 besteht auch dann nicht, wenn sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke
1. eine ärztliche Hausapotheke und
2. eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die versorgungswirksam höchstens eineinhalb besetzten Vertragsstellen nach Abs. 2 Z 1 entspricht und in der Gemeinde keine weitere Vertragsstelle nach § 342 Abs. 1 ASVG von einem Arzt für Allgemeinmedizin besetzt ist.

(3a) In einem Zeitraum, während dessen ein Gesamtvertrag gemäß § 341 ASVG nicht besteht, besteht ein Bedarf gemäß Abs. 2 Z 1 dann nicht, wenn in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke weniger als zwei Ärzte für Allgemeinmedizin zum Zeitpunkt der Antragstellung ihren ständigen Berufssitz haben und sich dort eine ärztliche Hausapotheke befindet.

(3b) .....

(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) ....."

Da im gegenständlichen Verfahren allseits unbestritten blieb, dass in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte mehrere Ärzte ihren ständigen Berufssitz haben, folgt aus § 10 ApG insgesamt, dass dem Antrag der Mitbeteiligten Partei auf Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke – im Sinne einer Rechtsentscheidung – stattzugeben ist, wenn im Sinne dieser Bestimmung ein entsprechender Bedarf an einer Neuapotheke besteht.

2. Zu den einzelnen Bedarfskriterien

2.1. Allgemeines

2.1.1. Wie bereits oben dargelegt, ist die Bestimmung des § 10 ApG nach der Judikatur des EuGH (vgl. insbesondere EuGH vom 13. Februar 2014, C-367/12 [„Sokoll-Seebacher I“], und vom 30. Juni 2016, C-634/15 [„Sokoll-Seebacher II“]) dahin zu interpretieren, dass ein Bedarf an der Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke prinzipiell gegeben ist; Anderes gilt nur dann, wenn sich nicht ausschließen lässt, dass eines der in dieser Bestimmung normierten Ausschlusskriterien zutrifft. Weiters sind die genannten Urteile des EuGH nach Auffassung des geschäftsverteilungsmäßig zur Entscheidung zuständigen Einzelrichters des LVwG OÖ dahin zu verstehen, dass (nicht bloß die Regelungen über die Mindestentfernung und das verbleibende Versorgungspotential, sondern) sämtliche dieser Bedarfskriterien nun nicht mehr im Sinne der Festlegung von starren Grenzlinien, sondern als im Lichte einer insgesamt kohärenten Zielsetzung flexibel auszulegen sind.

2.1.2. Vor diesem Ausgangspunkt wurde im gegenständlichen Fall seitens der Rechtsmittelwerber lediglich das Vorliegen des Ausschlusskriteriums des § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG (sog. „Ein-Arzt-Gemeinde“) einerseits und jenes des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG (Unterschreitung des den bereits bestehenden Apotheken verbleibenden Versorgungspotentials) in Beschwerde gezogen.

2.2. Zu § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG (sog. „Ein-Arzt-Gemeinde“)

2.2.1. In diesem Zusammenhang ist offenkundig und auch zwischen sämtlichen Verfahrensbeteiligten unbestritten, dass in der Gemeinde X, in der die Mitbeteiligte Partei ihre Apotheke zu betreiben beabsichtigt, insgesamt fünf Ärzte für Allgemeinmedizin ihre Betriebsstätte haben.

Von diesen Ärzten verfügen die Dr. R. & Dr. R. Praxis für Allgemeinmedizin OG einerseits und Dr. M. andererseits jeweils über einen Kassenvertrag i.S.d. § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstelle).

2.2.2. Davon ausgehend, dass sich die Ordination des zweitgenannten Arztes zwar auf dem Gebiet der Gemeinde X, die dieser zugehörigen Parkplätze jedoch auf dem Gebiet der Statutarstadt Linz befinden und diese Ordination nach dem Kassenstellenplan ebenfalls der letztgenannten Gemeinde zugeordnet ist (s.o., Pkt. II.5.9.), haben der Dritt- und der Viertbeschwerdeführer die Auffassung vertreten, dass in der Gemeinde X de facto weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt seien und somit das Ausschlusskriterium des § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG erfüllt sei.

2.2.3. Dieser Auffassung ist jedoch aus folgenden Gründen nicht beizupflichten:

Im ApG wird an zahlreichen Stellen der Begriff „Gemeinde“ verwendet, und zwar insbesondere auch im Zusammenhang mit Zuständigkeitsvorschriften (vgl. z.B. § 49 ApG und § 51 ApG). Vor allem auch im Lichte des damit in einem engen Konnex stehenden Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 83 Abs. 2 B-VG) erscheint es gleichermaßen zweckmäßig und geboten, im Zuge der Auslegung dieses Begriffes – zumal sich bei dessen jeweiliger Verwendung keine gegenteiligen Anhaltspunkte feststellen lassen – schon generell nicht auf faktische Verhältnisse, sondern auf die politischen Grenzen der Gemeinden abzustellen.

Eine solche Sichtweise harmoniert zudem zwanglos damit, dass z.B. § 10 Abs. 3a ApG explizit eine Verbindung zwischen dem Gebiet einer Gemeinde – womit offenkundig nur deren politische Grenzen gemeint sein können – einerseits und dem Berufssitz (Ordinationsstätte) von Ärzten für Allgemeinmedizin i.S.d. § 45 Abs. 2 des Ärztegesetzes, BGBl I 169/1998 i.d.g.F. BGBl I 37/2018 herstellt.

Im Besonderen ist schließlich darauf hinzuweisen, dass gerade bezüglich der hier konkret maßgeblichen Konstellation die Bestimmung des § 63 ApG explizit festlegt, dass sich „*das Gebiet der in den §§ 10 Abs. 2 Z 1, Abs. 3 und 3a, § 28 Abs. 2 und 3, § 29 Abs. 1 Z 2, Abs. 2 und 3 und § 62a genannten Gemeinde ..... sich aus dem zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 41/2006 nach landesgesetzlichen Vorschriften jeweils festgelegtem Gemeindegebiet*“ ergibt.

2.2.4. Im Ergebnis verbietet sich daher die Annahme, dass G als eine sog. „Ein-Arzt-Gemeinde“ zu qualifizieren ist.

Das Ausschlusskriterium des § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG liegt daher gegenständlich nicht vor.

3. Zu § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG (Verbleibendes Versorgungspotential)

3.1. Im angefochtenen Bescheid vom 1. September 2015, Zl. SanRB10-6-2012, ist der Bezirkshauptmann von Urfahr-Umgebung diesbezüglich davon ausgegangen, dass dieser Ausschlussgrund unionsrechtswidrig und damit nicht anzuwenden sei, weil es sich hier um die Neuerrichtung einer Apotheke in einer ländlichen Gegend handelt.

3.2. Eine damit insoweit ersichtlich fehlende Bedarfsfeststellung wurde in der Folge im Wege des (aktualisierten) Gutachtens der Apothekerkammer vom 27. April 2018, Zl. III-5/2/2-42/9/18, dem zur Ermittlung der Einwohnergleichwerte aus Ambulanzpatienten, Beschäftigten, Besuchern von Einkaufs- und Fachmarktzentren u.a. (sog. „Einfluter“) auch die (sog.) Einwohnergleichwerte-Studie der Technischen Universität Wien zu Grunde gelegt wurde, dahin präzisiert, dass für den Fall der Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke durch die Mitbeteiligte Partei

der bestehenden Apotheke der Zweitbeschwerdeführerin in X ein Versorgungspotential von 7.331 Personen (insgesamt 4.916 ständige Einwohner plus 2.415 personale Einwohnergleichwerte; vgl. S. 14) und der bestehenden Apotheke der Erstbeschwerdeführerin in L. ein Versorgungspotential von 10.078 Personen (insgesamt 8.918 ständige Einwohner plus 1.153 personale Einwohnergleichwerte; vgl. S. 19) verbleiben würde.

Daher sei ein Bedarf an der Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke in X gegeben, zumal auch die in dieser Gemeinde bestehende ärztliche Hausapotheke mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 10 Abs. 6a ApG nicht als gleichwertig in diese Beurteilung einzubeziehen sei (vgl. S. 21).

3.3. Diesen hinsichtlich der Ermittlung des Bedarfes schon ex lege (vgl. § 10 Abs. 7 ApG) ein erhöhtes Gewicht beizulegenden Feststellungen der Apothekerkammer sind die Beschwerdeführer in ihren Schriftsätzen und ihren im Rahmen der öffentlichen Verhandlung erstatteten Äußerungen (vgl. oben, II.) – zumal hierfür mehrfach und zeitlich ausreichend Gelegenheit bestanden hätte – weder substantiell noch auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten.

Vor dem Hintergrund, dass die gutachterlichen Feststellungen der Apothekerkammer jedenfalls nicht offenkundig unplausibel bzw. den logischen Denkgesetzen widerstreitend erscheinen, reicht es nämlich – abgesehen davon, dass im Wege von statistischen Methoden ermittelte Prognosen nicht stets konkret zutreffende, sondern bloße Mittelwerte verkörpern, deren Wesen darin besteht, dass sie in der Realität in aller Regel nur näherungsweise, nicht jedoch ganz exakt erreicht, sondern meist mehr oder weniger deutlich über- oder unterschritten werden – insbesondere nicht hin, deren auf entsprechenden statistisch-wissenschaftlich belegten Ableitungen basierenden Ermittlungen in Bezug auf die Einwohnergleichwerte durch bloße Pauschalargumente – wie einer subjektiven Unmöglichkeit von deren Nachvollziehbarkeit – oder Hinweise auf abweichende Beurteilungen in anderen Verfahren in Zweifel zu ziehen, ohne gleichzeitig eine dementsprechend zwingende Vergleichbarkeit darzutun (vgl. in diesem Sinne z.B. VwGH vom 16. Februar 2018, Ra 2018/07/0341).

3.4 Im Ergebnis ist sohin davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall unter den von der Apothekerkammer aufgezeigten Rahmenbedingungen ein Bedarf an der von der Mitbeteiligten Partei begehrten Konzessionserteilung gegeben ist.

4. Entscheidung

Da gegenständlich auch sonst keine Ausschlusskriterien feststellbar sind, waren die Beschwerden der Erst- und der Zweitbeschwerdeführerin sowie des Dritt- und des Viertbeschwerdeführers jeweils als unbegründet abzuweisen.

5. Zu demselben Ergebnis führen im Übrigen die folgenden Überlegungen:

5.1. Zwecks Vor-Abklärung der Frage, ob das in § 10 ApG normierte Bedarfsprüfungssystem – insbesondere im Hinblick auf die zwischenzeitlich vorgenommene Novellierung von dessen Abs. 6a durch BGBl I 103/2016 – dem Unionsrecht entspricht, wurde am 22. November 2017 am Sitz des LVwG OÖ mit Parteienvertretern von zu diesem Zeitpunkt hg. anhängigen apothekenrechtlichen Beschwerdeverfahren eine informelle rechtliche Erörterung durchgeführt. Deren wesentliche Inhalte wurden in Form eines Aktenvermerkes, der in der Folge sämtlichen Teilnehmern – darunter auch sämtlichen Parteien(vertretern) des gegenständlichen Verfahrens – übermittelt wurde, festgehalten, wobei der im gegenständlichen Fall geschäftsverteilungsmäßig zur Entscheidung zuständige Einzelrichter (vorläufig) die Auffassung vertreten hat, dass das in § 10 ApG normierte Bedarfsprüfungssystem (weiterhin) als unionsrechtswidrig anzusehen ist.

Mit hg. Schreiben vom 27. November 2017, LVwG-050057/21/Gf/Mu, wurde daher das Bundesministerium für Gesundheit und Frauen (BMinGF) unter Hinweis darauf, dass das vom LVwG OÖ in den bei ihm anhängigen apothekenrechtlichen Beschwerdeverfahren anzuwendende VwGVG keine Möglichkeit der formellen Einbeziehung des BMinGF vorsieht, jedoch angesichts dessen, dass im LVwG-Verfahren einerseits durchwegs nur erstinstanzliche Behörden als staatliche Organe fungieren und deren Amtssprengel jeweils bloß auf einen kleinen Teilbereich des Bundesgebietes beschränkt ist, andererseits aber ein erhebliches Interesse an einer österreichweit einheitlichen Lösung besteht, sowie unter Beigebung des Aktenvermerkes über die rechtliche Erörterung am 22. November 2017 darum ersucht, zu grundlegenden Fragen im Zusammenhang mit dem Bedarfsprüfungssystem des ApG Stellung zu nehmen.

Im Antwortschreiben vom 25. Jänner 2018, Zl. BMASK-92300/0002-IX/A/4/2018, hat das BMinGF darauf hingewiesen, dass es allen Landeshauptmännern und den mit dem ApG in mittelbarer Bundesverwaltung befassten Bezirksverwaltungsbehörden ein „Argumentarium“ übermittelt habe, in dem die kohärente und unionsrechtskonforme Ausgestaltung des österreichischen Apothekenkonzessionssystems dargelegt und bekräftigt wird. Allerdings enthält diese Argumentesammlung weder konkrete Sachverhaltsfeststellungen noch die Wiedergabe von bzw. eine Bezugnahme oder einen Verweis auf zweckdienliche Beweismittel, sondern sie beschränkt sich vielmehr auf eine Darstellung der Rechtslage und der dazu ergangenen Judikatur (vgl. zu all dem näher oben, Pkte. II.1. bis II.5.).

5.2. In einer vom Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz in Auftrag gegebenen und im Jahr 2017 fertiggestellten Studie der London School

of Economics and Political Science (LSE Health) wird unter anderem die Notwendigkeit eines wesentlichen Reformbedarfes v.a. im Bereich der ärztlichen Gesamtverträge einerseits und der Schnittstelle zwischen ambulantem und stationärem Versorgungsbereich andererseits betont[4]; im Gegensatz zum ersteren findet allerdings der letztere Aspekt im Zuge der apothekenrechtlichen Bedarfsprüfung gegenwärtig noch keinerlei Beachtung.

5.3. Jüngst plädierte die Bundeswettbewerbsbehörde (aus primär wettbewerbsorientierter Sicht) in ihrer im Mai 2018 veröffentlichten „*Branchenuntersuchung Gesundheit – Teilbericht I: Der österreichische Apothekenmarkt*“[5] für eine gänzliche Aufhebung oder zumindest für eine erhebliche Umgestaltung der apothekenrechtlichen Bedarfsprüfung; dadurch könnten eine bessere Versorgung der Konsumenten und ein intensivierter Qualitätswettbewerb zwischen den Apotheken (insbesondere in Bezug auf Beratungsleistungen und nicht rezeptpflichtige [sog. „OTC“-]Arzneimittel) gewährleistet werden (S. 17). Zudem sollten zur Erreichung dieser Ziele auch die Zahl der zulässigen Filialapotheken erhöht (S. 24); die Öffnungszeiten von Apotheken konsumentenorientiert erweitert (S. 25); eine flexiblere Mischnutzung oder sonstige Nutzung von abgetrennten Apothekenräumlichkeiten durch Dritte ermöglicht (S. 26); der Online-Handel und der „Apothekenvorbehalt“ für nicht rezeptpflichtige Arzneimittel maßgeblich liberalisiert (S. 30 und 36) und schließlich der zulässige Umkreis für apothekeneigene Zustelleinrichtungen ausgeweitet werden (S. 31). Lediglich eine vollständige Liberalisierung des bestehenden Kumulierungs- und Fremdbesitzverbots sei aus diesem Blickwinkel deshalb nicht zu befürworten, weil die derzeit auf dem Markt für den Großhandel mit pharmazeutischen Produkten bestehende oligopolistische Struktur dadurch sogar noch verstärkt werden würde (S. 23).

5.4. Überblicksweise zusammengefasst ergibt sich aus all dem folgendes Bild:

[4] Vgl. London School of Economics and Political Science (LSE Health), Efficiency Review of Austria’s Social Insurance and Healthcare System (2017), Teilband 2 – Rechtliche Fragestellungen, S. 137 ff (Download verfügbar unter: www.sozialministerium.at/cms/site/attachments/6/2/1/CH3434/CMS1509700944409/seite_672-890_austria_socialinsurancereview_combinedvolumes.pdf)

[5] Downladbar unter: www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Veroeffentlichungen/Gesundheitsbranchenuntersuchung_Apothekenmarkt_BWB_DE.pdf

A. Allgemeiner Argumentespiegel

Beabsichtigte Ziele	Gesetzliche Mittel: Kombination aus	Faktische Gegebenheiten	Systematisch und kohärent?
• EU-Recht: Schutz von Leben und Gesundheit als höchstes Ziel – Schutzniveau ist aber Ermessen der Mitgliedstaaten – Beschränkungen der (Eingriffe in) Grundfreiheiten zulässig, wenn Ziele der nationalen Regelung durch Allgemeininteresse gerechtfertigt (EuGH C-570/07 Perez)	• Bedarfsprüfung für Apotheken, die Mindestärztezahl mit Hausapotheke, Mindestabstand und Mindest-Kundenpotential festlegt (§ 10 Abs 2 ApG) → 1863/A, 25. GP → prinzipiell gerechtfertigt, wenn verhältnismäßig, dh (bezügl. Eignung) tatsächlich in systematisch-kohärenter Weise die Zielerreichung gewährleistet und adäquat ist (EuGH C-570/07 Perez; C-367/12 Sokoll I; C-634/15 Sokoll II); Kriterien sind hinreichend objektiv (EuGH C-367/12 Sokoll I), unzulässig ist aber ein Abstellen darauf, ob für bestehende Apotheke die Zahl der Einfluter ausreicht, um den aus Neuerrichtung resultierenden Abgang auszugleichen; Abstellen auf „politische Gemeinde(grenzen)“ anstelle „tatsächlicher Verhältnisse“ ist ebenfalls problematisch	• Keine Bindung an übergeordnete Gerichte in unionsrechtlichen Fragen; kein(e) Beantragung bzw. Abwarten eines nationalen Normenprüfungsverfahrens (EuGH C-581/14 Naderhirn)	
, EU-rechtlich Eingriffe rechtfertigendes Ziel: flächendeckende, sichere und qualitativ hochwertige Heilmittelversorgung (EuGH C-367/12 Sokoll I und C-634/15 Sokoll II)	, Bedarfsprüfung für Filialapotheken – Nachrang gegenüber anderen öffentlichen Apotheken und Hausapotheken (§ 24 ApG)	, Gesamteindruck: kein System erkennbar – vielmehr anlassfallbezogene Novellierungen („Konglomerat“); Führung der Apotheke bedingt die Beachtung betriebswirtschaftlicher Prinzipien – Existenzsicherung (bzw. sogar Einnahmenmaximierung) für bestehende öffentliche Apotheken durch Konkurrenzschutz gegen Neuapotheker und ärztliche Hausapotheken ist das eigentliche Primärziel – durchschnittlicher Jahresgewinn 220.000 Euro (2015 – Kreutzer-Studie); dagegen: Versorgungspotential von 5.500 Personen	

		(1984) nach 35 Jahren wohl ohnehin bereits zu niedrig; Errichtungskosten für neue Apotheke betragen durchschnittlich $^1/_2$ Mio Euro	
f Erreichbarkeit für jedermann in örtlicher Nähe	*f* Bedarfsprüfung für öffentliche Apotheken, auch bei Standortverlegung (§ 14 ApG)	*f* Neugenehmigung im (wirtschaftlich wesentlich lukrativeren) Ballungsgebiet: de facto muss Infrastrukturmaßnahme abgewartet werden	
„ Erreichbarkeit für jedermann in kurzer Zeit	„ Hausapothekenberechtigung für Ärzte mit Kassenvertrag in Ein-Arzt-Gemeinden bei Nichtbestehen einer öffentlichen Apotheke in dieser Gemeinde und Mindestabstand zu bestehender öffentlichen Apotheke in Nachbargemeinde (§ 29 ApG iVm § 342 ASVG)	„ Neugenehmigung im ländlichen Raum: „weißen Fleck“ suchen und/oder Konkurrenz zu ärztlicher Hausapotheke; ohne Hausapotheke jedoch bloß geringes Interesse an Kassenplanstelle in ländlichen Regionen – dort oft jahrelang keine Nachbesetzung möglich (im städtischen Bereich dagegen: Objektivierung, aber kein Rechtsanspruch auf Kassenplanstelle und Gesamtvertrag); Pensionierungswelle (60% in den nächsten 10 Jahren) und massive Abwanderung von Ärzten ins Ausland; Verdrängung von Hausapotheke durch öffentliche Apotheke liegt sicher nicht im Interesse, sondern bildet ausschließlich einen Nachteil für Patienten	
... leistbare Preise f. jedermann, insbes. auch für niedrige Einkommensbezieher	... Rücknahme der Hausapothekenbewilligung bei Errichtung einer öffentlichen Apotheke innerhalb eines Mindestabstandes (§ 29 Abs 3 ApG)	... Zeitaufwändige Genehmigungsverfahren: Ermittlung des Versorgungspotentials ist höchst komplex (VwGH-Judikatur: Prioritätsprinzip; Erreichbarkeit mit privatem KFZ auf ganzjährig befahrbaren Straßen [Fußweg, Gefährlichkeit etc. u. Divisionsmethode als Sonderfälle]; „Einfluter“: empirische Untersuchungen, Erfahrungswerte, Zukunftsprognose, TU-Studie); Präklusionswirkung für Neuinteressenten; allgemeine zweijährige Sperrwirkung bei negativer Entscheidung; Antragstellung bloß auf Verdacht hin; kein Neuerungsverbot; Benachteiligung ausländischer Interessenten	

† Bedarfsprüfung mit Lenkungseffekt: öffentliche Apotheken weg von Ballungsräumen – hin zu städt. Randzonen und ländlichen Gebieten (vgl. 1863/A, 25. GP)	† Bedarfsfrage ist primär von der Apothekerkammer in Form eines SV-Gutachtens zu beurteilen (§ 10 Abs 7 ApG)	† Unabhängigkeit (Objektivität) der Apothekerkammer – ist Selbstverwaltung hierfür geeignet? Bedarfsgutachten werden jeweils vom Präsidenten der Landesgeschäftsstelle erstellt (§ 17 ApothekerkammerG)	
‡ Vorratshaltung auch von selten nachgefragten Arzneimitteln	‡ ApG + ApothekenbetriebsO sehen Verpflichtungen der öffentlichen Apotheken zur Wahrnehmung von Aufgaben im Allgemeininteresse vor	‡ Seltene Medikamente nicht vorrätig, erneutes Aufsuchen der Apotheke erforderlich	
ˆ Wahrnehmung behördlicher Aufgaben insbesondere Versorgung von Substitutionspatienten, Zustellung von Arzneimitteln an bettlägerige Patienten, Einbindung in Katastrophenschutzprogramme sowie Nacht- und Bereitschaftsdienste	ˆ PreisG + Arzneitaxe: Preiskommission (§ 351c ASVG iVm § 9 PreisG) legt Medikamentenpreise in Anlehnung an EU-Durchschnitt und in diesem Zusammenhang auch einen Apothekenaufschlag fest	ˆ Preisbindung von Medikamenten grundsätzlich unzulässig (EuGH – Dt. Parkinson-Vereinigung); für im Erstattungskodex enthaltene Medikamente zahlen ASVG-Patienten nur die Rezeptgebühr, der Restkaufpreis wird den Apotheken vom SV-Träger erstattet; Apothekerkammer in Preiskommission nicht vertreten → keine unmittelbare Beeinflussung der Arzneimittelpreise (§ 9 PreisG) → Wegfall d. Bedarfsprüfung würde sich formalrechtlich neutral zu Höhe der Medikamentenpreise verhalten, allerdings kann davon ausgegangen werden, dass Apothekenaufschlag in der Arzneitaxe wohlwollend festgelegt wird	
‰ im öffentlichen Interesse liegender gesetzlicher Existenzschutz	‰ Internet-Apotheken: keine Sonderregelung – analoge Anwendung bestehender Normen (zB Verbot für rezeptpflichtige Medikamente)	‰ Geändertes Kundenverhalten (Trend zu Supermärkten und Einkaufszentren bzw. Internet); Zukunftsvision: wie bei „Essen auf Rädern“ werden auch Medikamente ins Haus geliefert (dzt. nur durch Hausärzte bei Visiten und öffentliche Apotheken im Ausnahmefall)	
		Š Sortimentserweiterung der Apotheken (Kosmetika, Lebensmittel, ...) durch § 1 Abs. 5 ApBO auf „apothekenübliche Waren“ beschränkt	

		•• Internationale Studie im Auftrag der Dän. Apothekervereinigung: Liberalisierung führt zu Verschlechterung im Service, nicht zur Senkung von Medikamentenpreisen (inwieweit lag Preisbindung vor?) und staatlichen Ausgaben, zu vermehrten Neugründungen (nur) in Städten und zu Aufwandserhöhung für Apotheker	
		•, Sonderproblem: PHC's und Gruppenpraxen, insbes. in Einkaufszentren	
		• *f* Sicherstellung (wie zB spanische Regelung) dahin, dass Bewerber, die bislang über keine Konzession verfügten, bevorzugt werden → § 2 ApG	

B. Gegenüberstellung und Abwägung

·/·

ZIELE (explizite/implizite)	MITTEL zur Zielerreichung	FAKTISCHE GEGEBENHEITEN	PPROBLEME
Schutz von Leben und Gesundheit	Konzessionspflicht f. öff Apotheken; Bewilligungspflicht f. ärztl. Hausapotheken	im Großen und Ganzen gewährleistet (Problembereiche: Drogen, Dopingmittel)	* aufwändige und langdauernde Verfahren * keine Bindung an übergeordnete Instanz
Flächendeckende, sichere und qualitativ hochwertige Heilmittelversorgung (örtliche Nähe/rasche Erreichbarkeit; leistbare Preise; umfangreiche Lagerhaltung; Bereitschafts-, Nacht- und Wochenenddienste)	Entspr. Regelungen v.a. im ApG, in der ApBO, im RezeptpflichtG, im ArzneimittelG (rezeptpflichtige Medikamente und Arzneimittel dürfen prinzipiell nur in Apotheken abgegeben werden → § 1 Abs. 5 RezeptpflichtG, § 59 ArzneiMG), im PreisG (Preiskommission – formalrechtlich neutral)	~ 1.350 öffentl. Apotheken und ~ 900 ärztl. Hausapotheken – keine Übersicht über deren geographische Verteilung; ~ 1.450 Apotheker, ~ 4.000 unselbständige Pharmazeuten und ~ 5.400 pharmazeutisch-kaufmännische Assistenten	* Bindung der Hausapothekenbewilligung an Kassenvertrag (und umgekehrt) sowie Mindestabstand zu öffentlicher Apotheke * oft jahrelang keine Nachbesetzung * Pensionierungswelle bei Ärzten * de facto zumindest lückenhafte Lagerhaltung * Keine Regelung des Phänomens „Internet-Apotheke“ (bloße Strafbarkeit ausländischer Anbieter)
Geographischer Lenkungseffekt: Neugründung vorwiegend in Rand- oder ländlichen Gebieten; in Städten nur mehr in Ausnahmekonstellationen (bedeutende Infrastrukturmaßnahmen); Verhinderung von Dynastien	Bedarfsprüfung, die 1.) an Versorgungspotential für und 2.) Mindestabstand zu bestehende(n) öffentliche(n) Apotheken sowie 3.) in Ein-Arzt-Gemeinden an das Nichtbestehen einer Hausapotheke gebunden ist (gilt auch bei Standortverlegung) Offene FRage: Wie viele Ein-Arzt-Gemeinden gibt es? → ist nämlich umgekehrt keine Voraussetzung für Bewilligung einer Hausapotheke !	* kaum Neugründungen in dicht besiedelten Gebieten; in Randgebieten: Konfliktpotential zwischen öffentlichen Apotheken und ärztl. Hausapotheken * Studie: Liberalisierung führt nicht zu Preisminderung und Senkung staatl. Ausgaben, jedoch zu mehr Neugründungen in Ballungszentren, mehr Arbeitsaufwand für Apotheker und schlechterem Service für Patienten → wurde allerdings im Auftrag einer Apothekerkammer erstellt	* Läuft Regelung darauf hinaus, ob Zahl der Einfluter ausreicht, um den aus der Neuerrichtung resultierenden Abgang auszugleichen? * Abstellen nicht auf tatsächliche Verhältnisse, sondern auf (politi., nicht fakt. !) Gemeindegrenzen * Bedarfsfrage durch Gutachten der Apothekerkammer zu entscheiden (SelbstVW insofern ausreichend oder überfordert?) * geändertes Kundenverhalten (EKZ, „Essen-auf-Rädern“-Effekt) nicht (ausreichend) berücksichtigt
Vorrang öffentlicher Apotheken	ApG: Filial- und Hausapotheken haben jeweils nur nachrangige Ergänzungsfunktion → Ausnahme: Ein-Arzt-Gmd (polit. !) mit bestehender Hausapotheke ! Hausapotheken dürfen Medikamente idR nur an eigene Patienten abgeben (§ 30 Abs 3 ApG)	Nachbesetzung von Kassenplanstellen im ländlichen Raum schwierig bzw. ohne ärztl. Hausapotheke nahezu unmöglich	Rücknahme der Hausapotheken bei Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke innerhalb eines Mindestabstandes; zudem Nachteil für Patienten
Wahrnehmung behördlicher/öffentlicher Aufgaben (Substitutionspatienten, Katastrophenschutz)	Entsprechende Reglungen im ApG, in der ApBO, ...	Wochenend- und Nachtdienst in zeitl/örtl angemessener Nähe nicht garantiert	nicht nur eigener, sondern auch übertragener WB gehört zum Wesen der SVW
Existenzschutz bzw. Sicherstellung/Optimierung der betriebswirtschaftlichen Stabilität (ähnlich war früher die Situation im Bankenbereich: lange Zeit wurde ein privatrechtlich-interner Auffangmechanismus praktiziert, erst in der Folge ein extern-staatlicher Rettungsschirm)	* Gesetzliche Garantie eines Versorgungspotentials * örtlicher (500 m) und sachlicher (Nachrang von Hausapotheken) Konkurrenzschutz	* Jahresgewinn durchschnittl. 220.000 Euro * auf Schließung einer Apotheke würde bei garantiertem Versorgungspotential jedenfalls ein neuer Betreiber folgen (auch ohne ein derartiges Versorgungspotential?)	* Beschränkte Möglichkeit der Sortimentserweiterung (§ 1 Abs. 5 ApBO: apothekenübliche Waren) * Versorgungspotential von 5.500 Personen zu gering? * durchschnittl. Errichtungskosten 500.000 Euro (?)
GESAMTBEURTEILUNG			ERGEBNIS
Primärziel liegt offensichtlich in einer Gewinnoptimierung für bestehende Apotheken – gemessen daran dienen die übrigen Ziele entweder nur als Nebeneffekt (Hinlenkung zum ländlichen Raum) oder als Vorwand (Camouflage)	Örtliche Bedarfsprüfung ist sinnvoll (vermeidet v.a. Doppelgleisigkeit); hingegen erscheinen ein gesetzlich garantiertes Versorgungspotential und die Nachrangigkeit von Hausapotheken a)zur Zielerreichung nicht erforderlich und b) jedenfalls unverhältnismäßig	Hausapotheken dienen in optimaler Form dem Patienteninteresse → es wäre sohin eine Umkehrung erforderlich: Nachrang für öffentliche Apotheken (primär nur für magistrale Zubereitungen); ebenso: öffentliche Apotheken in EKZ (während ApG auf „politische Gemeinde“ abstellt) → beides ist aber im ApG (noch) nicht realisiert	Bedarfsprüfung ist unionsrechtswidrig, weil 1. kein sachlicher Grund für d Verdrängung (Nachrang) der ärztl. Hausapotheken ersichtlich ist und zudem Nachbesetzung von Kassenplanstellen verunmöglicht wird, 2. Primärziel in Wahrheit die Erhaltung des Versorgungspotentials (inkl Infrastrukturzuwachs) ist, 3. sie nicht auf Zugangsverbesserung durch Neuerrichtung, sondern grundsätzlich darauf abstellt, ob Einfluter dafür ausreichen, die infolge der Neuerrichtung für die bestehenden Apotheken resultierenden Kundenpotentialminderungen auszugleichen (EuGH C-367/12, RN 47-49), während Ausnahmen nur bei „besonderen örtl. Verhältnissen“ zulässig sind, und 4. keine Kohärenz erkennbar ist – vielmehr liegt unsystematisches u. undurchschaubares Flickwerk vor

5.5. Aus all dem resultieren nach Auffassung des im vorliegenden Fall geschäftsverteilungsmäßig zur Entscheidung zuständigen Einzelrichters letztlich folgende Gründe, die hauptsächlich dafür sprechen, dass die in § 10 Abs. 1 Z. 2 ApG vorgesehene Bedarfsprüfung in der Form, wie sie durch § 10 Abs. 3 – insbesondere deren Z. 3 – ApG ausgestaltet ist, als unionsrechtswidrig angesehen werden muss:

1. Es ist (abgesehen vom Ziel der Optimierung des Betriebsergebnisses für bereits bestehende Apotheken) kein sachliches Argument für den (von sog. „Ein-Arzt-Gemeinden“ abgesehen) gesetzlich festgelegten absoluten Vorrang von öffentlichen Apotheken gegenüber ärztlichen Hausapotheken ersichtlich. Diese Verdrängung benachteiligt einerseits jedenfalls die Konsumenten (Patienten). Würde man sich hingegen diese Vorrangsnorm wegdenken, dann wäre andererseits auch im ländlichen Raum kaum noch eine Neugründung von öffentlichen Apotheken möglich, während sie so de facto dazu führt, dass Kassenplanstellen am Land häufig nicht mehr nachbesetzt werden können. Dieser unauflösbare Widerspruch ist somit durch einen Fehler im System, nämlich durch die sachfremde Verknüpfung mit dem Kassenstellenplan, bedingt.

2. Die gesetzliche Ausgestaltung der Bedarfsprüfung stellt weiterhin (nicht nur für den Ausnahme-, sondern vielmehr) für den Regelfall darauf ab, dass die Zahl der sog. „Neueinfluter“ zur Kompensation des Versorgungspotentials hinreicht; dies widerspricht jedoch diametral dem Urteil des EuGH vom 13. Februar 2014, C-367/12 („Sokoll-Seebacher I“), RN 47 ff.

3. Primärziel der Erhaltung eines Versorgungspotentials in Höhe von 5.500 Personen ist klar die Existenzsicherung bestehender öffentlicher Apotheken; die parallel dazu verfolgte Hinlenkung von Apothekenneugründungen in Rand- und ländlichen Zonen erscheint im Vergleich dazu als ein bloßer Vorwand.

4. Gesamthaft betrachtet lässt sich weder die systematische Verfolgung von konkreten Zielen noch erkennen, dass sich diese Ziele nur im Wege einer Bedarfsprüfung in kohärenter – nämlich zugleich erforderlicher und verhältnismäßiger – Weise erreichen ließen. Vielmehr stellen sich jene die Gründung einer neuen öffentlichen Apotheke regelnden materiellen und verfahrensrechtlichen Normen gesamthaft betrachtet als ein unsystematisches und undurchschaubares Flickwerk dar, das zudem eine rechtskräftige Konzessionserteilung in ökonomisch vertretbarer Zeit schon von vornherein nicht ermöglicht.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass seitens staatlicher Stellen trotz mehrfach hierzu gebotener Gelegenheit keinerlei Nachweise – erst recht keine solchen, die geeignet gewesen wären, die Annahme des

Gegenteils (wenn schon nicht als zwingend geboten anzusehen, so zumindest) nahezulegen – vorgelegt wurden.

5.6. Geht man demgemäß von der Unionsrechtswidrigkeit des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG – und damit auch der auf dieser Bestimmung inhaltlich aufbauenden Absätze 4 bis 6a des § 10 ApG – aus, so ist bzw. sind diese zwecks Hintanhaltung einer unionsrechtswidrigen Inländerdiskriminierung gemäß Art. 20 und Art. 21 EGRC nicht anzuwenden.

Mangels entgegenstehender Sachverhaltselemente kommt damit aber – wie der EuGH bereits explizit klargestellt hat (vgl. C-367/12 vom 13. Februar 2014 [„Sokoll-Seebacher I“], RN 28) – die dem § 10 Abs. 1 Z. 2 ApG zu Grunde liegende Vermutung, dass das Bestehen eines Bedarfes an der Neuerrichtung einer Apotheke als prinzipiell gegeben anzusehen ist, zum Tragen, sodass sich der angefochtene Bescheid im Ergebnis auch aus diesem Blickwinkel als grundsätzlich rechtmäßig erweist.

IV.

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. bis III. 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 anderen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung von sonst 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