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

Geschäftszeichen:
LVwG-050111/19/MK – 050113/2

Datum:
Linz, 29. März 2019

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kitzberger über die Beschwerden 1. der Alten Stadtapotheke x Mag. pharm. U S OG, vertreten durch die alleinvertretungsbefugte Gesellschafterin und Konzessionärin Mag. pharm. U S, x, x, 2. des Mag. pharm. H O, Alleininhaber und Konzessionär der Neuen Stadtapotheke x, Mag. pharm. O e.U., Sx, x, und 3. der R-Apotheke KG, vertreten durch die alleinvertretungsbefugte Komplementärin und Konzessionärin I S, x, x, alle vertreten durch Dr. E B O, Rechtsanwältin, x, x, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 20.03.2018, GZ: SanRB01-67-2012, betreffend die Erteilung der Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden Apotheke im Standort x, x, (mitbeteiligte Partei: Mag. pharm. H K, Apotheker, x, x, vertreten durch M & H Rechtsanwälte, x, x), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 22.10.2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrenschronologie:

I.1. Mit Antrag vom 10.05.2012 stellte Mag. pharm. H P K, x, x, vertreten durch M H Rechtsanwälte, x, x, (in der Folge: Kw), einen Antrag auf Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke gemäß §§ 10 und 46 Apothekengesetz, für den Standort x, x. Dem Antrag waren die erforderlichen Unterlagen angeschlossen.

I.2. Der Antrag für die Neuerrichtung wurde gemäß § 48 Apothekengesetz in der Amtlichen Linzer Zeitung vom 01.06.2012, Folge 11, Seite 18, verlautbart und die Österreichische Apothekerkammer, Landesgeschäftsstelle Oberösterreich, sowie die Ärztekammer für Oberösterreich darüber in Kenntnis gesetzt.

I.3. Mit Eingabe vom 31.05.2012 nahm die Ärztekammer für Oberösterreich betreffend den verfahrensgegenständlichen Antrag Stellung und hielt fest, dass der Bedarf für die Erteilung einer Konzession einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in x, x, nicht gegeben sei, weil sich dadurch die Zahl der zu versorgenden Personen der drei derzeit bestehenden öffentlichen Apotheken in der Bezirkshauptstadt Ried im Innkreis entscheidend verringern und jeweils unter 5.500 Personen betragen würde.

I.4. Mit Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 29.05.2012 wurde der Stadtgemeinde x, der Marktgemeinde x und den Gemeinden x, x, x und x gemäß § 49 Abs. 1 Apothekengesetz Gelegenheit zur Äußerung über den Antrag auf Konzessionserteilung gegeben. Die angeführten Gemeinden erhoben keinen Einwand.

1.5. Mit Eingabe vom 11.07.2012 erhoben die Betreiber der 1. Alten Stadtapotheke x Mag. pharm. U S OG, x, x (in der Folge: Erst-Bf), der 2. Neuen Stadtapotheke x, Mag. pharm. H O, x, x (in der Folge: Zweit-Bf) und der 3. R-Apotheke Mag. pharm. G KG, x, x (in der Folge: Dritt-Bf), alle (in der Folge: Bf) vertreten durch Rechtsanwältin Dr. E B O, x, x, Einspruch gegen die Erteilung der beantragten Konzession mit der Begründung, dass ein Bedarf nach einer neuen öffentlichen Apotheke nicht bestehe und der Antrag daher mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen abzuweisen sei.

Im Wesentlichen wurde vorgebracht, dass dem kundgemachten Ansuchen als voraussichtliche Betriebsstätte die Adresse des Krankenhauses der B S x BetriebsgmbH zu entnehmen sei. Die Adresse „x“ sei insbesondere im Hinblick auf die erforderliche Bedarfsfeststellung zu ungenau, ganz abgesehen davon, dass die Entfernung der beabsichtigten Betriebsstätte zur nächstgelegenen öffentlichen Apotheke, nämlich der Alten Stadtapotheke „x“, weniger als 500 m betrage,

weshalb schon die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 Z 2 Apothekengesetz nicht gegeben wären.

Das Versorgungspotential der Bf werde sich im Fall einer Bewilligung auf jeweils weniger als 5.500 Personen verringern. Die gesamte Stadt x habe eine Wohnbevölkerung von 11.404 ständigen Einwohnern. Von den Nachbargemeinden x, x, x, x, in denen sich keine ärztlichen Apotheken befänden, kämen 2.178 ständige Einwohner in Betracht. Dies ergebe für sämtliche, derzeit in x bestehenden Apotheken ein Versorgungspotential von insgesamt 13.582 ständigen Einwohnern.
Unter Heranziehung der Diversionsmethode ergibt sich, dass der Bedarf für die beantragte öffentliche Apotheke nicht gegeben sei, weil sich das Versorgungspotential der Bf auf weniger als 5.500 reduzieren würde.

Über ein weiteres, zusätzliches Versorgungspotential im Sinne des § 10 Abs. 5 Apothekengesetz würden die Apotheken nicht verfügen. Es würde daher beantragt, das Konzessionsansuchen ab- bzw. zurückzuweisen.

1.6. Mit Schreiben vom 18.07.2012 übermittelte die Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis der Österreichischen Apothekerkammer gemäß § 10 Abs. 7 Apothekengesetz das Konzessionsgesuch samt Beilagen, die Einsprüche und die Stellungnahmen der Gemeinden mit dem Ersuchen, zur Frage des Bedarfs ein Gutachten zu erstellen sowie gemäß § 50 leg.cit. eine Äußerung abzugeben.

Ebenso wurde mit Schreiben vom 20.07.2012 der Österreichischen Ärztekammer Gelegenheit gegeben, sich gemäß § 50 Apothekengesetz zu äußern. Mit Schreiben vom 23.07.2012 verwies die Österreichische Ärztekammer auf ihre bereits abgegebene Stellungnahme vom 23.05.2012.

1.7. In ihrem Gutachten vom 22.05.2013 kam die Österreichische Apothekerkammer zusammengefasst zu folgendem Ergebnis:

In der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte befände sich keine ärztliche Hausapotheke. Somit hätten Erhebungen zur Anzahl der Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG, die von Ärzten für Allgemeinmedizin in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte besetzt sind, unterbleiben können.

Die bestehende öffentliche Neue Stadtapotheke „x“ und die Alte Stadtapotheke „x“ in x würden im Falle der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke in x gemeinsam weniger als 11.000 Personen aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin zu versorgen haben, nämlich 5.665 ständige Einwohner innerhalb des 4-km-Polygons sowie 1.903 zusätzlich zu versorgende Personen im Sinne des § 10 Abs. 5 Apothekengesetz.

Es sei festzustellen, dass aufgrund des Befundes und den daraus resultierenden gutachterlichen Erwägungen der Bedarf an der angesuchten neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke nicht gegeben sei.

Da sich das Versorgungspotential der untersuchten bestehenden öffentlichen Apotheken in x – Alte Stadtapotheke „x“, Neue Stadtapotheke „x“ – bei Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheken verringere und unter 5.500 betragen werde, könne im konkreten Fall auf eine allfällige Untersuchung der zukünftigen Versorgungspotentiale weiterer umliegender öffentlicher Apotheken (insbesondere der R-Apotheke) verzichtet werden, da dies am Ergebnis des Gutachtens nichts zu ändern vermöge.

1.8. Mit Eingabe vom 18.06.2013 nahmen die Bf zum vorgelegten Bedarfsgutachten Stellung und verwiesen ergänzend auf die aktuelle Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. Erkenntnis vom 29.02.2012, 2012/10/0008), wonach das der R-Apotheke verbleibende Versorgungspotential von der Österreichischen Apothekerkammer zu ermitteln gewesen wäre.

1.9. Mit Eingabe vom 29.07.2013 nahm der Kw Stellung zur gutachterlichen Bedarfsfeststellung und brachte im Wesentlichen vor, dass die Österreichische Apothekerkammer in ihrem Gutachten vom 22.05.2013 zum Ergebnis komme, dass aufgrund der Entfernung zwischen den Betriebsstätten der beiden bestehenden öffentlichen Apotheken in x (Neue und Alte Stadtapotheke) eine konkrete Zuordnung des jeweiligen Versorgungspotentials bei lebensnaher Betrachtung nicht möglich sei, da derart geringe Entfernungsunterschiede im Regelfall die Entscheidung der Person, die eine oder die andere Apotheke aufzusuchen, nicht beeinflussen würden. Die Österreichische Apothekerkammer habe im vorliegenden Gutachten die Wegstrecke zwischen den beiden Betriebsstätten der beiden bestehenden öffentlichen Apotheken nicht festgestellt. Es lasse sich aufgrund der dem Gutachten beiliegenden Anlagen und Vermessungen nicht ableiten, ob die Entfernung zwischen den beiden öffentlichen Apotheken tatsächlich unter 500 m liege. Die Entfernungsvermessung sei daher auf Grundlage der §§ 37 iVm 39 AVG nicht mit der für ein Verwaltungsverfahren erforderlichen Genauigkeit vorgenommen worden. Es würde daher eine dahingehende Gutachtensergänzung beantragt.

Darüber hinaus wäre das Gutachten in folgenden Punkten zu ergänzen:

Die ambulanten Patientenbesuche des Krankenhauses der B S wären zu erheben und auf Grundlage der von der Österreichischen Apothekerkammer in Auftrag gegebenen Studie [Anm.: „Studie zur Ermittlung von Einwohnergleichwerten“ der TU Wien, Fachbereich Stadt- und Regionalforschung] den daraus gewonnen Einwohnergleichwerten dem Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen Apotheken zuzurechnen.

Auf Grundlage des § 10 Abs. 5 Apothekengesetz hätte die Österreichische Apothekerkammer das Einkaufszentrum Maximarkt x mit der Adresse, x, x, und den Bau eines Einkaufszentrums mit rund 22.000 $m^2$ Verkaufsfläche und 50 Geschäften, welcher unmittelbar bevorsteht, heranzuziehen gehabt und bei der Berechnung des Versorgungspotentials der beiden öffentlichen Apotheken in X zu berücksichtigten gehabt.

Es würde daher beantragt, die Einwohnergleichwerte für das Einkaufszentrum Maximarkt x, sowie für das Einkaufszentrum „S“ (entsprechend dem von der Stadtgemeinde x einzuholenden Planungsstand) dem Gutachten zugrunde zu legen und das Gutachten hinsichtlich dieser Einwohnergleichwerte zu ergänzen.

Es wären von der Österreichischen Apothekerkammer unter Berücksichtigung der bekanntzugebenden Wohnbaumaßnahmen unter Anwendung eines Wohnungs-belegungsfaktors diese Wohneinheiten bzw. die daraus resultierenden zusätzlichen ständigen Einwohner dem Versorgungspotential der beiden öffentlichen Apotheken gemäß § 10 Abs. 5 leg.cit. zuzurechnen gewesen.

Daher würde beantragt, die Stadtgemeinde x aufzufordern bekannt zu geben, welche Bauansuchen und Wohnbauvorhaben für das Stadtgemeindegebiet geplant wären.

1.10. Betreffend das Vorbringen des Kw gab die Österreichische Apothekerkammer mit Schreiben vom 24.02.2014 im Wesentlichen folgende ergänzende Stellungnahme ab:

Die Entfernung zwischen der Alten Stadtapotheke „x“ und der Neuen Stadtapotheke „x“ betrage ca. 200 m. Die Diversionsmethode sei somit anzuwenden.

Bei der Bedarfsermittlung würden – wie gefordert – Beschäftigte bzw. Besucherfrequenzen von Einkaufszentren und ambulante Patienten von Krankenhäusern Berücksichtigung finden können, wenn sich diese im Versorgungsgebiet der zu prüfenden Apotheken befinden würden. Da aber weder das Krankenhaus der B S x noch der Maximarkt x im Versorgungsgebiet der zu prüfenden Apotheken lägen, könnten weder ambulante Patienten bzw. die Beschäftigten des Krankenhauses in x noch die Beschäftigten bzw. Besucher des Maximarktes dem Versorgungspotential dieser Apotheken zugerechnet werden.

Da sich das neue Einkaufszentrum „W“ in der x noch in der Errichtung befände, gebe es noch keine Kundenfrequenzdaten, die im Gutachten Berücksichtigung finden könnten. Um auf ein – wie im Apothekengesetz gefordert – Mindestversorgungspotential von zumindest 11.000 Personen für die beiden gemeinsam zu prüfenden Apotheken zu kommen, würden lt. Gutachten der

Österreichischen Apothekerkammer vom 22.05.2013 zumindest 3.432 „Einwohnergleichwerte“ fehlen.

Für den Fall der Berücksichtigung von Einwohnergleichwerten aus dem Titel „Apothekennutzung durch Besucher von Einkaufs- und Fachmarkzentren“ würden die oben angeführten fehlenden Einwohnergleichwerte rd. 1.950.000 Kundenkontakten jährlich entsprechen.

I.11. Auf Anfrage der belangten Behörde gab die „S C M GmbH“ am 16.04.2014 bekannt, dass es zum heutigen Zeitpunkt noch nicht möglich sei, eine seriöse Kennzahl zu die Kundefrequenz anzugeben.

I.12. Auf Anfrage der belangten Behörde vom 11.03.2014 bei der Gemeinde x und an der Stadtgemeinde x betreffend vorliegende Bauansuchen und geplante Wohnbauvorhaben im Versorgungsgebiet der bestehenden Apotheken, gab die Gemeinde x am 19.03.2014 bekannt, dass im verbleibenden Jahr 2014 im gegenständlichen Bereich ca. 29 Wohneinheiten fertiggestellt werden würden, dabei handle es sich um Doppelhausbauten die vermutlich von jeweils 1-4 Personen bezogen würden. In den Folgejahren 2015 bis 2017 würden gemäß bekannten Projekten insgesamt mind. 40 weitere Wohneinheiten neu geschaffen. Die Angaben würden sich auf bekannte Projekte im Bereich Mietwohnungen und Doppelhausbebauung beziehen. Die genaue Anzahl der geplanten Einzelwohnhäuser seien der Gemeinde jedoch nicht bekannt.

Die Stadtgemeinde x gab am 03.04.2014 bekannt, dass in dem angefragten Versorgungsgebiet insgesamt Bauvorhaben betreffend 6 Reihenhäuser, 43 weitere Wohneinheiten und zwei Einfamilienhäuser offen seien.

I.13. Mit Eingabe vom 26.09.2014 gab der Kw erneut eine Stellungnahme ab und brachte dabei im Wesentlichen vor:

Laut Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 22.05.2013 sei der Bedarf an der angesuchten neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke nicht gegeben, da die Zahl der von den Betriebsstätten der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen sich in der Folge der Neuerrichtung entweder nicht verringern oder aber nicht unter 5.500 betragen würde.

Das gemeinsame Versorgungspotential der Neuen Stadtapotheke „X“ und der Alten Stadtapotheke „X“ sei von Seiten der Österreichischen Apothekerkammer mit einer Summe von 7568 zu versorgenden Personen bestimmt worden. Demzufolge ergebe sich aufgrund des vorliegenden Gutachtens ein Defizit von 3.432 zu versorgenden Personen.

Im Versorgungsgebiet der beiden bestehenden öffentlichen Apotheken befänden sich 2 Einkaufszentren (vgl. Schriftsatz vom 26.07.2013).

Der Einkaufszentrums-Betreiber S habe bis dato die projektierten Kundenfrequenzzahlen des Einkaufszentrums „W“ nicht offengelegt. Laut der vorgelegten Aussendung sei jedoch der exakte Standort des Einkaufszentrums „W“ in x, x, und die verpachtbare Verkaufsfläche von 22.000 $m^2$ und 50 Geschäften klar definiert. Ferner würden 500 Arbeitsplätze, sowie 800 Parkplätze geschaffen und die Errichtung des Einkaufszentrums stehe unmittelbar bevor.

Es würde der Antrag auf Gutachtensergänzung durch die Österreichische Apothekerkammer dahingehend gestellt, die Einwohnergleichwerte für das Einkaufszentrum „S - Weberzeile“ dem Gutachten zugrunde zu legen und das Gutachten hinsichtlich dieser Einwohnergleichwerte auf Grundlage einer Richtwertkundenfrequenz von zumindest 2 Mio. Besucher/Jahr für die beiden bestehenden öffentlichen Apotheken in x sowie hinsichtlich der Einwohnergleichwerte für die ständig Beschäftigten dieses Einkaufszentrums zu ergänzen, und eine Anfrage an die Stadtgemeinde x hinsichtlich des aktuellen Planungsstands des Einkaufszentrums „S“ zu richten.

I.14. Die Österreichische Apothekerkammer gab mit Schreiben vom 18.02.2015 zum Vorbringen des Kw erneut eine Stellungnahme ab und führte darin zusammengefasst aus:

Hinsichtlich der vom Kw bezifferten Mindestkundenfrequenz von 2 Mio. Kundenkontakten sei festzustellen, dass sich unter Zugrundelegung der beiliegenden Studie „Apothekennutzung durch Besucher von Einkaufs- oder Fachmarktzentren“ daraus 3.558 „Einwohnergleichwerte“ ergeben würden.

Eine Umrechnung der vom Kw angeführten zu erwartenden 500 Arbeitsplätze auf Basis der ebenfalls beiliegenden Studie „Apothekennutzung in der Nähe des Arbeitsplatzes“ würde weitere 23 „Einwohnergleichwerte“ ergeben.

Die von der Gemeinde x angeführten 29 Wohneinheiten, welche noch im Jahr 2014 fertiggestellt und bezogen werden, würden unter Berücksichtigung des für Oberösterreich geltenden Wohnbelegungsfaktors von 2,33 weiteren 68 zu berücksichtigenden Einwohnern entsprechen.

Die vom Stadtamt x bekannt gegebenen Bauvorhaben können aus Sicht der Österreichischen Apothekerkammer (Landesgeschäftsstelle Oberösterreich) mangels konkreter Angaben über den Planungshorizont (noch) nicht berücksichtigt werden, da aus der Formulierung, dass die betreffenden Bauvorhaben „offen“ seien, nicht ableitbar sei, dass sich diese Bauvorhaben bereits in Errichtung befänden.

I.15. Mit Schreiben vom 01.04.2015 nahmen die Bf erneut Stellungnahme und brachten dabei im Wesentlichen vor:

Insoweit der Kw in seiner Stellungnahme vom 24.09.2014 darauf verweise, dass dem Versorgungspotential unserer Apotheken die Einwohnergleichwerte des „S Einkaufszentrums (EKZ) W“ zuzurechnen seien, sei zunächst darauf hinzuweisen, dass das EKZ noch nicht in Betrieb genommen worden sei und voraussichtlich erst im Sommer 2015 in Betrieb gehen werde. Dies bedeute, dass die nicht einmal im Entferntesten bekannten Kundenfrequenzen eines noch nicht in Betrieb genommenen Einkaufszentrums dem Bedarfsgutachten nach § 10 Abs. 7 Apothekengesetz zugrunde gelegt werden würden.

Wenn der Kw nun versuche, aus – seiner Auffassung nach – vergleichbaren Einkaufszentren eine (künftige) Mindestkundenfrequenz von 2 Mio. zu errechnen, so seien seine Ausführungen nicht nachvollziehbar, zumal die von ihm herangezogenen Einkaufszentren in A und M mit der konkreten Situation in x überhaupt nicht vergleichbar seien.

Abgesehen davon, dass selbst ein mit der Materie vertrauter EKZ-Betreiber wie SES nicht vorhersagen könne (und offenbar auch nicht wolle), wie sich das künftige EKZ W entwickeln werde, weil dies von einer ganzen Reihe auch vom EKZ-Betreiber nicht bestimmbarer Faktoren abhänge, würden die Einwohner-gleichwerte aus Kundenfrequenzen nicht bei den beschwerdeführenden Apotheken verbleibenden Versorgungspotential berücksichtigt werden können, weil sich diese Apotheken nicht im Bereich des Einkaufszentrums, sondern jeweils mehrere hundert Meter weit entfernt befänden.

Es sei in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die vom Kw zitierte Studie über die Berücksichtigung von Einwohnergleichwerten in EKZ und/oder Fachmarktzentren davon ausgehe, dass sich die nächstgelegene Apotheke in unmittelbarer Nähe bzw. überhaupt im betreffenden EKZ/FMZ befinde, nicht aber mehrere hundert Meter davon entfernt.
Auch die vom Kw erwähnten, zu erwartenden 500 Arbeitsplätze im Bereich des EKZ W können nicht dem den Apotheken der Bf verbleibenden Versorgungspotential zugerechnet werden.

Bezüglich der 29 Wohneinheiten in der Gemeinde x könne nicht von einem Wohnbelegungsfaktor ausgegangen werden, sondern wäre aufgrund der aktuellen Meldedaten bekannt zu geben, wie viele ständige Einwohner dort tatsächlich wohnhaft seien.

I.16. Mit Stellungnahme vom 23.04.2015 gab der Kw unter Anführung eines Durchführungserlasses des Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz zur Apothekengesetznovelle 1984 vom 05.07.1985, Zl. IV-51.301/13-4/85, und

Lichtbildern (betreffend die Errichtung des gegenständlichen EKZ W) sowie eines Auszugs aus der Homepage „w.at“ (Eröffnung: August 2015) bekannt, dass das gegenständliche Einkaufszentrum W bei der Bedarfsprüfung sehr wohl zu berücksichtigen sei.

Weiters sei ein Antrag auf Gutachtensergänzung durch die Österreichische Apothekerkammer dahingehend zu stellen, dass die Voraussetzung für die Berücksichtigung des gegenständlichen Einkaufszentrums in der W gemäß § 10 Abs. 5 Apothekengesetz bei den bestehenden öffentlichen Apotheken Alte Stadtapotheke und Neue Stadtapotheke in x vorliegen würden, bzw. ob die Studie „Apothekennutzung durch Besucher von Einkaufs- oder Fachmarktzentren“ für den gegenständlichen Sachverhalt repräsentativ sei.

I.17. Am 02.06.2015 brachten die Bf mit Verweis auf die aktuelle Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes im Erkenntnis vom 22.04.2015, Ro 2015/10/0004-6, vor, dass im weiteren Verfahren dieses (unter einem vorgelegten) Erkenntnis zu berücksichtigen sei, denn der Verwaltungsgerichtshof habe darin die der dort maßgeblichen Ambulanzstudie neu zugrunde gelegte Methode abgelehnt (Befragung von Ambulanzpatienten zur Feststellung von Einwohnergleichwerten an bestehenden Apotheken verbleibenden Versorgungspotentials).

Da dieselbe abgelehnte Methode auch den von der Österreichischen Apothekerkammer in ihren Gutachten vom 22.05.2013 und vom 17.02.2015 verwendeten Studien betreffend Apothekennutzung durch Besucher von Einkaufs- oder Fachmarktzentren bzw. Apothekennutzung in der Nähe des Arbeitsplatzes zugrunde liege, werde die Österreichische Apothekerkammer im fortzusetzenden Ermittlungsverfahren zur Erstattung einer ergänzenden Stellungnahme unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung aufzufordern sein.

I.18. In ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 07.09.2015 führte die Österreichische Apothekerkammer aus, dass – wie bereits von den Bf eingebracht – der Verwaltungsgerichtshof die Studie „Nutzung von Apotheken durch Ambulanzpatienten – Erweitert 2013“ mit der Begründung verworfen habe, dass eine bloße Befragung von Personen keine geeignete Methode sei, um den zu ermittelten durchschnittlichen Bedarf der Bevölkerung an Leistungen der öffentlichen Apotheken im Allgemeinen zu erheben, an welchem dann eine Inanspruchnahme im Sinne des § 10 Abs. 5 Apothekengesetz zu messen sei, wären dafür doch „alle verfügbaren Daten“ heranzuziehen.

Da jedoch auch den Studien „Apothekennutzung in der Nähe des Arbeitsplatzes – Erweitert Jänner 2013“ und „Apothekennutzung durch Besucher von Einkaufs- und Fachmarktzentren – Erweitert Jänner 2013“ dieselbe Methode wie die „Ambulanz Studie“ zu Grunde legen, bestehe die Gefahr, dass auch diese beiden Studien in der derzeitigen Form verworfen werden. Eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes liege jedoch nicht vor.

I.19. In seiner Stellungnahme vom 09.10.2015 führte der Kw aus, dass durch das vorliegende Judikat feststehe, dass die Berücksichtigung des Einkaufszentrums „W“ zulässig sei. Außerdem würde ein Antrag auf Gutachtensergänzung durch die Österreichische Apothekerkammer dahingehend gestellt, zu erheben, welche Einwohnergleichwerte sich nach Einsatz aller verfügbaren Daten im Sinne des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes zu Ro 2015/10/0004 für das Einkaufszentrum W ergeben würden.

I.20. Auf Grundlage der oben angeführten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hatte die Österreichische Apothekerkammer die Technische Universität Wien mit der Erstellung einer neuen, auf einem methodisch anderen Zugang basierenden Studie [Anm.: „Studie zur Ermittlung von Einwohnergleichwerten“ der TU Wien, Fachbereich Stadt- und Regionalforschung] beauftragt, um durch den Einsatz aller verfügbaren Daten ein realitätsnahes Ergebnis zu erzielen. Darauf basierend erstellte die Österreichische Apothekerkammer ein neuerliches Gutachten zum Bedarf.

Zu den bestehenden öffentlichen Apotheken Alte Stadtapotheke „x“ und Neue Stadtapotheke „x“, beide in x, wurde darin folgender Befund erhoben:

Da diese beiden Apotheken weniger als 500 m voneinander entfernt seien, sei eine konkrete Zuordnung des jeweiligen Versorgungspotentials bei lebensnaher Betrachtung nicht möglich, da derart geringe Entfernungsunterschiede im Regelfall die Entscheidung der Personen, die eine oder die andere Apotheke aufzusuchen, nicht beeinflussen.

Für den Fall der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke würden nach den vorliegenden Ermittlungsergebnissen und ergänzenden Erhebungen in der Versorgung aus den o.a. bestehenden öffentlichen Apotheken in x gemeinsam 5.958 ständige Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin verbleiben.
Da die Zahl der weiterhin in Versorgung aus den o.a. bestehenden öffentlichen Apotheken in x verbleibenden „ständigen Einwohner“ gemeinsam 11.000 unterschreite, seien im konkreten Fall weitere Ermittlungen hinsichtlich zusätzlich zu versorgender Personen im Sinne des § 10 Abs. 5 Apothekengesetz erforderlich:

402 ständige Einwohner seien – obwohl außerhalb des 4-km-Polygons – zu berücksichtigen, da für diese Personen die oben angeführten öffentlichen Apotheken die nächstgelegenen Arzneimittelabgabestellen seien.

1.386 Personen seien dem Versorgungspotential zuzurechnen, weil für 6.301 ständige Einwohner trotz der bestehenden ärztlichen Hausapotheken in x, x, x, x, x und x, die o.a. öffentlichen Apotheken – obwohl außerhalb des 4-km-Polygons – die nächstgelegenen öffentlichen Apotheken seien.

Die Ermittlung, in welchem Umfang zusätzlich zu versorgenden Personen den Bedarf an einer öffentlichen Apotheke mitbegründen, sei im Einzelfall vorhandener Daten nur mit unvertretbaren Aufwand möglich (Einzelbefragungen). Daher ziehe die Österreichische Apothekerkammer zur Ermittlung von Einwohnergleichwerten aus zusätzlich zu versorgenden Personen die obzitierte Studie der TU Wien heran, welche die wesentlichen Einflüsse der jeweiligen Nachfragefaktoren auf den Apothekenumsatz mit Hilfe eines Regressionsmodells herausgearbeitet habe.

324 zusätzlich zu versorgende Personen seien aufgrund des Zweitwohnsitzes zu berücksichtigen.
2.467 Einwohnergleichwerte seien aufgrund Beschäftigung zu berücksichtigen.
Die Beschäftigten seien aber nicht nur selbst als Nachfrager zu qualifizieren, sondern ziehen innerhalb der Beschäftigungskategorie Einzelhandel auch Kunden an. Daher sei der Einflutungserreger Einzelhandel neben den Beschäftigten in das Modell zur Einwohnergleichwerteermittlung an Apothekenstandorten in Österreich integriert worden.
419 zusätzlich zu versorgende Personen seien aufgrund der vorliegenden Einzelhandelskonzentrationen zuzurechnen.
Aufgrund der Ausführungen der TU Wien habe das Krankenhaus der B S vom Hl. V von P in x einen versorgungsrelevanten Einfluss auf die beiden untersuchten Apotheken in x. 874 Einwohnergleichwerte seien daher zum Versorgungspotential hinzuzurechnen.
421 Einwohnergleichwerte seien noch aufgrund des im konkreten Fall relevanten Verkehrsknotenpunkts Bahnhof x zum Versorgungspotential hinzuzurechnen.

Das Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen Stadtapotheke „x“ und der Neuen Stadtapotheke „x“ betrage daher 12.251.

Unter Heranziehung derselben Grundsätze, wie bei der Neuen und Alten Stadtapotheke, ist im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer auch das Versorgungspotential der bestehenden öffentlichen R-Apotheke errechnet worden und belaufe sich auf 11.591 Personen.

Auf der Grundlage dieses Befundes würden die bestehende öffentliche Alte Stadtapotheke „x“ und die Neue Stadtapotheke „x“ im Fall der Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke in x gemeinsam über 11.000 Personen aufgrund der örtlichen Verhältnisse weiterhin zu versorgen haben, bestehend aus 5.958 ständigen Einwohnern innerhalb des 4-km-Polygons sowie (wie oben im Detail dargestellt) 6.293 zusätzlich zu den versorgenden Personen im Sinne des § 10 Abs. 5 Apothekengesetz.

Die R-Apotheke werde im Fall einer Neuerrichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke über 5.500 Personen zu versorgen haben, bestehend aus 6.959 ständigen Einwohnern innerhalb des 4-km-Polygons sowie mindestens 4.632

zusätzlich zu den versorgenden Personen im Sinne des § 10 Abs. 5 Apothekengesetz (diese würden sich ergeben aus: 603 ständigen Einwohnern außerhalb des 4-km-Polygons, 1.712 ständige Einwohner aufgrund der bestehen bleibenden ärztlichen Hausapotheken in x, x, x, 336 Personen mit Zweitwohnsitz, 1.981 Beschäftigte). Im Fall der R-Apotheke sei das ermittelte Versorgungspotential von 11.591 Personen als Mindestwert anzusehen, da im konkreten Fall das Mindestversorgungspotential bereits überschritten worden sei und daher eine Berücksichtigung von weiteren zusätzlich zu versorgenden Personen (Ambulante Patienten etc.) nicht erforderlich sei.

I.21. Mit Schriftsatz vom 06.11.2017 brachten die Bf im Wesentlichen vor, dass die Österreichische Apothekerkammer den Umstand übersehe, dass durch den neu geschaffenen § 10 Abs. 6a Apothekengesetz im Hinblick auf die Arzneimittelversorgung eine Gleichstellung von öffentlichen Apotheken mit ärztlichen Hausapotheken erfolgt sei. Daher dürfe nach dieser Bestimmung aus Orten mit ärztlichen Hausapotheken nächstgelegenen Apotheken weder ein Versorgungspotential von ständigen Einwohnern noch aus Einwohnergleichwerten iSd § 10 Abs. 5 leg.cit. zugerechnet werden.

Soweit das Gutachten dem verbleibenden Versorgungspotential der beschwerdeführenden Apotheken 2.467 Einwohnergleichwerte aus Beschäftigten, 419 Einwohnergleichwerte aus Einzelhandelskonzentrationen, 874 Einwohnergleichwerte aus Ambulanzen, 421 Einwohnergleichwerte aus Verkehrsknotenpunkten zurechne, sei dies ebenso wenig nachvollziehbar wie die Außerachtlassung des Versandhandels.

I.22. Mit Schreiben vom 18.04.2018 erhoben die Bf gegen den Bescheid vom 20.03.2018, GZ SanRB01-67-2012, der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis (in der Folge: belangte Behörde), mit welchem die beantragte Konzession mit detaillierter und das Bedarfsgutachten der Österreichischen Apothekerkammer vollinhaltlich übernehmender Begründung erteilt wurde, Beschwerde und brachten darin – mit Verweis auf den Einspruch vom 10.07.2012 und ihrer Stellungnahme zum Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 06.09.2017 – im Wesentlichen vor:

Die Behörde gehe zu Unrecht davon aus, dass der Bedarf an einer neuen Apotheke gegeben sei, weil sich das Versorgungspotential der Bf nicht auf weniger als 5.500 Personen verringere.

Wenn die Behörde unter Berufung auf die ergänzende Stellungnahme der Österreichischen Apothekerkammer vom 12.03.2018 meine, durch § 10 Abs. 6a Apothekengesetz sei ihm Hinblick auf die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung keine Gleichstellung von öffentlichen Apotheken mit ärztlichen Hausapotheken erfolgt, so negiere sie diesbezüglich nicht nur den eindeutigen Wortlaut dieser

Bestimmung, sondern auch die in der Stellungnahme der Bf vom 06.11.2017 zitierte neueste Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Verfassungskonformität dieser Bestimmung. Daran ändere auch die durch die Praxis überholten Hinweise der Behörde auf die Vorteile der öffentlichen Apotheken gegenüber den ärztlichen Hausapotheken nichts.
Die Zurechnung der 1.386 Einwohnergleichwerte aus jenen Orten, in denen sich ärztliche Hausapotheken befänden (grünes Polygon), erfolge daher zu Unrecht.

Wenn sich die Behörde hinsichtlich der Ermittlungen der Einwohnergleichwerte aus Beschäftigten, Ambulanzen und Verkehrsknoten auf das ihrer Auffassung nach schlüssige und nachvollziehbare Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 06.09.2017, sowie dessen Ergänzungen vom 12.03.2018 beziehe, so habe sich diese ergänzende Stellungnahme nicht nachvollziehbar mit den von uns und insbesondere auch mit den der Österreichischen Apothekerkammer insgesamt bekannten Kritikpunkten an der TU-Studie auseinandergesetzt.

Die Studie sei jedenfalls im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Bestimmtheitsgebot zur Ermittlung des den bestehenden Apotheken verbleibenden Versorgungspotentials nicht geeignet.
Der Verwaltungsgerichtshof habe nämlich in seiner bisherigen Judikatur (vgl. zuletzt Erkenntnis vom 18.04.2012, Zl. 2010/10/0254, und vom 11.04.2015, Zl. Ro 2015/10/004) ausgesprochen, dass bei der Ermittlung des durch einen ständigen Einwohner hervorgerufenen Bedarfs nach einer öffentlichen Apotheke, an dem dann eine Inanspruchnahme iSd § 10 Abs. 5 Apothekengesetz gemessen werden könne, iS einer Durchschnittbetrachtung der Bedarf der Bevölkerung nach Leistungen der öffentlichen Apotheken im Allgemeinen heranzuziehen sei. Es seien alle verfügbaren Daten einzusetzen, um jenen Durchschnittbedarf festzustellen, der dem Bedarf eines ständigen Einwohners iSd § 10 Abs. 2 Z 3 Apothekengesetz zugrunde liege.
Diesen Anforderungen werde die dem Gutachten, aber auch der ergänzenden Stellungnahme zugrundeliegende TU-Studie, im Gegensatz zur Auffassung der belangten Behörde in keiner Weise gerecht, gehe aus ihnen doch insbesondere die Berücksichtigung des durchschnittlichen Arzneimittelumsatzes nicht in dem vom Verwaltungsgerichtshof geforderten Ausmaß hervor.

Die belangte Behörde sei völlig zu Unrecht und rechtswidrig davon ausgegangen, dass der Alten Stadtapotheke „x“ und der Neuen Stadtapotheke „x“ unter Berücksichtigung der 6.293 zusätzlich zu versorgenden Personen im Sinne des § 10 Abs. 5 Apothekengesetz ein je 5.500 Personen übersteigendes Versorgungspotential bleibt.

Soweit die belangte Behörde bezüglich der „R-Apotheke“ schon alleine wegen der von dieser Apotheke zu versorgenden mehr als 5.500 ständigen Einwohner die Bedarfsvoraussetzungen als erfüllt ansehe, sei dies zutreffend.

Wenn darüber hinaus die Behörde unter Hinweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28.06.2016, Zl. Ra 2016/10/0056, meine, die vom Verwaltungsgerichtshof in diesem Erkenntnis vertretene Auffassung der Nichtberücksichtigung des Versandhandels bei der Ermittlung des bestehenden Apotheken verbleibenden Versorgungspotentials sei auch auf den konkreten Fall anwendbar, sei ihr entgegenzuhalten, dass sich der Verwaltungsgerichtshof in dem zitierten Erkenntnis mit den seitens der Bf in dessen Stellungnahme vom 06.11.2017 vorgebrachten Argumentenmangels entsprechenden Vorbringen gar nicht auseinandersetzen konnte, und daher dessen Anwendbarkeit auf den konkreten Fall schon insoweit rechtswidrig sei, als dem Beweisantrag auf Einholung von Stellungnahmen der Österreichischen Apothekerkammer und des Apothekerverbandes nicht Rechnung getragen worden sei.

Hätte die Behörde die von den Bf in ihrer Stellungnahme vom 06.11.2017 gestellten Beweisanträge, insbesondere die Einholung von Stellungnahmen der Österreichischen Apothekerkammer und des Apothekerverbands zu den Auswirkungen des Versandhandels eingeholt und die Bf im Sinne des verpflichtenden Parteiengehörs die ergänzenden Stellungnahmen der Österreichischen Apothekerkammer vom 12.03.2018 zugestellt, hätten sie insbesondere vorbringen können, dass auch diese ergänzende Stellungnahme die grundlegenden Bedenken gegen die TU-Studie und damit auch das Ergebnis des Bedarfsgutachtens nicht zu zerstreuen imstande sei.

Es würde beantragt, der Beschwerde nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass die beantragte Apothekenkonzession nicht erteilt wird, in eventu den angefochtenen Bescheid aufzuheben und der Behörde die Erlassung eines neuerlichen Bescheids allenfalls nach Durchführung eines ergänzenden Ermittlungsverfahrens aufzutragen.

I.23. In der mündlichen Verhandlung vom 22.10.2018 wurde folgender Sachverhalt erörtert:

I.23.1. Seitens der Bf wurde auf das bisherige Vorbringen verwiesen und dieses wie folgt zusammengefasst:

Die Berücksichtigung von Einwohnergleichwerten aus Orten mit ärztlichen Hausapotheken (auf der Grundlage der „Hausapothekenstudie“) sowie aus Zweitwohnsitzen erfolge nicht mehr auf gesetzlicher Grundlage, insbesondere da

durch Einführung des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz ärztliche Hausapotheken gleichgestellt worden wären.

Die Ermittlung von Einwohnergleichwerten aus den Ansätzen Beschäftigte und Einzelhandelskonzentration auf der Grundlage der TU-Studie sei nicht nachvollziehbar, da nunmehr Anzahl und Art der Betriebe nicht mehr berücksichtigt würden.

Die Einbeziehung von Ambulanzen in die Ermittlung von (zusätzlichen) Einwohnergleichwerten sei nicht nachvollziehbar, da nicht ersichtlich sei, welche Ambulanzen (mit Ausnahme des Krankenhauses der B S) tatsächlich berücksichtigt worden seien.

Dem gegenüber sei die Nichtberücksichtigung des (nach Angaben des Apothekerverbandes nicht unbeträchtlichen) Versandhandels ebensowenig nachzuvollziehen. Die diesbezügliche Einschränkung auf nicht rezeptpflichtige Arzneimittel vermöge nicht zu überzeugen, da dieses Segment auch einen signifikanten Anteil des Umsatzes niedergelassener Apotheken ausmache.

Dass die TU-Studie als Grundlage der Bedarfsermittlung anerkannt sei, zeichne sich in derzeit anhängigen Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten Wien und Steiermark nicht ab, in welchen wesentliche Ergänzungen gefordert worden wären. Auch im verfahrensgegenständlichen Fall würde unter Berücksichtigung der Beschwerdeargumente das Restversorgungspotential sowohl der „Alten Stadtapotheke“ als auch der „Neuen Stadtapotheke“ unter 5.500 Personen liegen. Die Voraussetzungen des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz würden im Lichte der aktuellen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht vorliegen.

I.23.2. Die von den Bf vertretene Ansicht, es liege kein Anwendungsfall des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz vor, sei mit der Systematik dieses Gesetzes nicht in Einklang zu bringen und ließe sich aus der zitierten Argumentation des Verwaltungsgerichtshofes in dieser Form nicht ableiten. Es treffe auch nicht zu, dass seitens der Verwaltungsgerichte die Anwendbarkeit der TU-Studie abgelehnt würde, da etwa das Landesverwaltungsgericht Steiermark in einem Erkenntnis diese Studie (nach Befragung eines Mitverfassers der Studie) explizit als taugliches Instrument der Bedarfsermittlung qualifiziert habe.

Die Ausführungen der Bf zu den Ambulanzen würden nicht der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entsprechen. Der Versandhandel sei von der Österreichischen Apothekerkammer zu Recht als irrelevant eingestuft worden.

I.23.3. Von der Vertreterin der Österreichischen Apothekerkammer wurde vor dem Hintergrund des Parteienvorbringens zum vorgelegten Gutachten ausgeführt, dass nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz Hausapotheken zu

berücksichtigen seien, was aber keineswegs eine Gleichstellung bei der Beurteilung besonderer örtlicher Verhältnisse bedeute.

Hinsichtlich der Einzelhandelskonzentrationen seien – in Ermangelung statistischer Daten über Kundenfrequenzen – Materialien zu Anbieterkonzentrationen im Einzelhandel und daraus resultierenden Geschäftsfrequenzen in die TU-Studie eingeflossen.

Der Bewertung von Ambulanzen wären (entsprechend dem „Newton'schen Gravitationsprinzip") Faktoren der „Attraktivität" von Apothekenstandorten zu Grunde gelegt worden, die wesentlich von der Größe der jeweiligen Apotheke und den zurückzulegenden Entfernungen bestimmt würden.

Hinsichtlich des Versandhandels würde nur unzureichendes Zahlenmaterial vorhanden sein. Das diesbezügliche Handelsvolumen liege aber im (niedrigen) einstelligen Prozentbereich.

Zur generellen Frage der Verwertung von Daten im Zuge der Erstellung der Studie sei festzuhalten, dass ausschließlich Daten eingeflossen wären, welche aktuell, vollständig, raumbezogen und flächendeckend für ganz Österreich zur Verfügung gestanden hätten (was etwa im Zusammenhang mit dem Versandhandel nicht der Fall sei). Regionale Besonderheiten, wie etwa der Umstand, dass sich die zukünftige Betriebsstätte in unmittelbarem räumlichem Konnex zum Krankenhaus Ried befinde, wären bei der Erstellung des Bedarfsgutachtens zudem berücksichtigt worden.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt und Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 22.10.2018.

Auf der Grundlage des Ergebnisses dieses Ermittlungsverfahrens konnten weitere Beweisaufnahmen unterbleiben, da keine weitere Klärung des in diesem Verfahren gegenständlichen Sachverhaltes zu erwarten war. Es waren ausschließlich Rechtsfragen zu beurteilen.

II.2. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt steht wie folgt fest:

Auf Grund der örtlichen Nähe der Standorte der Alten Stadtapotheke „x“ und der Neuen Stadtapotheke „x“ von etwa 200 m ist das Restversorgungspotential für beide Apotheken gemeinsam zu ermitteln. Dieses beträgt 12.251 Personen, bestehend aus 5.958 ständigen Einwohnern, 402 ständigen Einwohnern, die zwar außerhalb des 4-km-Versorgungpolygons ihren Wohnsitz haben, für welche die Stadtapotheken in x aber die nächstgelegenen Arzneimittelabgabestellen darstellen, 1.386 Personen auf Grund der bestehen bleibenden Hausapotheken in x, x, x, x, x, 324 Personen mit Zweitwohnsitz im Versorgungsgebiet, 2.467 Einwohnergleichwerte aus der Beschäftigung und 419 zusätzlich zu versorgenden Personen infolge von Einzelhandelskonzentrationen im Versorgungsgebiet, 874 Einwohnergleichwerte aus Ambulanzen (Krankenhaus der B S vom Hl. Vinzenz von P in x), sowie 421 Einwohnergleichwerten auf Grund von Knotenpunkten des öffentlichen Verkehrs.

Das Restversorgungsgebiet der R-Apotheke beträgt alleine unter Berücksichtigung der ständigen Einwohner des 4-km-Versorgungpolygons 6.959 Personen.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Für die Beurteilung der hier relevanten Rechtsfragen sind insbesondere nachstehende Bestimmungen zu berücksichtigen:

III.1.1. In der Sache:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Apothekengesetzes lauten (auszugsweise):

„§ 9
Konzession

Der Betrieb einer öffentlichen Apotheke [...] 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. [...] Die Konzession hat nur für den Standort Geltung.

Sachliche Voraussetzzungen der Konzessionserteilung
§ 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 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 Vertragsstellennach § 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 Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen sich in Folge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5.500 betragen wird.

[...]

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

(5) Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner im Sinne des Abs. 4 weniger als 5.500, so sind die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen.

(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.

(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 Versorgungsangebotes durch bestehende öffentliche 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. [...]“

III.1.2. Verfahren vor dem Verwaltungsgericht:

§ 7 Abs. 3 VwGVG legt fest, dass für den Fall, dass der Bescheid bereits einer anderen Partei zugestellt oder verkündet worden ist, die Beschwerde bereits ab dem Zeitpunkt erhoben werden kann, in dem der Bf von dem Bescheid Kenntnis erlangt hat.

Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG kann das Verwaltungsgericht, sofern durch Bundes- oder Landesgesetz nichts anderes bestimmt ist, ungeachtet eines Parteiantrages von der Durchführung einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegenstehen.

Nach § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit es nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid [...] auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3) [...] zu überprüfen.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

III.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.2.1. Feststellung des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke:

Entsprechend den oben wiedergegebenen gesetzlichen Vorgaben ist die Erteilung einer Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke – entsprechend den einem Konzessionssystem immanenten (öffentlichen) Aspekten der medizinischen Versorgungs- und wirtschaftlichen Bestandssicherheit – an den Bedarf hiefür gebunden.

Der Ermittlung dieses Bedarfs – dem gemäß § 10 Abs. 7 Apothekengesetz ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer zu Grunde zu legen ist – legt der Gesetzgeber einen aus Elementen der räumlichen Entfernungsverhältnisse und der zu versorgenden Bevölkerung kombinierten Ansatz zu Grunde, definiert die wesentlichen (Negativ-)Kriterien und legt den Prüfmodus fest. Für den Fall, dass

bestehende öffentliche Apotheken weniger als 500 m voneinander entfernt sind, ist nach stRsp des Verwaltungsgerichtshofes eine konkrete Zuordnung des jeweiligen Versorgungspotentials nicht möglich, da derart geringe Entfernungsunterschiede die Entscheidung, die eine oder die andere Apotheke aufzusuchen, nicht signifikant beeinflussen. Die Restversorgungspotentiale sind daher für beide Apotheken gemeinsam zu ermitteln.

Zentrales Kriterium bei der Feststellung des Restversorgungspotentials einer bestehenden öffentlichen Apotheke ist die Zahl der zu versorgenden Personen innerhalb eines nach Verkehrswegskriterien festgelegten Versorgungsgebietes (4-km-Polygon gemäß § 10 Abs. 4 Apothekengesetz), welche nicht unter 5.500 fallen darf. Wird dieses Kriterium – wie gegenständlich im Fall der R-Apotheke – erfüllt, ist ein Bedarf (jedenfalls) anzunehmen. Weitere Überlegungen und/oder Berechnungen (wiewohl im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer „ergänzend“ vorgenommen) können unterbleiben. Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der Gesetzgeber bei Normierung dieses Wertes keinerlei „Gewichtung“ der Einwohnerzahl im Hinblick auf deren Beitrag zum Apothekenumsatz angeordnet hat, und eine Beurteilung der Frage, inwieweit die ständigen Einwohner eines Versorgungsgebietes selbst auf Grund von „Einflutungserregern“ [Anm.: siehe dazu unten] den zu versorgenden Personen in anderen Versorgungsgebieten zuzurechnen sind, daher nicht vorzunehmen ist.

Liegt hingegen die Zahl der ständigen Einwohner unter 5.500 – bzw. wie im Fall der Alten Stadtapotheke „x“ und der Neuen Stadtapotheke „x“ iSd obigen Ausführungen unter 11.000 – sind (zusätzlich) die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgende Personen zu berücksichtigen (§ 10 Abs. 5 leg.cit.).

Es liegt – auch bei laienhafter Betrachtung – auf der Hand, dass dieses hinzuzurechnende Potential nicht 1:1 den ständigen Einwohnern zugeschlagen werden kann, da die nach diesem Ermittlungsansatz in den Versorgungsbereich der bestehen bleibenden öffentlichen Apotheke „gelangenden“ Personen selbst in einem anderen Versorgungsgebiet ständige Einwohner sind („Doppelzählung“). Dem gegenüber ist es aber ebenso nachvollziehbar, dass die hier vorliegenden räumlichen Anknüpfungspunkte tatsächlich einen gewissen Motivationsfaktor für die Inanspruchnahme einer gutachtensgegenständlichen Apotheke darstellen.

Zur Bewertung dieses zusätzlichen Potentials stützt sich die Österreichische Apothekerkammer bei der Bedarfsermittlung auf eine „Studie zur Ermittlung von Einwohnergleichwerten“ der TU Wien, Fachbereich Stadt- und Regionalforschung, in welcher nach Kriterien der Statistik valide (d.h. für ganz Österreich erhobene und aus wissenschaftlicher Sicht gesicherte) Daten für die rechnerische Erfassung von „Einflutungserregern“ herangezogen werden. Darin werden Haupt- und Nebenwohnsitze, Beschäftigte, Tourismus, Konzentrationen des Einzelhandels,

Knotenpunkte des öffentlichen Verkehrs, Spitalsambulanzen, Ärzte und Kaufkraft hinsichtlich ihren Erklärungsbeitrags zum Apothekenumsatz untersucht. Daneben findet die „Anonymisierte Hausapothekenstudie“ der Österreichischen Apothekerkammer aus dem Jahr 2001 weiterhin Anwendung im Zusammenhang mit der Berücksichtigung von Personen, die ihren Wohnsitz näher zu ärztlichen Hausapotheken haben als zu öffentlichen Apotheken, bei der Ermittlung des Versorgungspotentials der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke.

Wie das vorliegende Ermittlungsverfahren (in welchem die in der Vergangenheit angewandten Beurteilungskriterien zu einem negativen Bedarfsgutachten führten) geradezu beispielhaft verdeutlicht, stellt dieser auf der TU-Studie basierende Beurteilungsansatz eine noch vergleichsweise neue Methode dar, auf wissenschaftlich gesicherter Grundlage Einflussfaktoren auf den (bestandssichernden) Apothekenumsatz zu beschreiben und zu bewerten, handelt es sich dabei doch um die kardinale Voraussetzung für das Erreichen des gesetzlichen Ziels einer ordnungsgemäßen, wohnortnahen und flächendeckenden Arzneimittelversorgung der Bevölkerung.

Vor dem Hintergrund der durchaus umfangreichen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Bedarfsprüfung nach dem Apothekengesetz war es daher ganz und gar nicht verwunderlich, dass die TU-Studie bzw. die Anwendung ihrer Modellansätze der multiplen linearen Regressionsrechnung (Erklärung einer abhängigen Variablen [bereinigter Umsatz der Apothekenstandorte in Österreich] durch mehrere unabhängige Variablen [erklärende Sachverhalte, d.h. ständige Einwohner und Einflutungserreger]) und des Interaktionsmodells (Gewichtung der Anziehungskraft von Apotheken iSe distanzabhängigen Komponente der Nachfrage und Inanspruchnahme einzelner Apotheken nach dem Newton’schen Gravitationsprinzip) hinsichtlich ihrer „Judikaturkompatibilität“ kontroversiell diskutiert und zum Teil abgelehnt wurde. Auch im gegenständlichen Verfahren wurden seitens der Bf – wie oben ausführlich wiedergegeben – etwa im Zusammenhang mit der Frage der Einbeziehung ärztlicher Hausapotheken oder der wirtschaftlich relevanten Auswirkungen des Versandhandels – Aspekte der Beweisunsicherheit der auf Basis der TU-Studie erzielten Ergebnisse ins Treffen geführt.

Einen wesentlichen Beitrag zur beweistechnischen Anwendbarkeit im Verfahren auf der Beurteilungsbasis von Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit eines Beweisergebnisses brachte der Erläuterungsbericht zur Studie vom 03.08.2018, insbesondere durch die verdeutlichende Darlegung der methodischen Grundlagen des Modells und die Auseinandersetzung bzw. die Abbildung der Einflutungserreger und deren Gewichtung, auch wenn die in der Studie enthaltenen und im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer angewendeten Ansätze bzw. die darauf beruhenden Berechnungen im Detail nicht auf ihre mathematische Richtigkeit überprüft werden können. Es ist für das erkennende Gericht aber nachvollziehbar,

dass der (wie oben bereits erwähnt auch in § 10 Abs. 4 Apothekengesetz quasi „absolut“ definierten) Zahl der ständigen Einwohner eines ebenfalls eindeutig definierten räumlichen Gebietes (falls erforderlich) bestimmte quantifizierbare „Umsatzbringer“ im Ausmaß ihrer (datentechnisch belegbaren) Relevanz zugeschlagen werden.

Eine derartige Vorgangsweise einer mehrstufigen Beurteilung des Vorliegens einer bestimmten Voraussetzung (Anzahl der weiterhin zu versorgenden Personen) leuchtet (auf der Ebene der laienhaften Beurteilung) schon ganz allgemein nicht nur aus ermittlungstechnischen Überlegungen ein, es stellt dies auch ein legal-systematisch bekanntes Modell der Definition limitierenden Größen dar.

Wesentlich bei der Erstellung von (abstrakten) Prognosen dieser bzw. der hier geforderten Art ist vor dem Hintergrund der gebotenen Gleichbehandlung aller (potenziell) Normunterworfenen das Vorhandensein valider Basisdaten für den gesamten räumlichen Anwendungsbereich eines Regelungsregimes. Diesem Anspruch aber genügt die TU-Studie, welcher zwar Daten aus unterschiedlichen Quellen zu Grund gelegt wurden, die aber erst nach eingehender Qualitätsprüfung miteinander verknüpft wurden. Widrigenfalls – wie etwa im Zusammenhang mit dem Versandhandel – fanden (abstrakt gegebene) Einflussfaktoren keine Berücksichtigung. Daraus erklärt sich der Umstand, dass – wie im Endbericht ausgeführt – mit Hilfe der Studie bzw. anhand der identifizierten 5 signifikanten Einflussfaktoren zwar „nur“ gut 50 % des Umsatzes aller Apotheken in Österreich erklärt und prognostiziert werden können, was (nicht nur nach Aussage der Autoren der Studie) aus statistischer Sicht aber einen sehr guten Wert darstellt (vgl. Wikipedia zur statistischen Kennzahl des Bestimmungsmaßes).

Im Ergebnis steht außer Zweifel, dass diese Methode der Bedarfsermittlung jedenfalls ein standardisiertes, ausschließlich an die Lage der Betriebsstätten bzw. der ärztlichen Ordinationen und der Wohn- und Aufenthaltsorte von Einwohnern sowie an objektiven Gesichtspunkten der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs [im Versorgungsgebiet] ansetzendes Verfahren darstellt (VwGH 18.02.2010, 2008/10/0310). Mit Beschluss vom 30.01.2019, Ra 2019/10/0004, führt der Verwaltungsgerichtshof explizit aus, dass in der Beurteilung der Bedarfsfrage unter Heranziehung der TU-Studie per se kein Begründungsmangel gesehen werden kann.

Sowohl das Restversorgungspotential der R-Apotheke (dieses schon auf Grund der ständigen Einwohner) als auch jenes der Alten und Neuen Stadtapotheke liegen so deutlich über der Grenze von 5.500 zu versorgenden Personen, dass allfällige „Unschärfen“ bei der Erstellung des Versorgungspolygons und damit verbundene geringfügige Varianzen bei der Ermittlung der ständigen Einwohner ohne Bedeutung bleiben. In diesem Zusammenhang entspricht es auch der allgemeinen Erfahrung, dass der relative Anteil der ständigen Einwohner im Versorgungsgebiet

der beiden Stadtapotheken eher gering ist. Die besondere Bedeutung der Zentrumslage in einer Stadt der Größenordnung von X liefert dafür eine plausible Begründung und damit auch einen weiteren Nachweis für die Ergebnisrichtigkeit der ermittelten Einflussfaktoren.

III.2.2. Festlegung des Standortes:

Insoweit die Bf die Festlegung des Standortes der Betriebsstätte mit „x, x“ als zu weitläufig bzw. zu unbestimmt qualifizieren, kann dieser Argumentation nicht gefolgt werden.

Es handelt sich bei diesem Standort, auf welchem sich das Krankenhaus x befindet, zwar um ein relativ großes Areal mit einer Ausdehnung von etwa 240 x 180 m [Quelle: Doris intramap], im Hinblick auf die durchaus gebräuchliche und der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Festlegung in Form einer Gebietsabgrenzung nach Straßenzügen (beidseits der Straße) oder aber im Vergleich zu einem Standort in einem Einkaufszentrum, entspricht diese Festlegung aber den Anforderungen des § 9 Apothekengesetz.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes insbesondere zu den Grundsätzen der Bedarfsermittlung nach dem Apothekengesetz ab, noch fehlt es an einer solchen Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

Zur Frage der Bedarfsprüfung unter Anwendung der „Studie zur Ermittlung von Einwohnergleichwerten“ der TU Wien ist dem Beschwerdevorbringen kein Vorbringen einer substanziiert unrichtigen Beweiserhebung zu entnehmen.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die

Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Verfahrenshilfe für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen

Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kitzberger