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-050130/4/MK – 050132/2

Datum:
Linz, 20. Mai 2019

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seinen Richter Mag. Kitzberger über die Beschwerden von 1. der B. Apotheke Mag. pharm. A. S. KG, vertreten durch den alleinvertretungsbefugten Konzessionär und Komplementär Mag. pharm. A. S., W.-str., L., vertreten durch X Rechtsanwälte, sowie 2. der C.-Apotheke Mr. C. Z. KG, vertreten durch den alleinvertretungsbefugten Gesellschafter Mag. D. K., V.-weg – Ecke B., L., und Mag. pharm. E. S. als derzeitige Leiterin der ‚C.-Apotheke', ebendort, die beiden letzteren vertreten durch Dr. E. B.-O., Rechtsanwältin, gegen den Bescheid des Magistrates der Landeshauptstadt Linz vom 22.03.2019, GZ: 0016709/2014, betreffend die Erteilung der Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden Apotheke in L. mit der Betriebsstätte B.-weg, L., (mitbeteiligte Partei: Mag. pharm. L. H., Apothekerin, L.-str., L.), den

B E S C H L U S S

I. Der Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 22.03.2019, GZ: 0016709/2014, wird aufgehoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an den Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz zurückverwiesen.

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 Eingabe vom 05.05.2014 beantragte Mag. pharm. L. H., Pharmazeutin, L.-str., L. (in der Folge: Kw), die Erteilung der Konzession für die Errichtung und den Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke in L. mit der Betriebsstätte B.-weg, L. Dem Antrag waren die erforderlichen Unterlagen beigeschlossen.

I.2. Mit Schreiben des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 29.07.2015 (in der Folge: belangte Behörde) wurde die Österreichische Apothekerkammer um Mitteilung ersucht, ob Bedenken hinsichtlich der Verlässlichkeit der Kw bestünden.

Die Verlässlichkeitsbestätigung der Österreichischen Apothekerkammer erfolgte mit Schreiben vom 31.07.2015.

I.3. Das Ansuchen wurde daraufhin gemäß § 48 Apothekengesetz in der Amtlichen Linzer Zeitung vom 03.08.2015, Folge 16, sowie durch Übermittlung an die Oberösterreichische Apothekerkammer und die Oberösterreichische Ärztekammer kundgemacht.

I.4. Seitens der Oberösterreichischen Ärztekammer wurde aus Anlass der Kundmachung auf ein exakt denselben Standort betreffendes rund vier Jahre zurückliegendes Konzessionsverfahren betreffend die Konzessionsbewerberin Mag. pharm. A. K. verwiesen und in der Sache ausgeführt, dass sich seit dem Zeitpunkt der Abgabe einer Stellungnahme in diesem Verfahren nichts geändert hätte und somit der Bedarf für eine öffentliche Apotheke in diesem Standort nicht gegeben sei. Dies deshalb, weil durch eine neue öffentliche Apotheke das Versorgungspotenzial der umliegenden Apotheken (‚C. -Apotheke' und ‚Apotheke S. M.') geschmälert und jeweils auf unter 5.500 zu versorgende Personen sinken würde.

I.5. Mit Verständigung vom 29.07.2015 wurden gemäß § 49 Abs. 2 Apothekengesetz die Gemeinden Puchenau, Gramastetten, Lichtenberg, Kirchschlag, Hellmonsödt, Altenberg, Engerwitzdorf, Steyregg, Luftenberg, Asten, St. Florian, Ansfelden, Traun und Leonding zur Abgabe einer Stellungnahme eingeladen.

Die Gemeinde Engerwitzdorf bzw. die Stadtgemeinde Ansfelden teilten mit, vom gegenständlichen Konzessionsansuchen nicht betroffen zu sein bzw. dagegen keine Bedenken zu haben.

I.6. Mit Schriftsatz vom 24.08.2015 erhob die B. Apotheke Mag. pharm. K. KG, L., W.-str., vertreten durch die alleinvertretungsbefugte Konzessionärin und Komplementärin Mag. pharm. H. K., Einspruch und begründete diesen im Wesentlichen damit, dass das Versorgungspotenzial unter 5.500 sinken würde. Aufgrund der noch einzuleitenden Gutachten würde ein ergänzendes Vorbringen ausdrücklich vorbehalten. Ebenso würde angeregt, im Bedarfsprüfungsgutachten explizit auf eine mögliche Verlegung des Apothekenstandortes näher zur bereits bestehenden ‚B. Apotheke' und der damit verbundenen Veränderungen der Versorgungspotenziale einzugehen.

I.7. Das Apotheke S. M., Mag. pharm. M. W. e.U. erhob mit Schreiben vom 25.08.2015 Einspruch gegen die beantragte Konzessionserteilung mit der Begründung, dass aufgrund der Rezeptabrechnungen bekannt sei, dass viele Kunden der ‚Apotheke S. M.' aus der Gegend rund um den beabsichtigten Standort (M.) kommen würden, welche dann voraussichtlich verloren gehen würden. Die ‚Apotheke S. M.' sei daher in ihrer Existenz bedroht.

I.8. Mit Schreiben der belangten Behörde vom 16.10.2015 wurde die Österreichische Apothekerkammer, Landesgeschäftsstelle Oberösterreich, um Abgabe eines Gutachtens gemäß § 10 Abs. 7 Apothekengesetz ersucht.

Am 22.09.2017 erfolgte seitens der belangten Behörde eine Urgenz des erbetenen Gutachtens mit dem Hinweis, dass für den Fall, dass ein Gutachten nicht abgegeben würde, beabsichtigt sei, die Konzession zu erteilen, da es sich bei dem Versorgungsgebiet der neu zu errichtenden Apotheke um einen eigenständigen, neu gewachsenen bzw. vergrößerten Stadtteil handle, welcher räumlich auch vom Versorgungsgebiet der benachbarten Apotheken getrennt sei.

I.9. In ihrem Gutachten vom 15.01.2018 gelangte die Österreichische Apothekerkammer zum Schluss, dass der Bedarf nach der verfahrensgegenständlich neu zu richtenden öffentlichen Apotheke unter anderem auch deshalb gegeben sei, weil hinsichtlich der ‚B. Apotheke' die Unterschreitung der Zahl der weiterhin zu versorgenden Personen im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung im Sinne des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz geboten erscheine.

Das Restversorgungspotenzial wurde dabei auf der Grundlage einer Studie der TU Wien über die „Ermittlung von Einwohnergleichwerten" im Befund dahingehend ermittelt, dass 2.960 ständigen Einwohnern innerhalb des Versorgungspolygons 163 Einwohnergleichwerte (EGW) aus dem „Einflutungskalkül" von Zweitwohnsitzen, 1.247 EGW aus Beschäftigten, 98 EGW aus Einzelhandelskonzentration sowie 226 EGW aus Verkaufsverkehrsknotenpunkt hinzuzurechnen wären, was eine Summe von 4.694 Personen ergebe.

Bei der Beurteilung der Frage des Vorliegens besonderer örtlicher Verhältnisse beschränkte sich die Österreichische Apothekerkammer auf die Feststellung, dass durch die geplante Neuerrichtung für zumindest 5.768 ständige Einwohner aller Verlustpolygone eine Verkürzung der Wegstrecke zwischen ihrem Wohnsitz und der nächsten öffentlichen Apotheke eintreten würde. Bei einer derartig großen Zahl könne man von besonderen örtlichen Verhältnissen sprechen, zumal der Verlust von 602 ständigen Einwohnern im Versorgungspolygon der ‚B. Apotheke' diesen zu erwartenden Vorteil nicht überwiege. Zudem könne von der neu zu errichtenden Apotheke die Arzneimittelversorgung für den Fall „übernommen" werden, dass durch die Verringerung des bisherigen Versorgungspotenzials der wirtschaftliche Weiterbetrieb einer bestehenden Apotheke nicht (mehr) möglich sei.

I.10. Mit Schriftsatz vom 11.06.2018 übermittelten die C.-Apotheke Mr. C. Z. KG, vertreten durch den alleinvertretungsbefugten Gesellschafter Mag. D. K. als Verpächterin der ‚C.-Apotheke', sowie Mag. pharm. M. W. als Pächter der ‚C.-Apotheke' eine Stellungnahme zum Ergebnis der Beweisaufnahme und führt zusammengefasst Folgendes aus:

Bei der Beurteilung des Restversorgungspotenzials der ‚C.-Apotheke' von 6.005 ständigen Einwohnern übersehe die Österreichische Apothekerkammer die tatsächlichen Verhältnisse in Form der im Bereich der bestehenden Apotheke nur in geringem Ausmaß verfügbaren Parkplätze. Demgegenüber würde sich im Nahebereich der Betriebsstätte der neu zu eröffnenden Apotheke eine Vielzahl von Parkplätzen in unmittelbarer Nähe eines auch für die ständigen Einwohner des unmittelbaren Versorgungsbereiches ihrer Apotheke wesentlichen Nahversorgers befinden. Dementsprechend würde ein erheblicher Teil des ihrer Apotheke zugerechneten Versorgungspolygons tatsächlich nicht ihrer Apotheke zuzurechnen sein, weshalb das Versorgungspotenzial auf weit weniger als 5.500 Personen sinke. Dies beziehe sich nicht nur auf die ständigen Einwohner dieses Polygons sondern auch auf die seitens der Österreichischen Apothekerkammer errechneten Einwohnergleichwerte.

Ein weiterer Aspekt liege in der in den nächsten zwei Jahren in der näheren Umgebung zu erwartenden Reduktion von bisher fünf Allgemeinmedizinern auf zwei niedergelassene Ärzte, was ebenfalls eine erhebliche Beeinträchtigung der im öffentlichen Interesse gelegenen Leistungsfähigkeit der bestehenden Apotheke ergebe. Die Österreichische Apothekerkammer würde diesbezüglich daher zu ergänzenden Ermittlungen aufzufordern sein.

Nach Ansicht der Einschreiter entspreche darüber hinaus die gemäß § 10 Abs. 6a Apothekengesetz als geboten erachtete Unterschreitung des verbleibenden Versorgungspotenzials von 5.500 Personen im Zusammenhang mit der ‚B. Apotheke' nicht dem Willen des Gesetzgebers, welcher im Lichte der anlassgebenden Judikatur des EuGH eine derartige Unterschreitung im städtischen

Gebiet mit einer Vielzahl von für die Wohnbevölkerung leicht erreichbaren Apotheken jedenfalls nicht habe zulassen wollen. Das Ansuchen würde auch aus diesem Grund abzuweisen sein.

I.11. In ihrer Stellungnahme vom 06.07.2018 führte die B. Apotheke Mag. pharm. A. S. KG aus, dass die laut vorliegendem Bedarfsgutachten verbleibenden ständigen Einwohner im Umkreis von vier Straßenkilometern mit 2.960 Personen nunmehr rund 46 % der im Gesetz grundsätzlich festgelegten 5.500 Personen betrage.

Die im Bedarfsgutachten errechneten EGW würden – unabhängig vom jeweils beurteilten Einflussfaktor – für den durchschnittlich begabten Leser nicht nachvollziehbar sein und zudem, insbesondere im Zusammenhang mit der Beurteilung von Verkehrsknotenpunkten des öffentlichen Verkehrs, auf nicht dargelegten Grundlagen basieren. Trotzdem komme auch die Österreichische Apothekerkammer unter Zugrundelegung der errechneten EGW lediglich auf 4.694 zu versorgenden Personen, was im Ergebnis um 806 EGW unter dem gesetzlichen Mindestversorgungspotenzial liege.

Ziehe man vom Restversorgungspotenzial die im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer enthaltenen 602 ständigen Einwohner zugunsten der neu zu errichtenden Apotheke ab, würde das Versorgungspotenzial der ‚B. Apotheke' auf unter 4.000 Personen absinken. Damit aber sei – wie die strategische Apothekerkammer selbst ausführt – eine Apotheke auf Dauer nicht existenzfähig. Die ‚B. Apotheke' und damit die Arzneimittelversorgung der ihr zuzurechnenden Kunden wären im Falle einer Errichtung der beantragten Apotheke ernstlich gefährdet. Dieser Aspekt der Prüfung der Anwendbarkeit des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz sei bei der Erstellung des Gutachtens nicht berücksichtigt worden. Zudem falle die Abwägung nach § 10 Abs. 6a leg.cit. als Rechtsfrage nicht in die Zuständigkeit der Österreichischen Apothekerkammer sondern in jene der Behörde.

Die im Gutachten ausgewiesene Verkürzung der Wegstrecke für zumindest 5.768 ständige Einwohner sei nicht konkret dargelegt. Auch würde aus dem Gutachten nicht hervorgehen, inwieweit diese Verkürzung ins Gewicht falle. Die Entfernungen zwischen den bestehenden Apotheken und dem beantragten Standort würden im Fall der ‚B. Apotheke' 1,5 km, im Fall der ‚C.-Apotheke' 1,8 km und im Fall der ‚S.-Apotheke T.' 2,2 km betragen. Vor dem Hintergrund der Judikatur des EuGH wäre im Gutachten zu prüfen gewesen, ob der Wohnbevölkerung im Versorgungsgebiet der beantragten Apotheke die Arzneimittelversorgung unter der Voraussetzung der „vernünftigen Erreichbarkeit" eine Apotheke zur Verfügung stehe. Der Sachverhalt würde diesbezüglich offenkundig zu ergänzen sein.

Insoweit die Behörde ausführt, dass an sie wiederholt der Wunsch herangetragen worden wäre, im Bereich des Maximarkts eine Apotheke zu bewilligen, da der Gehweg durch die Verlegung der ‚B. Apotheke' auf die andere Seite der S.-str. für Bewohner aus diesem Gebiet beträchtlich erschwert worden sei, würde um Übermittlung der entsprechenden Aktenteile zum Zweck der Stellungnahme gebeten. Im Gegenteil wären durch die Verlegung der ‚B. Apotheke' in das ‚I.' nunmehr die direkte Erreichbarkeit über mehrere Haltestellen des öffentlichen Busnetzes sowie die Verfügbarkeit von Parkplätzen dauernd gewährleistet. Es sei ein direkter Zugang zur Apotheke vom Parkplatz hergestellt worden. Vor Verlegung des Standortes hätten die Kunden eine Fußgängerunterführung über eine Breite von vier Fahrspuren durchlaufen müssen.

Das vorliegende Bedarfsgutachten der Österreichischen Apothekerkammer sei daher jedenfalls ergänzungsbedürftig.

I.12. Im Auftrag der Behörde wurde erhoben, dass sich im Straßenbereich unmittelbar vor der ‚C.-Apotheke' (Ecklage) entlang beider Straßenschenkel auf einer Länge von jeweils 20 m eine Parkverbotszone mit der zeitlichen Beschränkung: Montag bis Freitag 07:00 bis 18:00 Uhr, Samstag 07:00 bis 12:00 Uhr, befinde.

I.13. Mit Bescheid des Magistrates der Landeshauptstadt Linz (in der Folge: belangte Behörde) vom 22.03.2019, GZ: 0016709/2014, wurde die beantragte Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden Apotheke im voraussichtlichen Standort B.-weg, L. (M.) unter Festlegung des Standorts erteilt. Begründend wurde im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Die Abgabe des Bedarfsgutachtens durch die Österreichische Apothekerkammer erfolgte unter anderem auf der Grundlage des Hinweises der belangten Behörde, dass es sich bei dem zu versorgenden Gebiet um einen eigenständigen, neu gewachsenen (bzw. vergrößerten) Stadtteil handle, der auch räumlich von den Versorgungsgebieten der bestehenden Apotheken getrennt sei (P.-str., stark befahrene mehrspurige Straßen).

Von den Einspruchswerbern wären im Zusammenhang mit der ‚C.-Apotheke' das Nichtvorhandensein von Parkplätzen sowie das Absinken der Zahl der Allgemeinmediziner bzw. im Zusammenhang mit der ‚B. Apotheke' die Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz vorgebracht worden.

Das Gutachten komme auf Basis eines neu entwickelten Prüfungsverfahrens zum Ergebnis, dass der Bedarf nach der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke gegeben sei.

Bei der Prüfung des Bedarfes wäre im Zusammenhang mit der ‚B. Apotheke' von folgenden Erwägungen auszugehen gewesen:

Das Vorhandensein von Ärzten in der Gemeinde des Standortes sei aktenkundig. Die Verfügbarkeit des voraussichtlichen Standortes sei glaubhaft gemacht.

Verständnisprobleme des Verfahrens zur Ermittlung von Einwohnergleichwerten auf Basis eines „durchschnittlich begabten Lesers" würden als fachliche Kritik am Gutachten qualitativ nicht ausreichen.

Ein weiteres Absinken der errechneten Einwohnergleichwerte für die ‚B. Apotheke' im Ausmaß von 602 EGW sei nicht anzunehmen, da diese Reduktion bei der Ermittlung des Restversorgungspotenzials bereits berücksichtigt worden wäre.

Für die Anwendbarkeit des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz sei im Fall der Erteilung der beantragten Konzession ein Restversorgungspotenzial von 4.694 Einwohnergleichwerte einem eine Verbesserung in der Arzneimittelversorgung für 5.768 Personen mit Hauptwohnsitz gegenüberzustellen. Diese Personen hätten nun einen teilweise über 2 km kürzeren Fußweg zur nächstgelegenen Apotheke. Jene Personen von diesen 5.768 Einwohnern, die öffentliche Verkehrsmittel nutzen würden, wären auch bisher nicht zur ‚B. Apotheke' gelangt. Die durch das Versorgungsgebiet der neu zu errichtenden Apotheke führende Linie 41 erreiche zuerst die ‚C.-Apotheke' und dann die ‚Apotheke W.'. Die ‚B. Apotheke' sei für diese Personen mit öffentlichen Verkehrsmitteln nur mittels Umsteigen zu erreichen. Durch die Verlegung der ‚B. Apotheke' ins ‚I.' hätte sich für diesen Personenkreis der Weg zur Apotheke um ca. 250 m verlängert. Vor Verlegung der Apotheke hätten die Bewohner nördlich der Apotheke durch eine Unterführung gehen müssen. Nun wären dies die Bewohner südlich der Apotheke und somit jene, die dem Versorgungsgebiet der neu zu errichtenden Apotheke zuzuordnen seien. Zur Erreichbarkeit mittels Auto sei auszuführen, dass bereits vor der alten Apotheke Ladezonen eingerichtet gewesen wären. Nunmehr würden zwar mehr Parkplätze zur Verfügung stehen, welche aber – wie bei einem Einkaufszentrum üblich – nicht unmittelbar vor der Apotheke gelegen sein müssten.

Zu den Einwänden der ‚C.-Apotheke' sei anzumerken, dass ergänzende Erhebungen das Vorhandensein der oben beschriebenen Parkplätze ergeben habe. Diese wären für Apothekenkunden zum Halten während des Einkaufs eingerichtet worden.

Die Klage von Arztpraxen sei für die Festlegung von Apothekenstandorten nicht von Belang. Zusammenfassend sei daher festzuhalten, dass das Bedarfsgutachten als schlüssig begründet anzusehen sei und aufgrund des vorliegenden Bedarfes dem Antrag auf Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke stattzugeben gewesen wäre.

I.14. Mit Schriftsatz vom 16.04.2019 erhoben die C.-Apotheke Mr. C. Z. KG, vertreten durch den alleinvertretungsbefugten Gesellschafter Mag. D. K., sowie Mag. pharm. E. S. als derzeitige Leiterin der ‚C.-Apotheke' (in der Folge: Erst- und Zweit-Bf) Beschwerde wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit sowie Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften und führten ergänzend zum bisherigen Vorbringen Folgendes aus:

Trotz entsprechenden Einspruchsvorbringens sei der bekämpfte Bescheid ohne Berücksichtigung der seit der Antragstellung im Jahr 2014 ergangenen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zur Auslegung des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz erlassen worden. Die belangte Behörde habe völlig unzutreffend und unter alleiniger Beachtung des vorliegenden Bedarfsgutachtens der Österreichischen Apothekerkammer das Vorliegen der Voraussetzungen des § 10 Abs. 6a leg.cit. angenommen, obwohl der Verwaltungsgerichtshof deutlich habe erkennen lassen, dass diese Bestimmung restriktiv auszulegen sei. So schließe etwa die Anwendbarkeit dieser Bestimmung für den Fall aus, dass das Versorgungspotenzial in der betroffenen Nachbarapotheke unter das erforderliche Maß absinke, wenn sich die Betriebsstätte der neu beantragten Apotheke nicht in einem nachhaltig wachsenden Siedlungsgebiet befinde. Davon könne im konkreten Fall keine Rede sein. Darüber hinaus habe er die Auffassung vertreten, dass drei Apotheken in einem Umkreis von fünf Straßenkilometern bzw. 42 Apotheken im Umkreis von zehn Straßenkilometern keine Versorgungslücke der Bevölkerung darstellen würde. Im konkreten Fall würden sich übrigens 24 öffentliche Apotheken in einem Umkreis von fünf Straßenkilometern befinden. In einem mit der hier vorliegenden Konstellation vergleichbaren Fall habe der Verwaltungsgerichtshof – im Gegensatz zu der im Gutachten vertretenen Auffassung – ausgesprochen, dass allein die bequemere und zeitsparende Möglichkeit des Erwerbs von Arzneimitteln in einem Einkaufszentrum bzw. in unmittelbarer Nähe eines Gesundheitszentrums die im Gesetz geforderten Voraussetzungen nicht erfülle.

Weiters handelt es sich im konkreten Fall um keinen neu gewachsenen bzw. vergrößerten Stadtteil der auch räumlich von den Versorgungsgebieten der bestehenden öffentlichen Apotheken getrennt sei. Weder die P.-str. (Barriere zur ‚Apotheke S. M.') noch stark befahrene mehrspurige Straßen (nur auf dem Weg zur ‚B. Apotheke') würden am Weg zur ‚C.-Apotheke' liegen. Außerdem führe die Notwendigkeit der Überquerung einer Kreuzung nicht zu einer Unterversorgung. Der betreffende Stadtteil befinde sich sehr wohl im Versorgungsgebiet der umliegenden Apotheken und würde durch diese auch ausreichend versorgt. Durch die völlige Außerachtlassung der erwähnten Judikatur erweise sich der angefochtene Bescheid als inhaltlich rechtswidrig.

Darüber hinaus sei die belangte Behörde auf das Vorbringen der unrichtigen Erstellung des Restversorgungspolygons der ‚C.-Apotheke', wobei dieser ein

Teilgebiet unzutreffend zugerechnet worden sei, sowie die dazu hergestellten Beweisanträge nicht eingegangen. Dies habe zu Unrecht zum Ergebnis geführt, dass der ‚C.-Apotheke' ein Versorgungspotenzial von mehr als 5.500 Personen verbleibe. Auch aus diesem Grund erweise sich der angefochtene Bescheid als mehrfach inhaltlich rechtswidrig.

Die Nichtbeachtung der aktuellen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs sowie die Außerachtlassung der gestellten Beweisanträge behafteten den angefochtenen Bescheid darüber hinaus auch mit Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Es würde daher beantragt, den angefochtenen Bescheid nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung dahingehend abzuändern, dass das Konzessionsansuchen abgewiesen wird, in eventu den angefochtenen Bescheid aufzuheben, in eventu die Angelegenheit zur Erlassung eines neuerlichen Bescheides – allenfalls nach Verfahrensergänzung – an die belangte Behörde zurückzuverweisen.

I.15. Mit Eingabe vom 19.04.2019 brachte die B. Apotheke Mag. pharm. A. S. KG, vertreten durch den alleinvertretungsbefugten Konzessionär und Komplementär Mag. pharm. A. S. (in der Folge: Dritt-Bf) Beschwerde gegen den obzitierten Bescheid in seinem gesamten Umfang infolge von Verfahrensmängeln, unrichtiger bzw. unvollständiger Ermittlung und Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts sowie unrichtige rechtliche Beurteilung ein.

Die belangte Behörde habe entgegen der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs einen Anwendungsfall des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz angenommen. Nach diesem sei eine zahlenmäßige Unterschreitung der von einer Apotheke zu versorgenden Personen nur zulässig, wenn dies aufgrund besonderer örtlicher Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittel-versorgung der Bevölkerung unter Berücksichtigung des Versorgungsangebotes durch bestehende Apotheken geboten sei. Dazu müsse zunächst das Vorliegen „besonderer örtlicher Verhältnisse" im Rahmen einer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung mehrerer Kriterien beurteilt werden. Zunächst müsse die Betriebsstätte der neu zu errichtenden Apotheke in einem Gebiet mit demographischen Besonderheiten situiert sein, also einem Gebiet, welches nach der Struktur seiner Bevölkerung geeignet sei, eine besondere Bedarfssituation hinsichtlich der sicheren und qualitativ hochwertigen Versorgung mit Arzneimitteln zu indizieren (insbesondere ländliche, abgelegene Regionen außerhalb der Versorgungsgebiete bestehende Apotheken, sich nachhaltig und stetig entwickelnde Siedlungsgebiete, der nähere Umkreis größerer medizinischer Einrichtungen sowie der Nahbereich bedeutender und stark frequentierte Verkehrsknotenpunkte).

Bejahendenfalls wäre als zweite Voraussetzung zu prüfen, ob die konkret vorliegenden demographischen Besonderheiten zu einer mangelnden Versorgung der Bevölkerung führen würden, dem durch die beantragte Apotheke begegnet werden könne. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn bestehende Apotheken infolge der konkreten örtlichen Gegebenheiten und Verkehrsverhältnisse nicht ausreichend rasch bzw. nur unzumutbar erreichbar wären.

Treffe auch diese Voraussetzung zu, wäre schließlich zu prüfen, ob die neu zu errichtende Apotheke für die ordnungsgemäße Versorgung der betroffenen Bevölkerung erforderlich sei. Davon könne allerdings nicht gesprochen werden, wenn der Vorteil aus der Neuerrichtung einer Apotheke durch Nachteile für die Bevölkerungen der Versorgungsgebiete der bestehenden Apotheken überwogen werde. Von einem maßgeblichen Überwiegen von Nachteilen könne dabei nur dann ausgegangen werden, wenn der wirtschaftliche Weiterbestand einer bestehenden öffentlichen Apotheke ernsthaft gefährdet sei und dadurch bisher gut versorgte Personen einen zumutbaren Zugang zur Arzneimittelversorgung verlieren würden.

Die Behörde habe im Einzelfall eine Interessensabwägung durchzuführen und das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen – gestützt auf geeignete Feststellungen und unter Berücksichtigung des gegebenen Versorgungsangebotes (Anzahl der Apotheken im Umkreis, Anfahrtswege) – zu begründen. Lägen besondere örtliche Verhältnisse nicht vor, wären weitere Überlegungen, insbesondere die Abwägung von Vor- bzw. Nachteilen, nicht mehr anzustellen.

Diese Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs sei völlig außer Acht gelassen worden. Auf der Grundlage des vorliegenden Versorgungsangebotes durch die bestehenden öffentlichen Apotheken könne von einer Unterversorgung infolge der konkreten örtlichen Gegebenheiten und Verkehrsverhältnisse keine Rede sein.

Darüber hinaus habe die belangte Behörde zu entscheidungswesentlichen Umständen kein Ermittlungsverfahren durchgeführt bzw. im bekämpften Bescheid keine Feststellungen getroffen. Dies betreffe das Vorliegen einer besonderen Bedarfssituation infolge demographischer Besonderheiten, die Entfernungen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte zu den umliegenden öffentlichen Apotheken und die Erschließung ihres Versorgungsgebietes mit öffentlichen Verkehrsmitteln (für wie viele Personen würde der Weg zur nächstgelegenen Apotheke tatsächlich um wie viel weniger) sowie die Gegenüberstellung von Vorteilen aus der Neuerrichtung und Nachteilen für die Bevölkerung in den Versorgungsgebieten der bestehenden Apotheken.

Aus der Argumentation der belangten Behörde im Zusammenhang mit der Erreichbarkeit öffentlicher Apotheken mit öffentliche Verkehrsmittel zeige sich (im Gegensatz zu der von der belangten Behörde gezogenen Schlussfolgerung), dass eine ausreichende Aufschließung des fraglichen Gebietes gegeben sei. Welche der

bestehenden Apotheken dabei zuerst erreicht würde, sei irrelevant. Entscheidend wäre die Gesamtsituation. Zur Anzahl und zu den Entfernungen der im Umkreis der in Aussicht genommenen Betriebsstätte vorhandenen Apotheken würden keinerlei Erhebungen oder Feststellungen vorliegen.

Das Führen einer Apotheke mit einem Versorgungspotenzial von annähernd 1.000 EGW unter dem gesetzlichen Minimum sei unwirtschaftlich und würde zur Schließung dieser Apotheke führen. Im Ergebnis könne dadurch kein positiver Effekt für die Bevölkerung erzielt werden.

Bei gesetzeskonformer Sachverhaltsermittlung hätte die belangte Behörde zum Ergebnis gelangen müssen, dass besondere örtliche Verhältnisse im Sinne des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz nicht vorliegen würden. Dabei handelt es sich im Übrigen um eine Rechtsfrage, deren Beantwortung der Österreichischen Apothekerkammer im Bedarfsgutachten nicht zustehen würde.

Aus diesen Gründen und auf Grund des Umstandes, dass dem Einspruchsvorbringen und den darin gestellten Beweisanträgen durch die belangte Behörde in keiner Weise nachgekommen wurde, liege Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften vor.

Es würde daher beantragt, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, den hier angefochtenen Bescheid aufzuheben und den Konzessionsantrag mangels Bedarfs abzuweisen, in eventu die Angelegenheit an die belangte Behörde zurückzuverweisen.

I.16. Mit Vorlageschreiben vom 25.04.2019 wurde von der belangten Behörde der Verfahrensakt zur Entscheidung vorgelegt und zum Sachverhalt bzw. zur behaupteten Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides ausgeführt, dass das Gebiet rund um den Maximarkt einen wachsenden, eigenständigen Stadtteil der Stadt L. mit bestehender Infrastruktur wie beispielsweise eigener Kirche samt Kindergarten und eigenem Einkaufszentrum darstelle. Für diesen Stadtteil sei durch die erteilte Bewilligung für eine bestmögliche Versorgung mit Medikamenten insbesondere im Hinblick darauf gesorgt, dass eine Apotheke im Krankheitsfall ohne Auto erreichbar sein sollte.

Die belangte Behörde betrachte dieses Gebiet ebenso wie die Österreichische Apothekerkammer als einen ständig wachsenden Teil der Stadt L., wofür jedenfalls das sich für die neu zu errichtenden Apotheke bietende Versorgungspotenzial von 5.768 ständigen Einwohnern spreche. Eine vorhandene Konzentration bestehender Apotheken an der Einfallstraße nach L. (‚B. Apotheke‘ und ‚Apotheke W.‘ in der S.-str.) könne eine erforderliche, nahegelegene räumliche Versorgung der Bewohner in diesem Stadtteil nicht ersetzen.

Es würde daher beantragt, die Beschwerden als unbegründet abzuweisen.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt. Auf dessen Grundlage war festzustellen, dass seitens der belangten Behörde im Zusammenhang mit der Feststellung entscheidungsrelevanter Sachverhaltselemente keine bzw. nur rudimentäre Ermittlungsschritte gesetzt wurden. Dies betrifft nicht nur die (durch nichts belegte) Annahme besonderer örtlicher Verhältnisse im Sinne des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz auf der Grundlage eines ständig und nachhaltig wachsenden Versorgungsgebietes an sich (zB durch Darstellung der Bevölkerungsentwicklung, der Bau- bzw. Siedlungstätigkeit, etc.), sondern – positivenfalls – insbesondere auch die Feststellung der konkreten Versorgungssituation vor dem Hintergrund der in der Judikatur als relevant erachteten Kriterien sowie – wiederum gegebenenfalls – die versorgungsqualitative Interessensabwägung mit der Kernfrage der Auswirkungen des Betriebes der neu zu errichtenden Apotheke auf die wirtschaftliche Existenzfähigkeit der bestehenden Apotheken, insbesondere jener des Dritt-Bf.

Bei den im vorliegenden Verfahrensstadium erforderlichen Erhebungen handelt es sich nicht um Ergänzungen eines ermittelten Sachverhalts, sondern um Schritte zu dessen grundlegender Feststellung. Ausführungen zur Beweiswürdigung erübrigen sich auf dieser Grundlage.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

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:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG) lauten (auszugsweise):

„Prüfungsumfang

§ 27. Soweit das Verwaltungsgericht nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, hat es den angefochtenen Bescheid und die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen.

[...]

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder
2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raststätte gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht vor, hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

[...]“

III.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

Zur Feststellung des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist allgemein Folgendes festzuhalten:
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 der damit verbundenen wirtschaftlichen Bestandssicherheit – an den Bedarf hiefür gebunden.

Der Ermittlung dieses Bedarfes – 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.

Zentrales Kriterium bei der Feststellung des Restversorgungspotenzials 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 ‚S.-Apotheke T.' (10.029) oder aber auch der ‚C.-Apotheke' (7.344) – erfüllt, ist ein Bedarf (jedenfalls) anzunehmen. Weitere Überlegungen und/oder Berechnungen können grundsätzlich unterbleiben.

Liegt hingegen die Zahl der ständigen Einwohner unter 5.500 – wie im Fall der ‚B. Apotheke' (2.960) – 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.).

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 ihres (Erklärungs-)Beitrags zum Apothekenumsatz untersucht. Daneben findet gegebenenfalls 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 Versorgungspotenzials der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke.

Ergibt sich auch nach entsprechender Ermittlung allfälliger Einwohnergleichwerte ein Restversorgungspotenzial von weniger als 5.500 Personen, erfolgt eine Prüfung auf der Grundlage des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz. Dazu ist – zunächst wiederum grundsätzlich – Folgendes festzuhalten:

Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass entsprechend der ständigen Rechtsprechung des EuGH – nicht nur zum Apothekenrecht – die Zulässigkeit von Marktzugangsbeschränkungen dem Grunde nach außer Frage steht, derartige Systeme aber eine sachliche Begründung und eine in sich geschlossene Kohärenz der Bestimmungen mit dem Normzweck aufzuweisen haben, eröffnet diese Bestimmung jene Flexibilität, die es im Einzelfall gewährleistet, nicht allein auf der Grundlage starrer zahlenmäßiger Grenzen, Beurteilungsgrundlagen zur

Herstellung einer „maßgeschneiderten“ Distributionssituation zu liefern. Dennoch – ja gerade deshalb – ist in der gebotenen Einzelfallprüfung auf die Intention des Gesetzgebers im Zusammenhang mit den Zielen und Grundsätzen des jeweils anzuwendenden Materiengesetzes Bedacht zu nehmen.

Auch wenn das Apothekengesetz keine ausdrückliche Zielbestimmung enthält, ergibt sich sowohl aus den Materialien als auch aus der Systematik der Bestimmungen der gesetzgeberische Wille, die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln auf effiziente Weise, d.h. rasch und – unter Berücksichtigung örtlicher und zeitlicher Gesichtspunkte – zumutbar, sicherzustellen. Dazu bedarf es schon aus allgemeinen wirtschaftlich-organisatorischen Überlegungen der Schaffung eines adäquaten Versorgungsnetzes ebenso wie dessen Erhaltung bzw. der Herstellung der dafür erforderlichen (sicheren) Rahmenbedingungen. Demgegenüber sind Inhaber öffentlicher Apotheken etwa zur ununterbrochenen Aufrechterhaltung des Betriebs einer Apotheke verpflichtet.

Gerade unter dem Aspekt der (öffentlichen) Versorgungssicherheit unterscheidet sich dieses Wirtschaftssegment somit signifikant von anderen (privaten) Dienstleistungsbereichen. Es ergibt sich daraus im Zusammenhang mit der oben erwähnten Bedachtnahme auf die Ziele und Grundsätze des Materiengesetzes eindeutig die restriktive Beurteilung eines Marktzugangs auf Kosten bestehender Anbieter, auch wenn aus § 10 Abs. 6a Apothekengesetz keine Bestandsgarantie abzuleiten ist. Die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenzfähigkeit einer bestehenden Apotheke ist aber ultima ratio und nur bei Vorliegen (legal-) interessensrelevanter Versorgungsdefizite in Kauf zu nehmen. Mit anderen Worten: Es steht nicht die abstrakte Erhöhung des Angebotes von Arzneimitteln im Vordergrund, sondern die Aufrechterhaltung und Optimierung eines Versorgungsnetzes mit dem Ziel der Vermeidung bzw. Schließung von Versorgungslücken (welche nicht per se schon dann vorliegt, wenn auf dem Weg zur nächstgelegenen Apotheke eine viel befahrene Straße zu überqueren oder eine Fußgängerunterführung zu passieren ist).

§ 10 Abs. 6a ist also vor diesem Hintergrund zu lesen und beinhaltet – auch klargestellt durch die aktuelle Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs – ein mehrstufiges Prüfschema. Den Beschwerdeausführungen der Dritt-Bf ist diesbezüglich und unter Hinweis auf die dort ausführlich dargestellte Judikatur nichts hinzuzufügen.

Für den konkreten Fall bedeutet dies, dass die (zumindest nach der Aktenlage) unbelegte Feststellung, es handle sich beim Versorgungsgebiet der neu zu errichtenden Apotheke um einen stetig und nachhaltig wachsenden Stadtteil, den materiellen Anforderungen einer Sachverhaltsprüfung nach § 10 Abs. 6a Apothekengesetz im Zusammenhang mit der Annahme demographischer Besonderheiten nicht genügt und darüber hinaus (sieht man von der planlichen

Darstellung der Haltestellen einer öffentlichen Buslinie und der Erhebung kleinsträumiger Parkverbotssituationen ab) überhaupt keine begründeten Feststellungen zur gegebenen (nach gesetzgeberischen Interessen zudem wenigstens in der Tendenz mangelhaften) Versorgungsstruktur getroffen wurden.

Die (hier zudem weitgehend unquantifizierte) Verkürzung des Versorgungsweges infolge der Schaffung eines (räumlich gesehen) zusätzlichen (gleichartigen) Angebotes stellt jedenfalls keine Besonderheit eines bestimmten Gebietes, sondern eine denknotwendige (quasi automatische) Konsequenz einer derartigen Vorgehensweise dar. Alleine daraus können keinerlei Schlüsse über die bestehende Versorgungsqualität (vgl. VwGH vom 24.10.2018, Ra 2018/10/00049, der ausdrücklich von einem Versorgungsmangel spricht, dem durch die beantragte Apotheke begegnet werden kann) gezogen werden, was aber eine essenzielle Voraussetzung für die „gebotene“ Unterschreitung des (ohnehin schon auf Berechnungen und Prognosen beruhenden) Mindestversorgungspotenzials darstellt.

Zudem finden sich im behördlichen Ermittlungsverfahren weder – die allenfalls indizierten Siedlungsentwicklungen innerhalb des Versorgungsgebietes berücksichtigende – Unterlagen noch Überlegungen zur weiteren wirtschaftlichen Existenzfähigkeit der ‚B. Apotheke‘. In diesem Zusammenhang sei auch erwähnt, dass das Apothekengesetz in § 10 Abs. 6a bei der Frage der Bedarfsprüfung keine Aspekte der vorausschauenden Beurteilung eines (partiellen) Versorgungsschwundes infolge des hypothetischen Schließens einer bestehenden Apotheke beinhaltet (ohne dass derartige Überlegungen im Einzelfall und mit entsprechenden Fakten untermauert grundsätzlich unzulässig wären). Es darf an dieser Stelle auch nicht unerwähnt bleiben, dass – auch hier zumindest nach der Aktenlage – die Datenerhebung im Rahmen der Befundaufnahme durch die Österreichische Apothekerkammer auf die bloße räumliche Bestandsaufnahme beschränkt geblieben ist. Eine der Komplexität des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz gerecht werdende Beurteilung ist ohne weitere essentielle Datengrundlagen, insbesondere in ökonomischer Hinsicht, nicht möglich. In dieser Hinsicht besteht – wenigstens im Zusammenhang mit der Beurteilung der Auswirkungen auf die ‚B. Apotheke‘ – ebenfalls grundsätzlicher Ergänzungsbedarf.
Da es sich bei den nach Ansicht des erkennenden Gerichts somit jedenfalls noch erforderlichen Erhebungen um die weitgehend gesamte tatbestandsrelevante Sachverhaltsermittlung handelt und darüber hinaus die Datenverfügbarkeit auf Ebene der Verwaltungsbehörde „näher“ und einfacher zu bewerkstelligen ist, ist dies auf der Grundlage der verfahrensökonomischen Überlegungen des § 28 Abs. 3 VwGVG auch auf dieser Ebene umzusetzen.

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 Verwaltungsgerichtshofs ab noch fehlt es an einer solchen Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

Zur Frage von Bedenken im Zusammenhang mit der Bedarfsprüfung unter Anwendung der „Studie zur Ermittlung von Einwohnergleichwerten“ der TU Wien ist auf den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs vom 30.01.2019, Ra 2019/10/0004 zu verweisen. Darauf aufbauend lässt der Verwaltungsgerichtshof in seinem oben bereits zitierten Erkenntnis vom 24.10.2018, Ra 2018/10/00049, keine Zweifel an den systematisch-inhaltlichen Voraussetzungen für eine Anwendbarkeit des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz.

Das rudimentäre Ermittlungsverfahren im Zusammenhang mit einer derart komplexen Regelung wie jener einer Bedarfsprüfung in einem Konzessionsverfahren ist der Legaldefinition einer „Unterlassung“ desselben iSd § 28 Abs. 3 VwGVG gleichzuhalten.

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 außerordentlichen 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 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.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kitzberger