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-050130/10/MK/GSc – 050132/3

Datum: Linz, 5. Oktober 2021

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., vertreten durch T. Rechtsanwälte, x, D,
2. der C.-Apotheke Mr. C. Z. KG, vertreten durch den alleinvertretungsbefugten Gesellschafter Mag. D. K., und
3. Mag. pharm. E. S. als derzeitige Leiterin der ‚C.-Apotheke', letztere beide vertreten durch Rechtsanwältin Dr. E. B., x, W,

gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 11.02.2021, GZ: 0016709/2014, betreffend die Erteilung der Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke mit der Betriebsstätte in L, x (mitbeteiligte Partei: Mag. pharm. L. H., Apothekerin, x, L) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung den

B E S C H L U S S

I. Der Beschwerde wird stattgegeben. Der Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 11.02.2021, 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. (in der Folge: Konsenswerberin – kurz: Kw) die Erteilung der Konzession für den Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke mit der Betriebsstätte in L, x. Dem Antrag waren die erforderlichen Unterlagen beigeschlossen.

I.2. Mit Schreiben des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (in der Folge: belangte Behörde) vom 29.07.2015 wurde die Österreichische Apothekerkammer um Mitteilung ersucht, ob Bedenken hinsichtlich der Verlässlichkeit der Kw bestünden. Mit Schreiben vom 31.07.2015 bestätigte die Österreichische Apothekerkammer die Verlässlichkeit der Kw.

I.3. Der Antrag der Kw 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 mit Schreiben vom 19.08.2015 auf ein exakt denselben Standort betreffendes, rund vier Jahre zurückliegendes Konzessionsverfahren der damaligen Konzessionswerberin Mag. pharm. A. K. hingewiesen und in der Sache ausgeführt, dass sich die Umstände seither nicht geändert hätten, weshalb weiterhin kein Bedarf an einer neuen öffentlichen Apotheke an diesem Standort gegeben sei. Dies deshalb, da durch die beantragte Apotheke das Versorgungspotenzial der umliegenden Apotheken (‚C.-Apotheke' und ‚Apotheke S.') jeweils auf unter 5.500 zu versorgende Personen sinken würde und ein Unterschreiten des Mindestversorgungspotenzials nicht möglich sei.

I.5. Mit Verständigung vom 29.07.2015 wurden die Gemeinden Puchenau, Gramastetten, Lichtenberg, Kirchschlag, Hellmonsödt, Altenberg, Engerwitzdorf, Steyregg, Luftenberg, Asten, St. Florian, Ansfelden, Traun und Leonding gemäß § 49 Abs. 2 Apothekengesetz zur Abgabe einer Stellungnahme eingeladen.
Die Marktgemeinde St. Florian, die Gemeinde Engerwitzdorf sowie die Stadtgemeinde Ansfelden teilten binnen der vierwöchigen Frist mit, vom gegenständlichen Konzessionsansuchen nicht betroffen zu sein bzw. dagegen keine Einwände zu haben.

I.6. Mit Schriftsatz vom 24.08.2015 erhob die B. Apotheke Mag. pharm. K. KG, L, x, vertreten durch die alleinvertretungsbefugte Konzessionärin und Komplementärin Mag. pharm. H. K., Einspruch und begründete diesen im

Wesentlichen damit, dass ihr Restversorgungspotenzial unter 5.500 zu versorgende Personen sinken würde. Es wurde angeregt, im einzuholenden Bedarfsgutachten auf eine mögliche spätere Verlegung des beantragten Apothekenstandortes näher zu den umliegenden bestehenden Apotheken, insbesondere zur ‚B. Apotheke', und die damit verbundenen Auswirkungen auf die Versorgungspotenziale einzugehen.

I.7. Die Apotheke S. 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.' aus der Gegend rund um den beantragten Standort (M.) kommen würden. Mit dem Verlust dieser Kunden sei die ‚Apotheke S.' in ihrer Existenz bedroht.

I.8. Mit Eingabe vom 02.09.2015 erhoben die C.-Apotheke Mr. C. Z. KG, vertreten durch den alleinvertretungsbefugten Gesellschafter Mag. D. K. als Verpächterin sowie Mag. pharm. M. W. als Pächter der ‚C.-Apotheke' Einspruch und begründeten diesen im Wesentlichen damit, dass es (auch) hinsichtlich der Möglichkeit der späteren Verlegung einer genaueren Standortumschreibung für die Betriebsstätte bedürfe und sich das Restversorgungspotenzial der ‚C.-Apotheke' im Falle der Konzessions-erteilung auf unter 5.500 zu versorgende Personen reduzieren würde.

I.9. 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 in Auftrag gegebenen Gutachtens unter Hinweis darauf, dass im Falle des Ausbleibens eines Gutachtens die Erteilung der Konzession beabsichtigt sei, da es sich bei dem Versorgungsgebiet der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke um einen eigenständigen, neu gewachsenen (bzw. vergrößerten) Stadtteil handle, der auch räumlich von den Versorgungsgebieten der benachbarten Apotheken getrennt sei.

I.10. In ihrem Gutachten vom 15.01.2018 stellt die Österreichische Apothekerkammer zusammengefasst fest, dass der Bedarf an der gegenständlich neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke gegeben sei. Die verbleibenden Versorgungspotenziale der betroffenen bestehenden öffentlichen Apotheken (die ‚C.-Apotheke', die ‚B. Apotheke' sowie die ‚S.-Apotheke' in T) wurde dabei auf der Grundlage einer Studie der TU Wien über die „Ermittlung von Einwohnergleichwerten" ermittelt.
Durch die Neuerrichtung sei – mangels Betroffenheit – kein Kundenverlust für die ‚Apotheke S.' zu erwarten. Der ‚C.-Apotheke' verbleibe zumindest ein

Versorgungspotenzial von 7.344 (davon 6.005 ständige Einwohner) zu versorgenden Personen.
Das Versorgungspotenzial der ‚B. Apotheke' reduziere sich bei Inbetriebnahme der neu zu errichtenden Apotheke auf 4.694 zu versorgende Personen, bestehend aus 2.960 ständigen Einwohnern innerhalb des Versorgungspolygons und aus insgesamt 1.734 Einwohnergleichwerten (in der Folge: EGW) aus den „Einflutungserregern" Nebenwohnsitz (163 EGW), Beschäftigung (1.247 EGW), Einzelhandelskonzentration (98 EGW) und Verkehrsknotenpunkte (226 EGW). Die Unterschreitung des Mindestversorgungspotenzials von 5.500 weiterhin zu versorgenden Personen erscheine jedoch nach Ansicht der Österreichischen Apothekerkammer im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gemäß § 10 Abs. 6a Apothekengesetz (besondere örtliche Verhältnisse) geboten. Dies begründete sie ausschließlich mit der 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 derart großen Zahl könne man von besonderen örtlichen Verhältnissen sprechen, zumal der Verlust von 602 ständigen Einwohnern im Versorgungspolygon der ‚B. Apotheke' den vorgenannten, zu erwartenden Vorteil (Wegverkürzung) nicht überwiege. Zudem könne von der neuen 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.11. Mit Schreiben vom 18.05.2018 übermittelte die belangte Behörde das vorgenannte Gutachten den Parteien unter Einräumung der Möglichkeit zur Stellungnahme. Dabei wies sie auf die beabsichtigte Konzessionserteilung sowie darauf hin, dass an sie wiederholt der Wunsch herangetragen werde, im Bereich des M. eine Apotheke zu bewilligen, da der Fußgängerweg durch die Verlegung der ‚B. Apotheke' auf die andere Seite der x für Bewohner aus diesem Gebiet beträchtlich erschwert worden sei.

I.12. Mit Schriftsatz vom 11.06.2018 übermittelten die C.-Apotheke Mr. C. Z. KG, vertreten durch den alleinvertretungsbefugten Gesellschafter Mag. D. K. als Verpächterin sowie Mag. pharm. M. W. als Pächter der ‚C.-Apotheke' eine Stellungnahme zum Ergebnis der Beweisaufnahme und führten 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 errichtenden 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 EGW.

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 werde 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 werde auch aus diesem Grund abzuweisen sein.

I.13. Im Auftrag der belangten Behörde wurde infolge eines Lokalaugenscheins am 18.06.2018 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.14. In ihrer Stellungnahme vom 06.07.2018 führte die zwischenzeitig umfirmierte B. Apotheke Mag. pharm. A. S. KG, vertreten durch den alleinvertretungsbefugten Konzessionär und Komplementär Mag. pharm. A. S. (in der Folge: Erstbeschwerdeführerin – kurz: ErstBf) aus, dass die laut vorliegendem Bedarfsgutachten verbleibenden ständigen Einwohner im Umkreis von vier Straßenkilometern (2.960 Personen) nur ca. 54 % des gesetzlich vorgesehenen Mindestversorgungspotenzials von 5.500 Personen betragen.

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 versorgende Personen, womit im Ergebnis das gesetzliche Mindestversorgungspotenzial um 806 Personen unterschritten werde.

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 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 sei diesbezüglich offenkundig zu ergänzen.

Soweit die Behörde ausführt, dass an sie wiederholt der Wunsch herangetragen worden sei, im Bereich des M. eine Apotheke zu bewilligen, wurde um Übermittlung der entsprechenden Aktenteile zum Zweck der Stellungnahme gebeten. Denn im Gegenteil zu früher sei 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.15. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 22.03.2019, GZ: 0016709/2014, wurde der Kw die beantragte Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden Apotheke im voraussichtlichen Standort x, 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., stark befahrene mehrspurige Straßen).

Das Vorhandensein von Ärzten in der Gemeinde des Standortes sei aktenkundig, die Verfügbarkeit des voraussichtlichen Standortes von der Kw glaubhaft gemacht worden. Das Gutachten der Österreichern Apothekerkammer komme auf Basis eines neu entwickelten Prüfungsverfahrens schlüssig zum Ergebnis, dass der Bedarf nach der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke gegeben sei.

Zu den Einwänden der ‚B. Apotheke' wurde ausgeführt, dass die behaupteten Verständnisprobleme des Verfahrens zur Ermittlung von EGW auf Basis eines „durchschnittlich begabten Lesers" nicht als fachliche Kritik am Gutachten ausreichen würden. Abgesehen davon sei ein weiteres Absinken der errechneten EGW im Ausmaß von 602 EGW 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 EGW einer 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 x 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 (Treppen/Rampen nicht mitgerechnet) 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 Fahrzeug wurde ausgeführt, dass bereits vor der „alten" Apotheke (vor Verlegung) Ladezonen eingerichtet gewesen wären. Nunmehr stünden zwar mehr Parkplätze zur Verfügung, diese müssen aber zum Zeitpunkt des Apothekenbesuchs – wie bei einem Einkaufszentrum üblich – nicht unmittelbar vor der Apotheke gelegen sein (weil zu diesem Zeitpunkt gerade belegt).

Zu den Einwänden der ‚C.-Apotheke' wurde angemerkt, dass ergänzende Erhebungen das Vorhandensein von Parkplätzen (siehe I.13.) ergeben hätten.

Diese seien für Apothekenkunden zum Halten während des Einkaufs eingerichtet worden. Zudem sei nach höchstgerichtlicher Judikatur die Lage von Arztpraxen für die Festlegung von Apothekenstandorten nicht von Belang.

I.16. Mit Eingabe vom 16.04.2019 erhoben die C.-Apotheke Mr. C. Z. KG, vertreten durch den alleinvertretungsbefugten Gesellschafter Mag. D. K., als Verpächter sowie Mag. pharm. E. S. als Pächterin und derzeitige Leiterin der ‚C.-Apotheke' (in der Folge: Zweit- und Dritt-Bf) rechtzeitig Beschwerde gegen den vorgenannten Bescheid und führten darin ergänzend zum bisherigen Vorbringen wie folgt aus:

Trotz entsprechenden Einspruchsvorbringens sei der angefochtene 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 er 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 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 handle 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. (Barriere zur ‚Apotheke S.') 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 weder auf das Vorbringen der unrichtigen Erstellung des Restversorgungspolygons der ‚C.-Apotheke', wobei dieser ein Teilgebiet unzutreffend zugerechnet worden sei, noch auf die dazu gestellten Beweisanträge 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 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 wurde daher beantragt, den angefochtenen Bescheid nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung dahingehend abzuändern, dass der Antrag der Kw abgewiesen wird, in eventu den angefochtenen Bescheid aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuerlichen Bescheides zurückzuverweisen.

I.17. Mit Eingabe vom 19.04.2019 erhob auch die Erst-Bf rechtzeitig Beschwerde gegen den gegenständlichen Bescheid und begründete diese wie folgt:

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 Arzneimittelversorgung 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 demografischen 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 demografischen 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 Bevölkerung 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 zu Arzneimitteln 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 von der belangten Behörde 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 angefochtenen Bescheid keine Feststellungen getroffen. Dies betreffe das Vorliegen einer besonderen Bedarfssituation infolge demografischer 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 öffentlichen Verkehrsmitteln 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 worden sei, liege Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften vor.

Es wurde daher beantragt, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung den angefochtenen Bescheid aufzuheben und den Konzessionsantrag mangels Bedarfs abzuweisen, in eventu die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an die belangte Behörde zurückzuverweisen.

I.18. Mit Schreiben vom 25.04.2019 legte die belangte Behörde die Beschwerden samt Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Darin führte sie ergänzend aus, dass das Gebiet rund um den M. einen wachsenden, eigenständigen Stadtteil der Stadt Linz 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 Linz, wofür jedenfalls das sich für die neu zu errichtende Apotheke bietende Versorgungspotenzial von 5.768 ständigen Einwohnern spreche. Eine vorhandene Konzentration bestehender Apotheken an der Einfallstraße nach Linz (‚B. Apotheke' und ‚Apotheke W.' in der x Straße) könne eine erforderliche, nahegelegene räumliche Versorgung der Bewohner in diesem Stadtteil nicht ersetzen.

I.19. Mit Beschluss des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 20.05.2019, GZ: LVwG-050130/4/MK – 050132/2, wurde der vorgenannte

Bescheid aufgehoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheids an die belangte Behörde zurückverwiesen. Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass nach der Aktenlage weder die Annahme eines stetig und nachhaltig wachsenden Stadtteils belegt war noch Ermittlungen zur gegebenen (allenfalls mangelhaften) Versorgungsstruktur und zur wirtschaftlichen Existenzfähigkeit der ‚B. Apotheke' vorgenommen wurden. Folglich bestand ein essentieller Ergänzungsbedarf hinsichtlich des Vorliegens der Tatbestands-elemente des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz, der unter Berücksichtigung verfahrensökonomischer Grundsätze zur Aufhebung des Bescheids sowie Zurückverweisung führte.

I.20. In Fortführung des Ermittlungsverfahrens und bezugnehmend auf den vorgenannten Beschluss ersuchte die belangte Behörde mit Schreiben vom 13.09.2019 die Österreichische Apothekerkammer um eine Gutachtensergänzung insbesondere dazu, inwieweit die wirtschaftliche Existenz der ‚B. Apotheke' gefährdet und ob hinsichtlich derselben Apotheke ein weiteres Absinken um 602 EGW möglich sei.

I.21. In ihrer Stellungnahme vom 15.06.2020 verweist die Österreichische Apothekerkammer im Wesentlichen – neben der Zitierung zahlreicher höchstgerichtlicher Judikate – auf ihr Gutachten vom 15.01.2018. Demnach werde bei der ‚S.-Apotheke T' sowie bei der ‚C.-Apotheke' jeweils das Mindestversorgungspotenzial von 5.500 zu versorgenden Personen bereits nur mit den ständigen Einwohnern erreicht. Die ‚B. Apotheke' würde infolge der Neuerrichtung der beantragten Apotheke 602 ständige Einwohner verlieren; unter Zugrundelegung der aktuellen Statistik-Daten aus dem Jahr 2019 reduziere sich dieser Verlust auf nunmehr 530 ständige Einwohner. Hinsichtlich der (weiterhin) vorliegenden Unterschreitung des Mindestversorgungspotenzials bei der ‚B. Apotheke' führt die Österreichische Apothekerkammer eine Interessenabwägung durch und hält fest, dass der in der Wegverkürzung für die von der neu errichtenden Apotheke versorgten Personen liegende Vorteil den Nachteil für die Bevölkerung in Bezug auf die Arzneimittelversorgung überwiege.

I.22. Mit Schreiben vom 18.06.2020 übermittelte die belangte Behörde die vorgenannte Gutachtensergänzung den Parteien unter Einräumung der Möglichkeit zur Stellungnahme.

I.23. In ihrer Stellungnahme vom 30.06.2020 wenden die Zweit- und Dritt-Bf ein, dass die Österreichische Apothekerkammer (weiterhin) völlig unzutreffend vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz ausgehe. Sie setze sich damit über den Beschluss des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich sowie die bisherige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hinweg. Das Höchstgericht habe zuletzt in einem Erkenntnis vom 20.12.2019, Ra 2019/10/0117, die auch dort von der Österreichischen Apothekerkammer

vertretene Auffassung nicht akzeptiert, wobei diesfalls das Verlustpotenzial der benachbarten Apotheken nur ca. 40 Personen betragen habe. Im Hinblick auf das Verlustpotenzial von 603 Personen (der ‚B. Apotheke') sowie den Umstand, dass die bestehenden öffentlichen Apotheken in einem Umkreis von wenigen hundert Metern zur beantragten Apotheke liegen, würden die Voraussetzungen des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz keinesfalls vorliegen.

Es wurden der Antrag auf Abweisung des Konzessionsansuchens sowie das Vorbringen aufrecht erhalten, dass (auch) der eigenen ‚C.-Apotheke' weniger als 5.500 zu versorgende Personen verblieben; auf dieses Vorbringen sei die Österreichische Apothekerkammer überhaupt nicht (mehr) eingegangen.

Eine weitere Befassung der Österreichischen Apothekerkammer sei angesichts ihrer bisherigen Vorgangsweise und der ausschließlichen Zuständigkeit der belangten Behörde zur Beurteilung von Rechtsfragen aus Sicht der Zweit- und Dritt-Bf nicht unbedingt erforderlich.

I.24. In ihrer Stellungnahme vom 17.09.2020 brachte die Erst-Bf unter Bezugnahme auf das gleichzeitig von ihr vorgelegte Privatsachverständigen-Gutachten der s. vom 09.09.2020 vor, dass entgegen den Ausführungen der Österreichischen Apothekerkammer der ‚B. Apotheke' nur ein Versorgungspotenzial von 4.314 (statt 4.964) zu versorgenden Personen verbliebe und ihrem Verlustpolygon 865 EGW zuzurechnen seien.
Die von der Österreichischen Apothekerkammer außerhalb ihrer Zuständigkeit und völlig oberflächlich vorgenommene Interessenabwägung könne nur als zynisch und willkürlich bezeichnet werden.

Mit dem Beschluss des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich wurde festgestellt, dass die belangte Behörde hinsichtlich entscheidungswesentlicher Sachverhaltselemente keine bzw. nur rudimentäre Ermittlungsschritte gesetzt hat. An dieser Situation habe sich nichts geändert, zumal die belangte Behörde zwischenzeitig nur eine Gutachtensergänzung eingeholt habe, die wiederum nur größtenteils der Österreichischen Apothekerkammer nicht zustehende Rechtsausführungen enthalte.

Es wurde auf das bisherige Vorbringen verwiesen sowie alle bisher gestellten Anträge unverändert aufrechterhalten.

I.25. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 11.02.2021 wurde der Kw abermals die beantragte Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden Apotheke im voraussichtlichen Standort x, L (M.), unter Festlegung des Standorts erteilt. Diese wurde im Wesentlichen wiederum mit dem (ergänzten) Bedarfsgutachten der Österreichischen Apothekerkammer begründet.

Zu den Einwänden der ‚C.-Apotheke' – soweit sie sich nicht auf die ‚B. Apotheke' beziehen – wurde ausgeführt, dass ihr ein Versorgungspotenzial von 7.344 Personen verbleibe. Die nicht näher begründete Behauptung, dass nicht alle EGW aus dem roten Polygon dem Versorgungspotenzial der ‚C.-Apotheke' zuzurechnen seien (und damit das Mindestversorgungspotenzial unterschritten werde), könne nicht nachvollzogen werden. Auch stichprobenartige Messungen hätten dies nicht belegt. Es wurde abermals auf die erhobenen Parkverbote hingewiesen, die für Apothekenkunden zum Halten während des Einkaufs eingerichtet worden seien.

Zum Vorbringen der ‚B. Apotheke' wurde ausgeführt, dass ein weiteres Absinken der errechneten EGW nicht nachgewiesen worden sei, vielmehr habe die ergänzende Stellungnahme der Österreichischen Apothekerkammer ergeben, dass sich das Verlustpotenzial anhand aktueller Daten von 602 auf 530 Einwohner reduziert habe. Das unter Bezugnahme auf das Gutachten der s. behauptete höhere Verlustpotenzial sei nicht schlüssig, zumal dem Gutachten – anders als dem Bedarfsgutachten der Österreichischen Apothekerkammer – keine Häuserzurechnung entnehmbar sei. Abgesehen davon sei die Unterschreitung des Mindestversorgungspotenzials von 5.500 weiterhin zu versorgenden Personen ohnehin unbestritten.

Beim gegenständlichen Teil der Stadt Linz handle es sich um einen bereits seit längerer Zeit stetig und nachhaltig wachsenden Stadtteil. Dies sei von den Bf nicht bestritten worden, weshalb die belangte Behörde für diese Feststellung keinen expliziten Nachweis erbringen müsse.

Unter der Behauptung, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hätte in seinem Zurückverweisungsbeschluss die Auswertung von Rezeptabrechnungen gefordert, wird ausgeführt, dass die Österreichische Apothekerkammer diese Auswertung nicht habe vornehmen können. Davon abgesehen habe die belangte Behörde keine Möglichkeit, die (wirtschaftlichen) Existenzgrundlagen einer öffentlichen Apotheke zu prüfen bzw. zu bewerten. Eine Bilanzeinsicht sei nicht möglich, die ‚B. Apotheke' habe zudem keine Umsatzzahlen zur (beeinträchtigten) wirtschaftlichen Existenzfähigkeit vorgelegt.

Die Wegverkürzung für die 5.768 von der beantragten Apotheke zu versorgenden Personen sei – v.a. hinsichtlich kranker und älterer Personen, die nicht auf einen PKW zurückgreifen könnten – ein positiv zu wertendes Kriterium.

Im Ergebnis bestehe ein Bedarf an der neu errichtenden Apotheke. Unter Hinweis auf § 10 Abs. 6a Apothekengesetz wird ausgeführt, dass sich durch die beantragte Apotheke die Arzneimittelversorgung für 5.768 Personen objektiv verbessere. Der Standort der ‚B. Apotheke' gestalte sich sanduhrförmig; sie versorge die Bevölkerung im oberen (nördlichen) Bereich. Die Versorgung dieses Bereichs sei durch die geringe Entfernung zur nächsten öffentlichen ‚Apotheke W.' (ca. 550 m)

jedenfalls gewährleistet. Im unteren (südlichen) Bereich dieser „Sanduhr“ verbessere sich durch die neu zu errichtende Apotheke die Arzneimittelversorgung von 5.768 Personen „objektiv nicht unbeträchtlich“. Entgegen den Behauptungen der Erst-Bf komme es nicht darauf, ob diesen Personen ein weiterer Anfahrtsweg zumutbar sei.

Die Ausnahmebestimmung des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz stelle nicht auf die Lebensfähigkeit einer bestimmten öffentlichen Apotheke, sondern auf die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung ab; diese sei durch die ‚Apotheke W.‘ im nördlichen Bereich an der x jedenfalls gegeben. Es könne nicht Aufgabe der belangten Behörde sein, die Wirtschaftlichkeit einer Apotheke zu beurteilen.

I.26. Mit Eingabe vom 22.03.2021 erhoben die Zweit- und Dritt-Bf rechtzeitig Beschwerde und wiederholten darin im Wesentlichen ihr bisheriges Beschwerdevorbringen (siehe I.16.). Zusammengefasst hätte die belangte Behörde die gestellten Beweisanträge befolgen und das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer nochmals ergänzen lassen müssen, um zu erkennen, dass sich das Mindestversorgungspotenzial der ‚C.-Apotheke‘ auf unter 5.500 Personen reduziere. Die Behörde sei auf die Beweisanträge überhaupt nicht eingegangen und habe sich nur auf nicht zur Kenntnis gebrachte stichprobenartige Messungen und das Bedarfsgutachten gestützt. Abgesehen davon sei die Ausnahmebestimmung des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz im Hinblick auf die eindeutige höchstgerichtliche Judikatur nicht anwendbar.

Es wurde beantragt, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass das gegenständliche Konzessionsansuchen abgewiesen werde, in eventu den angefochtenen Bescheid aufzuheben und zur neuerlichen Entscheidung – allenfalls nach Ergänzung des Ermittlungsverfahrens – zurückzuverweisen.

I.27. Mit Schreiben vom 24.03.2021 erhob die Erst-Bf rechtzeitig Beschwerde und verwies auf bzw. wiederholte im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen (siehe I.17. und I.24.). Die belangte Behörde habe trotz des Zurückverweisungs-beschlusses mangels Erhebung entscheidungsrelevanter Sachverhaltselemente vom 20.05.2019 nur einen einzigen Ermittlungsschritt gesetzt, und zwar die Einholung einer Ergänzung des Bedarfsgutachtens mit einer völlig verfehlten Aufgabenstellung, die großteils wiederum nur der Österreichischen Apothekerkammer nicht zustehende Rechtsausführungen enthalten habe.

Die belangte Behörde habe auch im zweiten Rechtsgang die umfangreiche, eindeutige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu § 10 Abs. 6a Apothekengesetz (insbesondere das dreistufige Prüfungsschema) völlig ausgeblendet. Im Hinblick darauf, dass das Kriterium der Erreichbarkeit auf Kraftfahrzeuge und nicht auf die Erreichbarkeit zu Fuß abstelle, bestehe angesichts

der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken keine Unterversorgung mit Arzneimitteln.

Die belangte Behörde habe zu folgenden entscheidungswesentlichen Umständen weder Ermittlungen durchgeführt noch Feststellungen getroffen:

a) Untersuchung der in Aussicht genommenen Betriebsstätte in Bezug auf demografische Besonderheiten, d.h. ob nach der Struktur des Bevölkerungsbestands eine besondere Bedarfssituation indiziert ist
b) Entfernungen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte zu den umliegenden bestehenden Apotheken und Erschließung ihres Versorgungsgebiets mit öffentlichen Verkehrsmitteln
c) Gegenüberstellung der Vorteile aus der Neuerrichtung und der Nachteile für die Bevölkerung in den Versorgungsgebieten der (noch) bestehenden Apotheken

Zudem sei fraglich, um wie viele Meter für wie viele Personen sich der Weg zu einer Apotheke infolge der Neuerrichtung tatsächlich verkürze. Die auf Seite 11 des angefochtenen Bescheids angeführten über 2 km zur ‚B. Apotheke' seien falsch und nicht nachvollziehbar.

Ad a) Im Nahbereich der beantragten Betriebsstätte würden weder größere medizinische Einrichtungen, ein Krankenhaus oder stark frequentierte Verkehrsknotenpunkte wie ein Flughafen oder Hauptbahnhof liegen. Für das im angefochtenen Bescheid angenommene sich nachhaltig und stetig entwickelnde Siedlungsgebiet fehle es abermals gänzlich an Beweisergebnissen, Feststellungen oder einer Begründung.

Ad b) Im Umkreis von 1,4 km, 1,6 km und 2,1 km der in Aussicht genommenen Betriebsstätte würden sich 3 öffentliche bestehende Apotheken, im Umkreis von 5 km deutlich über 20 öffentliche Apotheken befinden.

Ad c) Die Führung einer Apotheke mit einem Versorgungspotenzial von annähernd 1.000 EGW unter dem gesetzlichen Minimum sei mittel- und langfristig unwirtschaftlich und würde zu einer Schließung der ‚B. Apotheke' führen. Da sich durch die Schließung die Versorgungssituation der davon betroffenen Bevölkerung verschlechtern würde, sei infolge der Konzessionserteilung kein positiver Effekt für die Bevölkerung erkennbar.

Im Ergebnis würden daher keine besonderen örtlichen Verhältnisse im Sinne des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz vorliegen. Die Lösung dieser Rechtsfrage sei – angesichts der diesbezüglichen Ausführungen der Österreichischen Apothekerkammer – ausschließlich der Behörde vorbehalten.
Die Erst-Bf bestreitet ausdrücklich die auf Seite 15 des Bedarfsgutachtens ermittelten Einwohner und EGW von insgesamt 4.694 und behält sich weiteres

Vorbringen gegen das Gutachten, insbesondere auch gegen die zugrunde gelegte TU-Studie vor.
Die belangte Behörde habe die Vorhaben des Zurückverweisungsbeschlusses sowie der höchstgerichtlichen Judikatur ignoriert und es zum Nachteil der Erst-Bf unterlassen, ein gesetzeskonformes Ermittlungsverfahren durchzuführen.

Es wurde beantragt, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung den angefochtenen Bescheid aufzuheben und das gegenständliche Konzessionsansuchen abzuweisen, in eventu die Angelegenheit zur Ergänzung des Ermittlungsverfahrens und neuerlichen Entscheidung zurückzuverweisen. Zudem wurde beantragt, die rechtsfreundliche Vertretung von den Ergebnissen des weiteren Ermittlungsverfahrens unter Einräumung einer Möglichkeit zur Stellungnahme zu verständigen.

I.28. Mit Schreiben vom 09.04.2021 legte die belangte Behörde die Beschwerden samt zugehörigem Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.
Darin führte sie ergänzend aus, dass die Erteilung der beantragten Konzession darauf beruhe, dass es sich beim Raum um den M. um einen wachsenden eigenständigen Stadtteil der Stadt Linz mit bestehender Infrastruktur (Kirche samt Kindergarten und Einkaufszentrum) handle und mit der neuen Apotheke die bestmögliche Versorgung mit Medikamenten erreicht werde. Dies insbesondere im Hinblick darauf, dass die Apotheke im Krankheitsfall ohne Auto erreichbar sein sollte.

Dem Beschwerdevorbringen, dass die belangte Behörde keine (ausreichenden) Ermittlungen vorgenommen habe, wird wie folgt entgegnet:

Dass sich das Siedlungsgebiet nachhaltig und stetig entwickle, ergebe sich aus den Planungszielen und Maßnahmenfestlegungen des Örtlichen Entwicklungskonzepts Linz Nr. x (rechtswirksam seit 06.08.2013) für den Stadtteil N./ W.. Vor diesem Hintergrund seien bereits mehrere Flächenwidmungs- und Bebauungsplan-Änderungen durchgeführt sowie die Bebauung großteils verwirklicht worden, wozu es zu einem Bevölkerungswachstum in diesem Stadtteil komme.

Dem Vorlageschreiben waren zwei Medienberichte beigelegt, aus denen sich nach Ansicht der belangten Behörde klar der Bedarf der gegenständlich beantragten Apotheke ergebe. Hinsichtlich der Frage der wirtschaftlichen Existenzfähigkeit wurde auf die Ausführungen im angefochtenen Bescheid verwiesen.

I.29. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 21.09.2021 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, an der die Kw, die rechtsfreundlichen Vertreter der Beschwerdeführer, eine Vertreterin der belangten Behörde und ein Sachverständiger der Österreichischen Apothekerkammer

teilnahmen. Im Rahmen der Verhandlung wurden von der belangten Behörde zahlreiche (raumplanerische) Unterlagen zur Thematik des sich stetig und nachhaltig entwickelnden Siedlungsgebiets (Flächenwidmungsplan-Änderungen, Bebauungspläne, Übersichtsfotos) vorgelegt. Das Konvolut wurde auch den Parteien in Kopie übergeben sowie der Niederschrift als Beilage angeschlossen. Zu konkreten Bautätigkeiten im gegenständlichen Gebiet wurde darauf hingewiesen, dass das Heraussuchen bestimmter Bauvorhaben (der letzten Jahre, Wohnbauvorhaben, etc.) mangels entsprechender Suchfilter die Durchsicht zahlreicher Akten erfordert und daher mit großem Aufwand verbunden ist.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt sowie mittels Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21.09.2021.

II.2. Auf dieser Grundlage war erneut festzustellen, dass die belangte Behörde auch seit der Zurückverweisung mit Beschluss des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 20.05.2019, GZ: LVwG-050130/4/MK – 050132/2, zwecks Feststellung entscheidungsrelevanter Sachverhaltselemente keine bzw. nur rudimentäre Ermittlungsschritte gesetzt hat.

Dies betrifft im Wesentlichen die im angefochtenen Bescheid völlig unbelegte Annahme besonderer örtlicher Verhältnisse im Sinne des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz auf der Grundlage eines nicht näher nachgewiesenen sich nachhaltig und stetig entwickelnden Siedlungsgebiets. Zu dem bereits mit vorgenanntem Beschluss festgestellten gerügten mangelnden Nachweis führte die belangte Behörde im nunmehr angefochtenen Bescheid lediglich wie folgt aus:

„Kein Einspruchsleger hat bestritten, dass es sich bei diesem Teil der Stadt L um einen bereits seit längerer Zeit stetig und nachhaltig wachsenden Stadtteil handelt. Ein explizierter Nachweis zu unserer diesbezüglichen Feststellung war dafür daher von uns nicht zu erbringen.“
[Rechtschreibfehler übernommen, Hervorhebungen nicht übernommen]

Abgesehen davon fehlen – hinsichtlich des in leg. cit. vorgesehenen dreistufigen Prüfschemas – auch Feststellungen zur konkreten Versorgungssituation (zur Beurteilung des Vorliegens eines demografisch bedingten Versorgungsmangels) sowie letztlich – gegebenenfalls – zu den Auswirkungen des Betriebes der neu zu errichtenden Apotheke auf die wirtschaftliche Existenzfähigkeit der bestehenden Apotheken, insbesondere jener des Erst-Bf (als Grundlage für die versorgungs-qualitative Interessensabwägung).

Ebenso wurde von der belangten Behörde nicht ermittelt, wie viele Apotheken sich im näheren Umfeld der Betriebsstätte der gegenständlich beantragten Apotheke befinden und welche Entfernungen zwischen diesen jeweils bestehen. Darüber hinaus konnten für die im angefochtenen Bescheid von der belangten Behörde behaupteten „stichprobenartigen Messungen“ betreffend das Vorbringen der Zweit- und Dritt-Bf zur Zurechnung des Versorgungspolygons keine Nachweise im Akt vorgefunden werden.

II.3. Bei den im derzeitigen Verfahrensstadium (weiterhin) erforderlichen Erhebungen handelt es sich nicht um Ergänzungen eines ermittelten Sachverhalts, sondern um Schritte zu dessen grundlegender Feststellung. Vor diesem Hintergrund erübrigten sich Ausführungen zur Beweiswürdigung.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Rechtsgrundlagen:

Die maßgebliche Bestimmung des Gesetzes vom 18. Dezember 1906, betreffend die Regelung des Apothekenwesens (Apothekengesetz) i.d.g.F. lautet (auszugsweise):

„Sachliche Voraussetzungen 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 an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.
(2) Ein Bedarf besteht nicht, wenn
1. sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine ärztliche Hausapotheke befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, oder
2. die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke weniger als 500 m beträgt oder
3. die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen sich in Folge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5 500 betragen wird.
(3) […]
(4) Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z 3 sind die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern von der Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse aus dieser bestehenden öffentlichen Apotheke weiterhin zu versorgen sein werden.

(5) Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner im Sinne des Abs. 4 weniger als 5 500, so sind die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigten.
(6) 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 Versorgungsangebots durch bestehende Apotheken einschließlich Filialapotheken und ärztlichen Hausapotheken geboten ist.
(7) Zur Frage des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer einzuholen. […]“

Die relevante Bestimmung des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG) lautet (auszugsweise):

„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 Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit 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.
(4) […]“

III.2. Rechtliche Beurteilung

III.2.1. Gemäß den Vorgaben des § 10 Apothekengesetz 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 – die gemäß § 10 Abs. 7 Apothekengesetz auf einem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer zu beruhen hat – 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 der Bedarfsprüfung ist das nach § 10 Abs. 2 Z 3 Apothekengesetz zu ermittelnde Restversorgungspotenzial der bestehenden öffentlichen Apotheken. Dabei wird die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden Apotheken weiterhin zu versorgenden Personen ermittelt, die in Folge der Neuerrichtung der beantragten Apotheke grundsätzlich nicht weniger als 5.500 betragen darf. Nach Abs. 4 leg. cit. sind als derart „zu versorgende Personen“ 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, zu werten. Wird schon mit den ständigen Einwohnern das Mindestversorgungspotenzial – wie beispielsweise im Fall der ‚S.-Apotheke T‘ – erreicht, wird ein Bedarf angenommen und erübrigen sich weitere Ermittlungen.

Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner jedoch – wie im Fall der ‚B. Apotheke‘ – weniger als 5.500, so sind gemäß § 10 Abs. 5 leg. cit. die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen. Zur Bewertung dieses zusätzlichen Potenzials stützt sich die Österreichische Apothekerkammer auf die „Studie zur Ermittlung von Einwohnergleichwerten“ der Technischen Universität 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. Dabei 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 auch die „Anonymisierte Hausapothekenstudie“ der Österreichischen Apothekerkammer Anwendung, mit der der Beitrag von Personen, die ihren Wohnsitz näher zu einer ärztlichen Hausapotheke haben, zum Umsatz der ihnen nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke errechnet werden kann.

Ergibt sich auch nach entsprechender Ermittlung dieser zusätzlich zu versorgenden Personen – wie im Fall der ‚B. Apotheke‘ – ein Restversorgungspotenzial von weniger als 5.500 Personen, erfolgt eine Prüfung nach § 10 Abs. 6a Apothekengesetz.

III.2.2. Denn nach par. cit. ist das Mindestversorgungspotenzial zu unterschreiten, wenn es auf Grund besonderer örtlicher Verhältnisse im Interesse einer

ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung unter Berücksichtigung des Versorgungsangebots durch bestehende Apotheken einschließlich Filialapotheken und ärztlichen Hausapotheken geboten ist. Dabei ist vor allem zu prüfen, ob der Wohnbevölkerung im Versorgungsgebiet der beantragten neuen Apotheke die Dienstleistungen einer Apotheke in einer vernünftigen Erreichbarkeit zur Verfügung stehen und daher ein angemessener Zugang zu Apothekendienstleistungen sichergestellt ist (vgl. VwGH 08.08.2018, Ra 2017/10/0103, bezugnehmend auf wesentliche EuGH-Entscheidungen).

Nach Ansicht des VwGH (siehe dazu ausführlich VwGH 08.08.2018, Ra 2017/10/0103) ist das Vorliegen maßgeblicher "besonderer örtlicher Verhältnisse" in einem dreistufigen Prüfschema beurteilen:

Stufe 1: Gebiet mit demografischen Besonderheiten

Erste Voraussetzung ist die Situierung der Betriebsstätte der neu zu errichtenden Apotheke in einem Gebiet mit demografischen Besonderheiten, somit in einem Gebiet, das nach der Struktur seines Bevölkerungsbestandes geeignet ist, eine besondere Bedarfssituation hinsichtlich der sicheren und qualitativ hochwertigen Versorgung mit Arzneimitteln zu indizieren. Zu derartigen Gebieten zählen neben ländlichen und abgelegenen Regionen außerhalb der Versorgungsgebiete bestehender Apotheken (vor allem für Menschen mit eingeschränkter Mobilität) ausweislich der Gesetzesmaterialien (vgl. dazu die Begründung des Antrages 1863/A BlgNR XXV. GP) insbesondere sich nachhaltig und stetig entwickelnde Siedlungsgebiete, der nähere Umkreis größerer medizinischer Einrichtungen oder eines Krankenhauses mit mehreren Anstaltsambulatorien sowie der Nahbereich bedeutender und stark frequentierter Verkehrsknotenpunkte, wie etwa Flughäfen oder Hauptbahnhöfe.

Stufe 2: Deckung eines demografisch bedingten Versorgungsmangels:

Liegt die Betriebsstätte der neu zu errichtenden Apotheke in einem derartigen Gebiet, ist als zweite Voraussetzung zu prüfen, ob die konkret vorliegenden demografischen Besonderheiten zu einem (bestehenden oder unmittelbar bevorstehenden) Mangel in der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln führen, dem durch die beantragte Apotheke begegnet werden kann. Dies ist der Fall, wenn ansonsten – d.h. bei Nichterrichtung der neuen Apotheke – eine ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung unter Berücksichtigung des Versorgungsangebots durch bestehende Apotheken nicht gewährleistet ist, weil die bestehenden Apotheken infolge der konkreten örtlichen Gegebenheiten und Verkehrsverhältnisse nicht ausreichend rasch bzw. nur unzumutbar erreichbar sind. Dabei ist insbesondere die bei der Bedarfsprüfung im Vordergrund stehende Erreichbarkeit mit Kraftfahrzeugen zu berücksichtigen.

Im Umkehrschluss kann daher ein über die Gewährleistung der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung hinausgehender „Verbesserungseffekt“ (z.B. leichtere Erreichbarkeit im Einkaufszentrum, unwesentliche Verkürzung des Versorgungswegs [vgl. VwGH 25.04.2014, 2013/10/0022; 30.09.2015, 2013/10/0261], etc.) die Erteilung einer Konzession nicht begründen.

Stufe 3: Interessenabwägung

Trifft auch diese Voraussetzung zu, bedarf es schließlich der Beurteilung, ob die Errichtung der neuen Apotheke insgesamt für eine ordnungsgemäße Versorgung der betroffenen Bevölkerung mit Arzneimitteln erforderlich ist. Davon kann allerdings nicht gesprochen werden, wenn der Vorteil aus der Neuerrichtung einer Apotheke durch Nachteile für die Bevölkerung in den Versorgungsgebieten der bestehenden Apotheken überwogen wird. Die Behörde bzw. das Verwaltungsgericht haben dabei eine entsprechende Abwägung vorzunehmen, wobei ein maßgebliches Überwiegen von Nachteilen nur bei einer derartig erheblichen Verminderung des Kundenpotenzials einer oder mehrerer bestehender öffentlicher Apotheken angenommen werden kann, dass deren wirtschaftlicher Weiterbestand ernsthaft gefährdet ist und dadurch bisher gut versorgte Personen einen zumutbaren Zugang zur Arzneimittelversorgung verlieren würden.

Diese Voraussetzungen sind von der Behörde in jedem Einzelfall zu prüfen, wobei sich die Begründung auf geeignete Feststellungen zu stützen hat (vgl. VwGH 08.08.2018, Ra 2017/10/0103).

Im vorliegenden Fall wurden der rechtlichen Beurteilung, es handle sich beim Versorgungsgebiet der neu zu errichtenden Apotheke um ein sich nachhaltig und stetig wachsendes Siedlungsgebiet, (weiterhin) keinerlei geeignete Feststellungen auf Sachverhaltsebene im angefochtenen Bescheid zugrunde gelegt. Die belangte Behörde hat – trotz des Zurückverweisungsbeschlusses vom 20.05.2019 – jegliche taugliche Ermittlungen (z.B. zur Bevölkerungsentwicklung, zur Bau- bzw. Siedlungstätigkeit, etc.) unterlassen und – in durchaus bedenklicher Weise – einen expliziten Nachweis aufgrund der angeblich nicht bestrittenen Beurteilung des Versorgungsgebiets als nachhaltig und stetig wachsenden Stadtteil als nicht erforderlich erachtet.

Darüber hinaus wurden auch keine Feststellungen zur konkreten Versorgungsstruktur getroffen, auf deren Grundlage ein allfällig vorliegender demografisch bedingter Versorgungsmangel zu beurteilen wäre. Die belangte Behörde hat weder die örtlichen Gegebenheiten (Anzahl der Apotheken im näheren Umkreis, Entfernungen der umliegenden bestehenden Apotheken zur Betriebsstätte der neu zu errichtenden Apotheke, etc.) noch die Verkehrsverhältnisse (abgesehen von den Stationen einer Buslinie) konkret ermittelt. Auch die für 5.768 ständige Einwohner vorgebrachte Verkürzung des

Versorgungsweges wurde nicht genauer (ca. wie viele Personen aus welchen Distanzen) quantifiziert; dazu bleibt anzumerken, dass die Verkürzung des Versorgungsweges (für einen Teil der bisher von den umliegenden Apotheken zu versorgenden Personen) eine der Neuerrichtung einer Apotheke (meist) immanente Konsequenz darstellt, woraus keine Schlüsse über die bestehende Versorgungsqualität gezogen werden können.

Abgesehen davon finden sich im angefochtenen Bescheid ebenso keine Feststellungen zur weiteren wirtschaftlichen Existenzfähigkeit der ‚B. Apotheke', die allenfalls im dritten Schritt des eingangs dargestellten Prüfschemas wesentlich wäre. 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). Die diesbezüglichen Ermittlungen der belangten Behörde (seit dem Zurückverweisungsbeschluss vom 20.05.2019) beschränken sich auf das Ersuchen (im Auftrag zur Gutachtensergänzung), die Österreichische Apothekerkammer möge die einzelnen Abrechnungen auswerten und die Anzahl der Rezepte aus dem neuen Versorgungsgebiet feststellen, wovon die Apothekerkammer aufgrund des hohen manuellen Erhebungsaufwands (Zurechnung jeder einzelnen Abrechnung zu einem Versorgungspolygon, oftmals mangelnde oder falsche Adressdaten) abgesehen hat. Weitere Erhebungen von der belangten Behörde (z.B. Aufforderung an die B.-Apotheke zur Vorlage) wurden nicht vorgenommen.

Zuletzt bleibt noch darauf hinzuweisen, dass auch für die im angefochtenen Bescheid vorgebrachten „stichprobenartigen Messungen" zur in Beschwerde gezogenen Zurechnung eines Versorgungspolygons zur ‚C.-Apotheke' keine Unterlagen im behördlichen Akt aufzufinden sind.

III.2.3. Gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen, wenn die Behörde die notwendigen Ermittlungen des Sachverhaltes unterlassen hat. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH (26.06.2014, Ro 2014/03/0063, 26.03.2015, Ra 2014/07/0077) kommt eine Zurückverweisung der Sache an die Verwaltungsbehörde zur Durchführung notwendiger Ermittlungen insbesondere dann in Betracht, wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, wenn sie zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder bloß

ansatzweise ermittelt hat. Gleiches gilt, wenn konkrete Anhaltspunkte annehmen lassen, dass die Verwaltungsbehörde (etwa schwierige) Ermittlungen unterließ, damit diese dann durch das Verwaltungsgericht vorgenommen werden (im Sinn einer „Delegierung“ der Entscheidung an das Verwaltungsgericht).

Im vorliegenden Fall wurden erforderliche Ermittlungsschritte insbesondere zur Thematik des sich nachhaltig und stetig entwickelnden Siedlungsgebiets unterlassen. Zu den Umständen der Versorgungsstruktur sowie der wirtschaftlichen Existenzfähigkeit der bestehenden ‚B.-Apotheke‘ hat die belangte Behörde nur ansatzweise ermittelt.

Die im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 21.09.2021 erstmals vorgelegten raumordnungsrechtlichen Unterlagen mögen zwar erste Anhaltspunkte für die Beurteilung der Entwicklungen im gegenständlichen Gebiet zumindest aus raumplanerischer Sicht liefern. Ob es sich jedoch tatsächlich um ein Gebiet mit demografischen Besonderheiten, konkret um ein sich stetig und nachhaltig entwickelndes Siedlungsgebiet handelt, kann erst auf Grundlage von Ermittlungen u.a. zur Entwicklung des Bevölkerungsstandes sowie zur Bautätigkeit im gegenständlichen Versorgungsgebiet der neu zu errichtenden Apotheke beurteilt werden. Wie die Vertreterin der belangten Behörde im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 21.09.2021 dargelegt hat, sind die dafür notwendigen Unterlagen (Baubewilligungen, etc.) in einem beträchtlichen Umfang bei der belangten Behörde vorhanden.

Im Hinblick auf die unmittelbare Zugriffmöglichkeit der Behörde auf diese Akten sowie die „Nähe“ zu den sonstigen noch zu erhebenden Daten (Entfernungen zwischen Betriebsstätten, etc.) kann mit einer eigenen Sachverhaltsermittlung durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich weder eine Kostenersparnis erwirkt noch eine raschere Verfahrenserledigung erreicht werden. Zudem würden das Unterlassen wesentlicher Ermittlungstätigkeit durch die Behörde und die daran anschließende Übergabe des ohnehin bei der Behörde zahlreich vorhandenen Datenmaterials an das Verwaltungsgericht einer unzulässigen Delegierung der Entscheidung gleichkommen.

Da es sich bei den erforderlichen Erhebungen um die, für die Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 10 Abs. 6a Apothekengesetz gesamte tatbestandsrelevante Sachverhaltsermittlung handelt und – wie bereits dargelegt – die Datenverfügbarkeit auf Ebene der Verwaltungsbehörde „näher“ und einfacher zu bewerkstelligen ist, war auf der Grundlage der verfahrensökonomischen Überlegungen des § 28 Abs. 3 VwGVG der angefochtene Bescheid aufzuheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an die belangte Behörde (abermals) zurückzuverweisen.

Hinsichtlich der bereits im Jahr 2014 erfolgten Antragstellung und insbesondere des seit dem Zurückverweisungsbeschluss vom 20.05.2019 (mit dem bereits die Unterlassung entsprechender Ermittlungstätigkeiten aufgezeigt wurde) ungenützt verstrichenen Zeitraums wird die belangte Behörde eine möglichst zeitnahe Entscheidung (auf Grundlage geeigneter Feststellungen) zu treffen haben.

Im Ergebnis war spruchgemäß zu entscheiden.

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 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Gegen 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