

LVwG-050006/29/Gf/JE/Mu
LVwG-050013/40/Gf/JE/Mu

Linz, 24. November 2015

An den
Gerichtshof der Europäischen Union
Kanzlei des Gerichtshofes
Rue du Fort
Niedergrünewald
L-2925 Luxemburg

A n t r a g

auf

V o r a b e n t s c h e i d u n g

gemäß Art. 267 AEUV

- a) Antragsteller: Verwaltungsgerecht des Landes Oberösterreich
Volksgartenstraße 14, 4021 Linz
- b) Antragsgegner: Republik Österreich, vertreten durch die Bundesregierung
Ballhausplatz 2, 1014 Wien
- c) Parteien der Ausgangsverfahren:
- aa) zur hg. Aktenzahl **LVwG-050006** (vormals: **VwSen-590223** u.a.) betreffend
ein Apothekenkonzessionsverfahren in **Pinsdorf/Oberösterreich**
(im Folgenden kurz: „**Sokoll-Seebacher**“)
1. Mag. S (Konzessionswerberin),
vertreten durch
Dr. Eleonore Berchtold-Ostermann,
Bräunerstr. 6, A-1010 Wien, Rechtsanwältin

< Telefax: 0043-1-53310177 >

2. Dr. A (Beschwerdeführerin),
vertreten durch
DDr. Christian Schneider,
Donau-City-Str. 11, A-1220 Wien, Rechtsanwalt
< christian.schneider@bpv-huegel.com >

bb) zur hg. Aktenzahl **LVwG-050013** (vormals: **VwSen-600134**) betreffend ein
Apothekenkonzessionsverfahren in **Leonding/Oberösterreich**
(im Folgenden kurz: „**Naderhirn**“)

1. Mag. M (Beschwerde),
vertreten durch
Mag. Michael Poduschka, Leharstr. 6, A-4320 Perg, Rechtsanwalt
< rechtsanwalt@poduschka.at >
2. Mag. J (Erstmitbeteiligte Partei),
vertreten durch
Dr. Helmut Blum, Mozartstr. 11, 4020 Linz, Rechtsanwalt
< kanzlei@ra-blum.com >;
3. Mag. K (Zweitmitbeteiligte Partei),
vertreten durch
Dr. Helmut Blum, Mozartstr. 11, 4020 Linz, Rechtsanwalt
< kanzlei@ra-blum.com >;
4. Mag. M (Drittmitbeteiligte Partei),
vertreten durch
Dr. Helmut Blum, Mozartstr. 11, 4020 Linz, Rechtsanwalt
< kanzlei@ra-blum.com >
5. Mag. Ü (Viertmitbeteiligte Partei),
vertreten durch
Mag. Klaus Übermaßer, Hafnerstr. 11, 4020 Linz, Rechtsanwalt
< office@anwalt-uebermasser.at >
6. Mag. G (Fünftmitbeteiligte Partei),
vertreten durch
Dr. Wolfgang Völkl, Nussdorferstr. 10–12, 1010 Wien, Rechts-
anwalt
< office@ra-voelkl.at >.

A. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens „Sokoll-Seebacher“

1. Zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen darf vorweg darauf hingewiesen werden, dass bereits der **Unabhängige Verwaltungssenat** (seit der Novelle BGBl I 51/2012: das **Verwaltungsgericht**) **des Landes Oberösterreich** mit Schriftsatz vom 24. Juli 2012, VwSen-590223/145/Gf/Rt, beim Gerichtshof der Europäischen Union – u.a. aus Anlass des Verfahrens betreffend die Erteilung einer Apothekenkonzession in der Gemeinde Pinsdorf (Oberösterreich) – einen Antrag auf Vorabentscheidung eingebracht und mit diesem folgende Fragen gestellt hatte:

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

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

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

2. Mit Urteil vom 13. Februar 2014, C-367/12 (ECLI:EU:C:2014:68 – „Sokoll-Seebacher“), hat der **Gerichtshof der Europäischen Union** (Vierte Kammer) für Recht erkannt, dass

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

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

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

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

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

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

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

fluter dazu ausreicht, um für die bestehende Apotheke den durch die Neuerrichtung resultierenden Abgang auszugleichen (RN 47 bis 49);

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

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

3. Daran anschließend hat das zur Fortführung des Genehmigungsverfahrens zuständige **Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich** mit Erkenntnis vom 21. Februar 2014, LVwG-050006/8/Gf/Rt, Frau Mag. S die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke in Pinsdorf/OÖ erteilt.

Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Antragstellerin die persönlichen Voraussetzungen des § 3 ApG erfülle, die sachliche Voraussetzung des § 10 Abs. 1 Z. 1 ApG (ständiger Berufssitz eines Arztes in der Gemeinde Pinsdorf) vorliege und ein Bedarf an der Neuerrichtung der Apotheke prinzipiell (und sohin auch im gegenständlichen Fall) gesetzlich zu vermuten sei. Diese Vermutung knüpfe allein an das Nichtvorliegen der Ausschlussgründe des § 10 Abs. 2 Z. 1 ApG (und damit auch jene des § 10 Abs. 3, Abs. 3a und Abs. 3b ApG: ärztliche Hausapotheke) und des § 10 Abs. 2 Z. 2 ApG (Entfernung zur nächstgelegenen öffentlichen Apotheke weniger als 500 Meter) an, zumal der Ausschlussgrund des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG (weiterhin zu versorgende Personen) unionsrechtswidrig sei.

4. Dagegen hat Frau Dr. A (in Nachfolge von Frau Mag. Z) als Inhaberin einer bereits bestehenden Apotheke eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben.

5. Der **Verwaltungsgerichtshof** hat dieser Revision mit Erkenntnis vom 30. September 2015, Ro 2014/10/0081, stattgegeben und das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich vom 21. Februar 2014, LVwG-050006/8/Gf/Rt, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

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

ten ländlichen und abgelegenen Gebieten wohnhafte Bevölkerung die zumutbare Erreichbarkeit einer Arzneimittelabgabestelle zu gewährleisten; ist aber die Erteilung der beantragten Konzession nicht bereits aus diesen Gründen unionsrechtlich geboten, so sei § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG – der in diesem Fall nach den Ausführungen des EuGH nicht unionsrechtswidrig sei – weiterhin anzuwenden. Im Übrigen sei anzumerken, dass auf Grund der bisherigen Verfahrensergebnisse einerseits keinerlei Anhaltspunkte für eine Auswirkung der von der Konzessionswerberin beantragten Neuerrichtung einer Apotheke auf die Versorgungslage einer in ländlichen und abgelegenen Gebieten wohnhaften Bevölkerung bestünden; zudem sei andererseits von vornherein auszuschließen, dass die Neuerrichtung der beantragten Apotheke zum Zweck der Gewährleistung eines zumutbaren Anfahrtsweges für die Bevölkerung eines bestimmten abgelegenen ländlichen Gebietes erforderlich ist.

B. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens „Naderhirn“

1. Das zweite Ausgangsverfahren betrifft einen Antrag auf Erweiterung des Standortes für eine in der (unmittelbar an die Landeshauptstadt Linz angrenzenden) Gemeinde Leonding (Oberösterreich) bestehende Apotheke, der ebenfalls eine Bedarfsprüfung gemäß § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG bedingt. Auch hier hat der **Verwaltungsgerichtshof** das Erkenntnis des **Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich**, mit welchem dem Erweiterungsantrag wiederum unter Außerachtlassung des streitigen Bedarfsprüfungskriteriums stattgegeben worden war, aus denselben Gründen wie im ersten Ausgangsverfahren (Sokoll-Seebacher) aufgehoben. Im nunmehr erneut beim LVwG Oberösterreich anhängigen Verfahren wurde bereits mit Schriftsatz vom 8. Dezember 2014, LVwG-050013/35/Gf/Rt, beim Gerichtshof der Europäischen Union ein Antrag auf Vorabentscheidung mit folgender Vorlagefrage eingebracht:

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

2. Mit Beschluss vom 15. Oktober 2015, C-581/14 (ECLI:EU:C:2015:707 – „Naderhirn“), hat der **Gerichtshof der Europäischen Union** (Neunte Kammer) für Recht erkannt:

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

Begründend wurde dazu u.a. ausgeführt,

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

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

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

– dass der EuGH hinsichtlich des Vorliegens innerstaatlicher Vorschriften, nach denen ein nationales Gericht vorbehaltlos an die Auslegung des Unionsrechts durch ein anderes nationales Gericht gebunden ist, bereits entschieden hat, dass es mit dem Unionsrecht nicht vereinbar ist, dass ein nationales Gericht nach einer nationalen Vorschrift an die rechtliche Beurteilung eines übergeordneten nationalen Gerichts gebunden ist, wenn

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

C. Maßgebliche Rechtslage

1. In systematischer Hinsicht unterscheidet das österreichische **Apothekengesetz**, RGebl.Nr. 5/1907 i.d.g.F. BGBl.Nr. I 32/2014 (im Folgenden: ApG), zunächst im Wesentlichen **vier verschiedene Typen** öffentlicher, d.h. für den allgemeinen Verkehr bestimmter (vgl. § 1 ApG) Apotheken, nämlich:

- **Konzessionierte Apotheken**, d.s. solche, deren Betrieb nur auf Grund einer vorangehenden behördlichen Bewilligung zulässig ist (vgl. §§ 9 ff ApG);
- **Realapotheken**, die verkäuflich sind (in dieser Form aber nicht mehr neu begründet werden können) und zu deren Betrieb lediglich eine behördliche Genehmigung hinsichtlich der persönlichen Eignung ihres Besitzers erforderlich ist (vgl. §§ 21 ff ApG);
- von Ärzten und Tierärzten geführte Apotheken (sog. "**Ärztliche Hausapotheken**"; vgl. §§ 28 ff ApG); sowie
- von Krankenanstalten geführte Apotheken (sog. "**Anstaltsapotheken**"; vgl. §§ 35 ff ApG).

2.1. Die Verfahrensbestimmungen für eine Konzessionserteilung finden sich in den §§ 9 und 10 ApG (Hervorhebungen nicht im Original):

„**§ 9.** Der Betrieb einer öffentlichen Apotheke, welche **nicht** auf einem Realrechte beruht (radizierte, verkäufliche Apotheken), ist nur auf Grund einer besonderen behördlichen Bewilligung (**Konzession**) zulässig.

Im Konzessionsbescheid ist als Standort der Apotheke eine Gemeinde, eine Ortschaft, ein Stadtbezirk oder ein Teil eines solchen Gebietes zu bestimmen. Bei Apotheken, wel-

che schon früher betrieben worden sind, ist der bisherige Standort aufrecht zu erhalten. Die Konzession hat nur für den Standort Geltung.

§ 10. (1) Die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke **ist** zu erteilen, wenn

1. in der Gemeinde des Standortes der öffentlichen Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat und
2. ein **Bedarf** an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

(2) Ein **Bedarf besteht nicht**, wenn

1. sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte eine **ärztliche Hausapotheke** befindet und weniger als zwei Vertragsstellen nach § 342 Abs. 1 ASVG (volle Planstellen) von Ärzten für Allgemeinmedizin besetzt sind, **oder**
2. die Entfernung zwischen der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen bestehenden öffentlichen Apotheke weniger als **500 Meter** beträgt **oder**
3. die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus **weiterhin zu versorgenden Personen** sich in Folge der Neuerrichtung verringert und **weniger als 5.500** betragen wird.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Für den Fall der begehrten Erweiterung des Standortes der Betriebsstätte einer Konzessionierten Apotheke sieht § 46 Abs. 5 ApG vor:

„(5) Über einen Antrag auf Erweiterung des bei Erteilung der Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke gemäß § 9 Abs. 2 festgesetzten Standortes oder um nachträgliche Festsetzung des Standortes, wenn dieser bei Erteilung der Konzession nicht gemäß § 9 Abs. 2 bestimmt wurde, ist **das für die Konzessionserteilung vorgesehene Verfahren** durchzuführen.“

3. In der Praxis erlangt unter den in § 10 Abs. 1 und 2 ApG normierten und **je-**
weils einen **eigenständigen** Ausschließungsgrund bildenden Genehmigungsvo-
raussetzungen vor allem das Kriterium des **§ 10 Abs. 2 Z. 3 ApG**, wonach dann
kein Bedarf an der Neuerrichtung einer konzessionierten Apotheke besteht, wenn
dadurch das Versorgungspotential einer bereits bestehenden Apotheke auf **unter**
5.500 Personen – d.s. **entweder** nur ständige Einwohner einerseits (§ 10
Abs. 4 ApG) **oder** andererseits ständige Einwohner plus „Einfluter“, d.h. die auf
Grund der Beschäftigung, die auf Grund der Inanspruchnahme von Einrichtungen
und die auf Grund des Verkehrs in diesem Gebiet zu versorgenden Personen
(§ 10 Abs. 5 ApG) – **absinken** würde, essentielle Bedeutung.

3.1. Hinsichtlich der Frage der Unionsrechtskonformität des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG
hat der Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil vom 13. Februar
2014, C-367/12 (ECLI:EU:C:2014:68 – „Sokoll-Seebacher“), u.a. Folgendes
festgestellt (Hervorhebungen nicht im Original):

„41 Zu diesem Zweck ist darauf hinzuweisen, dass bei einer im gesamten betroffenen
Hoheitsgebiet einheitlichen Anwendung der in der nationalen Regelung für die Neuer-
richtung einer öffentlichen Apotheke festgelegten Voraussetzungen bezüglich der Bevöl-
kerungsdichte und der Mindestentfernung zwischen Apotheken unter bestimmten Um-
ständen die Gefahr besteht, dass in Gebieten, die bestimmte demografische Besonder-
heiten aufweisen, ein angemessener Zugang zum pharmazeutischen Dienst nicht ge-
währleistet ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Blanco Pérez und Chao Gómez, Rn. 96).

42 **Inbesondere** hat der Gerichtshof zu Voraussetzungen bezüglich der Bevölke-
rungsdichte festgestellt, dass eine einheitliche und ausnahmslose Anwendung dieser Vo-
raussetzungen in bestimmten ländlichen Gebieten, in denen die Bevölkerung im Allge-
meinen verstreut siedelt und weniger zahlreich ist, dazu führen könnte, dass bestimmte
betroffene Einwohner keine Apotheke in vernünftiger Entfernung vorfinden und ihnen
somit ein angemessener Zugang zum pharmazeutischen Dienst vorenthalten würde
(vgl. in diesem Sinne Urteil Blanco Pérez und Chao Gómez, Rn. 97).

43 Im Ausgangsrechtsstreit sieht § 10 ApG vor, dass ein Bedarf an einer neu zu errich-
tenden öffentlichen Apotheke dann nicht besteht, wenn die Zahl der von der Betriebs-
stätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus „weiterhin zu
versorgenden Personen“, d. h. der ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier
Straßenkilometern um diese Betriebsstätte, sich infolge der Neuerrichtung verringert
und weniger als 5.500 betragen wird. Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner jedoch
weniger als 5.500, sind nach dem ApG die aufgrund der Beschäftigung, der Inanspruch-
nahme von Einrichtungen und des Verkehrs von dieser Apotheke in diesem Gebiet zu

versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen (im Folgenden: „Einfluter“).

44 Um dem vorliegenden Gericht eine zweckdienliche Antwort zu geben, sind **zwei Gesichtspunkte** hervorzuheben, die wie folgt zusammengefasst werden können.

45 **Auf der einen Seite** gibt es Personen, die nicht im Umkreis von vier Straßenkilometern um die Betriebsstätte der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke wohnen und daher weder in deren Versorgungsgebiet noch in einem anderen bestehenden Gebiet als ständige Einwohner berücksichtigt werden. Diese Personen können zwar als „Einfluter“ in ein oder mehrere Gebiete berücksichtigt werden, doch hängt ihr Zugang zu Apothekendienstleistungen damit von Umständen ab, die ihnen insoweit grundsätzlich keinen dauerhaften und kontinuierlichen Zugang gewähren, da dieser lediglich an der Beschäftigung in einem bestimmten Gebiet oder einem dort benutzten Verkehrsmittel anknüpft. Daraus folgt, dass sich für bestimmte, **insbesondere** in ländlichen Regionen wohnende Personen der **Zugang zu Arzneimitteln als kaum angemessen** erweisen kann, wenn man auch berücksichtigt, dass eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche **keine Höchstentfernung** zwischen dem Wohnort einer Person und der nächstgelegenen Apotheke vorsieht.

46 Dies gilt umso mehr, als von den Personen, die zu der in der vorstehenden Randnummer genannten Kategorie gehören, überdies manche, wie z. B. ältere Menschen, Menschen mit Behinderungen und Kranke, zeitweilig oder längerfristig über eine eingeschränkte Mobilität verfügen. Denn zum einen kann ihr Gesundheitszustand eine dringende oder häufige Verabreichung von Arzneimitteln erfordern, und zum anderen kann wegen ihres Gesundheitszustands ihr Bezug zu den einzelnen Gebieten sehr gering sein oder gar entfallen.

47 **Auf der anderen Seite** würde die Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke, wenn sie im Interesse all derer beantragt wird, die in dem Gebiet, das das zukünftige Versorgungsgebiet einer neuen Apotheke darstellt, und außerhalb eines Umkreises von vier Kilometern wohnen, **zwangsläufig dazu führen**, dass **in den Versorgungsgebieten der bestehenden Apotheken die Zahl der ständigen Einwohner**, die weiterhin zu versorgen wären, **gegebenenfalls unter die Schwelle von 5.500 Personen sinken** würde. Dies wäre **insbesondere** in ländlichen Regionen der Fall, in denen die Bevölkerungsdichte in der Regel niedrig ist.

48 Aus den nationalen Rechtsvorschriften scheint sich allerdings zu ergeben, dass – was zu überprüfen jedoch Sache des vorliegenden Gerichts ist – einem Antrag auf Erteilung einer Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke **unter solchen Umständen** nur dann stattgegeben wird, wenn die **Zahl der „Einfluter“ ausreicht**, um die Verringerung der Zahl der in den von der Neuerrichtung betroffenen Gebieten „weiterhin zu versorgenden“ Einwohner **auszugleichen**. Die im Hinblick auf diesen Antrag zu treffende Entscheidung **hingegen damit in Wirklichkeit nicht von der Beurteilung der Möglichkeit des Zugangs zu Apothekendienstleistungen im neu in Aussicht genommenen Gebiet** ab, sondern von der Frage, **ob und in welcher Zahl** in den durch diese Neuerrichtung betroffenen Gebieten **„Einfluter“ zu erwarten** sind.

49 In ländlichen und abgelegenen Regionen, in die nur wenige „einfluten“, besteht jedoch die Gefahr, dass die Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ nicht die **zwingend vorgeschriebene Grenze** erreicht und damit der Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke als unzureichend angesehen wird.

50 Daraus folgt, dass bei der Anwendung des Kriteriums der Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ die Gefahr besteht, dass für bestimmte Personen, die in ländlichen und abgelegenen Regionen außerhalb der Versorgungsgebiete bestehender Apotheken wohnen, insbesondere für Menschen mit eingeschränkter Mobilität, **kein gleicher und angemessener Zugang zu Apothekendienstleistungen** sichergestellt ist.

51 Nach alledem ist auf die ersten beiden Fragen zu antworten, dass Art. 49 AEUV, insbesondere das Gebot der Kohärenz bei der Verfolgung des angestrebten Ziels, dahin

auszulegen ist, dass er einer mitgliedstaatlichen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen, die als essenzielles Kriterium bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke **eine starre Grenze von ‚weiterhin zu versorgenden Personen‘ festlegt**, entgegensteht, weil die zuständigen nationalen Behörden **keine Möglichkeit** haben, **von dieser Grenze abzuweichen, um örtliche Besonderheiten zu berücksichtigen.**“

3.2. Diese Feststellungen sind nach Ansicht des **Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich** dahin zu verstehen, dass die Regelung der Bedarfsprüfung in der Form, wie diese – derzeit immer noch – in § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG festgelegt ist, nicht bloß in Sonderkonstellationen wie der beabsichtigten Neuerrichtung einer Apotheke in dünn besiedelten ländlichen Gebieten (dort freilich besonders!), sondern vielmehr ganz **grundsätzlich** dem Art. 49 AEUV widerspricht, weil sie es infolge des darin normierten **starken Grenzwertes** von **5.500 Personen** der Behörde (bspw. im Gegensatz zu § 10 Abs. 6 ApG, der im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung ein ausnahmsweises Unterschreiten der prinzipiell fixen 500-Meter-Entfernung durchaus zulässt!) nicht ermöglicht, Spezifika des konkreten Einzelfalles angemessen, nämlich zu Gunsten des **kohärent anzustrebenden Primärzieles einer optimalen Heilmittelversorgung der Bevölkerung** bzw. des **gleichen und angemessenen Zuganges zu Apothekendienstleistungen** (dem gegenüber das Ziel des **Bestandsschutzes** bereits bestehender Apotheken wohl in den **Hintergrund** zu treten hat), zu berücksichtigen.

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

Eine solche Anpassungsmöglichkeit dürfte nämlich **weder im ländlichen noch im städtischen Raum** gegeben sein, wenn in § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG – **nicht** in Form eines **bloßen Richt-**, sondern eines **fixen Grenzwertes** – eine **explizite** – und damit im Wege der Auslegung schon a priori **nicht variierbare** – **Personenzahl** festgelegt ist: Indem auf diese Weise jede solche Verringerung des Kundenstocks bestehender Apotheken, aus der ein unter der 5.500-Personen-Grenze liegendes Quantum resultiert – und somit im Extremfall auch ein verbleibendes Kundenpotential von bloß 5.499 Personen –, ex lege zur Verneinung des Bedarfes führen muss (arg. „besteht nicht“ in § 10 Abs. 2 ApG), können **spezifische tatsächliche Gegebenheiten** wie etwa ein **dringendes öffentliche In-**

teresse an einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung i.S.d. § 10 Abs. 6 ApG **schon von vornherein nicht** in eine **solche Bedarfsbeurteilung einfließen**. Dies kann **vornehmlich in ländlichen und abgelegenen Gebieten** zu einer verfälschten Bedarfsbeurteilung führen. **In gleicher Weise** ist aber auch in **dichter besiedelten Gegenden** keineswegs ausgeschlossen, dass faktisch selbst dann ein dringender Bedarf besteht, wenn sich der Kundenstock bestehender Apotheken auf weniger als 5.500 Personen verringert; konkret müsste etwa die beantragte Konzession für eine Neuapotheke z.B. versagt werden, wenn im Zuge der Neugestaltung eines Stadtviertels (Errichtung von Hochhäusern, Bahnhöfen, Einkaufszentren, etc.) für eine solche wegen der damit verbundenen Neuansiedlung, Einflutung usw. weiterer Personen zwar objektiv besehen durchaus ein zusätzlicher Versorgungsbedarf entsteht, dadurch jedoch gleichzeitig der Kundenstock von einer oder von mehreren bereits bestehenden Apotheke(n) auf (knapp) unter 5.500 Personen absinken würde.

Dass im Urteil vom 13. Februar 2014, C-367/12 (ECLI:EU:C:2014:68 – „Sokoll-Seebacher“), die Hervorhebung von „dünn besiedelten ländlichen Regionen“ (bzw. eigentlich: von „Menschen mit eingeschränkter Mobilität“) – zudem in nahe liegender Anlehnung an das einschlägige EuGH-Vorjudikat vom 1. Juni 2010, C-570/07 (ECLI:EU:C:2010:300 – „Blanco Pérez und Chao Gómez“) – **bloß paradigmatisch**, nämlich zur Verdeutlichung der mit einer starren Grenze verbundenen Auswirkungen, erfolgte, dürfte sich schließlich auch daraus ergeben, dass im **Tenor** eine entsprechende Hervorhebung – **wohl nicht zufällig** – **weggelassen** wurde (vgl. nach RN 53):

„Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Vierte Kammer) für Recht erkannt:

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

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

3.3. Dem gegenüber scheint der **Verwaltungsgerichtshof** – beginnend mit seinem Erkenntnis vom 27. März 2014, ZI. 2013/10/0209, bis zu seiner im vorliegenden Fall maßgeblichen Entscheidung vom 30. September 2015, Ro 2014/10/0081 (m.w.N.) – davon auszugehen, dass das in § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG festgelegte Bedarfskriterium der „weiterhin zu versorgenden Personen“ nach dem Urteil des EuGH vom 13. Februar 2014, C-367/12 (ECLI:EU:C:2014:68 – „Sokoll-Seebacher“), **lediglich dann und insoweit** als unionsrechtswidrig anzusehen

ist, als dieses in Sachverhaltskonstellationen heranzuziehen wäre, in denen die Versorgungssituation, d.h. die Erreichbarkeit einer Arzneimittelabgabestelle, für die in bestimmten **ländlichen und abgelegenen Gebieten** wohnhafte Bevölkerung zu prüfen ist; im Übrigen stehe § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG jedoch nicht im Widerspruch zu Art. 49 AEUV, weshalb diese Bestimmung in Verfahren zur Erteilung einer Neukonzession bzw. in Verfahren, in denen die Erweiterung des Standortes der Betriebsstätte jeweils einer im **städtischen Raum** gelegenen Apotheke zu beurteilen ist, uneingeschränkt zum Tragen kommt. (Im Besonderen gilt dies sogar dann, wenn jene Mitbeteiligte, hinsichtlich der im Gutachten der Apothekerkammer ausschließlich festgestellt wurde, dass ihr Kundenpotential im Falle der Bewilligung der beantragten Standorterweiterung unter 5.500 Personen sinken wird, selbst gar nicht Partei im Verfahren vor dem VwGH ist.)

D. Vorlagefrage

1. Nach Auffassung des LVwG Oberösterreich dürfte sich insbesondere aus den RN 28 und 29 des Beschlusses des EuGH vom 15. Oktober 2015, C-581/14, ableiten lassen, dass im Falle von Meinungsverschiedenheiten zwischen nationalen Gerichten über die Auslegung einer Entscheidung des EuGH ein neuerliches Herantreten an den Gerichtshof im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens nicht zwangsläufig zu einer a-limine-Zurückweisung wegen „res iudicata“ führt: Denn obwohl die Urteile und Beschlüsse des EuGH gemäß Art. 91 Abs. 1 und 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs vom 25. September 2012 jeweils mit deren Verkündung bzw. Zustellung **rechtskräftig** werden, dürfte dadurch eine **bloß weitere Präzisierung** einer prozessualen Enderledigung des Gerichtshofs durch diesen selbst – jedenfalls in einem **Vorabentscheidungsverfahren – nicht gehindert** sein (vgl. in diesem Sinne auch die Urteile des EuGH vom 16. Dezember 1992, C-169/91 [ECLI:EU:C:1992:519 – “Council of the City of Stoke-on-Trent”], und vom 21. September 1999, C-124/97 [ECLI:EU:C:1999:435 – „Läärä”]), zumal es sich ja auch insoweit wohl um eine „Auslegung der Verträge“ i.S.d. Art. 267 Abs. 1 AEUV handelt.

2. Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, sind das vorliegende Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich und der Österreichische Verwaltungsgerichtshof unterschiedlicher Meinung über die Auslegung der Bestimmungen der Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV, insbesondere des Gebotes der Kohärenz bei der Verfolgung des angestrebten Zieles, im Hinblick auf das fragliche Bedarfskriterium im Zusammenhang mit der Errichtung bzw. Standorterweiterung von Apotheken gemäß § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG. Um der vollen Wirksamkeit bzw. dem Gebot der einheitlichen Auslegung dieser Unionsrechtsnorm entsprechend Rechnung zu tragen, sieht sich daher das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich in den weiterhin bei ihm anhängigen Anlassfällen dazu veranlasst,

den Gerichtshof der Europäischen Union erneut mit – im Vergleich zur Rechtssache „Sokoll-Seebacher“ nunmehr konkreteren – Auslegungsfragen zu befassen.

3. Die nachstehende Vorlagefrage ist entscheidungserheblich für die beim Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich anhängigen Ausgangsverfahren.

Dabei handelt es sich zwar jeweils um rein innerstaatliche Sachverhalte, sodass die betreffenden Bestimmungen zur Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV nicht direkt zum Tragen kommen. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat jedoch etwa in seinem Urteil vom 19. Juli 2012, C- 470/11 (ECLI:EU:C:2012:505 – „Garkalns“) die Entscheidungserheblichkeit in solchen Fällen insbesondere dann bejaht, wenn das nationale Recht vorschreibt, dass einem inländischen Staatsangehörigen die gleichen Rechte zukommen, die einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats in der gleichen Lage kraft Unionsrecht zustünden (RN 20).

Art. 7 des **Bundes-Verfassungsgesetzes** (BGBl 1/1930 i.d.g.F. BGBl I 102/2014) normiert einen verfassungsmäßigen Gleichheitsgrundsatz für sämtliche österreichischen Staatsbürger (vgl. Abs. 1 erster Satz):

„Artikel 7. (1) Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Die Republik (Bund, Länder und Gemeinden) bekennt sich dazu, die Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens zu gewährleisten.

(2) Bund, Länder und Gemeinden bekennen sich zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau. Maßnahmen zur Förderung der faktischen Gleichstellung von Frauen und Männern insbesondere durch Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten sind zulässig.

(3) Amtsbezeichnungen können in der Form verwendet werden, die das Geschlecht des Amtsinhabers oder der Amtsinhaberin zum Ausdruck bringt. Gleiches gilt für Titel, akademische Grade und Berufsbezeichnungen.

(4) Den öffentlich Bediensteten, einschließlich der Angehörigen des Bundesheeres, ist die ungeschmälerte Ausübung ihrer politischen Rechte gewährleistet.“

Aus diesem Gleichheitsgrundsatz leitet der Verfassungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ein Inländerdiskriminierungsverbot ab (vgl. z.B. VfGH vom 6. Oktober 2011, G 41/10 [= VfSlg 19529/2011], Pkt. III.2.1., m.w.N.). Die Frage der Gleichheits- bzw. Verfassungskonformität des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG hängt damit zunächst von der Unionsrechtskonformität der nationalen Rechtslage ab.

Davon ausgehend, dass die Prüfung der Frage der Gleichheitskonformität nach nationalem Recht letztlich dem Verfassungsgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen ist, ist für das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich die Beurteilung der Unionsrechtskonformität und hierzu die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH von unmittelbarem Nutzen. Denn ein Gesetzesprüfungsantrag an den Verfassungsgerichtshof würde sich erübrigen, wenn das LVwG Oberösterreich auf

Grund der Auslegung des Art. 49 AEUV durch den Gerichtshof der Europäischen Union zum Ergebnis gelangt, dass § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG nicht unionsrechtswidrig ist.

Im Übrigen ist nicht auszuschließen, dass in den Anlassfällen auch ein Unionsbürger, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, Interesse am Erwerb einer Konzession zum Betrieb einer Apotheke in den hier maßgeblichen österreichischen Standorten gehabt hätte. Auch dieser Umstand spricht, so der EuGH etwa im Urteil vom 13. Februar 2014, C-367/12 (ECLI:EU:2014:68 – „Sokoll-Seebacher“), für die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage.

4. Da sohin prozessuale Hindernisse nicht entgegenstehen dürften, erlaubt sich das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich, im Wege seines nach der Geschäftsverteilung hierfür zuständigen Richters dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV folgende ergänzende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

„Ist Art. 49 AEUV, insbesondere das Gebot der Kohärenz bei der Verfolgung des angestrebten Ziels, im Hinblick auf die bzw. unter Zugrundelegung der vom Gerichtshof der Europäischen Union in dessen Urteil vom 13. Februar 2014, C-367/12 (ECLI:EU:C:2014:68 – „Sokoll-Seebacher“), im Tenor (bzw. in RN 51) getroffene Feststellung, dass eine mitgliedstaatlichen Regelung wie § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG, die als essenzielles Kriterium bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine starre Grenze von weiterhin zu versorgenden (konkret: in einem Ausmaß von 5.500) Personen festlegt, entgegensteht,

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

oder

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

oder

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

5. Abschließend darf angemerkt werden, dass mittlerweile die **Viertmitbeteiligte Partei** (kurz: „Ü KG“) des gegenständlichen Anlassverfahrens zu **LVwG-050013** („N“) auch ihrerseits einen Antrag auf Erweiterung des (in unmittelbarer örtlicher Nähe gelegenen) Standortes ihrer Apotheke unter Beibehaltung ihrer bisherigen Betriebsstätte gestellt hat.

Diesem Antrag wurde von der zuständigen Behörde unter Hinweis auf die auf Grund der in dieser Gegend in den letzten 20 Jahren vorgenommene Errichtung

von zahlreichen Wohn- und Geschäftsgebäuden stark angestiegene Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ stattgegeben, weil vor diesem Hintergrund anzunehmen sei, dass die beantragte Standorterweiterung nicht dazu führen wird, dass das Kundenpotential der bereits bestehenden umliegenden Apotheken unter 5.500 Personen sinken (sondern vielmehr ebenfalls ansteigen) wird (was nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich die **Verdrängung des Kohärenzzieles einer optimalen Heilmittelversorgung** der Bevölkerung **zugunsten des Bestandsschutzes** für bereits bestehende Apotheken ebenso deutlich macht wie der Umstand, dass sich **nach übereinstimmender Judikatur** des VfGH [beginnend mit dem Erkenntnis vom 2. März 1998, G 37/97] und des VwGH [vgl. z.B. VwGH vom 13. November 2000, 98/10/0079] ein Apotheker, der **selbst** anlässlich der Konzessionserteilung **keinen garantierten Kundenstock von mindestens 5.500 Personen nachweisen** musste, dadurch gleichsam eine „**Sperrwirkung**“ für **jede weitere Errichtung** einer **neuen Apotheke** in seinem Einflussbereich erzeugt, weil er letzterer stets den Umstand seines de facto [deutlich] untergrenzwertigen Versorgungspotentials [von beispielsweise bloß 3.400 Personen wie im vorzitierten VwGH-Erkenntnis] entgegengehalten werden kann!).

Dagegen haben die **Erstmitbeteiligte Partei** (kurz: „Mag. J“) und die **Fünftmitbeteiligte Partei** (kurz: „Mag. G“), **nicht jedoch** auch der **Beschwerdeführer** dieses Anlassverfahrens (**LVwG-050013** – „N“) eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich erhoben (hg. derzeit anhängig zu **LVwG-050039**).

Dieses letztere Beschwerdeverfahren wurde mit hg. Beschluss vom 25. Juni 2015, LVwG-**050039**/16/Gf/Mu, bis zur Beendigung des Vorabentscheidungsverfahrens in der Rechtssache „N“ (LVwG-050013) durch den Gerichtshof der Europäischen Union ausgesetzt.

Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich

Dr. G r o f

Rechtssatz:**LVwG-050006/29/Gf/Rt vom 24. November 2015****Abstract:**

Mit Beschluss vom 15. Oktober 2015, C-581/14, hat der EuGH u.a. ausgeführt, dass sich aus dem Vorlageantrag des LVwG OÖ ergibt, dass zwischen diesem und dem VwGH eine Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der Tragweite des Urteils Sokoll-Seebacher (vom 13.2.2014, C-367/12) besteht; hierzu habe das LVwG Oö den EuGH allerdings in seinem Antrag vom 8. Dezember 2014 nicht befragt (RN 29). Der damit implizit verbundenen Anregung, hinsichtlich der Auslegung des EuGH-Urteils vom 13.2.2014, C 367/12, neuerlich an den EuGH heranzutreten, ist das LVwG OÖ durch die Stellung eines entsprechenden (neuerlichen) Vorlageantrages nachgekommen.

Normen:

Art. 49 AEUV; Art. 267 AEUV; Art. 91 EuGH-VerfO; Art. 7 B-VG; § 10 ApG

Rechtssätze:

* Nach Auffassung des LVwG OÖ lässt sich insbesondere aus den RN 28 und 29 des Beschlusses des EuGH vom 15. Oktober 2015, C-581/14, ableiten, dass im Falle von Meinungsverschiedenheiten zwischen nationalen Gerichten über die Auslegung einer Entscheidung des EuGH ein neuerliches Herantreten an den Gerichtshof im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens nicht zwangsläufig zu einer a-limine-Zurückweisung wegen „res iudicata“ führt: Denn obwohl die Urteile und Beschlüsse des EuGH gemäß Art. 91 Abs. 1 und 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs vom 25. September 2012 (EuGH-VerfO) jeweils mit deren Verkündung bzw. Zustellung rechtskräftig werden, dürfte dadurch eine bloß weitere Präzisierung einer prozessualen Enderledigung des Gerichtshofs durch diesen selbst nicht gehindert sein, zumal es sich ja auch insoweit wohl um eine „Auslegung der Verträge“ i.S.d. Art. 267 Abs. 1 AEUV handelt;

* Die vom EuGH im Urteil vom 13. Februar 2014, C-367/12 („Sokoll-Seebacher“), getroffenen Feststellungen sind nach Ansicht des LVwG OÖ dahin zu verstehen, dass die Regelung der Bedarfsprüfung in der Form, wie diese – derzeit immer noch – in § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG festgelegt ist, nicht bloß in Sonderkonstellationen wie dünn besiedelten ländlichen Gebieten, sondern vielmehr grundsätzlich dem Art. 49 AEUV widerspricht, weil sie es infolge des darin normierten starren Grenzwertes – anstelle eines bloßen Richtwertes – von 5.500 Personen der Behörde (etwa im Gegensatz zu § 10 Abs. 6 ApG, der im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung ein ausnahmsweises Unterschreiten der prinzipiell fixen 500-Meter-Entfernung zulässt) nicht ermöglicht, Spezifika des konkreten Einzelfalles angemessen

sen, nämlich zu Gunsten des kohärent anzustrebenden Primärzieles einer optimalen Heilmittelversorgung der Bevölkerung bzw. des gleichen und angemessenen Zuganges zu Apothekendienstleistungen (dem gegenüber das Ziel des Bestandsschutzes bereits bestehender Apotheken wohl in den Hintergrund zu treten hat), zu berücksichtigen. Dass in diesem EuGH-Urteil die Hervorhebung von „dünn besiedelten ländlichen Regionen“ (bzw. eigentlich: von „Menschen mit eingeschränkter Mobilität“) in nahe liegender Anlehnung an das einschlägige dg. Vorjudikat vom 1. Juni 2010, C-570/07 („Blanco Pérez und Chao Gómez“), bloß paradigmatisch, nämlich zur Verdeutlichung der mit einer starren Grenze verbundenen Auswirkungen, erfolgte, dürfte sich auch daraus ergeben, dass dessen Tenor (bloß) lautet (vgl. nach RN 53):

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

In diesem Urteilsspruch ist also keine Bezugnahme auf „dünn besiedelte ländliche Gebiete“, auf „Menschen mit eingeschränkter Mobilität“ o.Ä. enthalten;

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

* Vor dem Hintergrund dieser Auslegungsdivergenz hat das LVwG OÖ dem EuGH im Rahmen eines neuerlichen Vorabentscheidungsantrages folgende Frage vorgelegt:

„Ist Art. 49 AEUV, insbesondere das Gebot der Kohärenz bei der Verfolgung des angestrebten Ziels, im Hinblick auf die bzw. unter Zugrundelegung der vom Gerichtshof der Europäischen Union in dessen Urteil vom 13. Februar 2014, C-367/12 (ECLI:EU:C:2014:68 – „Sokoll-Seebacher“), im Tenor (bzw. in RN 51) getroffene Feststellung, dass eine mitgliedstaatlichen Regelung wie § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG, die als essenzielles Kriterium bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine starre Grenze von weiterhin zu versorgenden (konkret: in einem Ausmaß von 5.500) Personen festlegt, entgegensteht,

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

oder

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

oder

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

Schlagworte:

Rechtskraft – bloße Präzisierung eines EuGH-Urteils; res iudicata; Zurückweisung; Apothekenkonzession – Bedarfsprüfung – absolute oder bloß relative Unionsrechtswidrigkeit; Richtwert – starre Grenzziehung; städtisches Gebiet – abgelegene Region