

Montag, 6. August 2012

Unabhängiger Verwaltungssenat (UVS) Oberösterreich stellte beim Gerichtshof der Europäischen Union einen Antrag auf Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV bezgl. des Apothekengesetzes.

*Das Präsidium des Unabhängigen Verwaltungssenats des Landes Oberösterreich teilt mit:*

Der Unabhängige Verwaltungssenat (UVS) Oberösterreich stellte am 24. Juli 2012 (VwSen-590223/145/Gf/Rt u.a.) beim Gerichtshof der Europäischen Union in Luxemburg einen Antrag auf Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV (über die Auslegung der Verträge und über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union).

Inhaltlich soll bei der Vorabentscheidung beurteilt werden, ob die dem österreichischen Apothekengesetz (ApG) zu Grunde liegende Systematik (vgl. § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG; starre Grenze von 5.500 Personen im Zuge der Bedarfsprüfung anlässlich der Erteilung einer Konzession zur Errichtung einer neuen Apotheke) generell bzw. hinsichtlich ihrer konkreten Ausgestaltung mit den Grundsätzen des Unionsrechts (vgl. Art. 49 AEUV (Transparenzgebot) und Art. 16 EGRC (Legalitätsgebot)) vereinbar ist.

Der genaue Wortlaut des Antrages auf Vorabentscheidung des UVS Oberösterreich ist im Anhang ersichtlich.

Der geschäftsführende Vizepräsident:



Alfred Kisch

Antrag VwSen-590223/145/Gf/Rt

Rückfragen:

Geschäftsführender Vizepräsident Mag. Alfred Kisch

Telefon: (+43 732) 7075 – 180 01

Fax: (+43 732) 7075 – 218 018

Mail: [alfred.kisch@uvs-ooe.gv.at](mailto:alfred.kisch@uvs-ooe.gv.at)

**VwSen-590223/145/Gf/Rt**  
**VwSen-590307/34/Gf/Rt**

**Linz, 24. Juli 2012**

**An den**  
**Gerichtshof der Europäischen Union**  
**Kanzlei des Gerichtshofes**  
**L-2995 Luxemburg**

Antragsteller: Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich  
 Fabrikstraße 32, 4021 Linz

Antragsgegner: Republik Österreich, vertreten durch die Bundesregierung  
 Ballhausplatz 2, 1014 Wien

Mitbeteiligte Parteien:

1. Mag. X X, vertreten durch  
 Mag. J,  
 Rechtsanwalt
2. Mag. Y Y, vertreten durch  
 Dr. H,  
 Rechtsanwalt
3. Mag. Z Z, vertreten durch  
 Dr. Ö,  
 Rechtsanwältin
4. Mag. V V vertreten durch  
 DDr. Ä,  
 Rechtsanwalt

## **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

## **I. Sachverhalte der Ausgangsverfahren**

### **A. Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke mit dem Standort im Gebäude des H der Landeshauptstadt Linz**

1.1. Mit dem am 9. Jänner 2004 zugestellten Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 17. Dezember 2003 wurde der Antrag einer (im Ausgangsverfahren nun nicht mehr beteiligten) Dritten auf Erteilung einer Konzession für die Neuerrichtung einer Apotheke mit dem Standort im Gebäude des H Linz mangels Vorliegens eines Bedarfes im Sinne des § 10 des Apothekengesetzes abgewiesen.

1.2. In der Folge haben sowohl Mag. X X, vertreten durch RA Mag. J (im Folgenden: Mitbeteiligte Partei [dieses Ausgangsverfahrens]), (am 17. November 2005) als auch zwei weitere Interessentinnen (am 9. bzw. am 10. Jänner 2006) inhaltlich im Wesentlichen gleich lautende Anträge auf Erteilung einer solchen Konzession gestellt.

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 20. Mai 2009, Zl. 51426/2005, wurde schließlich der Mitbeteiligten Partei diese Konzession erteilt.

Dagegen hat Mag. Y Y, vertreten durch RA Dr. H (im Folgenden: Berufungswerberin [dieses Ausgangsverfahrens]), als Inhaberin der im Nahebereich des Linzer H bereits bestehenden "B-Apotheke", Berufung erhoben.

1.3. Mit Erkenntnis des Oö. Verwaltungssenates vom 10. Juni 2010, ZIn. VwSen-590222/25/Gf/Mu u.a., wurde dieser Berufung insoweit stattgegeben, als der Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz aufgehoben wurde.

Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass der Antrag der Mitbeteiligten Partei nicht erst nach Ablauf, sondern noch innerhalb der zweijährigen sog. "Sperrfrist" des § 47 Abs. 2 erster Satz Apothekengesetz gestellt worden sei, ohne dass in diesem Zeitraum eine wesentliche Veränderung in den maßgeblichen lokalen Verhältnissen eingetreten wäre.

Dagegen hat die Mitbeteiligte Partei eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof (im Folgenden: VwGH) erhoben.

1.4. Mit Erkenntnis vom 24. Februar 2011, Zl. 2010/10/0167, hat der VwGH dieser Beschwerde stattgegeben und das h. Erkenntnis vom 10. Juni 2010 wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass entgegen der Vorschrift des § 67d Abs. 2 AVG keine öffentliche Verhandlung durchgeführt worden sei.

Bezüglich des fortzusetzenden Verfahrens wurde festgestellt, dass in diesem der Berufungswerberin lediglich insoweit ein rechtliches Interesse – und damit Prozesslegitimation – zukomme, als sie vorzubringen vermöge, dass (die Entfernung zwischen der neu zu errichtenden und ihrer eigenen Apotheke weniger als 500 Meter und/oder) die Zahl der von ihrer Apotheke aus weiterhin zu versorgenden Personen infolge der Neuerrichtung weniger als 5.500 betragen werde.

Es sei daher (angesichts der Unstrittigkeit der Einhaltung der Mindestentfernung) durch den Oö. Verwaltungssenat (lediglich) zu ermitteln, ob im Zeitpunkt seiner Entscheidung unter dem Aspekt des der Apotheke der Berufungswerberin verbleibenden Kundenpotentials ein Bedarf an der beabsichtigten Neuerrichtung einer Apotheke durch die Mitbeteiligte Partei besteht.

1.5. Unter Bindung an diese Rechtsansicht (vgl. § 63 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtshofsgesetzes, BGBl.Nr. 10/1985 i.d.g.F. BGBl.Nr. I 111/2010) hat der Oö. Verwaltungssenat zunächst am 20. Mai 2011 eine öffentliche Verhandlung durchgeführt und der Österreichischen Apothekerkammer – wie in § 10 Abs. 7 Apothekengesetz zwingend vorgesehen – die Erstellung eines Gutachtens zur Klärung der aktuellen Bedarfssituation aufgetragen.

1.6. Mit Schriftsatz vom 9. November 2011, Zl. III-5/2/2-534/1/11, hat die Österreichische Apothekerkammer ein dementsprechendes Gutachten vorgelegt.

Daraus geht im Wesentlichen hervor, dass das Versorgungspotential der bestehenden Apotheke der Berufungswerberin im Falle der Neuerrichtung einer Apotheke durch die Mitbeteiligte Partei auf insgesamt 4.970 Personen absinken würde, weshalb ein entsprechender Bedarf nicht gegeben sei.

Sowohl die Berufungswerberin als auch die Mitbeteiligte Partei haben dagegen – Letztere u.a. im Wege eines eigenständigen Gutachtens – jeweils entsprechend begründete Einwendungen erhoben, weshalb dem Vertreter der Österreichischen Apothekerkammer in der fortgesetzten öffentlichen Verhandlung des Oö. Verwaltungssenates vom 30. Jänner 2012 der Auftrag erteilt wurde, hierzu entsprechend Stellung zu nehmen.

1.7. In ihrem Schriftsatz vom 10. April 2012, Zl. III-5/2/2-10/5/12, hat die Österreichische Apothekerkammer ausgeführt, dass sich unter Berücksichtigung der von der Mitbeteiligten Partei vorgebrachten Einwendungen das der Apotheke der Berufungswerberin verbleibende Kundenpotential zwar von 4.970 auf insgesamt 5.315 Personen erhöhen, damit aber dennoch weiterhin unter der Fixgrenze des § 10 Abs. 2 Z. 3 Apothekengesetz von 5.500 Personen liegen würde, weshalb im Ergebnis kein Bedarf an der Neuerrichtung einer Apotheke durch die Mitbeteiligte Partei gegeben sei.

1.8. Im Zuge der fortgesetzten öffentlichen Verhandlung des Oö. Verwaltungssenates vom 8. Mai 2012 hat der Vertreter der Österreichischen Apothekerkammer das der Berufungswerberin verbleibende Kundenpotential neuerlich – nämlich auf 5.312 Personen – korrigiert.

Dem in dieser Verhandlung auf Grund weiterer Einwendungen der Mitbeteiligten Partei erteilten Auftrag zur Gutachtensergänzung bis zum 29. Juni 2012 wurde seitens der Oö. Apothekerkammer allerdings (zumindest bislang) nicht entsprochen.

## **B. Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke mit dem Standort im Gemeindegebiet von P (Oberösterreich)**

2.1. Mit Bescheid des Bezirkshauptmannes von G vom 29. Dezember 2011, Zl. SanRB01, wurde der Antrag der Mag. Z Z, vertreten durch RA Dr. Ö (im Folgenden: Berufungswerberin [dieses Ausgangsverfahrens]), auf Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke mit dem Standort im Gemeindegebiet von P mangels Bedarf im Sinne des § 10 Apothekengesetz abgewiesen.

Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass zwar das Vorhandensein von Ärzten in der Standortgemeinde aktenkundig sei, die Entfernung der geplanten zu den nächstgelegenen bereits bestehenden öffentlichen Apotheken unstrittig jeweils mehr als 500 Meter betrage und sich innerhalb eines 4-km-Umkreises um den beabsichtigten Standort nachweislich keine Arztordination mit einer Hausapothekenbewilligung befinden würde. Aus dem Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 12. April 2011, Zl. III-5/2/2-220/1/11, in Verbindung mit deren nachträglicher Stellungnahme vom 25. Oktober 2011, Zl. III-5/2/2-220/4/11, gehe jedoch insgesamt hervor, dass das Versorgungspotential der in der Nachbargemeinde A, bereits bestehenden öffentlichen "L-Apotheke" der Mag. V V, vertreten durch RA DDr. Ä (im Folgenden: Mitbeteiligten

Partei [dieses Ausgangsverfahrens]), infolge einer Neuerrichtung deutlich unter 5.500 Personen zu liegen käme, nämlich bloß 1.513 Personen betragen werde.

2.2. Gegen diesen ihr am 3. Jänner 2012 zugestellten Bescheid richtet sich das vorliegende, am 16. Jänner 2012 – und damit rechtzeitig – zur Post gegebene Rechtsmittel der Berufungswerberin.

Darin wird vorgebracht, dass in der Gutachtensergänzung der Österreichischen Apothekerkammer vom 25. Oktober 2011 eine derzeit noch bestehende, laut Infrastrukturplan der Österreichischen Bundesbahnen (im Folgenden: ÖBB) jedoch bereits in naher Zukunft aufzulassende direkte Straßenverbindung zwischen den benachbarten Gemeinden P und A berücksichtigt worden sei. Abgesehen davon, dass dieser Verkehrsweg schon gegenwärtig nur zu einer bloß minimalen, im Detail nicht einmal exakt nachvollziehbaren Reduktion des Versorgungspotentials der Apotheke der Mitbeteiligten Partei in A führe, hätte der Umstand, dass das Versorgungspotential dieser Apotheke schon in naher Zukunft überhaupt nicht mehr betroffen sein wird, jedenfalls entsprechend ins Kalkül gezogen werden müssen. Darüber hinaus wäre schließlich auch zu beachten gewesen, dass der bestehenden "L"-Apotheke vor allem deshalb kein Kundenpotential von 5.500 Personen gewährleistet ist bzw. sein wird, weil diese Apotheke seinerzeit bereits im offenkundigen Wissen darum, dass sie ein solches Niveau nie erreichen werde, – und sohin (im Sinne der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes [im Folgenden: VfGH] vom 2. März 1998, G 37/97 u.a. [= VfSlg 15103/1998]) schon von vornherein ausschließlich auf eigenes Risiko der Mitbeteiligten Partei – errichtet wurde.

2.3. Im Zuge der öffentlichen Verhandlung des Oö. Verwaltungssenates vom 22. Mai 2012 hat der Vertreter der Österreichischen Apothekerkammer in seiner Stellungnahme ergänzend darauf hingewiesen, dass die allein entscheidende Problematik im gegenständlichen Fall darin bestehe, die Frage zu klären, ob der gegenwärtig noch bestehende und daher eine direkte Straßenverbindung zwischen A und P ermöglichende Bahnübergang künftig – wie dies in Absichtserklärungen entsprechend zum Ausdruck gekommen sei – tatsächlich für den Kraftfahrzeugverkehr geschlossen werden wird. Bei Wegfall dieser zweispurigen Verkehrsachse würden nämlich die in deren Nahebereich lebenden Einwohner der Gemeinde A ihren Heilmittelbedarf auch weiterhin ausschließlich in der bereits bestehenden Apotheke der Mitbeteiligten Partei decken, sodass deren seit jeher unter 5.500 Personen liegendes Versorgungspotential künftig in keiner Weise, also (im Sinne der Entscheidung des VfGH vom 18. Februar 2010, Zl. 2008/10/0310) auch insoweit nicht beeinträchtigt werden würde, als sich dieses zumindest um 1 Person verringert.

2.4. Über Aufforderung des Oö. Verwaltungssenates hat die ÖBB-Infrastruktur-AG mit Schriftsatz vom 27. Juni 2012 (vgl. ONr. 28 des h. Aktes) mitgeteilt, dass der in Rede stehende Bahnübergang (Eisenbahnkreuzung bei km 94,559) künftig aufgelassen und durch eine bloße Fußgänger- und Radfahrerunterführung ersetzt werden soll. Während diesbezüglich bereits ein entsprechender Beschluss des Gemeinderates von P vorliege, gebe es jedoch in der Gemeinde A noch einige Vorbehalte. Derzeit würden daher entsprechende Abstimmungen vorgenommen und Entwürfe erarbeitet werden. Die Errichtung würde dann im Zuge des "Gesamtpaketes 'Umbau Bahnhof G'" abgewickelt werden und frühestens im Jahr 2014 zur Ausführung kommen.

## **II. Nationale Rechtslage**

### **A. Gesetzliche Regelung**

1.1. In systematischer Hinsicht unterscheidet das Apothekengesetz, RGBI.Nr. 5/1907 i.d.F. BGBl.Nr. I 135/2009 (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. "**Hausapotheken**"; vgl. §§ 28 ff ApG);

sowie

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

1.2.1. Für den Regelfall der begehrten Erteilung einer Bewilligung zum Betrieb einer "**Konzessionierten Apotheke**" i.S.d. §§ 9 ff ApG sieht die Bestimmung

des § 10 ApG (seit ihrer Novellierung durch BGBl.Nr. 362/1990 mit Wirkung ab 30. Juni 1990) als sachliche Voraussetzungen folgende Kriterien vor:

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

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

(2) Ein Bedarf besteht nicht, wenn

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

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

1. eine ärztliche Hausapotheke und
2. eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die versorgungswirksam höchstens 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."

1.2.2. Unter den in diesem Zusammenhang maßgeblichen Verfahrensbestimmungen (vgl. die §§ 44 ff ApG) kommt vornehmlich der Anordnung des § 47 Abs. 2 ApG (sog. "**Sperrfristregelung**") besondere Bedeutung zu:

"§ 47. (1) Die Bezirksverwaltungsbehörde hat den Antrag ohne weiteres Verfahren abzuweisen, wenn aus dem Konzessionsantrag und den angeschlossenen Belegen hervorgeht, dass den im § 46 bezeichneten Erfordernissen nicht entsprochen wurde.

(2) Ein Konzessionsantrag eines Bewerbers ist von der Bezirksverwaltungsbehörde auch dann ohne weiteres Verfahren abzuweisen, wenn ein früherer Antrag eines anderen Bewerbers um die Errichtung einer neuen Apotheke an demselben Standort wegen des Fehlens der im § 10 bezeichneten sachlichen Voraussetzungen abgewiesen worden ist, von dem Datum der Zustellung des letzten in der Angelegenheit ergangenen Bescheides an gerechnet nicht mehr als zwei Jahre vergangen sind und eine wesentliche Veränderung in den für die frühere Entscheidung maßgebenden lokalen Verhältnissen nicht eingetreten ist. Ohne weiteres Verfahren abzuweisen ist ein Antrag für den Standort einer gemäß § 3 Abs. 7 geschlossenen Apotheke vor Ablauf von zwei Jahren nach Zurücklegung der Konzession. Ebenso ist zu verfahren, wenn in der Gemeinde des angesuchten Standortes die Bewilligung zur Errichtung einer Filialapotheke vor weniger als fünf Jahren erteilt wurde."

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

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

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

1.3.3. Sollte schließlich selbst im Wege einer derartigen Ergänzung das Kriterium der 5.500 weiterhin zu versorgenden Personen nicht erfüllt werden können, dann steht damit aus der Sicht des Gesetzgebers allerdings gleichzeitig fest, dass kein Bedarf an einer neuen Apotheke gegeben und der dementsprechende Konzessionsantrag abzuweisen ist. Denn anders als in § 10 Abs. 6 ApG (bezüglich des Mindestabstandes von 500 Metern) ist eine analog flexible Regelung bezüglich der kritischen Grenze des der bestehenden Apotheke verbleibenden Versorgungspotentials gesetzlich nicht vorgesehen, sodass die Bestimmung des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG eine **strikte Grenze der Bedarfsprüfung** bildet.

## **B. Höchstgerichtliche Judikatur**

In den vergangenen zwei Jahrzehnten ihrer bisherigen Geltung wurden diese unbestimmten Gesetzesbegriffe im Wege der Judikatur der österreichischen Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts – v.a. des VfGH (die ihrerseits [auch] auf den richtungsweisenden Entscheidungen des VfGH vom 2. März 1998, G 37/97 u.a. [= VfSlg 15103/1998]; vom 14. Oktober 2005, G 13/05 u.a. [= VfSlg 17682/2005]; vom 26. Juni 2008, G 12/08 [= VfSlg 18513/2008]; und vom 10. Dezember 2009, G 224/09 [= VfSlg 18948/2009] fußt) – laufend erweitert, beispielsweise (mit besonderem Blick auf die beiden Ausgangsfälle, d.h. unter Außerachtlassung von Fragestellungen im Zusammenhang mit ["externen"] Konkurrenzsituationen von konzessionierten Apotheken einerseits zu Hausapotheken, Realapotheken und/oder Anstaltsapotheken andererseits) etwa dahin, dass

- mehrere Konkurrenten, die jeweils die Voraussetzungen für eine Konzessionserteilung erfüllen, eine (weitere Interessenten gleichzeitig bis zum endgültigen Abschluss dieses Verfahrens **präkludierende**) Verfahrensgemeinschaft bilden (vgl.

z.B. VwGH vom 21. Mai 2012, ZI. 2009/10/0078), wobei zwischen diesen – bei sonstiger Eignung und Gleichwertigkeit – letztlich **ausschließlich** das Kriterium der **zeitlichen Priorität** der jeweiligen Antragstellung entscheidet (vgl. z.B. VwGH vom 14. Juli 2011, ZI. 2006/10/0016);

– bezüglich der **ständigen Einwohner** deren räumliche Nahebeziehung zu einer Apotheke primär anhand der **Straßenentfernungen** und der Erreichbarkeit (nicht mit öffentlichen Verkehrsmitteln, sondern) mit **privaten Kraftfahrzeugen** festzustellen ist (vgl. z.B. VwGH vom 20. November 2000, ZI. 2000/10/0108, und vom 26. März 2007, ZI. 2005/10/0123), wobei in diesem Zusammenhang **nur ganzjährig für den mehrspurigen Kraftfahrzeugverkehr befahrbare Straßen** heranzuziehen sind (vgl. z.B. VwGH vom 3. Juli 2000, ZI. 98/10/0161) und jeweils die kürzeste Wegstrecke (allenfalls in Bezug zur Straßenmitte) zu Grunde zu legen ist (vgl. z.B. VwGH vom 9. August 2006, ZI. 2003/10/0222); bei Entfernungen von **wenigen hundert Metern** kann allerdings demgegenüber dem Aspekt der leichteren **fußwegigen Erreichbarkeit** größeres Gewicht als jener mittels eines privaten KFZ zukommen (vgl. z.B. VwGH vom 26. März 2007, ZI. 2005/10/0123), während andererseits bestimmte Umstände – wie die **Gefährlichkeit eines Weges**, erhebliche **Höhenunterschiede**, eine **Einbahnregelung**, etc. – auch zu einer gegenteiligen Beurteilung führen können (vgl. z.B. VwGH vom 21. Mai 2008, ZI. 2006/10/0254); im Einzelfall ist sogar eine Aufteilung der **in einem bestimmten Straßenzug** oder der in einem **einzelnen Haus** lebenden Bevölkerung nach mehreren Apotheken geboten (vgl. z.B. VwGH vom 15. Februar 1999, ZI. 98/10/0090); eine rein mathematisch-aliquote Zuordnung (sog. "**Divisionsmethode**") ist als **ultima-ratio**-Lösung erst dann zulässig, wenn eine Aufteilung nach den Kriterien der örtlichen Nähe und Erreichbarkeit nicht möglich, zugleich aber offensichtlich ist, dass ein bestimmtes Kundenpotential zweifelsfrei von mehreren Apotheken aus versorgt wird (vgl. z.B. VwGH vom 13. November 2000, ZI. 99/10/0246);

– eine dementsprechende Separation der Wohnbevölkerung stets dann zu erfolgen hat, wenn und soweit diese im **Überschneidungsbereich der 4-km-Umkreise** von zwei oder mehreren bestehenden bzw. neu zu errichtenden Apotheken lebt (vgl. z.B. VwGH vom 26. April 1999, ZI. 98/10/0426);

– im Zusammenhang mit der Bedachtnahme auf **Einfluter**, d.h. bloß z.B. auf Grund einer Beschäftigung, einer Inanspruchnahme von Einrichtungen (wie etwa von Krankenanstalten, Ämtern, Heimen, Schulen, Bahnhöfen oder größeren Betrieben) oder einer Inanspruchnahme des Verkehrs (wie z.B. des öffentlichen Eisenbahn- oder Busverkehrs) zweitweise im Versorgungsgebiet aufhältige Personen, die gemäß § 10 Abs. 5 ApG jeweils nach der Lage des Einzelfalles zu berücksichtigen sind, **Erfahrungswerte** oder **allgemeine empirische Untersuchungsergebnisse** herangezogen werden können (vgl. z.B. VwGH vom 21. Oktober 2009, ZI. 2008/10/0173); hierbei sind **zukünftige Entwicklungen** insoweit zu berücksichtigen, als ihre **Auswirkungen mit Sicherheit vorherzusehen bzw. in naher Zukunft konkret absehbar und zu erwarten** sind (vgl. z.B. VwGH vom 18. April 1994, ZI. 92/10/0477);

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

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

### C. Ergebnis

Konkret führt diese aus einer Verbindung zwischen auf Grund weitgehend unbestimmter Begriffe **offener Determinierung des Gesetzes** und **mangelnder Systematik der** (notwendig einzelfallbezogenen) **Judikatur** gekennzeichnete Rechtslage – wie dies insbesondere auch mit Blick auf die beiden Ausgangsfälle deutlich wird – in aller Regel dazu, dass

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

\* weitere Interessenten ihrerseits jedenfalls bis zur rechtskräftigen Erledigung eines schon anhängigen Verfahrens an einer eigenständigen Antragstellung in Bezug auf das betreffende Versorgungsgebiet gehindert sind, sodass das Kriterium der zeitlichen Priorität, insbesondere auch in Verbindung mit der Sperrfristregelung des § 47 Abs. 2 ApG, einen potentiellen Interessenten gleichsam zur **Stellung von Anträgen "bloß auf Verdacht hin"** zwingt, um sich auf diese Weise die zeitliche Erstrangigkeit zu sichern; dadurch können allerdings Interessenten, denen weder die bestehende lokale Verteilung der konzessionierten Apotheken noch der Umstand bekannt ist, bei welchen Behörden entsprechende

Konzessionserteilungsverfahren bereits anhängig sind, sohin **vornehmlich Angehörige anderer Mitgliedstaaten**, möglicherweise unsachlich, d.h. durch nicht dem Unionsrecht – insbesondere dem Art. 49 AEUV – entsprechende Zielsetzungen benachteiligt werden;

\* die Ermittlung der Zuordnung vor dem Hintergrund des Kriteriums der (selbst unter Heranziehung von § 10 Abs. 4 und 5 ApG – im Vergleich zur 500-Meter-Grenze [vgl. § 10 Abs. 6 ApG] – im Ergebnis absolut) **starren 5.500-Personen-Grenze** des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG – der im Ausgangsfall A auf Grund des Zeitverlaufes während der langen Verfahrensdauer **gleichsam "schrittweise" immer näher gekommen** wurde (nämlich: bis auf 5.312 Personen), während diese im Ausgangsfall B hingegen schon deshalb nicht erfüllt wird, weil das Potential der bestehenden Apotheke, das **schon seit ihrer Inbetriebnahme weit unter diesem Wert** liegt, nicht einmal um 1 Person verringert werden darf (was sich allerdings grundlegend ändern würde, sobald die gegenwärtig noch bestehende Verkehrsverbindung zwischen den beiden Nachbargemeinden de facto tatsächlich aufgelassen wird) – in der Praxis vor allem deshalb nicht nur **für die Behörden extrem aufwändig**, sondern auch für die beteiligten (Alt- und Neu-)Apotheker **völlig undurchschaubar** ist, weil diesbezüglich einerseits auf den Zeitpunkt der Entscheidung abzustellen ist, andererseits aber keine zweckentsprechenden verfahrensrechtlichen Möglichkeiten (wie Neuerungsverbot, verbindliche Erklärung eines "Schlusses der Verhandlung"; prozessualer Vergleich etc.) bestehen (so dass sich die Erhebung von kontradiktorischen Einwendungen durch die Verfahrensparteien sowie dadurch jeweils bedingte Gutachtensergänzungen [überspitzt formuliert] nahezu ad infinitum fortsetzen);

\* die **maßgebliche Rechtslage** für den Durchschnittsbürger, insbesondere aber auch für einen durchschnittlichen – allenfalls zudem einem anderen Mitgliedstaat angehörigen – Interessenten an einer Konzessionserteilung **nur mit einem überproportionalen Aufwand rekonstruierbar** ist, der einem **rechtsstaatlichen Standard an die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit generell-abstrakter Normen** – wie dieser von Art. 16 EGRC offenbar vorausgesetzt wird – **nicht entsprechen** dürfte (ganz abgesehen davon, dass deren fallbezogen-konkrete Handhabung letztlich in einem hierfür ausschließlich zuständigen engen Personenkreis innerhalb des gesamten VwGH zusammenläuft).

### **III. Unionsrecht und Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union**

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

2. Mit Blick auf die im gegenständlichen Fall anhängigen Ausgangsfälle hat der EuGH davon ausgehend bereits in seinem Urteil vom 1. Juni 2010, C-570/07 und C-571/07, betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen zur Rechtslage nach dem spanischen Apothekenrecht festgestellt, dass

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

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

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

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

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

– dass es der Judikatur des EuGH entspricht, dass Gesundheitseinrichtungen Gegenstand von Planungen derart sein können, dass neue Leistungserbringer an die

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

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

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

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

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

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

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

#### **IV. Fragen bezüglich der Auslegung des Unionsrechts**

1. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des EuGH sowie angesichts des Umstandes, dass es keineswegs ausgeschlossen erscheint, dass auch Angehörige

anderer Mitgliedstaaten ein Interesse an der Erteilung einer Neukonzession haben könnten – vorausgesetzt, die nationale Rechtslage und faktische Bedarfssituation wäre für diese jeweils durchschaubar –, erhebt sich damit in den beim Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich anhängigen Ausgangsfällen die Frage, **ob die dem österreichische Apothekengesetz zu Grunde liegende Systematik generell bzw. hinsichtlich ihrer konkreten Ausgestaltung mit den Grundsätzen des Unionsrechts vereinbar** ist.

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

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

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



**gemessener pharmazeutischer Dienst nicht gewährleistet** ist oder eine **Diskriminierung** zwischen Inländern und Angehöriger anderer Mitgliedstaaten vorliegt (vgl. EuGH vom 1. Juni 2010, C-570/07, RN 98 bis 101 sowie 114 bis 125).

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

**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 In-**

**teressenten; 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 ?**

3. Abschließend darf angemerkt werden, dass in den diesem Antrag (in Kopie) angeschlossenen Verfahrensakten – auf Grund deren insgesamt großen Umfangs – die bloß verfahrensleitenden Verfügungen des antragstellenden Gerichtes sowie die den Sachverständigengutachten und den gerichtlichen Entscheidungen vorangegangenen Stellungnahmen der Verfahrensparteien vorläufig nicht enthalten sind, diese im Bedarfsfall jedoch jederzeit nachgereicht werden können.

Für den Unabhängigen Verwaltungssenat  
des Landes Oberösterreich:

Dr. G r ó f