



Mag. Georg Streit

ist Partner bei Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte, Wien. Er ist Vortragender an der Universität Wien sowie Lektor für IT-Law an der Fachhochschule des bfi Wien. Er publiziert regelmäßig in Fachzeitschriften und juristischen Büchern. Mag. Streit ist Vizepräsident der österreichischen Liga für Kinder- und Jugendgesundheit.

Bedarfsprüfung für neue Apothekenkonzessionen: Neues vom EuGH

- **Das Kriterium einer starren Grenze der Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ darf bei der Prüfung**
- **des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke allgemein in keiner konkreten Situation, die**
- **einer Prüfung unterzogen wird, Anwendung finden.**

EuGH, 30.6.2016, C-634/15 - *Sokoll-Seebacher II*
Rechtsgrundlagen: Art 49 AEUV, § 10 Abs 2 Z 3 ApG

Ausgangsverfahren

In den Ausgangsverfahren, über die das Verwaltungsgericht Oberösterreich zu entscheiden hat, waren bereits Vorabentscheidungen des EuGH ergangen, nämlich das Urteil vom 13.2.2014, *Sokoll-Seebacher* (C-367/12), und der Beschluss vom 15.10.2015, *Naderhirn* (C-581/14, nicht veröffentlicht). Frau Sokoll-Seebacher hatte beim UVS Oberösterreich die Entscheidung vom 29.12.2011 angefochten, mit der ihr Antrag auf Erteilung einer Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke im Gemeindegebiet von Pinsdorf abgewiesen worden war. Herr Naderhirn hatte mit seinem Antrag auf Erweiterung des Standorts der Betriebsstätte seiner im Gemeindegebiet von Leonding gelegenen öffentlichen Apotheke keinen Erfolg. Die Verwaltungsbehörden stützten sich auf § 10 Abs. 2 Z 3 ApG.

Nach dem Urteil des EuGH vom 13.2.2014, *Sokoll-Seebacher* (C-367/12), erteilte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (das nach der Reform der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit für die Fortführung des Verfahrens zur Erteilung der Konzession zuständig war, Frau Sokoll-Seebacher mit Erkenntnis vom 21.2.2014 die Konzession für eine in der Gemeinde Pinsdorf neu zu errichtende öffentliche Apotheke. Mit Erkenntnis vom 28.5.2014 gab das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, dem Antrag von Herrn Naderhirn auf Erweiterung des Standorts der Betriebsstätte seiner öffentlichen Apotheke statt.

Gegen diese Entscheidungen erhoben wiederum die Inhaberin einer Apotheke in der Nähe jener Apo-

theke, für die Frau Sokoll-Seebacher die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke beantragt hatte, sowie in der Nähe der Apotheke von Herrn Naderhirn tätige Apotheker Revision an den Verwaltungsgerichtshof. Dieser gab mit Erkenntnissen vom 30.9.2015 (Ro 2014/10/0081) und 8.10.2014 (Ro 2014/10/0096) den Revisionen wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts der angefochtenen Erkenntnisse statt.

Der VwGH führte im Erkenntnis vom 30.9.2015 (Ro 2014/10/0081) aus, dass das Unionsrecht der Abweisung eines Apothekenkonzessionsantrages wegen Verringerung des Kundenpotentials einer benachbarten Apotheke auf unter 5500 zu versorgende Personen entgegen steht, wenn die neu beantragte Apotheke erforderlich ist, um für die in bestimmten ländlichen und abgelegenen Gebieten wohnhafte Bevölkerung - unter Bedachtnahme auf die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln durch ärztliche Hausapotheken und unter Berücksichtigung der bei der Bedarfsprüfung im Vordergrund stehenden Erreichbarkeit mit KfZ die zumutbare Erreichbarkeit einer Arzneimittelabgabestelle zu gewährleisten. Liegen diese Voraussetzungen vor, so haben die Gerichte und Behörden bei der Entscheidung über den Konzessionsantrag die Bestimmung des § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG 1907 unangewendet zu lassen und die Konzession - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - ohne Rücksicht auf eine allfällige Einschränkung des Kundenpotentials der benachbarten Apotheke auf unter 5500 zu versorgende Personen zu erteilen. Ist die Erteilung der beantragten Konzession aber nicht bereits aus diesen Gründen unionsrechtlich erforderlich, so ist § 10 Abs. 2 Z. 3 ApG 1907, der in diesem Fall auch nach den Ausführungen des EuGH im Urteil vom 13.2.2014, Rs C-367/12, *Sokoll-Seeba-*

ber nicht unionsrechtswidrig ist - weiterhin anzuwenden¹.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, das – nach den Ausführungen des EuGH - gegenüber der Auslegung des Urteils *Sokoll-Seebacher* (C-367/12), durch den VwGH zurückhaltend eingestellt ist, im Rahmen der Herrn Naderhirn betreffenden Rechtssache den EuGH mit einem Vorabentscheidungsersuchen, mit dem es u. a. wissen wollte, ob das Vorliegen innerstaatlicher Vorschriften, nach denen ein nationales Gericht vorbehaltlos an die Auslegung des Unionsrechts durch ein anderes nationales Gericht gebunden ist, mit Art. 267 AEUV und dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts vereinbar ist.

Mit Beschluss vom 15.10.2015, *Naderhirn* (C-581/14, nicht veröffentlicht) verneinte der Gerichtshof diese Frage. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich war aber offenbar der Meinung, dass der EuGH nicht alle für die Entscheidung der Ausgangsrechtsstreitigkeiten erforderlichen sachlichen Gesichtspunkte geliefert habe und ersuchte den EuGH, seine Rechtsprechung zu präzisieren:

Vorlagefragen

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 in dessen Urteil vom 13.2.2014, Sokoll-Seebacher, im Tenor (bzw. in Rn. 51) getroffene Feststellung, dass er einer 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 Urteils vom 13.2.2014, Sokoll-Seebacher, 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 aufgrund örtlicher Besonderheiten oder sonstiger faktischer Gegebenheiten tatsächlich deshalb ein Bedarf an der Neuerrichtung einer Apotheke besteht, weil anders für bestimmte Personen (insbesondere für sogenannte „Einflyter“, Neuzugezogene etc.) kein angemessener Zugang zu Arzneimitteln gewährleistet ist (vgl. Rn. 45 in Verbindung mit Rn. 50 des Urteils

1 § 10 ApG in der auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens anwendbaren Fassung lautet (Hervorhebungen durch den Verfasser):

„(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 ... (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, ...

(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 Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist ein Gutachten der österreichischen Apothekerkammer einzuholen

...“

vom 13.2.2014, Sokoll-Seebacher), selbst wenn dadurch das Versorgungspotenzial 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 Riebt-, 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 Versorgungspotenzial 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?

Aus der Begründung des EuGH:

18 Mit seiner Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob das Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68), so zu verstehen ist, dass das in der fraglichen nationalen Regelung festgelegte Kriterium einer starren Grenze der Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke nur in einer konkreten Situation betreffend ein ländliches und/oder abgelegenes Gebiet oder in einer konkreten Situation, in der angesichts der örtlichen Besonderheiten ein Bedarf an einer zu errichtenden Apotheke unabhängig vom ländlichen oder städtischen Charakter des betroffenen Gebiets besteht, oder aber allgemein in jeder konkreten Situation, die einer Prüfung unterzogen wird, nicht anzuwenden ist.

19 Zunächst ist darauf zu verweisen, dass die Bindungswirkung eines im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteils nicht ausschließt, dass das nationale Gericht, an das dieses Urteil gerichtet ist, vor der Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits eine erneute Anrufung des Gerichtshofs für erforderlich hält. Eine solche Vorlage ist gerechtfertigt, wenn das nationale Gericht beim Verständnis oder bei der Anwendung des Urteils Schwierigkeiten hat, wenn es dem Gerichtshof eine neue Rechtsfrage stellt oder wenn es ihm neue Gesichtspunkte unterbreitet, die ihn dazu veranlassen könnten, eine bereits gestellte Frage abweichend zu

beantworten (Beschluss vom 5. März 1986, Wünsche, 69/85, EU:C:1986:104, Rn. 15, Urteile vom 11. Juni 1987, X, 14/86, EU:C:1987:275, Rn. 12, und vom 6. März 2003, Kaba, C-466/00, EU:C:2003:127, Rn. 39).

20 Dies ist hier insofern der Fall, als das vorliegende Gericht wissen möchte, ob aus dem Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68), hervorgeht, dass von der Anwendung des Kriteriums einer starren Grenze der Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ in jedem Fall abzusehen ist oder nur in Rechtssachen, die bestimmte Gebiete oder besondere Situationen betreffen.

21 Gemäß Art. 99 seiner Verfahrensordnung kann der Gerichtshof, wenn die Beantwortung der zur Vorabentscheidung vorgelegten Frage keinen Raum für vernünftige Zweifel lässt oder wenn die Antwort auf eine solche Frage klar aus seiner Rechtsprechung abgeleitet werden kann, auf Vorschlag des Berichterstatters und nach Anhörung des Generalanwalts jederzeit die Entscheidung treffen, durch mit Gründen versehenen Beschluss zu entscheiden.

22 Genau dies ist hier der Fall, da die Antwort auf die Vorlagefrage klar aus dem Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68), abgeleitet werden kann.

23 Nach der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung wird eine Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke nur dann erteilt, wenn ein „Bedarf“ besteht. Dieser Bedarf wird vermutet, es sei denn, mindestens einer der in dieser Regelung genannten konkreten Umstände steht dem entgegen (Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, EU:C:2014:68, Rn. 28).

24 Zu diesen Umständen gehört die Zahl der von der Betriebsstätte 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 (Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, EU:C:2014:68, Rn. 43).

25 So ist nach dieser Regelung das Bestehen eines Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke dann ausgeschlossen, wenn die Zahl der „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 (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, EU:C:2014:68, Rn. 29 und 43).

26 Diese Regelung sieht jedoch eine Anpassungsmaßnahme vor, wonach dann, wenn die Zahl der ständigen Einwohner weniger als 5 500 beträgt, die aufgrund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs von dieser Apo-

theke in diesem Gebiet zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen sind (Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, EU:C:2014:68, Rn. 43).

27 Es ist sachdienlich, das vorlegende Gericht darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Erreichung des angestrebten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. März 2009, Hartlauer, C-169/07, EU:C:2009:141, Rn. 55, vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a., C-171/07 und C-172/07, EU:C:2009:316, Rn. 42, und vom 1. Juni 2010, Blanco Pérez und Chao Gómez, C-570/07 und C-571/07, EU:C:2010:300, Rn. 94).

28 Hierzu hat der Gerichtshof im Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68, Rn. 45 und 46), zum einen festgestellt, dass nach der im Ausgangsverfahren fraglichen Regelung sich für bestimmte, insbesondere in ländlichen Regionen wohnende Personen, erst recht, wenn sie wie z. B. ältere Menschen, Menschen mit Behinderungen und Kranke zeitweilig oder längerfristig über eine eingeschränkte Mobilität verfügen, der Zugang zu Arzneimitteln als kaum angemessen erweisen kann.

29 Es gibt nämlich 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 allenfalls als „Einfluter“ berücksichtigt werden. Jedoch hängt ihr Zugang zu Apothekendienstleistungen in jedem Fall von Umständen ab, die ihnen grundsätzlich keinen dauerhaften und kontinuierlichen Zugang gewähren, da dieser an der Beschäftigung in einem bestimmten Gebiet oder einem dort benutzten Verkehrsmittel anknüpft (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, EU:C:2014:68, Rn. 45).

30 Zum anderen hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass in ländlichen und abgelegenen Gebieten, in die nur wenige einfluten, die Zahl der weiterhin zu versorgenden Personen wegen der niedrigen Bevölkerungsdichte ohne Weiteres unter 5 500 liegen kann, so dass der Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke niemals als zureichend angesehen werden könnte (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, EU:C:2014:68, Rn. 47 bis 49).

31 Daraus folgt, dass bei der Anwendung des Kriteriums der Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ trotz der von der nationalen Regelung vorgesehe-

nen Anpassungsmaßnahme die Gefahr besteht, dass für bestimmte Personen, die in Gebieten mit gewissen örtlichen Besonderheiten, wie 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 (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, EU:C:2014:68, Rn. 50).

32 Durch die Bezugnahme auf ländliche oder abgelegene Regionen sowie auf Menschen mit eingeschränkter Mobilität wollte der Gerichtshof die Tragweite seiner Beurteilung der Kohärenz der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung jedoch keineswegs auf diese Art von Regionen und auf diese Kategorie von Personen begrenzen.

33 Aufgrund der von ihr festgelegten starren Grenze der Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ ermöglicht die im Ausgangsverfahren fragliche nationale Regelung es der zuständigen Behörde nämlich nicht, die Besonderheiten jeder einzelnen geprüften Situation gehörig zu berücksichtigen und auf diese Weise die kohärente und systematische Erreichung des mit dieser Regelung angestrebten Hauptziels zu gewährleisten, das, wie der Gerichtshof in Rn. 25 seines Urteils vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68), angemerkt hat, darin besteht, eine sichere und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln zu gewährleisten.

34 Vor diesem Hintergrund ist der Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangt, dass eine mitgliedstaatliche Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche, die als essenzielles Kriterium bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke eine starre Grenze der Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ festlegt, im Widerspruch zu Art. 49 AEUV, insbesondere zum Gebot der Kohärenz bei der Verfolgung des angestrebten Ziels, steht, weil die zuständigen nationalen Behörden keine Möglichkeit haben, von dieser Grenze abzuweichen, um örtliche Besonderheiten, d. h. im Endeffekt Besonderheiten der verschiedenen konkreten Situationen, wobei jede einzelne zu prüfen ist, zu berücksichtigen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, EU:C:2014:68, Rn. 51).

35 Daraus folgt, dass die mit der Anwendung des Kriteriums einer starren Grenze der Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ verbundene Inkohärenz systemimmanent ist. Daher können sich die Gefahren, die mit einer derartigen Anwendung einhergehen, auf die Beurteilung jeder einzelnen Situation auswirken.

36 Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass das Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-See-

bacher (C-367/12, EU:C:2014:68), so zu verstehen ist, dass das in der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung festgelegte Kriterium einer starren Grenze der Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke allgemein in keiner konkreten Situation, die einer Prüfung unterzogen wird, Anwendung finden darf.

[...]

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

Das Urteil vom 13. Februar 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68), ist so zu verstehen, dass das in der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung festgelegte Kriterium einer starren Grenze der Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ bei der Prüfung des Bedarfs an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke allgemein in keiner konkreten Situation, die einer Prüfung unterzogen wird, Anwendung finden darf.

Anmerkung:

Um dieses Urteil zu verstehen, muss man sich auch die Vorgeschichte dazu in Erinnerung rufen. Im Streit über die Erteilung einer Konzession für eine neue Apotheke hatte der EuGH das Bedarfsprüfungskonzept des Österreichischen Apothekengesetzes (ApG) auf seine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht zu prüfen. Nach § 10 Abs. 2 Z 3 ApG besteht – knapp zusammengefasst – kein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke, wenn (neben zwei anderen Fällen) „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.“ Das umfasst gemäß Abs 4 die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern. Der EuGH stellte im Urteil vom 13.2.2014, Rs C-367/12 – Sokoll-Seebacher I zunächst fest, dass ein System der vorherigen Genehmigung für die Niederlassung neuer Apotheken grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar ist und eine Regelung, die auf bestimmten Kriterien beruht, anhand derer Konzessionen für neue Apotheken erteilt werden, grundsätzlich geeignet ist, eine sichere und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit Arz-

neimitteln zu gewährleisten.² Ein solches System ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn es auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruht, die im Voraus bekannt sind.³ Der EuGH erachtete jedoch die Normierung einer starren Grenze von (5.500) „weiterhin zu versorgenden Personen“ als Voraussetzung für den Bedarf an einer neuen öffentlichen Apotheke als unionsrechtswidrig.

Für den EuGH besteht die Gefahr, dass in ländlichen und abgelegenen Regionen die Zahl der „weiterhin zu versorgenden Personen“ nicht die zwingend vorgeschriebene Grenze erreicht und damit der Bedarf an einer neu zu errichtenden Apotheke nach dem Gesetz nicht gegeben ist, woraus folgt, dass insbesondere für Menschen mit eingeschränkter Mobilität kein gleicher und angemessener Zugang zu Apothekendienstleistungen sichergestellt wäre. Die starre Grenze von 5.500 weiterhin zu versorgenden Personen nach § 10 Abs 2 Z 3 des Österreichischen Apothekengesetzes erachtete der EuGH deswegen für unionsrechtswidrig, weil die zuständigen Behörden keine Möglichkeit haben, von dieser Grenze abzuweichen, um örtliche Besonderheiten zu berücksichtigen. Daraus folgt aber auch, dass das Bedarfsprüfungskonzept grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

Für den EuGH war es wesentlich, dass die Bevölkerung eine Apotheke in vernünftiger Entfernung vorfindet, damit ihnen ein angemessener Zugang zum pharmazeutischen Dienst gewährleistet wird.⁴ Was genau eine solche vernünftige Entfernung ist, führte der EuGH nicht aus.

Die Verkürzung eines Anfahrtsweges zur einer möglichen neuen Apotheke um 2,3 bis 2,5 km für die Bevölkerung eines abgelegenen ländlichen Gebiets erachtete der VwGH in der Folge als zumutbar und erkannte auch nach Sokoll-Seebacher I keine Notwendigkeit, von der im Gesetz definierten Grenze von 5.500 Personen für die Erteilung einer Apothekenkonzession grundsätzlich abzugehen⁵. Der Gesetzgeber reagierte damit, in § 10 ApG einen neuen Absatz 6a einzufügen, der es der entscheidenden Behörde ermöglicht, von der starren Grenze von 5.500 weiterhin zu versorgenden Personen abzuweichen und diese Zahl für neue Apotheken zu unterschreiten⁶. Die im nun ergangenen Beschluss des EuGH gegenständlichen Vorlagefragen stellte das Verwaltungsgericht Oberösterreich noch vor

2 Rn 24,25

3 Rn 27

4 Rn 42

5 VwGH 12.8.2014, 10/0181

6 Seit dem 3.6.2016 enthält § 10 ApG gemäß BGBl I 2016/30 folgenden Absatz 6a:

Die Zahl der von der Betriebsstätte einer oder mehrerer der umlie-

genden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen gemäß Abs. 2 Z 3 ist zu unterschreiten, wenn es in ländlichen und abgelegenen Regionen auf Grund besonderer örtlicher Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung unter Berücksichtigung des Versorgungsangebots durch bestehende Apotheken einschließlich Filialapotheken und ärztlichen Hausapotheken dringend erforderlich ist.

dem In-Kraft-treten des neuen § Abs 6a in § 10 Apothekengesetz.

Der EuGH präzisierte daher sein Urteil vom 13.2.2014 im vorliegenden Beschluss nun dahingehend, dass eine starre Grenze der weiterhin zu versorgenden Personen **in keiner konkreten Situation** Anwendung finden darf. Damit ist die Frage der Unionsrechtswidrigkeit der österreichischen Regelung aber immer noch nicht eindeutig geklärt. Denn aus dem Beschluss des EuGH geht keineswegs hervor, dass die Voraussetzung von 5.500 weiterhin zu versorgenden Personen als Voraussetzung für den Bedarf an einer neuen öffentlichen Apotheke jedenfalls unangewendet zu lassen ist⁷. Der EuGH weist in diesem Beschluss nämlich explizit auf sein Urteil vom 13.2.2014, Rs C-367/12 hin, wonach diese Grenze nur dann inkohärent ist, wenn die zuständigen Behörden keine Möglichkeit haben, von dieser Grenze abzuweichen, um örtliche Besonderheiten oder Besonderheiten der verschiedenen konkreten Situation zu berücksichtigen. § 10 Abs 6a Apothekengesetz lässt aber genau dies zu – allerdings mit dem nunmehr aufgetauchten Fehler, dass dort – offenkundig unter Bezugnahme auf das Urteil *Sokoll-Seebacher I* von „ländlichen und abgelegenen Regionen“ die Rede ist. Dazu führte der EuGH im Beschluss vom 30.6.2016 aber aus, dass er seine Entscheidung vom 13.2.2014 keineswegs auf diese Art von Regionen oder auf Personen mit eingeschränkter Mobilität begrenzen wollte⁸.

Ein unionsrechtskonformer Zustand ist daher durchaus herzustellen, wenn nämlich die Tatbestandsvoraussetzung der „ländlichen und abgelegenen Regionen“ in § 10 Abs 6a Apothekengesetz unangewendet bleibt.⁹ Kein Zweifel besteht, dass dies bei einem Fall, in dem ein Antragsteller aus einem anderen Mitgliedstaat der EU eine Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke in Österreich beantragt, zu erfolgen hat. Inländer hingegen können sich nicht unmittelbar auf die Grundfreiheiten des AEUV berufen. Der Umstand, dass der EuGH in seinem Urteil vom 13.2.2014, Rs C-367/12 die Einrede der Unzulässigkeit aufgrund mangelnden grenzüberschreitenden Sachverhalts zurückwies, ändert daran nichts. Denn der EuGH entschied in jenem Urteil in der Sache selbst, weil seine Antwort aus seiner Sicht dem Vorlagegericht „von Nutzen sein“ könnte. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob der Vorrang des Unionsrechts konkret auch in einem Fall ohne grenzüberschreitenden Sachverhalt Anwendung fände. Ließe man die Rechtsprechung des EuGH allerdings bei rein nationalen Sachverhalten außer Betracht, folgte daraus eine Benachteiligung österreichischer Staatsbürger gegenüber Ausländern ohne sachliche Rechtfertigung, die verfassungswidrig – bis zur Aufhebung durch den VfGH aber anwendbar – wäre.¹⁰ Auch dieses verfassungsrechtliche Problem ließe sich aber wohl mit der Streichung der „ländlichen und abgelegenen Regionen“ in § 10 Abs 6a Apothekengesetz beseitigen.

7 Dieser Ansicht sind aber die LVwG Niederösterreich (25.7.2016, LVwG-AV-768/001-2014, LVwG-AV-767/001-2014) und Oberösterreich (11.7.2016, LVwG-050006/37/Gf/Mu) – offenbar aufgrund des Tenors des Beschlusses des EuGH vom 30.6.2016.

8 Rn 32

9 Was mittlerweile durch den Erlass der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen vom 7.7.2016, GZ BMGF-92300/0023/II/A/4/2016 erfolgt ist.

10 Vgl. VfGH 6.10.2011, G 41/10 ua; VfGH 15.12.2011, G 182/09 ua – G 290/09 ua, G 61/10 ua, G 77/10.