

TE Vwgh Erkenntnis 1989/2/2 88/08/0148

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.02.1989

Index

Gesundheitswesen - ApG

Norm

ApG 1907 §10 Abs3

ApG 1907 §13

Beachte

Vorgeschichte: 87/08/0053 E 29.06.1987;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Liska, Dr. Knell, Dr. Puck und Dr. Sauberer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Kommissär Dr. Schnizer-Blaschke, über die Beschwerde des Mag. pharm. ET in W, vertreten durch Dr. Wolfgang Lenneis, Rechtsanwalt in Wien I, Singerstraße 8, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit und öffentlicher Dienst vom 11. März 1988, Zl. 562.042/3-VI/15-1988, betreffend Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke im 23. Wiener Gemeindebezirk (mitbeteiligte Partei: Mag. pharm. EP in E, vertreten durch Dr. Christian Schmelz, Rechtsanwalt in Wien I, Tuchlauben 13), zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Liska, Dr. Knell, Dr. Puck und Dr. Sauberer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Kommissär Dr. Schnizer-Blaschke, über die Beschwerde des Mag. pharm. ET in W, vertreten durch Dr. Wolfgang Lenneis, Rechtsanwalt in Wien römisch eins, Singerstraße 8, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit und öffentlicher Dienst vom 11. März 1988, Zl. 562.042/3-VI/15-1988, betreffend Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke im 23. Wiener Gemeindebezirk (mitbeteiligte Partei: Mag. pharm. EP in E, vertreten durch Dr. Christian Schmelz, Rechtsanwalt in Wien römisch eins, Tuchlauben 13), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund (Bundesminister für Gesundheit und öffentlicher Dienst) Aufwendungen in der Höhe von S 2.760,-- und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von S 9.630,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Hinsichtlich der Vorgeschichte des Beschwerdefalles wird auf die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. Mai 1985, Zl. 83/08/0181, und vom 29. Juni 1987, Zlen. 87/08/0053, AW 87/08/0007, verwiesen.

Mit Punkt I des angefochtenen Bescheides gab die belangte Behörde der von der mitbeteiligten Partei gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 14. Mai 1981, Zl. MA 14-24/78, mit dem deren Ansuchen um Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke in Wien 23, abgewiesen wurde, rechtzeitig eingebrachten Berufung gemäß den §§ 10, 51 Abs. 3 und 48 Abs. 2 Apothekengesetz (ApG), RGBL. Nr. 5/1907 in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 502/1984, in Verbindung mit § 66 Abs. 4 AVG 1950 Folge und erteilte der mitbeteiligten Partei die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke im 23. Wiener Gemeindebezirk mit einem näher bezeichneten Standort. Die Einsprüche von vier Nachbarapothekern, unter anderem der des Beschwerdeführers, wurden gemäß § 10 ApG abgewiesen. Mit Punkt II wurden der mitbeteiligten Partei Gebühren vorgeschrieben; die Punkte III und IV betreffen Einsprüche anderer Apotheker. Mit Punkt römisch eins des angefochtenen Bescheides gab die belangte Behörde der von der mitbeteiligten Partei gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 14. Mai 1981, Zl. MA 14-24/78, mit dem deren Ansuchen um Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke in Wien 23, abgewiesen wurde, rechtzeitig eingebrachten Berufung gemäß den Paragraphen 10, 51, Absatz 3 und 48 Absatz 2, Apothekengesetz (ApG), RGBL. Nr. 5/1907 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Nr. 502 aus 1984,, in Verbindung mit Paragraph 66, Absatz 4, AVG 1950 Folge und erteilte der mitbeteiligten Partei die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke im 23. Wiener Gemeindebezirk mit einem näher bezeichneten Standort. Die Einsprüche von vier Nachbarapothekern, unter anderem der des Beschwerdeführers, wurden gemäß Paragraph 10, ApG abgewiesen. Mit Punkt römisch zwei wurden der mitbeteiligten Partei Gebühren vorgeschrieben; die Punkte römisch drei und römisch vier betreffen Einsprüche anderer Apotheker.

In der Bescheidbegründung gibt die belangte Behörde nach kurzer Zusammenfassung des bisherigen Ganges des Verwaltungsverfahrens vorerst das im fortgesetzten Verfahren zur allein noch strittigen Frage der Existenzgefährdung der Apotheke des Beschwerdeführers eingeholte Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 23. Oktober 1987 wieder. Es lautet:

"I.

Allgemeines

Gesetzliche Grundlage:

Gemäß § 10 Abs. 3 Apothekengesetz gilt eine öffentliche Apotheke in ihrer Existenzfähigkeit als gefährdet, wenn der Fortbestand der bestehenden Apotheke durch die Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke bei pharmazeutisch ordnungsgemäßer und wirtschaftlich rationeller Betriebsführung nicht gewährleistet erscheint. Über die mögliche Existenzgefährdung ist ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer einzuholen. Das Gutachten hat unter Berücksichtigung der nach statistischen Grundsätzen durch die Österreichische Apothekerkammer ermittelten durchschnittlichen und objektiv angemessenen Kosten und Erträge vergleichbarer öffentlicher Apotheken die zu erwartende zukünftige betriebliche Lage und Entwicklung nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu beurteilen. Gemäß Paragraph 10, Absatz 3, Apothekengesetz gilt eine öffentliche Apotheke in ihrer Existenzfähigkeit als gefährdet, wenn der Fortbestand der bestehenden Apotheke durch die Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke bei pharmazeutisch ordnungsgemäßer und wirtschaftlich rationeller Betriebsführung nicht gewährleistet erscheint. Über die mögliche Existenzgefährdung ist ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer einzuholen. Das Gutachten hat unter Berücksichtigung der nach statistischen Grundsätzen durch die Österreichische Apothekerkammer ermittelten durchschnittlichen und objektiv angemessenen Kosten und Erträge vergleichbarer öffentlicher Apotheken die zu erwartende zukünftige betriebliche Lage und Entwicklung nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu beurteilen.

Die Existenzfähigkeitsprüfung einer bestehenden Apotheke hat im Sinne der zitierten Gesetzesstelle objektiviert aufgrund statistischer Unterlagen nach Vergleichsgruppen (verba legalia: 'vergleichbaren öffentlichen Apotheken') zu erfolgen. Eine nach objektiven Kriterien zu erwartende Existenzgefährdung wäre gemäß den im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. Juni 1987, Zlen. 87/08/0053, AW 87/08/0007, festgehaltenen Grundsätzen zu bejahen, wenn aus einem infolge der Neuerrichtung zu erwartenden verminderten Umsatz bei pharmazeutisch ordnungsgemäßer und wirtschaftlich rationeller Betriebsführung, gemessen an den nach statistischen Grundsätzen durch die Österreichische Apothekerkammer ermittelten durchschnittlichen und objektiv angemessenen Kosten und Erträgen (hinsichtlich der Kosten- und der Ertragsstruktur) vergleichbarer öffentlicher Apotheken, ein jährlicher

Nettoertrag in der Höhe der Kosten eines für diese Apotheken in Betracht kommenden verantwortlichen Apothekenleiters nicht erwirtschaftet werden könnte. Andernfalls wäre zu erwarten, daß die bestehende Apotheke, wenn sie wirtschaftlich geführt wird, lebensfähig sein würde.

Grundlagen und Methode der Berechnungen:

II. römisch zwei.

Befund

Die S-Apotheke, Wien 23. wies laut ho. vorliegenden Meldungen gemäß § 4 der Umlagenordnung der Österreichischen Apothekerkammer in den Jahren 1984 bis 1986 nachfolgend angeführte Strukturdaten auf: Die S-Apotheke, Wien 23. wies laut ho. vorliegenden Meldungen gemäß Paragraph 4, der Umlagenordnung der Österreichischen Apothekerkammer in den Jahren 1984 bis 1986 nachfolgend angeführte Strukturdaten auf:

Jahr

1984

eigenbewirt.

1985

eigenbewirt.

1986

eigenbewirt.

Apothekenumsatz

7.138.959

7.412.002

7.958.880

davon Privatumsatz

davon Krankenkassenumsatz

davon sonst. Umsätze

1.343.740

5.788.553

6.666

1.252.226

6.138.938

20.838

1.388.657

6.547.644

22.579

Beh. Bewill Turnus

VII römisch sieben

VII römisch sieben

Vllrömisch sieben

Personalstand

Anzahl

Dienstausmaß

Anzahl

Dienstausmaß

Anzahl

Dienstausmaß

Pharm. Pers.

(inkl. Leiter)

Am 31.12.

davon Aspiranten

3

0

23/10

0

3

0

23/10

0

2

0

14/10

0

Nichtpharm. Pers.

Am 31.12.

5

30/10

5

25/10

6

30,5/10

III. römisch drei.

Gutachten

Unter Berücksichtigung der unter I. angeführten Grundsätze wurden die durchschnittlichen Kosten und Erträge der mit der Apotheke des Berufungswerbers (richtig: Einspruchswerbers) vergleichbaren Apotheken im Sinne des § 10 Abs. 3 Apothekengesetz für das Jahr 1985 ermittelt. Als Vergleichskriterien wurden entsprechend dem erhobenen Befund folgende Strukturmerkmale herangezogen: Wirtschaftsklasse 'eigenbewirtschaftete Betriebe', Standort 'Wien', Umsatzklasse 3 (7,0 bis 9.0 Mio.S), Personalklasse 'mit pharmazeutischen Mitarbeitern'. Unter Berücksichtigung der

unter römisch eins. angeführten Grundsätze wurden die durchschnittlichen Kosten und Erträge der mit der Apotheke des Berufungswerbers (richtig: Einspruchswerbers) vergleichbaren Apotheken im Sinne des Paragraph 10, Absatz 3, Apothekengesetz für das Jahr 1985 ermittelt. Als Vergleichskriterien wurden entsprechend dem erhobenen Befund folgende Strukturmerkmale herangezogen: Wirtschaftsklasse 'eigenbewirtschaftete Betriebe', Standort 'Wien', Umsatzklasse 3 (7,0 bis 9.0 Mio.S), Personalklasse 'mit pharmazeutischen Mitarbeitern'.

Diese Apotheken wiesen durchschnittliche Material- und Warenkosten von rd. 64,1 % vom Umsatz auf, Personalkosten (ausgenommen Leiterkosten) von 16,9 % und Betriebskosten von 12,2 %; somit verblieb diesen Apotheken ein Betriebsergebnis von durchschnittlich 6,8 %.

Zur Wahl der Strukturmerkmale der Vergleichsgruppe ist anzumerken, daß nach ho. Auffassung von den im Befund erhobenen Strukturdaten auszugehen ist. Die Apotheke A von Mag. P wurde im Dezember 1983 eröffnet, und die infolge Eröffnung zu erwarten gewesene Umsatzeinbuße der S-Apotheke, Wien 23., ist nach ho. Auffassung mittlerweile abgeschlossen; dies zeigt sich deutlich an der oben ausgewiesenen Umsatzentwicklung. Ebenso ist mit keiner durch die Bewilligung der angesuchten Apotheke A bedingten Änderung des Bereitschaftsdienstturnus der berufungswerbenden (richtig: einspruchswerbenden) Apotheke zu rechnen.

In Hinblick auf die bei den Vergleichsbetrieben festgestellten durchschnittlichen Kosten mußte die prüfungsgegenständliche Apotheke nach ho. Auffassung ebenfalls in der Lage sein, ein Betriebsergebnis von zumindest 6,8 % zu erzielen.

Nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. Juni 1987, Zlen.87/08/0053, AW 87/08/0007, 'muß die Ertragskraft des Unternehmens auch unter Zugrundelegung des prognostizierten Umsatzausfalles infolge der Betriebsaufnahme der neu bewilligten Apotheke zumindest noch dafür ausreichend sein, daß der Betriebspflicht (§ 13 ApG) bei einer möglichst kurzfristigen Verhinderung des Apothekeninhabers im Wege der Bestellung eines verantwortlichen Apothekenleiters entsprochen werden kann. Andererseits soll dem selbständigen Unternehmer, der nicht nur seine Arbeitskraft, sondern auch sein Kapital dem Apothekenbetrieb widmet, im obgenannten öffentlichen Interesse zumindest ein Einkommen gewährleistet bleiben, das er auch in unselbständiger Stellung und ohne das Unternehmerrisiko tragen zu müssen, erreichen kann'. Aus dem zu erwartenden verminderten Umsatz sollte bei pharmazeutisch ordnungsgemäßer und wirtschaftlich rationeller Betriebsführung, gemessen an den nach statistischen Grundsätzen durch die Österreichische Apothekerkammer ermittelten durchschnittlichen und objektiv angemessenen Kosten und Erträgen (hinsichtlich der Kosten und der Ertragsstruktur) vergleichbarer öffentlicher Apotheken, ein jährlicher Nettoertrag in der Höhe der Kosten eines für diese Apotheke in Betracht kommenden Apothekenleiters erwirtschaftet werden können. Determinanten für die Vergleichbarkeit der Apotheken, deren Kosten- und damit Nettoertragsstruktur nach Maßgabe des dritten Satzes des § 10 Abs. 3 Apothekengesetz bedeutsam ist, müssen demnach einerseits die oben angegebenen - statistisch ermittelten - durchschnittlichen Kostenzahlen sein, andererseits aber 'in Hinblick auf die Objektivierung der Ermittlung des relevanten Nettoertrages' weiche der Verwaltungsgerichtshof in seinem zitierten Erkenntnis gemäß § 10 Abs. 3 leg. cit. als zwingend erforderlich betrachtet - nur jene objektiv angemessenen Kosten, welche ein pharmazeutisch ordnungsgemäß sowie wirtschaftlich rationell geführter vergleichbarer Apothekenbetrieb - insbesondere aufgrund einer objektiv angemessenen Personalkapazität - durchschnittlich zu tragen hat. Nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. Juni 1987, Zlen. 87/08/0053, AW 87/08/0007, 'muß die Ertragskraft des Unternehmens auch unter Zugrundelegung des prognostizierten Umsatzausfalles infolge der Betriebsaufnahme der neu bewilligten Apotheke zumindest noch dafür ausreichend sein, daß der Betriebspflicht (Paragraph 13, ApG) bei einer möglichst kurzfristigen Verhinderung des Apothekeninhabers im Wege der Bestellung eines verantwortlichen Apothekenleiters entsprochen werden kann. Andererseits soll dem selbständigen Unternehmer, der nicht nur seine Arbeitskraft, sondern auch sein Kapital dem Apothekenbetrieb widmet, im obgenannten öffentlichen Interesse zumindest ein Einkommen gewährleistet bleiben, das er auch in unselbständiger Stellung und ohne das Unternehmerrisiko tragen zu müssen, erreichen kann'. Aus dem zu erwartenden verminderten Umsatz sollte bei pharmazeutisch ordnungsgemäßer und wirtschaftlich rationeller Betriebsführung, gemessen an den nach statistischen Grundsätzen durch die Österreichische Apothekerkammer ermittelten durchschnittlichen und objektiv angemessenen Kosten und Erträgen (hinsichtlich der Kosten und der Ertragsstruktur) vergleichbarer öffentlicher Apotheken, ein jährlicher Nettoertrag in der Höhe der Kosten eines für diese Apotheke in Betracht kommenden Apothekenleiters erwirtschaftet werden können. Determinanten für die Vergleichbarkeit der Apotheken, deren Kosten- und damit Nettoertragsstruktur nach Maßgabe des dritten Satzes des

Paragraph 10, Absatz 3, Apothekengesetz bedeutsam ist, müssen demnach einerseits die oben angegebenen - statistisch ermittelten - durchschnittlichen Kostenzahlen sein, andererseits aber 'in Hinblick auf die Objektivierung der Ermittlung des relevanten Nettoertrages' weiche der Verwaltungsgerichtshof in seinem zitierten Erkenntnis gemäß Paragraph 10, Absatz 3, leg. cit. als zwingend erforderlich betrachtet - nur jene objektiv angemessenen Kosten, welche ein pharmazeutisch ordnungsgemäß sowie wirtschaftlich rationell geführter vergleichbarer Apothekenbetrieb - insbesondere aufgrund einer objektiv angemessenen Personalkapazität - durchschnittlich zu tragen hat.

Nach ho. Evidenz ergeben sich aber gerade hinsichtlich der Personalkapazität und der daraus resultierenden Kosten erhebliche Abweichungen zwischen jeweils in ihrem Fortbestand gesicherten Betrieben, welche einerseits durch die Konzessionsinhaber als selbständige Leiter, andererseits von angestellten

Apothekenleitern oder Pächtern geführt werden. Erfahrungsgemäß sind die bei Betrieben, welche vom Konzessionär als Leiter geführt werden, höheren Personalkosten u.a. auf das Vorhandensein höherer Personalkapazitäten bzw. -reserven zurückzuführen, auf welche Betriebe mit angestellten Apothekenleitern sowie Pachtbetriebe aus Kostengründen verzichten müssen. Da aber auch der Fortbestand von angestellten Apothekenleitern bzw. Pächtern geführter Apothekenbetriebe - bei gleichfalls pharmazeutisch ordnungsgemäßer und wirtschaftlich rationeller Betriebsführung - erfahrungsgemäß idR gewährleistet ist, erscheint es nach ho. Auffassung geboten, für die gegenständliche Beurteilung der Frage, ob im Falle der Errichtung der angesuchten öffentlichen Apotheke die Kosten eines angestellten Apothekenleiters bei pharmazeutisch ordnungsgemäßer und wirtschaftlich rationeller Betriebsführung erwirtschaftet werden können, nicht nur jene Personalkosten zu berücksichtigen, welche in Apotheken mit Konzessionären als selbständigen Apothekenleitern entsprechend den dort bestehenden Personalkapazitäten erhoben wurden, sondern auch jene zu beachten, die sich in von Pächtern und angestellten Apothekenleitern geführten Apothekenbetrieben ergeben.

Infolge geringerer Verfügbarkeit und Repräsentativität des statistischen Datenmaterials der relativ wenigen Apothekenbetriebe mit angestellten Leitern erscheint es erforderlich, die Gruppe der von Pächtern geführten Apothekenbetriebe miteinzubeziehen, welche erfahrungsgemäß gleichfalls mit wirtschaftlich rationell optimierten - 'objektiv angemessenen' - Personalkapazitäten arbeiten müssen. Sie ist auch bezüglich Personalkosten nach ho. Erfahrung mit von angestellten Leitern geführten Apothekenbetrieben absolut vergleichbar. Die Datenmenge ist darüber hinaus in hohem Maße repräsentativ, und das verwendete statistische Daten- und Zahlenmaterial gewährleistet in jeder Hinsicht die höchstmögliche Qualität der Vergleichsrechnung.

Für den Fortbestand der gegenständlichen Apotheke pharmazeutisch und wirtschaftlich erforderlich sowie für die Existenzgefährdungsprüfung gemäß § 10 Abs. 3 ApG als 'durchschnittlich und objektiv angemessen' maßgeblich sind demnach nach ho. Auffassung nicht Personalkosten in der Höhe von 16,9 % sondern - nach ho. statistischer Evidenz, erhoben bei Betrieben mit folgenden Strukturmerkmalen: Wirtschaftsklasse

Für den Fortbestand der gegenständlichen Apotheke pharmazeutisch und wirtschaftlich erforderlich sowie für die Existenzgefährdungsprüfung gemäß Paragraph 10, Absatz 3, ApG als 'durchschnittlich und objektiv angemessen' maßgeblich sind demnach nach ho. Auffassung nicht Personalkosten in der Höhe von 16,9 % sondern - nach ho. statistischer Evidenz, erhoben bei Betrieben mit folgenden Strukturmerkmalen: Wirtschaftsklasse

'Pachtbetriebe', Standort 'Wien', Umsatzklasse 3 (7,0 bis 9,0 Mio.S), Personalklasse 'mit pharmazeutischen Mitarbeitern' - in der Höhe von 14,4 % des Umsatzes.

Die konkret zu erwartende wirtschaftliche Lage der S-Apotheke, Wien 23., im Falle der Bewilligung der angesuchten öffentlichen Apotheke stellt sich somit wie folgt dar: Aus dem Umsatz 1985 von rd. 7,412 Mio.S waren in Hinblick auf die Ergebnisse vergleichbarer Apotheken Material- und Warenkosten von rund 64,1 %, Personalkosten von 14,4 % und Betriebskosten von 12,2 % zu decken. Zu den Personalkosten wird angemerkt, daß aus den in Ansatz gebrachten Kosten jedenfalls eine ausreichende personelle Ausstattung mit rd. 18/10 Fachpersonal (inklusive Apothekenleiter) und 24/10 Hilfspersonal aufrechterhalten werden kann. Dies entspricht einer ho. als pharmazeutisch ordnungsgemäß und wirtschaftlich rationell angesehenen - 'objektiv angemessenen' - Umsatzleistung je Fachkraft von 4,015 Mio.S und einer den gleichen Kriterien entsprechenden Verhältniszahl Hilfskraft je Fachkraft von 1,32. Das verbleibende Betriebsergebnis in Höhe von 0,689 Mio.S (das sind 9,3 % des Umsatzes) reicht aus, um die im Falle der Verhinderung des Konzessionärs anfallenden Kosten für einen angestellten Apothekenleiter in Höhe von 0,598 Mio.S (entsprechend Turnus VII sowie einer Fachpersonalbesetzung von 18 Zehntel) zu decken. Die konkret zu erwartende wirtschaftliche

Lage der S-Apotheke, Wien 23., im Falle der Bewilligung der angesuchten öffentlichen Apotheke stellt sich somit wie folgt dar: Aus dem Umsatz 1985 von rd. 7,412 Mio.S waren in Hinblick auf die Ergebnisse vergleichbarer Apotheken Material- und Warenkosten von rund 64,1 %, Personalkosten von 14,4 % und Betriebskosten von 12,2 % zu decken. Zu den Personalkosten wird angemerkt, daß aus den in Ansatz gebrachten Kosten jedenfalls eine ausreichende personelle Ausstattung mit rd. 18/10 Fachpersonal (inklusive Apothekenleiter) und 24/10 Hilfspersonal aufrechterhalten werden kann. Dies entspricht einer ho. als pharmazeutisch ordnungsgemäß und wirtschaftlich rationell angesehenen - 'objektiv angemessenen' - Umsatzleistung je Fachkraft von 4,015 Mio.S und einer den gleichen Kriterien entsprechenden Verhältniszahl Hilfskraft je Fachkraft von 1,32. Das verbleibende Betriebsergebnis in Höhe von 0,689 Mio.S (das sind 9,3 % des Umsatzes) reicht aus, um die im Falle der Verhinderung des Konzessionärs anfallenden Kosten für einen angestellten Apothekenleiter in Höhe von 0,598 Mio.S (entsprechend Turnus römisch sieben sowie einer Fachpersonalbesetzung von 18 Zehntel) zu decken.

Für das Jahr 1986 liegen ho. noch keine endgültigen Kostenmeldungen vor. Aufgrund jüngster ho. verfügbarer statistischer Daten und Unterlagen wird das durchschnittliche Betriebsergebnis der in der Vergleichsgruppe befindlichen Betriebe mit 6,8 % prognostiziert (Material- und Warenkosten 64,1 %, Personalkosten 16,9 %, Betriebskosten 12,2 %). Analog obiger Vorgangsweise bzw. auch unter Zugrundelegung der o.a. Begründung werden wiederum jene 'objektiv angemessenen' Personalkosten berücksichtigt, welche sich für von Pächtern geführte Apothekenbetriebe ergeben. Es sind demnach nicht Personalkosten in der Höhe von 16,9 % des Umsatzes, sondern von 14,4 % des Umsatzes maßgeblich. Das verbleibende Betriebsergebnis beträgt somit 9,3 %. Bezogen auf den Umsatz 1986 in Höhe von 7,959 Mio.S sind das rd. 0,740 Mio.S. Dieser Betrag reicht ebenfalls aus, um die im Falle der Verhinderung des Apothekenleiters anfallenden Kosten eines Apothekenleiters in Höhe von 0,618 Mio.S (Basis 1986; Turnus VII; Fachpersonalbesetzung von 19 Zehntel entsprechend einer Umsatzleistung je Fachkraft von rd. 4,228 Mio.S; Hilfskraft je Fachkraft 1,32) zu tragen. Für das Jahr 1986 liegen ho. noch keine endgültigen Kostenmeldungen vor. Aufgrund jüngster ho. verfügbarer statistischer Daten und Unterlagen wird das durchschnittliche Betriebsergebnis der in der Vergleichsgruppe befindlichen Betriebe mit 6,8 % prognostiziert (Material- und Warenkosten 64,1 %, Personalkosten 16,9 %, Betriebskosten 12,2 %). Analog obiger Vorgangsweise bzw. auch unter Zugrundelegung der o.a. Begründung werden wiederum jene 'objektiv angemessenen' Personalkosten berücksichtigt, welche sich für von Pächtern geführte Apothekenbetriebe ergeben. Es sind demnach nicht Personalkosten in der Höhe von 16,9 % des Umsatzes, sondern von 14,4 % des Umsatzes maßgeblich. Das verbleibende Betriebsergebnis beträgt somit 9,3 %. Bezogen auf den Umsatz 1986 in Höhe von 7,959 Mio.S sind das rd. 0,740 Mio.S. Dieser Betrag reicht ebenfalls aus, um die im Falle der Verhinderung des Apothekenleiters anfallenden Kosten eines Apothekenleiters in Höhe von 0,618 Mio.S (Basis 1986; Turnus römisch sieben; Fachpersonalbesetzung von 19 Zehntel entsprechend einer Umsatzleistung je Fachkraft von rd. 4,228 Mio.S; Hilfskraft je Fachkraft 1,32) zu tragen.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß in Ansehung der nach statistischen Grundsätzen ermittelten durchschnittlichen und objektiv angemessenen Kosten und Erträge vergleichbarer öffentlicher Apotheken die S-Apotheke, Wien 23., auch nach Bewilligung der angesuchten Apotheke A, Wien 23., nach ho. Auffassung in der Lage sein müßte, bei Anpassung der Personalkapazität an ein in Pachtbetrieben übliches und sowohl pharmazeutisch-fachlich als auch wirtschaftlich-rationell vertretbares Ausmaß die im Falle der Verhinderung des Apothekenleiters notwendig anfallenden - 'objektiv angemessenen' - Kosten der Leitung der Apotheke durch einen angestellten Apothekenleiter zu erwirtschaften. Damit wäre nach ho. Auffassung in diesem Falle keine Existenzgefährdung der S-Apotheke gegeben und ihr Fortbestand iSd § 10 Abs. 3 ApG gewährleistet." Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß in Ansehung der nach statistischen Grundsätzen ermittelten durchschnittlichen und objektiv angemessenen Kosten und Erträge vergleichbarer öffentlicher Apotheken die S-Apotheke, Wien 23., auch nach Bewilligung der angesuchten Apotheke A, Wien 23., nach ho. Auffassung in der Lage sein müßte, bei Anpassung der Personalkapazität an ein in Pachtbetrieben übliches und sowohl pharmazeutisch-fachlich als auch wirtschaftlich-rationell vertretbares Ausmaß die im Falle der Verhinderung des Apothekenleiters notwendig anfallenden - 'objektiv angemessenen' - Kosten der Leitung der Apotheke durch einen angestellten Apothekenleiter zu erwirtschaften. Damit wäre nach ho. Auffassung in diesem Falle keine Existenzgefährdung der S-Apotheke gegeben und ihr Fortbestand iSd Paragraph 10, Absatz 3, ApG gewährleistet."

Laut den Feststellungen des vollständigen und schlüssigen Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer, so fährt die belangte Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides fort, bestehe für die vom

Beschwerdeführer betriebene Apotheke keine Existenzgefährdung; die belangte Behörde schließe sich dem Gutachten vollinhaltlich an. Wenn der Beschwerdeführer in seiner abschließenden Stellungnahme unter anderem im wesentlichen bemängle, daß die Österreichische Apothekerkammer in ihrem Gutachten fälschlich von zu niedrigen Leiterkosten ausgehe (0,598 Mio.S für 1985, und 0,618 Mio.S für 1986) und demgegenüber laut einer von ihm vorgelegten Berechnung von Leiterkosten der Pharmazeutischen Gehaltskasse für Österreich die Leiterkosten mit S 751.125,30 für 1985 und S 783.577,90 für 1986 angegeben würden, so sei hiezu festzustellen, daß die vom Beschwerdeführer vorgelegte Leiterkostenberechnung sich auf Kosten für einen alleinarbeitenden Apothekenleiter (insbesondere inklusive Belastungszulage) beziehe, wohingegen die Österreichische Apothekerkammer, ausgehend vom tatsächlichen Erwartungsumsatz und den daraus errechneten notwendigen Fachpersonalkapazitäten (18/10 im Jahre 1985 bzw. 19/10 im Jahre 1986) die Personalkosten bei der konkret zu erwartenden betrieblichen Lage berechnet habe. Dies entspreche auch der Forderung des Verwaltungsgerichtshofes im Vorerkenntnis (vom 29. Juni 1987), wenn er darin die "Höhe der Kosten eines für diese Apotheke in Betracht kommenden verantwortlichen Apothekenleiters" (also die im Einzelfall errechneten notwendigen Leiterkosten als Mindeststandard einer Existenzgefährdungsprüfung) anspreche. Weiters seien - abweichend von den Unterlagen des Beschwerdeführers - in den dem Gutachten zugrundeliegenden Leiterkosten die Kosten eines Urlaubsvertreters nicht inkludiert, was auch der bisherigen ständigen Spruchpraxis des Verwaltungsgerichtshofes entspreche. Auf die - gegenteilige - Spruchpraxis des Verwaltungsgerichtshofes sei auch hinzuweisen, wenn der Beschwerdeführer die angeführten zusätzlichen Kosten (freiwilligen Zulagen) von laut einem Wirtschaftstreuhänder errechneten Leiterkosten berücksichtigt haben wolle. Die Determinanten und der Modus der Gutachtenerstellung seien im Gutachten genannt. Die belangte Behörde erachte dies im Sinne der Feststellungen des eben zitierten Vorerkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes für ausreichend. Wenn schließlich zwecks Überprüfung des dem Gutachten zugrundeliegenden statistischen Materials vom Beschwerdeführer die Offenlegung aller Daten verlangt werde, so widerspräche es dem verfassungsmäßig gewährleisteten Recht auf Datenschutz, wenn dem Beschwerdeführer Einblick in den Status aller Apothekenbetriebe in Österreich gewährt würde. Diesem Verlangen habe daher nicht Rechnung getragen werden können.

In der gegen Punkt I dieses Bescheides erhobenen Beschwerde macht der Beschwerdeführer Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend und beantragt die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides. In der gegen Punkt römisch eins dieses Bescheides erhobenen Beschwerde macht der Beschwerdeführer Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend und beantragt die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides.

Seinem gesamten Vorbringen nach erachtet er sich in dem Recht auf Nichterteilung der Konzession an die mitbeteiligte Partei wegen Existenzgefährdung seiner Apotheke durch die Neuerrichtung verletzt.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die mitbeteiligte Partei eine Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die im Beschwerdefall bedeutsamen Bestimmungen des § 10 ApG in der Fassung der obgenannten Apothekengesetznovelle 1984 lauten: Die im Beschwerdefall bedeutsamen Bestimmungen des Paragraph 10, ApG in der Fassung der obgenannten Apothekengesetznovelle 1984 lauten:

1. "(1) Absatz eins, Die Konzession für eine neu zu errichtende Apotheke ist zu erteilen, wenn

...

3. durch die Neuerrichtung die Existenzfähigkeit bestehender öffentlicher Apotheken nicht gefährdet wird.

...

1. (3) Absatz 3, Eine öffentliche Apotheke gilt in ihrer Existenzfähigkeit gefährdet, wenn der Fortbestand der bestehenden Apotheke durch die Neuerrichtung einer öffentlichen Apotheke bei pharmazeutisch ordnungsgemäßer und wirtschaftlich rationeller Betriebsführung nicht gewährleistet erscheint. Hierüber ist ein Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer einzuholen. Das Gutachten hat unter Berücksichtigung der nach statistischen Grundsätzen durch die Österreichische Apothekerkammer ermittelten durchschnittlichen und objektiv angemessenen Kosten und Erträge vergleichbarer öffentlicher Apotheken die zu erwartende zukünftige

betriebliche Lage und Entwicklung nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu beurteilen."

Der Beschwerdeführer rügt (wie schon in der dem Vorerkenntnis vom 29. Juni 1987 zugrundeliegenden Beschwerde), es sei weder eine Prognostizierung des längerfristig zu erwartenden Umsatzverlustes vorgenommen noch eine Rezeptzählung veranlaßt noch der Reinertrag aufgrund prognostizierter Umsatzzahlen ermittelt noch der durch Gegenüberstellung von Reinertrag und Kosten relevante entscheidungswesentliche Schluß gezogen worden, obwohl nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes eine Zukunftsprognose notwendig sei. Die vom Beschwerdeführer in der Beschwerde angeführten Zahlen (über die Kosten eines verantwortlichen Apothekenleiters) bewiesen aber, daß seine Apotheke ständig existenzgefährdet sei und nur deshalb nicht zusperren müsse, weil der Beschwerdeführer trotz seines hohen Alters wöchentlich mindestens 60 Stunden in der bzw. für die Apotheke arbeite.

Mit diesem Einwand vermag der Beschwerdeführer keinen relevanten Verfahrensmangel aufzuzeigen. Der Verwaltungsgerichtshof hat es nämlich schon im mehrfach zitierten Vorerkenntnis vom 29. Juni 1987 mit § 10 Abs. 1 Z. 3 und Abs. 3 ApG für vereinbar erachtet, dann, wenn nach erfolgter Inbetriebnahme der neuen öffentlichen Apotheke (während des Verfahrens über einen Einspruch eines Nachbarapothekers) eine Stabilisierung der Umsatzverminderung der Nachbarapotheke eingetreten ist, bei der Beurteilung ihrer Existenzgefährdung vom verminderten Umsatz auszugehen. Gegen die auf die oben wiedergegebenen gutachtlichen Äußerungen der Österreichischen Apothekerkammer gestützte Annahme der belangten Behörde, es sei im Beschwerdefall seit der im Jahre 1983 erfolgten Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke der mitbeteiligten Partei eine Stabilisierung der Umsatzverminderung der Apotheke des Beschwerdeführers eingetreten, hat der Beschwerdeführer keine konkreten Einwände erhoben; dagegen bestehen auch keine von Amts wegen aufzugreifenden Bedenken. Mit der in diesem Zusammenhang aufgetragenen Behauptung, der Beschwerdeführer müsse nur deshalb die Apotheke nicht zusperren, weil er trotz seines hohen Alters wöchentlich mindestens 60 Stunden in der bzw. für die Apotheke arbeite (die auf der Voraussetzung basiert, daß aufgrund des vom Beschwerdeführer verwendeten Zahlenmaterials die Apotheke "ständig existenzgefährdet" sei) wird nicht die Richtigkeit der festgestellten Umsatzentwicklung (aus der auf den Abschluß der durch die Neuerrichtung der Apotheke der mitbeteiligten Partei hervorgerufenen Kundenabwanderung und damit der Umsatzverminderung der Apotheke des Beschwerdeführers geschlossen wird) in Frage gestellt, sondern lediglich bestritten, daß die bei Vorliegen derartiger Umsätze (ohne einen überdurchschnittlichen Arbeitszeitaufwand des Konzessionärs der Apotheke) erforderlichen Fremdpersonalkosten aus dem Nettoertrag der Apotheke ohne ihre Existenzgefährdung abgedeckt werden könnten, und damit eine Frage wirtschaftlich rationellen Personaleinsatzes, nicht aber der Umsatzstabilisierung angesprochen. Mit diesem Einwand vermag der Beschwerdeführer keinen relevanten Verfahrensmangel aufzuzeigen. Der Verwaltungsgerichtshof hat es nämlich schon im mehrfach zitierten Vorerkenntnis vom 29. Juni 1987 mit Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer 3 und Absatz 3, ApG für vereinbar erachtet, dann, wenn nach erfolgter Inbetriebnahme der neuen öffentlichen Apotheke (während des Verfahrens über einen Einspruch eines Nachbarapothekers) eine Stabilisierung der Umsatzverminderung der Nachbarapotheke eingetreten ist, bei der Beurteilung ihrer Existenzgefährdung vom verminderten Umsatz auszugehen. Gegen die auf die oben wiedergegebenen gutachtlichen Äußerungen der Österreichischen Apothekerkammer gestützte Annahme der belangten Behörde, es sei im Beschwerdefall seit der im Jahre 1983 erfolgten Inbetriebnahme der öffentlichen Apotheke der mitbeteiligten Partei eine Stabilisierung der Umsatzverminderung der Apotheke des Beschwerdeführers eingetreten, hat der Beschwerdeführer keine konkreten Einwände erhoben; dagegen bestehen auch keine von Amts wegen aufzugreifenden Bedenken. Mit der in diesem Zusammenhang aufgetragenen Behauptung, der Beschwerdeführer müsse nur deshalb die Apotheke nicht zusperren, weil er trotz seines hohen Alters wöchentlich mindestens 60 Stunden in der bzw. für die Apotheke arbeite (die auf der Voraussetzung basiert, daß aufgrund des vom Beschwerdeführer verwendeten Zahlenmaterials die Apotheke "ständig existenzgefährdet" sei) wird nicht die Richtigkeit der festgestellten Umsatzentwicklung (aus der auf den Abschluß der durch die Neuerrichtung der Apotheke der mitbeteiligten Partei hervorgerufenen Kundenabwanderung und damit der Umsatzverminderung der Apotheke des Beschwerdeführers geschlossen wird) in Frage gestellt, sondern lediglich bestritten, daß die bei Vorliegen derartiger Umsätze (ohne einen überdurchschnittlichen Arbeitszeitaufwand des Konzessionärs der Apotheke)

erforderlichen Fremdpersonalkosten aus dem Nettoertrag der Apotheke ohne ihre Existenzgefährdung abgedeckt werden könnten, und damit eine Frage wirtschaftlich rationellen Personaleinsatzes, nicht aber der Umsatzstabilisierung angesprochen.

Entgegen der von der mitbeteiligten Partei in der Gegenschrift vertretenen Auffassung reicht aber andererseits nicht schon der Umstand, daß die Apotheke des Beschwerdeführers seit 1983 neben der Apotheke der mitbeteiligten Partei existiert und die festgestellte Umsatzentwicklung aufweist, zur Bejahung der Existenzfähigkeit aus. Nach den ausführlichen Darlegungen im Vorerkenntnis vom 29. Juni 1987 ist nämlich für die Beurteilung der Gefährdung der Existenzfähigkeit einer bestehenden Apotheke nicht ausreichend, daß sie nach der Stabilisierung der Umsatzverminderung nach erfolgter Inbetriebnahme der neuen öffentlichen Apotheke (unabhängig davon, welcher Nettoertrag erwirtschaftet wird) "existiert", sondern daß aus dem verminderten Umsatz bei pharmazeutisch ordnungsgemäßer und wirtschaftlich rationeller Betriebsführung, gemessen an den nach statistischen Grundsätzen durch die Österreichische Apothekerkammer ermittelten durchschnittlichen und objektiv angemessenen Kosten und Erträgen (hinsichtlich der Kosten- und Ertragsstruktur) vergleichbarer öffentlicher Apotheken, ein jährlicher Nettoertrag in der Höhe der Kosten eines für diese Apotheke in Betracht kommenden verantwortlichen Apothekenleiters erwirtschaftet werden kann.

Die belangte Behörde bejahte letzteres, gestützt auf das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer. Der Beschwerdeführer wendet dagegen, zunächst unter dem Gesichtspunkt des nach den genannten Kriterien zu erwirtschaftenden jährlichen Nettoertrages, Nachstehendes ein: Entgegen den Ausführungen im Vorerkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. Juni 1987 fehlten im Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer die entsprechenden konkreten Ziffern und Determinanten. Obwohl der Gerichtshof ausdrücklich aufgetragen habe, überprüfbares statistisches Material vorzulegen, wurden wieder nur nicht überprüfbare Zahlen angegeben. Um eine Überprüfung zu ermöglichen, wäre anzugeben gewesen, wieviele Apotheken überprüft worden seien, wo sie lägen, wie groß ihre Umsätze seien, wie sich die einzelnen Kostenfaktoren prozentmäßig auf die Umsätze verteilten etc. Wenn die belangte Behörde meine, derartige Daten könnten aufgrund des Datenschutzgesetzes nicht zur Verfügung gestellt werden, so sei dies unrichtig. Erstens habe dies nicht einmal die Apothekerkammer behauptet, zweitens stimme es nicht. Es müßten ja nicht die konkreten Daten der einzelnen Apotheken unter Namensnennung bekanntgegeben werden, vielmehr genügte ein nach vernünftigen Kriterien aufgegliedertes Zahlenmaterial (nach Gliederungsmerkmalen wie der Zahl der überprüften Apotheken, des ungefähren Standorts, der Umsatzgrößen, der Kostenfaktoren etc). Es stelle einen schweren Verfahrensmangel dar, daß dem Antrag des Beschwerdeführers, der Österreichischen Apothekerkammer aufzutragen, das den angegebenen Zahlen zugrundeliegende statistische Material bekanntzugeben, nicht stattgegeben worden sei. Andererseits werde im angefochtenen Bescheid nicht darauf eingegangen, daß die Österreichische Apothekerkammer mit widersprüchlichen Prozentzahlen vorgehe. So werde zunächst das durchschnittliche, den Apotheken verbleibende Betriebsergebnis mit 6,8 % angegeben, später aber mit 9,3 %. Umgekehrt proportional wurden zunächst die durchschnittlichen Personalkosten mit 16,9 %, später mit 14,4 % angegeben. All dies geschehe ohne jede nähere Begründung.

Der erstgenannte Einwand (fehlende Determinanten und Ziffern) ist unbegründet. Die Österreichische Apothekerkammer führte in ihrem - oben zur Gänze wiedergegebenen - Gutachten die Determinanten für die Vergleichbarkeit der Apotheken, deren Aufwands - und damit Nettoertragsstrukturen nach Maßgabe des dritten Satzes des § 10 Abs. 3 ApG als bedeutsam erachtet wurden, in durchaus zureichender Art an, nämlich hinsichtlich der Apotheken mit dem Konzessionär als selbständigem Apothekenleiter; Der erstgenannte Einwand (fehlende Determinanten und Ziffern) ist unbegründet. Die Österreichische Apothekerkammer führte in ihrem - oben zur Gänze wiedergegebenen - Gutachten die Determinanten für die Vergleichbarkeit der Apotheken, deren Aufwands - und damit Nettoertragsstrukturen nach Maßgabe des dritten Satzes des Paragraph 10, Absatz 3, ApG als bedeutsam erachtet wurden, in durchaus zureichender Art an, nämlich hinsichtlich der Apotheken mit dem Konzessionär als selbständigem Apothekenleiter:

Wirtschaftsklasse "eigenbewirtschaftete Betriebe", Standort "Wien", Umsatzklasse 3 (7,0 bis 9,0 Mio.S), Personalklasse "mit pharmazeutischen Mitarbeitern"; hinsichtlich der Pachtbetriebe:

Wirtschaftsklasse "Pachtbetriebe", Standort "Wien", Umsatzklasse 3 (7,0 bis 9,0 Mio.S), Personalklasse "mit pharmazeutischen Mitarbeitern". Auch wurden im Gutachten die konkreten Ziffern der nach § 10 Abs. 3 ApG nach den

Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes für die Beurteilung der Existenzgefährdung der Apotheke des Beschwerdeführers relevanten Aufwendungen und damit Nettoerträge angeführt: nämlich hinsichtlich der eigenbewirtschafteten Betriebe durch die Angabe der durchschnittlichen Material- und Warenkosten, der Personalkosten sowie der Betriebskosten in Prozentzahlen des Umsatzes der betreffenden Umsatzklasse; hinsichtlich der Pachtbetriebe durch Anführung der durchschnittlichen Personalkosten in Prozentzahlen des Umsatzes. Der Bekanntgabe weiteren, über diese Daten hinausgehenden "statistischen Materials" bedurfte es einerseits vor dem Zweck der Heranziehung statistischer Grundlagen nach dem zweiten Satz des § 10 Abs. 3 ApG und andererseits bei Bedachtnahme auf die von der Österreichischen Apothekerkammer im Gutachten dargelegte Methode der Auswertung des ihr zugänglichen Materials nicht. Wirtschaftsklasse "Pachtbetriebe", Standort "Wien", Umsatzklasse 3 (7,0 bis 9,0 Mio.S), Personalklasse "mit pharmazeutischen Mitarbeitern". Auch wurden im Gutachten die konkreten Ziffern der nach Paragraph 10, Absatz 3, ApG nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes für die Beurteilung der Existenzgefährdung der Apotheke des Beschwerdeführers relevanten Aufwendungen und damit Nettoerträge angeführt: nämlich hinsichtlich der eigenbewirtschafteten Betriebe durch die Angabe der durchschnittlichen Material- und Warenkosten, der Personalkosten sowie der Betriebskosten in Prozentzahlen des Umsatzes der betreffenden Umsatzklasse; hinsichtlich der Pachtbetriebe durch Anführung der durchschnittlichen Personalkosten in Prozentzahlen des Umsatzes. Der Bekanntgabe weiteren, über diese Daten hinausgehenden "statistischen Materials" bedurfte es einerseits vor dem Zweck der Heranziehung statistischer Grundlagen nach dem zweiten Satz des Paragraph 10, Absatz 3, ApG und andererseits bei Bedachtnahme auf die von der Österreichischen Apothekerkammer im Gutachten dargelegte Methode der Auswertung des ihr zugänglichen Materials nicht.

Am zweitgenannten Einwand (widersprüchliche Prozentzahlen der Personalkosten und der Nettoerträge) ist vorerst unrichtig, daß diese unterschiedlichen Prozentzahlen "ohne jede nähere Begründung" angeführt worden seien. Die Österreichische Apothekerkammer legte vielmehr dar, daß sie deshalb die durchschnittlichen Personalkosten der Pachtbetriebe aus der Vergleichsgruppe und nicht jene der eigenbewirtschafteten Betriebe herangezogen habe, weil erfahrungsgemäß die höheren Personalkosten von Betrieben, die vom Konzessionär als Leiter geführt werden, unter anderem auf das Vorhandensein höherer Personalkapazitäten bzw. -reserven zurückzuführen sind, auf die Pachtbetriebe aus Kostengründen verzichten müssen, trotzdem aber - bei gleichfalls pharmazeutisch ordnungsgemäßer und wirtschaftlich rationeller Betriebsführung - erfahrungsgemäße in der Regel nicht in ihrer Existenz gefährdet sind, d.h. einen Nettoertrag erwirtschaften, aus dem die Kosten eines verantwortlichen Leiters getragen werden können. Der Verwaltungsgerichtshof hegt aber auch keine Bedenken dagegen, daß aus den von der österreichischen Apothekerkammer angeführten, eben wiedergegebenen Gründen nicht von den Personalkosten der eigenbewirtschafteten Betriebe, sondern von jenen der Pachtbetriebe aus der Umsatzgruppe der Wiener Apotheken, in die die Apotheke des Beschwerdeführers fällt, ausgegangen wurde. Denn wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Vorerkenntnis vom 29. Juni 1987 ausgeführt hat, liegt der Sinn der durch § 10 ApG normierten Bedachtnahme auf die Existenzfähigkeit bereits bestehender öffentlicher Apotheken darin, im Interesse einer optimalen, kontinuierlichen Heilmittelversorgung der Bevölkerung und nicht zum Schutze der wirtschaftlichen Interessen (im Sinne der Wahrung einer Monopolstellung) jener Personen, denen der Ertrag der bestehenden Apotheken zukommt, die Zahl der Apotheken zu beschränken und ihre Standorte so festzulegen, daß auf Dauer existenzfähige Apotheken bestehen, die der ihnen im Interesse der Heilmittelversorgung obliegenden Betriebspflicht (§ 13 ApG) auch nachkommen können. Das ist schon dann der Fall, wenn sie bei pharmazeutisch ordnungsgemäßer und wirtschaftlich rationeller Betriebsführung, gemessen an den nach statistischen Grundsätzen durch die Österreichische Apothekerkammer ermittelten durchschnittlich und objektiv angemessenen Kosten und Erträgen vergleichbarer öffentlicher Apotheken, einen jährlichen Nettoertrag in der Höhe der Kosten eines für diese Apotheke in Betracht kommenden verantwortlichen Apothekenleiters erwirtschaften. Weisen aber Pachtbetriebe aus der hinsichtlich Umsatz und Standort identischen Vergleichsgruppe niedrigere Personalkosten als die eigenbewirtschafteten Apotheken dieser Vergleichsgruppe auf, weil erstere "aus Kostengründen" (d.h. bei wirtschaftlich rationeller Betriebsführung) auf die höheren Personalkapazitäten bzw. -reserven der eigenbewirtschafteten Betriebe verzichten müssen, ist aber dennoch der Fortbestand dieser Pachtbetriebe als solcher gewährleistet, so entspricht es diesen Grundsätzen, der Beurteilung der Existenzgefährdung der bestehenden Apotheke die Personalkosten der Pachtbetriebe zugrunde zu legen. Die belangte Behörde ging daher in nicht rechtswidrigerweise von einem Nettoertrag für 1985 in der Höhe von 0,689 Mio.S und für 1986 in der Höhe von 0,740 Mio.S aus. Am zweitgenannten Einwand (widersprüchliche Prozentzahlen der Personalkosten und der Nettoerträge) ist vorerst unrichtig, daß diese unterschiedlichen Prozentzahlen "ohne jede

nahere Begründung" angeführt worden seien. Die Österreichische Apothekerkammer legte vielmehr dar, daß sie deshalb die durchschnittlichen Personalkosten der Pachtbetriebe aus der Vergleichsgruppe und nicht jene der eigenbewirtschafteten Betriebe herangezogen habe, weil erfahrungsgemäß die höheren Personalkosten von Betrieben, die vom Konzessionär als Leiter geführt werden, unter anderem auf das Vorhandensein höherer Personalkapazitäten bzw. -reserven zurückzuführen sind, auf die Pachtbetriebe aus Kostengründen verzichten müssen, trotzdem aber - bei gleichfalls pharmazeutisch ordnungsgemäßer und wirtschaftlich rationeller Betriebsführung - erfahrungsgemäße in der Regel nicht in ihrer Existenz gefährdet sind, d.h. einen Nettoertrag erwirtschaften, aus dem die Kosten eines verantwortlichen Leiters getragen werden können. Der Verwaltungsgerichtshof hegt aber auch keine Bedenken dagegen, daß aus den von der österreichischen Apothekerkammer angeführten, eben wiedergegebenen Gründen nicht von den Personalkosten der eigenbewirtschafteten Betriebe, sondern von jenen der Pachtbetriebe aus der Umsatzgruppe der Wiener Apotheken, in die die Apotheke des Beschwerdeführers fällt, ausgegangen wurde. Denn wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Vorerkenntnis vom 29. Juni 1987 ausgeführt hat, liegt der Sinn der durch Paragraph 10, ApG normierten Bedachtnahme auf die Existenzfähigkeit bereits bestehender öffentlicher Apotheken darin, im Interesse einer optimalen, kontinuierlichen Heilmittelversorgung der Bevölkerung und nicht zum Schutze der wirtschaftlichen Interessen (im Sinne der Wahrung einer Monopolstellung) jener Personen, denen der Ertrag der bestehenden Apotheken zukommt, die Zahl der Apotheken zu beschränken und ihre Standorte so festzulegen, daß auf Dauer existenzfähige Apotheken bestehen, die der ihnen im Interesse der Heilmittelversorgung obliegenden Betriebspflicht (Paragraph 13, ApG) auch nachkommen können. Das ist schon dann der Fall, wenn sie bei pharmazeutisch ordnungsgemäßer und wirtschaftlich rationeller Betriebsführung, gemessen an den nach statistischen Grundsätzen durch die Österreichische Apothekerkammer ermittelten durchschnittlich und objektiv angemessenen Kosten und Erträgen vergleichbarer öffentlicher Apotheken, einen jährlichen Nettoertrag in der Höhe der Kosten eines für diese Apotheke in Betracht kommenden verantwortlichen Apothekenleiters erwirtschaften. Weisen aber Pachtbetriebe aus der hinsichtlich Umsatz und Standort identischen Vergleichsgruppe niedrigere Personalkosten als die eigenbewirtschafteten Apotheken dieser Vergleichsgruppe auf, weil erstere "aus Kostengründen" (d.h. bei wirtschaftlich rationeller Betriebsführung) auf die höheren Personalkapazitäten bzw. -reserven der eigenbewirtschafteten Betriebe verzichten müssen, ist aber dennoch der Fortbestand dieser Pachtbetriebe als solcher gewährleistet, so entspricht es diesen Grundsätzen, der Beurteilung der Existenzgefährdung der bestehenden Apotheke die Personalkosten der Pachtbetriebe zugrunde zu legen. Die belangte Behörde ging daher in nicht rechtswidrigerweise von einem Nettoertrag für 1985 in der Höhe von 0,689 Mio.S und für 1986 in der Höhe von 0,740 Mio.S aus.

Gegen die Auffassung der belangten Behörde, es könnten aus diesen Nettoerträgen die Kosten eines verantwortlichen Apothekenleiters für die Apotheke des Beschwerdeführers in der Höhe Kosten zu den nach den obigen Darlegungen in Betracht kommenden gesetzlich und kollektivvertraglich fundierten Kosten eines Apothekenleiters der Nettoertrag die Leiterkosten überstiege. Die belangte Behörde hatte daher auch bei Einhaltung der außer acht gelassenen Verfahrensvorschriften zu keinem anderen Bescheid kommen können.

Die Beschwerde war sohin gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Die Beschwerde war sohin gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 243/1985. Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers Bundesgesetzblatt Nr. 243 aus 1985,.

Hingewiesen wird darauf, daß die Beendigung des Beschwerdeverfahrens, für dessen Dauer die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung beantragt wurde, einen Abspruch über diesen Antrag entbehrlich macht.

Wien, am 2. Februar 1989

Schlagworte

Existenzgefährdung Apothekenleiter Personalaufwand Existenzgefährdung Begriff Umsatz Begriff

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1989:1988080148.X00

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at