

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Loebenstein und die Hofräte Dr. Draxler, Dr. Großmann, Onder und Dr. Hoffmann als Richter, im Beisein der Schriftführerin Ministerialsekretär Papp, über die Beschwerde der Mr. pharm. M E in W, vertreten durch Dr. Christa Heller, Rechtsanwalt in Wien IV, Paulanergasse 9, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit und Umweltschutz vom 2. Juni 1977, Zl. IV-245.059/6-3/77 (mitbeteiligte Partei: Mr. pharm. H A in W, vertreten durch Dr. Karl Völkl, Rechtsanwalt in Wien IX, Nußdorfer Straße 10-12), betreffend Konzession zur Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke, zu Recht erkannt:

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 3.000,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Mr. pharm. H A - die mitbeteiligte Partei des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens - suchte mit Eingabe vom 19. Februar 1973 um Erteilung einer Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Wien x mit dem Standort: Gebiet im x. Wiener Gemeindebezirk, begrenzt vom R-weg beidseitig - Gasse 11 beidseitig - Gasse 5 beidseitig - Gasse 2 = M-gasse beidseitig - W-Straße ostseitig an. Sie führte dazu aus, daß in diesem Gebiet eine rege Bautätigkeit herrsche und mit einer Bevölkerungszunahme von zirka 10.000 Personen zu rechnen sei. Da die Entfernung zu den nächsten Apotheken 2 bis

4 km betrage, sei es der zukünftigen Wohnbevölkerung nicht zuzumuten, solche Entfernungen zur nächsten Apotheke zurücklegen zu müssen. Gegen die beabsichtigte Errichtung dieser neuen Apotheke im angesuchten Standort erhoben Mr. pharm. H B, Konzessionär der S-Apotheke in Wien y, und die Beschwerdeführerin, Konzessionärin der öffentlichen „G-Apotheke“ in Wien x, fristgerecht Einspruch. Die Beschwerdeführerin führte in ihrem Einspruch im wesentlichen aus, mit Bescheid vom 22. August 1961 sei ihr die Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke mit dem Standort in W, W-Straße, erteilt worden. Der Standort der neugeplanten Apotheke überschneide sich mit dem ihr zugewiesenen Standort, sodaß ihr in dem gegenständlichen Verfahren volle Parteistellung zukomme. Die Errichtung einer neuen Apotheke im beantragten Standort würde bedeuten, daß sowohl aus dem näher gelegenen Umkreis die arzneimittelsuchende Bevölkerung ihren Bedarf in der neuen Apotheke decke als auch dieser aus Gebieten im Umkreis ihrer Apotheke sowie auch aus den weiteren Einzugsgebieten in B und S zuströme. Dies würde eine wesentliche Existenzgefährdung bedeuten, dies insbesondere deshalb, weil ja im Laufe der letzten Zeit eine Apotheke in H etabliert worden sei und sohin auch ein Teil der von ihr versorgten Bevölkerung von dieser Apotheke aus versorgt werde. Angrenzend an ihren Standort sei eine Apotheke errichtet worden, es bestehe die Möglichkeit, daß eine weitere Apotheke errichtet werde. Die Erweiterung der S-Apotheke in der G-siedlung anlässlich der Standortverlegung habe auch bewirkt, daß ein Großteil der Bevölkerung im nordöstlichen Raum von Wien bestens versorgt werde. Sie habe entsprechend der Größe des Standortes den Aufbau der Apotheke vorgenommen; es wären Aufwendungen für die Vergrößerung der Apotheke von beachtlicher Natur entstanden, die keineswegs durch den Verdienst bereits abgegolten seien. Wenn ihr anlässlich der Erteilung der Konzession ein entsprechend großer Standort eingeräumt worden sei, sie sich beim Ausbau der Apotheke auf diesen Standort und die in diesem wohnende Bevölkerung sowie den noch zu erwartenden Zuzug von Personen eingestellt habe, müsse ihr auch das Recht zugebilligt werden, einen entsprechenden Schutz von der Behörde zu verlangen, diesen vergrößerten Betrieb entsprechend

aufrechterhalten zu können. Zur Bedarfsfrage führt die Beschwerdeführerin aus, daß die neugeplante Apotheke in einem Gebiet errichtet werden soll, das vollkommen unbebaut und nicht erschlossen sei. Das Projekt einer G-siedlung auf den W Trabrennvereinsgründen sei von der Wiener Stadtplanung bis 1990 vorgesehen, sodaß zum gegenwärtigen Zeitpunkt kein Bedarf nach Errichtung einer neuen öffentlichen Apotheke gegeben sei. Für die Behauptung, daß mit einer Ansiedlung von 10.000 Bewohnern zu rechnen sei, bestehe keine Grundlage. Die Beschwerdeführerin selbst gebe zu, daß Ärzte bisher nicht angesiedelt seien. Wenn die mitbeteiligte Partei behaupte, daß es an öffentlichen Verkehrsmitteln mangle und der vollständige Ausbau des Verkehrsanschlusses noch längere Zeit dauern werde, sodaß sie trachte, für die Bevölkerung, die zu Fuß eine Apotheke aufsuche, Abhilfe zu schaffen, so ist dem entgegenzuhalten, daß überhaupt das Verkehrsnetz in K sehr locker sei und jeder der sich in einem derartigen Stadtteil ansiedle, mit der Inanspruchnahme eines Pkws rechnen müsse. Die Bevölkerung in einem allfälligerweise neugeschaffenen Gebiet werde in erster Linie nicht auf öffentliche Verkehrsmittel, sondern auf eigene Pkws angewiesen sein.

Der Bezirksvorsteher des x. Gemeindebezirks vertrat in seinem Schreiben vom 10. Juli 1973 die Ansicht, daß ein Bedarf für die Errichtung der neuen Apotheke in dem beantragten Standort gegeben sei, da dort eine rege Bautätigkeit herrsche. Derzeit würden dort 1.233 Wohnungen, 12 Geschäftslokale sowie eine 24klassige Schule durch die Gemeinde Wien errichtet. Die Wohnbautätigkeit werde in diesem Gebiet fortgesetzt, sodaß in den nächsten Jahren mit etwa 4.000 bis 5.000 Wohnungen zu rechnen sei. Ferner würden etliche Betriebe ihren Standort dorthin verlegen. Zwei Betriebe seien bereits angesiedelt und hätten ihre Produktion aufgenommen. Es bestehe der Bedarf für eine Apotheke.

Auch das Gesundheitsamt der Stadt Wien vertrat in seiner Stellungnahme vom 23. Juli 1973 die Ansicht, daß in dem geplanten Standort ein Bedarf für eine neue Apotheke gegeben sei. Derzeit befänden sich zwar in dem Standort der neu zu errichtenden Apotheke noch keine Ärzte, doch sei anzunehmen, daß mit der

Besiedelung auch Ärzte zur Betreuung der Bewohner angesiedelt würden. In der weiteren Umgebung des Areals der Trabrennvereinsgründe seien derzeit zwei praktische Ärzte und ein Facharzt für Orthopädie tätig. Die Neuerrichtung der geplanten Apotheke würde auch für die Bevölkerung des alten Ortsanteiles von L eine gewisse Erleichterung bringen. Die Bewohner dieses Gebietes hätten durch die Verlegung der G-Apotheke in die G-siedlung in dem durch öffentliche Verkehrsmittel nahezu nicht erschlossenen Gebiet einen weiten Weg zu dieser verlegten Apotheke zurückzulegen.

Die österreichische Apothekerkammer, Landesgeschäftsstelle Wien, führte in ihrer Stellungnahme vom 8. Februar 1974 aus, daß im Hinblick auf die Entfernung zur nächstgelegenen Apotheke und auf Grund der regen Bautätigkeit der Bedarf nach Errichtung einer öffentlichen Apotheke in relativ kurzer absehbarer Zeit (etwa drei Jahre) mit Sicherheit als gegeben angenommen werden könne. Im Hinblick auf die übliche Dauer des Verfahrens zur Konzessionserteilung und auf die Notwendigkeit der rechtzeitigen Sicherung eines geeigneten Lokals für die Betriebsanlage einer neu zu errichtenden Apotheke sei der gegebene Zeitpunkt für die Konzessionsbewerbung angemessen. Eine Existenzgefährdung des Apothekenbetriebes der Beschwerdeführerin sei nicht gegeben. Mit Schreiben vom 28. Jänner 1974 gab der Magistrat der Stadt Wien, Stadtbauamtsdirektion, bekannt, daß auf den Trabrennvereinsgründen eine städtische Wohnhausanlage mit 2419 Wohneinheiten und 18 Geschäftslokalen im Bau sei, deren Fertigstellung mit Ende 1976 geplant sei. Innerhalb der Wohnhausanlage werde ein dreigruppiges Kindertagesheim errichtet, dessen Inbetriebnahme nach Besiedelung der Wohnungen zu erwarten sein werde. Weiters sei eine 24klassige Volks- und Hauptschule mit einer Erweiterungsmöglichkeit von 8 Klassen vorgesehen, deren Fertigstellung für Mitte 1975 geplant sei. Im September 1973 sei auch in der M-straße mit der Errichtung von 368 Wohnungen begonnen worden. Einem Bericht der MA 59, Marktamtsdirektion, ist zu entnehmen, daß sich die S-Apotheke, G-siedlung, 2.450 m oder 30 Gehminuten von dem in Aussicht genommenen Standort der neu zu

errichtenden Apotheke entfernt befinde, die Terrain- und Wegverhältnisse gut seien und die Apotheke leicht erreicht werden könne. Einem weiteren Bericht der MA 59 kann entnommen werden, daß in dem geplanten Standort mit der Errichtung großer Wohnbauvorhaben begonnen worden sei, und zwar seien rechts der W Straße (stadtauswärts) insgesamt 2.442 Wohnungen und links der W-Straße zirka 1.500 Wohnungen geplant. Hiezu kämen noch Planungen bezüglich der Errichtung von Genossenschaftswohnhäusern. Nördlich dieser Wohngebiete sei ein Teil für industrielle Bauten reserviert. Die nächste bestehende Apotheke sei die der Beschwerdeführerin. Die Entfernungen von dieser Apotheke zu dem neuen Baugebiet würden zwischen 1.000 und 1.500 m liegen. Die Entfernungen der übrigen im Bezirk bestehenden Apotheken zur G-Apotheke wurden wie folgt bekanntgegeben:

Apotheke „Z M“, x, S-straße, 3.320 m

Apotheke Mag. R, x, E-Straße, 2.090 m

„N-Apotheke“, x, E-gasse, 3.170 m

Apotheke „Z“, x, G-E-straße, 5.180 m

„S-Apotheke“, x, S-straße, 3.460 m

Da die Wegstrecke von dem geplanten Standort der neu zu errichtenden Apotheke zu diesen Apotheken praktisch immer an der „G-Apotheke“ vorbeiführe, würden zu diesen Entfernungsangaben in bezug auf die neue Apotheke jeweils 1.000 bis 1.500 m hinzuzuzählen sein.

Die Pharmazeutische Gehaltskasse gab mit Schreiben vom 1. August 1975 den Stand der pharmazeutischen Fachkräfte für die G-Apotheke in den Jahren 1972 bis 1974 bekannt. Die Pharmazeutische Gehaltskasse für Österreich gab ferner bekannt, daß eine in den Monaten September, Oktober und November 1975 durchgeführte Rezeptzählung ergeben hätte, daß aus dem Gebiet, das begrenzt werde von der „D-straße ab J-gasse, W-Platz (wohl richtig W-Straße), K-Platz (jeweils nur die nördliche Straßen- bzw. Platzseite), B-straße, Z-weg Richtung W-Straße,

W-Straße südwärts bis zur A-straße, A-straße, L-Platz und L-Straße bis zur Einmündung in die J-gasse und letztere bis zu deren Einmündung in die D-straße, sowie B und S als Einzugsgebiet „Rezepte im Werte von durchschnittlich 31,7 % in der G-Apotheke“ expediert worden seien.

Mit Bescheid vom 15. Juli 1976 hat der Landeshauptmann von Wien der mitbeteiligten Partei die Konzession zum Betrieb einer neu zu errichtenden Apotheke in dem Standort „Gebiet im x. Wiener Gemeindebezirk, begrenzt vom R-weg beidseitig - Gasse 11 beidseitig - L-gasse beidseitig - T-gasse beidseitig - M-gasse beidseitig - W-Straße ostseitig“ erteilt. Begründet wurde diese Entscheidung im wesentlichen damit, daß in dem beantragten Standort eine rege Bautätigkeit herrsche, sodaß Ende 1976 mit zirka 8.000 Personen im Einzugsgebiet der neuen Apotheke gerechnet werden könnte. Die Entfernung der neugeplanten Apotheke zur Betriebsstätte der G-Apotheke würde 1.400 m betragen. Die Entfernungen seien nach großstädtischen Maßstäben bereits als beträchtlich anzusehen. Durch die Errichtung der neuen Apotheke würde für die derzeit dort wohnende und in naher Zukunft auf 8.500 bis 9.000 Personen anwachsende Bevölkerung eine wesentliche Verbesserung der Arzneimittelversorgung erreicht werden. Hinsichtlich einer allenfalls möglichen Existenzgefährdung wurde ausgeführt, daß auf Grund der von der Österreichischen Apothekerkammer gemeldeten Umsatzzahlen sowie unter Berücksichtigung des auf Grund der Rezeptzählung zu erwartenden Umsatzrückganges und unter Annahme eines erzielbaren Reingewinnes von 10 % eine Existenzgefährdung des Apothekenbetriebes der Beschwerdeführerin nicht zu befürchten sei.

In der von der Beschwerdeführerin dagegen eingebrachten Berufung wurde im wesentlichen ausgeführt, daß bei Annahme von drei Personen pro Wohnung bei 2.419 Wohneinheiten ein Bedarf nach Errichtung einer neuen Apotheke nicht gegeben sei. Die bestehende alteingesessene Bevölkerung habe eine Anspruchslosigkeit bezüglich des Erreichens von Zielen in ihrem Wohngebiet in der Art, daß sie gewohnt sei, weitere Entfernungen mit einem öffentlichen Verkehrsmittel oder allenfalls zu Fuß zurückzulegen. Die zugezogene Bevölkerung

könne nicht damit rechnen, sämtliche Annehmlichkeiten der Versorgung, so etwa eine öffentliche Apotheke oder andere Einrichtungen, in ihrer unmittelbaren Umgebung zu besitzen, weil dies die Struktur des x. Gemeindebezirkes nicht zulasse. Die belangte, Behörde habe zu Unrecht bei der Frage der Existenzgefährdung nicht auf die vorgelegten Urkunden Bezug genommen und ihren Überlegungen lediglich die seitens der Österreichischen Apothekerkammer bekanntgegebenen Umsatzzahlen zugrunde gelegt. Bei einem Umsatzrückgang von 30 % würde ein Reingewinn von S 320.000,-- verbleiben. Da die Kosten eines angestellten Apothekenleiters jedoch S 434.860,-- betragen würden, sei die G-Apotheke sohin in ihrer Existenz gefährdet. Dazu kämen die von ihr eingegangenen Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit dem Ausbau ihrer Apotheke in der Höhe von über S 3,800.000,--. Diese Vergrößerung des Anlagevermögens sei durch den Betrieb und die Kontinuität der Versorgung der Bevölkerung erforderlich gewesen. Die dadurch entstandenen Verbindlichkeiten müßten aber nun aus den Erträgen der Apotheke gedeckt werden können, da sonst auch hiedurch eine Existenzgefährdung eintreten würde.

Im Zuge des Berufungsverfahrens wurden die Ermittlungen durch Einholung von Äußerungen des Amtes der Wiener Landesregierung, der Österreichischen Apothekerkammer, der Pharmazeutischen Gehaltskasse für Österreich und durch Einholung eines Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer ergänzt. Nach Mitteilung des Amtes der Wiener Landesregierung waren im Standort der neu zu errichtenden Apotheke zum Zeitpunkt 17. November 1976 bereits 1.500 Wohnungen vermietet und werden nach Fertigstellung 2.500 Wohnungen zur Verfügung stehen. Als Durchschnitt können pro Wohnung drei bis vier Personen angenommen werden. Nach Mitteilung der Österreichischen Apothekerkammer wurden in der Apotheke der Beschwerdeführerin im Jahre 1975 nachstehende Umsätze erzielt:

Barumsatz	S 2,848.036,--
Krankenkassenumsatz	S 9,685.423,--
sonstiger Umsatz	<u>S 13.359,--</u>
Gesamtumsatz	S 12,546.818,--

Die Kosten eines angestellten Apothekenleiters für die Apotheke der Beschwerdeführerin hätte nach Mitteilung der Pharmazeutischen Gehaltskasse für Österreich unter Berücksichtigung einer fünfwöchigen Urlaubsvertretung im Jahre 1973 S 327.495,--, 1974 S 354.770,-- und 1975 S 403.845,-- betragen. Die Österreichische Apothekerkammer schloß sich in ihrer Stellungnahme vom 7. März 1977 hinsichtlich der Bedarfsfrage der seitens der Österreichischen Apothekerkammer, Landesgeschäftsstelle Wien, abgegebenen Stellungnahme an. Die Landesgeschäftsstelle Wien der Österreichischen Apothekerkammer vertrat darin die Auffassung, daß im Hinblick auf die Entfernung zu den nächstgelegenen Apotheken und auf Grund der regen Bautätigkeit, der Bedarf nach Errichtung einer öffentlichen Apotheke in relativ kurzer Zeit (etwa drei Jahre) als sicher angenommen werden könne. Im Hinblick auf die übliche Dauer eines solchen Verfahrens, verbunden mit der Notwendigkeit der rechtzeitigen Sicherung eines geeigneten Lokales für die Betriebsanlage der neuen Apotheke, sei der gegebene Zeitpunkt angemessen. Zur Frage der Existenzgefährdung der Apotheke der Beschwerdeführerin führte die Österreichische Apothekerkammer aus, daß sich aus dem vorgelegten Jahresabschluß für das Wirtschaftsjahr 1. Mai 1975 bis 30. April 1976 für die G-Apotheke in Wien x ein Gesamtumsatz von S 12,241.165,-- ergebe. Bezogen auf diesen Gesamtumsatz betrage der Material- und Warenaufwand 61,3 %, der Personalaufwand 16,1 %, der Betriebsaufwand 14,2 % und der buchmäßige Nettoertrag (Zinsen und Leibrente zugerechnet) 8,4 %. Der Material- und Warenaufwand sowie die Gewerbeertragssteuer - 1975/76 insgesamt 62 % vom Umsatz - sind nach Auffassung der Österreichischen Apothekerkammer weitgehend proportionale Kosten, der Personalaufwand einschließlich Lohnsummensteuer und Beitrag zum Familienbeihilfenausgleichsfonds - 1975/76 insgesamt 16 % vom Umsatz - Fixkosten mit remanentem Sprungcharakter, der Betriebsaufwand ausschließlich Gewerbeertragssteuer, Lohnsummensteuer und Beitrag zum Familienbeihilfenausgleichsfonds - 1975/76 insgesamt 14,2 % vom Umsatz - Fixkosten. Bei Eintritt des für den Fall der Erteilung der angesuchten Konzession für die geplante Apotheke bei der G-Apotheke in Wien x

angenommenen Umsatzausfalles von durchschnittlich 31,7 % wäre ein Apothekenumsatz von rund S 8,361.000,-- zu erwarten. Aus diesem Umsatz sollten an fixen (umsatzunabhängigen) Kosten rund S 1,739.000,--, an Fixkosten mit remanentem Sprungcharakter nach Durchschnittssätzen vergleichbarer Apotheken höchstens 17 %, somit S 1,421.000,--, an variablen (umsatzunabhängigen) Kosten 62 % des Umsatzes und somit S 5,184.000,-- gedeckt werden. Der verbleibende Nettoertrag wäre damit rechnerisch - bei Anerkennung der ausgewiesenen Fixkosten - lediglich rund S 17.000,-- (Basis 1975/76). Da nach den Durchschnittssätzen vergleichbarer Apotheken die Fixkosten, aber nicht - wie in der gegenständlichen Apotheke - bei rund 21 %, sondern bei rund 10 % lägen, müßte bei entsprechender Anpassung dieser Kostenart der verbleibende Nettoertrag rund 11 % oder S 920.000,-- betragen. Da die maßgeblichen Leiterkosten 1975/76 rund S 404.000,-- betragen hätten, wäre demnach eine Existenzgefährdung der öffentlichen G-Apotheke bei Erteilung der angesuchten Konzession nicht gegeben.

Mit dem nun angefochtenen Bescheid des Bundesministers für Gesundheit und Umweltschutz vom 2. Juni 1977 wurde die Berufung der Beschwerdeführerin als unbegründet abgewiesen. In der Begründung des bekämpften Bescheides ging die belangte Behörde davon aus, daß im Standort der geplanten Apotheke in den letzten Jahren 1.500 Wohneinheiten errichtet wurden und weitere 1.000 im Bau seien. Im Durchschnitt könne pro Wohneinheit mit 3 bis 4 Personen gerechnet werden. Das bedeute allein einen Bevölkerungszuwachs von 4.500 bis 6.000 Personen in diesem Gebiet. Eine Bevölkerungszahl von zumindest rund 5.000 Personen allein im Standort ergebe unter Einbeziehung der Bewohner der Umgebung einen Kundenkreis von zumindest rund 6.000 bis 6.500 Personen, eine Bevölkerungszahl, die als ausreichend anzusehen sei, um die Errichtung einer neuen Apotheke in diesem Gebiet zu rechtfertigen und eine gesunde wirtschaftliche Entwicklung dieser Apotheke zu gewährleisten. Das gesamte Gebiet werde verkehrsmäßig von der nur mangelhaft ausgebauten W-Straße, die äußerst stark befahren werde, beherrscht. An öffentlichen Verkehrsmitteln stehe lediglich die Straßenbahnlinie 25 zur Verfügung.

Das Terrain sei eben, die Wegverhältnisse zur G-Apotheke jedoch unter dem Durchschnitt, da im Zuge der W-Straße nicht einmal ein vollständig ausgebauter befestigter Gehsteig vorhanden sei. Die dem geplanten Standort nächstgelegenen Apotheken seien die S-Apotheke in einer Entfernung von rund 2.450 m und die G-Apotheke in einer Entfernung zwischen 1.000 und 1.500 m. Die Entfernungen zu den weiteren in diesem Gebiet bestehenden Apotheken betragen zwischen rund 3 bis 6 km. Die neue Apotheke soll in Wien x und somit im städtischen Gebiet errichtet werden. Die Annahme eines Bedürfnisses der Bevölkerung im Sinne des § 10 Abs. 2 ApG erscheine dann als gerechtfertigt, wenn durch den Betrieb der neuen Apotheke für die Bewohner des Gebietes, von dem aus die bereits bestehenden Apotheken nur nach Zurücklegung größerer Wegstrecken zu erreichen seien, eine wesentliche Erleichterung bei der Versorgung mit Heilmitteln herbeigeführt würde oder aber die bestehenden Apotheken wegen der ihrer Kapazität überschreitenden Nachfrage nach Heilmitteln nicht imstande seien, die klaglose Versorgung der Bevölkerung zu gewährleisten. Im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes seien die angeführten Entfernungen aber für städtische Verhältnisse, wie sie im vorliegenden Fall zweifellos gegeben seien, bereits als zu weit anzusehen, sodaß die Medikamentenbesorgung eine nicht unerhebliche Belastung für die in Rede stehende Bevölkerung bedeute. Es unterliege keinem Zweifel, daß die bestehenden Apotheken trotz ständigen Ansteigens der Bevölkerungszahl auch weiterhin in der Lage wären, auf Grund ihrer Kapazität die betroffene Bevölkerung mit Arzneimitteln zu versorgen. Doch könne von einer klaglosen und zufriedenstellenden Deckung des Arzneimittelbedarfes nicht mehr gesprochen werden, wenn eine so beträchtliche Einwohnerzahl, wie sie der angesuchte Standort und dessen Umgebung aufweise, derart weite Entfernungen zu den nächstgelegenen Apotheken zurückzulegen habe. Für die Bewohner des Standortgebietes und dessen Umgebung werde die Errichtung der geplanten Apotheke eine nicht unerhebliche Verkürzung des Weges zu einer öffentlichen Apotheke bedeuten und somit eine wesentliche Erleichterung in der Arzneimittelversorgung mit sich bringen. Überdies seien die siedlungsmäßige

Gestaltung und die bauliche Entwicklung dieses Gebietes noch nicht abgeschlossen. Insbesondere stünden noch weitere 1.000 Wohneinheiten in Bau bzw. seien sie geplant, sodaß sich der Kundenstock der neuen Apotheke, der bereits nach den derzeitigen Verhältnissen die Errichtung einer neuen Apotheke rechtfertige, weiterhin erhöhen werde. Bezüglich der Existenzgefährdung wurde zur Begründung ausgeführt, daß die Apotheke der Beschwerdeführerin durch die Errichtung der angesuchten Apotheke eine gewisse Umsatzreduzierung erfahren werde. Nach einer durchgeführten Rezeptzählung, die jenes Gebiet umfasse, das nach Auffassung der Beschwerdeführerin ihrer Apotheke verlorengehen werde, betrüge der Anteil der auf das für die G-Apotheke festgesetzte Gebiet 31,7 % des Kassenumsatzes. Der durch die Neuerrichtung einer Apotheke bedingte Umsatzausfall einer bestehenden Apotheke könne nach der Natur der Sache im vorhinein nie ganz exakt bestimmt werden, doch genüge ein Blick auf den Stadtplan, um zu ersehen, daß die G-Apotheke keinesfalls einen so hohen Umsatzausfall erleiden werde, wie dies auf Grund des Ergebnisses der Rezeptzählung zu erwarten wäre. Das für die Rezeptzählung gewählte Gebiet erweise sich nämlich als derart weiträumig, daß nicht anzunehmen sei, daß alle in diesem Gebiet wohnhaften Personen die neue Apotheke aufsuchen werden. Es könne nicht angenommen werden, daß die in der unmittelbaren Nähe der G-Apotheke wohnhafte Bevölkerung etwa im Gebiet der D-Straße bis E-Weg einen Fußmarsch von 1 km und mehr auf sich nehmen werde, um ihre Medikamente aus der neuen Apotheke zu besorgen, wenn in ihrer nächsten Umgebung die G-Apotheke zur Verfügung stehe. Sollte jedoch die Betriebsstätte der neuen Apotheke in unmittelbarer Nähe des R-Weges errichtet werden, müsse allerdings damit gerechnet werden, daß die in der E-Straße und nördlich davon wohnhafte Bevölkerung zum Teil auch ihren Medikamentenbedarf in der neuen Apotheke decken werde, da erfahrungsgemäß die Bevölkerung dazu neige, Arzneimittel in der jeweils nächstgelegenen Apotheke zu besorgen. Die E-Straße liege aber zirka in der Mitte zwischen R-Weg und D-Straße, in deren Bereich die G-Apotheke liege. Die Annahme, daß die G-Apotheke einen Umsatzverlust in der Höhe von 31,7 % zu gewärtigen habe, erscheine jedoch im Hinblick auf die

vorstehenden Ausführungen jedenfalls überhöht zu sein. Selbst bei Annahme eines Umsatzverlustes in dieser Größenordnung hätte die genannte Apotheke auf der Basis 1975 (laut Mitteilung an die österreichische Apothekerkammer rund S 12,547.000,--) noch immer mit einem Umsatz von rund S 8,569.000,-- zu rechnen. Eine Apotheke mit einem solchen Jahresumsatz sei in der Lage, die Kosten eines angestellten Apothekenleiters in der Höhe von rund S 404.000,-- aus dem Reingewinn zu decken. Im vorliegenden Fall seien dies rund 4,75 % des bereits um 31,7 % verminderten Umsatzes des Jahres 1975. Der Beschwerdeführerin mag zugebilligt werden, daß infolge der von ihr seinerzeit getätigten umfangreichen Investitionen eine gewisse Anspannung der wirtschaftlichen Lage ihrer Apotheke eingetreten sei, doch wiesen amtsbekanntermaßen bereits die Bilanzen der Jahre 1969 und 1970 Gewinne in der Höhe von über S 800.000,-- auf und auch die Gewinne der letzten Jahre bewegten sich in einer Größenordnung, die zwar unter dem Durchschnitt vergleichbarer Betriebe liege, jedoch auf eine gewisse Konsolidierung des Betriebes schließen lasse. Dazu müsse allerdings bemerkt werden, daß eine durch Zeitablauf erforderlich gewordene Renovierung oder ein durch kontinuierliche Umsatzsteigerung notwendig gewordener Ausbau einer Apotheke keine atypischen Verhältnisse darstellen, da diese durchaus im Rahmen eines normalen Apothekenbetriebes liegen. Die Umsatz- bzw. Gewinnentwicklung der G-Apotheke stelle sich in den letzten Jahren folgendermaßen dar:

	Umsatz in vollen 1.000,--	Gewinn incl. Leibrente	% v. Umsatz
1973/74	11,500.000,--	945.000,--	8,2
1974/75	13,200.000,--	984.000,--	7,47
1975/76	12,800.000,--	798.000,--	6,2

Der Umsatz weise somit - ausgenommen das Wirtschaftsjahr 1975/76, wo zufolge Eröffnung einer neuen Apotheke in unmittelbarer Nachbarschaft der G-Apotheke ein leichter Umsatzrückgang festzustellen sei - eine ständig steigende Tendenz auf. Aber selbst der Umsatz des Wirtschaftsjahres 1975/76 sei um rund S 1,3 Millionen höher als jener des Wirtschaftsjahres 1973/74, sodaß absolut gesehen

die Aufwärtsentwicklung des Unternehmens auch 1975/76 angehalten habe. Vergleichbare Apothekenbetriebe würden einen Reingewinn von 11 % bei einem Betriebsaufwand von rund 13 % und einen Personalaufwand von 16 % erzielen. Die G-Apotheke habe dazu vergleichsweise für das Wirtschaftsjahr 1975/76 einen Personalaufwand von 16,1 %, einen Betriebsaufwand (inklusive Zinsen) von 16,4 % und einen Nettogewinn von 6,2 % bzw. bei Nichtberücksichtigung der Aufwendungen für Zinsen einen Betriebsaufwand in der Höhe von 14,2 % und somit einen Nettoertrag von 8,4 % zu verzeichnen. Hiezu sei zu bemerken, daß es sicher in die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit eines jeden Unternehmens falle, ob er großzügig Personal einstelle oder seine persönliche Mitarbeit forciere.

Ähnliches gelte für den Betriebsaufwand. Es stehe dem Unternehmer frei, bei Neuanschaffungen und Reparaturen mehr oder weniger großzügig vorzugehen, das Kapital in geringerem oder größerem Ausmaß zur Finanzierung seines Betriebes heranzuziehen, von der Möglichkeit vorzeitiger Abschreibungen Gebrauch zu machen oder nicht. Es falle in die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit eines Unternehmers, ob er gut oder schlecht wirtschaftete und daraus resultierend einen höheren oder geringeren Gewinn zu verzeichnen habe. Der Personalaufwand der G-Apotheke entspreche nun dem vergleichbarer Apotheken, der Betriebsaufwand der gegenständlichen Apotheke sei allerdings wesentlich höher. Bei Beurteilung der Existenzgefährdung einer Apotheke sei jedoch davon auszugehen, ob diese bei rationeller Betriebsführung in der Lage sei, einen Reingewinn zu erwirtschaften, der ausreiche, die Kosten eines angestellten Apothekenleiters zu decken. Da im gegenständlichen Fall einerseits die maßgeblichen Leiterkosten lediglich 4,75 % des bereits um 31,7 % verminderten Umsatzes der G-Apotheke betragen, diese Apotheke aber immerhin auch im Wirtschaftsjahr 1975/76 noch einen Gewinn in der Höhe von zumindest 6,2 % des Umsatzes erwirtschaftet habe, andererseits, wie bereits ausgeführt, vergleichbare Apotheken sogar Reingewinne in der Höhe von 11 % des Umsatzes erwirtschaften, könne von einer Existenzgefährdung der gegenständlichen Apotheke nicht gesprochen werden. Wenn der Verwaltungsgerichtshof in seinem

Erkenntnis vom 17. September 1974, Zl. 1535/73, bestätigt habe, daß die G-Apotheke bei Erzielung eines Umsatzes in der Höhe von 7 Millionen Schilling nicht in ihrer Existenz gefährdet werden könne, so müsse dies umso mehr auch für den derzeitigen Stand der Apotheke gelten, wo immerhin bei vollem Abzug des überhöht angenommenen Umsatzverlustes von 31,7 % der genannten Apotheke noch ein Umsatz von über 8,5 Millionen Schilling verbleibe.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften eingebrachte Beschwerde. Bezüglich der Bedarfsfrage wird in der Beschwerde im wesentlichen ausgeführt, daß nur die nach den Feststellungen der belangten Behörde in der Kernzone lebenden Bewohner für den Standort der neu zu errichtenden Apotheke verblieben, weil die Bewohner der Siedlung in der M-Straße nicht herangezogen werden dürften, da dieser Bevölkerungsteil 1.500 m von der zu errichtenden Apotheke wie auch von der bestehenden Apotheke der Beschwerdeführerin entfernt seien, wobei die Apotheke der Beschwerdeführerin mit einem Verkehrsmittel erreicht werden könnte. Der x. Gemeindebezirk könnte an keine großstädtischen zentralen Gebiete angepaßt werden. Zur Frage der Existenzgefährdung führt die Beschwerde im wesentlichen aus, daß die belangte Behörde zwar auf Grund eines Gutachtens einen 31,7%igen Umsatzrückgang annehme, an diesem aber zweifle. Wenn die belangte Behörde gegen einen solchen Umsatzrückgang Bedenken gehabt hätte, dann wäre es an ihr gelegen, eine ergänzende Rezeptzählung unter Streichung der Straßenzüge, die als Einzugsgebiet verneint würden, einzuholen, um einen entsprechenden Prozentsatz mutmaßlicher Einbußen zu erhalten; ohne daß dies aber geschehen sei, könne die belangte Behörde das Ergebnis der Rezeptzählung nicht anzweifeln. Die von der belangten Behörde angewendete Gewinnschwellenberechnung sei ein unzulässiges Mittel zur Verneinung der Existenzgefährdung der Apotheke der Beschwerdeführerin. Bei einem um 31,7 % verminderten Umsatz ergebe sich, entgegen der Ansicht der belangten Behörde, kein Nettoertrag von S 920.000,--. Im tatsächlichen Nettoertrag

der Apotheke der Beschwerdeführerin könnten die Kosten eines angestellten Apothekenleiters keine Deckung mehr finden. Die belangte Behörde hätte, wenn sie Zweifel an der Notwendigkeit der zur Aufrechterhaltung des Betriebes der Apotheke der Beschwerdeführerin erforderlichen Kosten gehabt hätte, ein entsprechendes Gutachten einholen müssen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Bei dem im § 10 Abs. 2 ApG genannten „Bedürfnis der Bevölkerung“ handelt es sich nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (siehe z. B. Erkenntnis vom 19. Juni 1974, Zl. B 358/73, Slg.Nr. 7316) und des Verwaltungsgerichtshofes (siehe z.B. Erkenntnis vom 3. Juni 1975, Zl. 1276/74) um einen unbestimmten, somit der Auslegung bedürftigen Rechtsbegriff. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist unter dem „Bedürfnis der Bevölkerung“ im Sinne der Bestimmungen des § 10 Abs. 2 ApG nur ein Bedürfnis der Bevölkerung gemeint, das bisher nicht entsprechend den Anforderungen, die unter Berücksichtigung der Eigenart verständlicherweise gestellt werden können, befriedigt werden konnte. Die Annahme eines solchen Bedürfnisses der Bevölkerung erscheint dann als gerechtfertigt, wenn durch den Betrieb der neuen Apotheke für die Bewohner des Gebietes, von dem aus die bereits bestehenden Apotheken nur nach Zurücklegung größerer Wegstrecken zu erreichen sind, eine wesentliche Erleichterung bei der Versorgung mit Heilmitteln herbeigeführt würde oder aber die bestehenden Apotheken wegen ihrer Kapazität überschreitenden Nachfrage nach Heilmitteln nicht imstande sind, die klaglose Versorgung der Bevölkerung zu gewährleisten (siehe z. B. das oben zitierte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes Zl. 1276/74 und die in diesem Erkenntnis zitierten weiteren Erkenntnisse).

Im vorliegenden Fall ging die belangte Behörde, wie aus der Begründung des angefochtenen Bescheides hervorgeht, von der Annahme aus, durch die Errichtung einer Apotheke der mitbeteiligten Partei würde für zirka 6.000 Personen eine maßgebende Verkürzung der Wegzeit zu einer öffentlichen Apotheke und damit eine wesentliche Erleichterung in der Heilmittelversorgung eintreten. Die Wegersparnis

würde von der Apotheke der Beschwerdeführerin 1.000 bis 1.500 m betragen. Wenngleich es sich um Stadtrandgebiet handle, dürfe doch nicht vergessen werden, daß die Bevölkerung in diesem Stadtgebiet eine Arzneimittelversorgung erwarten könne, die den städtischen Ansprüchen gerecht werde. Daß es sich im vorliegenden Fall um ein Gebiet handelt, in dem bei der Bedarfsbeurteilung der Bevölkerung großstädtische Maßstäbe angelegt werden können, hat der Verwaltungsgerichtshof für den an-grenzenden y. Wiener Gemeindebezirk in dem Erkenntnis vom 29. April 1966, Zl. 2143/65, ausgeführt, das auch insofern für den x. Wiener Gemeindebezirk Gültigkeit hat. In seinem Erkenntnis vom 17. September 1974, Zl. 1535/73, hat der Verwaltungsgerichtshof eine Entfernung von zirka 1.300 m und im Erkenntnis vom 23. September 1975, Zl. 1878/74, eine Entfernung von 860 bis 1.250 m als für den Bedarf ausreichend angenommen. Der Verwaltungsgerichtshof kann daher nicht finden, daß die belangte Behörde rechtswidrig gehandelt hat, wenn sie im vor-liegenden Fall angenommen hat; die Ersparnis eines Weges von mindestens 1.000 m würde bereits den Bedarf für eine neue Apotheke begründen.

Die belangte Behörde nimmt in der Begründung ihres angefochtenen Bescheides die Zahl der potentionellen Kunden für die neu zu errichtende Apotheke der mitbeteiligten Partei mit mindestens 5.000 Personen, unter Einbeziehung der Bewohner der Umgebung einen Kundenkreis von zumindest rund 6.000 Personen als sicher an. Die Bevölkerungszahl, die in dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17. Juni 1969, Zl. 1693/68, als noch ausreichend zur Begründung eines Bedarfes angenommen wurde, betrug zirka 5.000 Personen, im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. April 1966, Zl. 2143/65, zirka 5.600. Der Verwaltungsgerichtshof kann nicht finden, daß die belangte Behörde rechtswidrig gehandelt hat, wenn sie im vorliegenden Fall die Bevölkerungszahl als ausreichend für die Begründung eines Bedarfes angenommen hat.

Eine Existenzgefährdung einer Apotheke im Sinne der Bestimmungen des § 10 Abs. 3 ApG liegt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht vor, wenn aus dem Ertrag der Apotheke die Kosten eines verantwortlichen Apothekenleiters bestritten werden können (siehe z. B. Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 7. Juli 1964, Zl. 109/64, Slg.N.F.Nr. 6404/A, vom 7. Februar 1967, Zl. 1176/66, Slg.N.F.Nr. 7076/A, weiters vom 18. Oktober 1962, Zl. 343/61). Im Hinblick auf die dem Unternehmer zustehende Dispositionsbefugnis und die damit verbundene Möglichkeit, den steuerlichen Gewinn niedrig zu halten, stellt der steuerliche Gewinn keinen unbedingt verlässlichen Gradmesser der Existenzfähigkeit einer Apotheke dar (siehe z. B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 5. November 1968, Zl. 477/68, Slg. N. F. Nr. 7438/A). Steht der ausgewiesene Gewinn einer Apotheke im auffallenden Gegensatz zum Umsatz, so kann bei Prüfung der behaupteten Existenzgefährdung nicht bloß von den nicht näher aufgeschlüsselten Zahlen der Erfolgsrechnung ausgegangen werden; es ist vielmehr zu untersuchen, aus welchen Faktoren sich die Ausgabeposten im einzelnen zusammensetzen und ob sie - ungeachtet ihrer Anerkennung in steuerlicher Hinsicht - vom Standpunkt einer rationellen Apothekenführung gerechtfertigt sind und nicht auf mehrere Jahre verteilt werden müßten (siehe das bereits zitierte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes Slg.N.F.Nr. 7076/A).

Bei der Beurteilung der Frage der Existenzgefährdung der Apotheke der Beschwerdeführerin ging die belangte Behörde - entgegen den Beschwerdeausführungen hat sie zur Begründung nicht die Gewinnschwellenberechnung herangezogen - von einem angenommenen Umsatzrückgang von durchschnittlich 31,7 % aus und legte der Beurteilung den Umsatz des Jahres 1975, vermindert um den angenommenen Umsatzausfall, in der Höhe von S 8,569.000,-- zugrunde; den erzielbaren Gewinn (Nettoertrag) legte die belangte Behörde für den konkreten Fall nicht dar, weil sie vermeinte, daß bei einem Umsatz von 8,5 Millionen Schilling die Annahme ausgeschlossen sei, daß die Kosten

eines angestellten Apothekenleiters in der Höhe von rund S 404.000,-- aus dem Reingewinn nicht mehr gedeckt werden könnten. Die Annahme eines Umsatzrückganges von 31,7 % erscheine auch überhöht, weil insbesondere das für die Rezeptzählung gewählte Gebiet sich als zu weiträumig erweise. Dieser Begründungsführung vermag der Verwaltungsgerichtshof nicht beizutreten. Hatte die belangte Behörde grundlegende Bedenken am Umfang des der Rezeptzählung zugrunde gelegten Einzugsgebietes, so hätte sie eine neuerliche Zählung unter Streichung jener Straßenzüge, die als Einzugsgebiet abzulehnen seien, veranlassen müssen, und diese neue Rezeptzählung ihrer Entscheidung zugrunde legen können.

Die belangte Behörde führt in der Begründung des bekämpften Bescheides, gestützt auf das Gutachten der Österreichischen Apothekerkammer vom 7. März 1977 weiters aus, daß der Betriebsaufwand bei der Apotheke der Beschwerdeführerin wesentlich höher sei als bei vergleichbaren Apothekenbetrieben. Es wären aber die für vergleichbare Apothekenbetriebe bei rationeller Betriebsführung maßgebenden Durchschnittssätze zugrunde zu legen. Bei wirtschaftlich geführten Betrieben ergebe sich ein Reingewinn von 11 %, in dem die Kosten eines angestellten Apothekenleiters Deckung fänden. Der belangten Behörde ist einzuräumen, daß gewiß ein rationell geführter Betrieb und die für einen solchen geltenden Durchschnittssätze in der Regel den Maßstab für die Beurteilung der Existenzgefährdung eines Apothekenbetriebes bilden werden. Ergeben sich aber, wie im vorliegenden Fall, erhebliche Bedenken gegen die vom Umsatz abzuziehenden Aufwandsposten zur Ermittlung des Reinertrages, so erweist es sich als notwendig, auf sachkundiger Basis aufzuzeigen, aus welchen Gründen einzelne Aufwandspositionen eine entsprechende Kürzung erfahren können. Eine Begründung hiefür hat die belangte Behörde nicht geboten.

Die belangte Behörde hat sohin den bekämpften Bescheid aus den dargelegten Erwägungen mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet, weil der Sachverhalt einer Ergänzung in den aufgezeigten Punkten bedarf und nicht ausgeschlossen werden kann, daß bei

Einhaltung der Verfahrensvorschriften die belangte Behörde zu einem anderen Ergebnis hätte kommen können; der bekämpfte Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 lit. c Z. 2 und 3 VwGG 1965 aufzuheben.

Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte zufolge 39 Abs. 2 lit. c VwGG 1965 Abstand genommen werden.

Der Kostenzuspruch gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 1 VwGG 1965 in Verbindung mit Art. I A Z. 1 und Art. III Abs. 2 der Verordnung des Bundeskanzlers vom 31. Oktober 1977, BGBl.Nr. 542. Das Mehrbegehren für Barauslagen war abzuweisen, weil unter dem Begriff Barauslagen im Sinne des § 48 Abs. 1 lit. a VwGG 1965 nur solche Auslagen verstanden werden, für die zunächst der Verwaltungsgerichtshof aufzukommen hat, deren Ersatz aber dem Beschwerdeführer in der Folge auferlegt wird.

Solche Barauslagen sind aber im Beschwerdefall nicht angefallen. Wenn die Beschwerdeführerin damit den Ersatz der von ihr für die Beschwerde entrichteten Stempelgebühren geltend machen wollte, dann hätte sie dies ausdrücklich als Stempelgebührenersatz geltend machen müssen, da solche Stempelgebühren im § 48 Abs. 1 lit. a VwGG 1965 neben den Barauslagen des Verwaltungsgerichtshofes ausdrücklich genannt sind (vgl. Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnis vom 25. März 1968, Slg.N.F.Nr. 7319, und vom 15. März 1978, Zl. 1163/75).

W i e n , 31. August 1978