

# TE Vfgh Erkenntnis 1980/3/3 B92/77

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.03.1980

## Index

82 Gesundheitsrecht

82/04 Apotheken, Arzneimittel

## Norm

B-VG Art7 Abs1 / Gesetz

B-VG Art7 Abs1 / Verwaltungsakt

StGG Art6 / Erwerbsausübung

ApothekenG §4 Abs1 erster Satz, §4 Abs3

ApothekenverpachtungsG §4 Abs1 Z2

ApothekenverpachtungsG §6

ApothekenverpachtungsG §10

ApothekenG §10 Abs3

ApothekenG §17 Abs1 dritter Satz

ApothekenG §20 Abs1

## Leitsatz

Apothekengesetz; keine Bedenken gegen §10 Abs3; keine Gleichheitsverletzung

## Spruch

Die Beschwerde wird abgewiesen.

## Begründung

Entscheidungsgründe:

I.1.a) Mit dem Bescheid des Landeshauptmannes von NÖ vom 31. Juli 1974 wurde dem Mag. pharm. E. W., der beteiligten Partei des Beschwerdeverfahrens, gem. §9 iVm §51 Abs1 des Apothekengesetzes, RGBl. 5/1907, in der geltenden Fassung (im folgenden ApG), die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in K. erteilt.

Der Einspruch des Beschwerdeführers gegen die Neuerrichtung der Apotheke wegen Gefährdung der Existenzfähigkeit der benachbarten Wienertor-Apotheke wurde gem. §10 Abs2 ApG abgewiesen. Der Beschwerdeführer ist Konzessionär dieser Apotheke und persönlich haftender und alleinvertretungsbefugter Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, in deren Rahmen der Apothekenbetrieb geführt wird. An dieser Kommanditgesellschaft sind der Beschwerdeführer und seine Ehegattin zu je einem Viertel, der Rechtsvorgänger (Schwiegervater) des Beschwerdeführers zur Hälfte beteiligt, doch ist diese Hälfte-Beteiligung gegen eine laufende Vergütung in der Höhe von 4,5% des Umsatzes zur Nutzung an den Beschwerdeführer und dessen Ehegattin überlassen.

b) Gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von NÖ vom 31. Juli 1974 erhob der Beschwerdeführer Berufung.

Diese wurde vom Bundesminister für Gesundheit und Umweltschutz mit Bescheid vom 3. Dezember 1976, Z IV-245001/7-3/76, unter Hinweis auf §66 Abs4 AVG und auf die im erstinstanzlichen Bescheid angeführten Bestimmungen des Apothekengesetzes als unbegründet abgewiesen. Der erstinstanzliche Bescheid wurde bestätigt.

In der Begründung des Bescheides wird - auf das Wesentliche zusammengefaßt - ausgeführt, daß nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH und der Entscheidungspraxis der Verwaltungsbehörden eine Apotheke dann als existenzgefährdet anzusehen sei, wenn sie infolge Errichtung einer neuen Apotheke nicht mehr imstande wäre, die Kosten eines angestellten verantwortlichen Leiters aufzubringen, falls die Bestellung eines solchen an Stelle des Konzessionsinhabers notwendig werden sollte. Die belangte Behörde sei auf Grund der Durchführung ergänzender Ermittlungen (insb. über die Bevölkerungsstruktur in der Stadt K. und über ihren Zuwachs in dem in Aussicht genommenen Standortbereich der neuen Apotheke im besonderen) und aufgrund eines Gutachtens der Österreichischen Apothekerkammer über die Ertragsverhältnisse der Wienertor-Apotheke in den der Bescheiderlassung vorangegangenen drei Jahren und den durch die Neuerrichtung der Apotheke zu erwartenden Rückgang des Geschäftsumfanges (Rezeptzählungen) und unter Berücksichtigung der Kostenstruktur der Apotheke des Beschwerdeführers im Vergleich mit der Kostenstruktur anderer Unternehmen derselben Größe zur Auffassung gelangt, daß zwar eine Schmälerung des Umsatzes eintreten werde, eine Existenzgefährdung der öffentlichen Wienertor-Apotheke aber nicht zu befürchten sei. Es verbleibe jedenfalls ein Reingewinn, in dem die Kosten eines angestellten Apothekenleiters leicht Deckung fänden.

Im besonderen wird in der Begründung des angefochtenen Bescheides ausgeführt, daß entgegen dem Vorwurf des Beschwerdeführers der an den Rechtsvorgänger des Beschwerdeführers (I.1. lita) bezahlte "Pachtanteil" zu Recht als Teil des Ertrages und nicht als gewinnschmälernder Aufwand gewertet worden sei. Der Bundesminister für Gesundheit und Umweltschutz stimme mit dem Beschwerdeführer dahin gehend überein, daß der an den Konzessionär bzw. dessen Fortbetriebsberechtigten zu zahlende Pachtschilling im Fall der Verpachtung einer Apotheke als Aufwand der Apotheke bei Beurteilung der Existenzgefährdung Berücksichtigung zu finden habe. Im gegenständlichen Fall sei die Wienertor-Apotheke "jedoch nicht verpachtet, sondern sie werde von einer Kommanditgesellschaft betrieben". Der Rechtsvorgänger des Beschwerdeführers erhalte als Entgelt für seinen 50%igen Anteil an dieser Kommanditgesellschaft als sogenannten Pachtschilling 4,5% des Umsatzes. Wie der Beschwerdeführer hiezu in der Berufung richtig ausgeführt habe, sei dies wirtschaftlich gesehen der gleiche Aufwand, als wenn ein Konzessionär eine Apotheke kaufe oder neu errichte. Es handle sich somit um Gründungsschulden. Zum Begriff Gründungsschulden habe aber der VwGH bereits zu wiederholten Malen, zuletzt in seinem Erk. vom 17. September 1974, Z 1535/73 ua. folgendes ausgeführt:

"Gründungsschulden, das sind Schulden, die der Apothekeninhaber zur Errichtung der Apotheke eingegangen ist. Solche Schulden liegen nach ständiger Rechtsprechung des VwGH im Bereich seiner persönlichen Verhältnisse und sind bei Prüfung der Existenzgefährdung außer Betracht zu lassen". Der Landeshauptmann von NÖ habe daher zu Recht diesen sogenannten Pachtschilling nicht als ertragsschmälernd anerkannt.

2. Gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit und Umweltschutz vom 3. Dezember 1976 richtet sich die unter Berufung auf Art144 B-VG erhobene Beschwerde. Der Beschwerdeführer behauptet, durch den angefochtenen Bescheid in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten, im besonderen im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz verletzt worden zu sein. Es wird die kostenpflichtige Aufhebung des Bescheides, für den Fall der Abweisung die Abtretung der Beschwerde an den VwGH beantragt.

II. Der VfGH hat erwogen:

1. a) Das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz kann nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH durch den Bescheid einer Verwaltungsbehörde nur verletzt werden, wenn dieser auf einer mit dem Gleichheitsgebot in Widerspruch stehenden Rechtsgrundlage beruht oder wenn die Behörde der angewandten Rechtsvorschrift fälschlicherweise einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder wenn sie Willkür geübt hat (vgl. VfGH 5. 3. 1979 B327/76 und VfSlg. 7712/1975).

b) Der Beschwerdeführer hat nicht behauptet, daß die bei der Erlassung des angefochtenen Bescheides angewendeten Rechtsvorschriften mit dem Gleichheitsgebot in Widerspruch stünden. Der VfGH hat unter dem Gesichtspunkt des vorliegenden Beschwerdefalles keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Vorschriften (vgl. VfSlg. 7712/1975).

In der mündlichen Verhandlung vor dem VfGH hat der Beschwerdeführer seine Beschwerdebehauptungen dahin gehend modifiziert, daß die belangte Behörde dem Gesetz einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt habe.

2. Gem. §10 Abs3 ApG ist die Konzession für eine neu zu errichtende Apotheke zu verweigern, "wenn durch die Neuerrichtung die Existenzfähigkeit der am Standort oder in der Umgebung bestehenden öffentlichen Apotheken ... gefährdet wird". Zur Begründung der gleichheitswidrigen Anwendung des Gesetzes vergleicht der Beschwerdeführer die wirtschaftliche Situation seiner Apotheke (Gewinnanteil des Kommanditisten in der Höhe von 4,5% des Umsatzes) mit dem Fall einer "Pachtung des Hälfteanteiles" an der Apotheke zu einem Pachtschilling von 4,5% des Umsatzes. Hinsichtlich der Berücksichtigung des Pachtschillings als betriebswirtschaftlichen Aufwand im Vergleichsfall beruft sich der Beschwerdeführer auf die Judikatur des VwGH.

Der VwGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, daß eine Existenzgefährdung einer Apotheke iS des §10 Abs3 ApG nicht vorliege, wenn aus dem Ertrag der Apotheke die Kosten eines verantwortlichen Apothekenleiters bestritten werden können (VwGH 31. 8. 1978 Z 2014/77; 28. 2. 1978 Z 1169 und 1170/77; 23. 9. 1975 Z 1878/74; 17. 9. 1974 Z 1535/73; ferner VwSlg. 6404 A/1964 und 7076 A/1967 ua.). Der VwGH geht hierbei von der Überlegung aus, daß aufgrund der Betriebspflicht (§13 ApG) der Betrieb der Apotheke ununterbrochen auch dann aufrechterhalten werden muß, wenn der Apothekeninhaber verhindert ist. Für den Fall der Verhinderung müsse die finanzielle Möglichkeit bestehen, die Führung der Apotheke einem verantwortlichen Leiter zu übertragen.

Der VwGH hat in mehreren Erk., die entweder eine dem Verpachtungszwang unterliegende konzessionierte Apotheke oder eine Realapotheke, bei der die Aussicht, anstelle des Pächters einen angestellten Apothekenleiter zur Fortführung des Apothekenbetriebes zu gewinnen, sehr gering war, betrafen, gemeint, daß in diesen Fällen eine Hinzurechnung des Pachtschillings zum Reingewinn der Apotheke nicht zulässig sei. Zur Gewährleistung der Existenzfähigkeit einer dem Verpachtungszwang unterliegenden Apotheke müsse nach Ansicht des VwGH gefordert werden, daß der dem Pächter nach Entrichtung des Pachtschillings verbleibende Betrag zumindest jene Summe erreicht, die aufgewendet werden müßte, um im Falle einer Verhinderung des Pächters einen verantwortlichen Leiter zu entlohnen (VwGH 25. 2. 1966 Z 1983/65 und 24. 1. 1967 Z 1167/66; vgl. hingegen VwGH vom 14. 11. 1978 Z 2590/77, in dem der VwGH meint, daß der Gesetzgeber keine unterschiedliche Behandlung der konzessionierten und der Realapotheken in bezug auf die Existenzgefährdung vorsieht).

Der VfGH geht davon aus, daß bei Prüfung der Existenzgefährdung einer Apotheke objektive Merkmale zugrunde zu legen sind und auf die ausschließlich in persönlichen Verhältnissen des Apothekeninhabers gelegene konkrete wirtschaftliche Lage nicht Bedacht zu nehmen ist (im gleichen Sinn zB VwGH 18. 10. 1962 Z 343/61) und daß es bei der Prüfung der Existenzgefährdung nur auf die betriebswirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens, nicht aber auf die Rechtsform ankommen kann, in der das Unternehmen geführt wird. In diesem Sinne sind der gegenständliche Fall und der vom Beschwerdeführer herangezogene Vergleichsfall tatsächlich vergleichbar.

Ist ferner bei dauernder Verhinderung des Konzessionärs ein verantwortlicher Leiter zu bestellen und ist der Pächter nach dem Wortlaut des Gesetzes selbst wieder nur ein Sonderfall eines verantwortlichen Leiters (§4 Abs1 1. Satz und Abs3, §17 Abs1 3. Satz und §20 Abs1 ApG), so ist kein Grund ersichtlich, warum im Falle der Verpachtung die Existenzfähigkeit von der Deckung zweier Einkommen, nämlich des dem Verpächter zufließenden Pachtschillings und des Unternehmerlohnes des Pächters, der in den Kosten des Apothekenleiters zum Ausdruck kommt (VwGH 23. 11. 1976 Z 2133 und 2124/75), abhängt, während bei Apotheken, die vom Konzessionär als Alleininhaber oder als Gesellschafter geführt werden, bei denen die Notwendigkeit der Verpachtung aber wegen plötzlich eintretender Verhinderung des Konzessionärs jederzeit aktuell werden könnte, nur der Unternehmerlohn (Kosten des verantwortlichen Apothekenleiters) Deckung finden muß. Auch der Verpachtungszwang rechtfertigt keine unterschiedliche Behandlung (das Vorerkenntnis VfSlg. 4558/1963 hat sich mit dieser Frage nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür befaßt). Zwar würde es auch zu einem gleichheitsmäßigen Ergebnis führen, einerseits bei verpachteten Apotheken den Pachtzins als Aufwand zu berücksichtigen und andererseits bei wirtschaftlich vergleichbaren, aber nicht verpachteten Apotheken einen fiktiven angemessenen Pachtschilling zu berücksichtigen, was dem Beschwerdeführer offenbar vorschwebt. Das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht der Freiheit der Erwerbstätigkeit (Art6 3. Fall StGG) gebietet aber, den die Erwerbsfreiheit beschränkenden Bestimmungen des Apothekenrechtes im Zweifel einen Inhalt beizumessen, der nicht den wirtschaftlichen Schutz von Personen bewirkt, denen die Apotheke, sei es als Einzelunternehmer oder als Gesellschafter, gehört, oder die aus dem Betrieb in anderer Weise, zB als Pächter, einen Ertrag erzielen, sondern den Schutz der Apotheken zum Zwecke der Aufrechterhaltung der

Versorgung der Bevölkerung mit Heilmitteln.

Dieses Ziel kommt auch in den Regelungen des Apothekenverpachtungsgesetzes (ApVG) zum Ausdruck:

Die Behörde hat bei Genehmigung von Pachtverträgen zu prüfen, ob diese Bestimmungen enthalten, deren wirtschaftliche Auswirkungen die ordnungsgemäße Arzneiversorgung der Bevölkerung gefährden (§4 Abs1 Z2 ApVG). Würde demnach ein Pachtvertrag, der zur Genehmigung vorgelegt wird, einen Pachtschilling vorsehen, der dem Pächter nicht einmal einen Unternehmerlohn zumindest in der Höhe der Kosten eines Apothekenleiters garantiert, so würde dies die Existenzfähigkeit der Apotheke und damit auch die ordnungsgemäße Arzneiversorgung der Bevölkerung gefährden (s. auch VfSlg. 7515/1975), mag auch die prozentuelle Höhe des Pachtschillings sonst bei einer durchschnittlichen Apotheke wirtschaftlich gerechtfertigt sein. Die Möglichkeit der Existenzgefährdung wird bei Beurteilung der Angemessenheit des Pachtzinses zu berücksichtigen sein. In dieser Beziehung sind §10 Abs3 ApG und §4 Abs1 Z2 ApVG als Einheit zu sehen.

Dazu kommt, daß §10 ApVG ein Absehen von der Verpachtung vorsieht. Von dieser Möglichkeit wird aber vor allem dann Gebrauch zu machen sein, wenn die Apotheke nur einen Reingewinn in der Höhe der Kosten eines verantwortlichen Apothekenleiters abwirft, sodaß kein Ertrag verbleibt, aus dem ein Pachtschilling bezahlt werden könnte (in diesem Sinne auch die folgenden Erk. des VfGH zu §10 ApVG: 9. 1. 1958 Z 1803 und 2271/54; 15. 2. 1959 Z 1514/57; 24. 1. 1967 Z 1167/66).

Stellt sich erst nach Genehmigung eines Pachtvertrages aufgrund geänderter wirtschaftlicher Verhältnisse, zu denen auch die Errichtung von Konkurrenzapotheken gehört, heraus, daß die Verpachtung oder deren Bedingungen nunmehr zu einem wirtschaftlich nicht mehr vertretbaren, weil existenzgefährdenden Ergebnis führt, so stehen zivilrechtliche und apothekenrechtliche Maßnahmen zur Vermeidung dieses Ergebnisses offen. So ist der Pächter einer Apotheke, der vermeint, daß die Neuerrichtung einer Nachbarapotheke die Existenz seiner Apotheke gefährden könnte, keinesfalls gehalten, die Existenzgefährdung nur gem. §10 ApG zu Lasten des neuen Konzessionswerbers, also des Konkurrenten, geltend zu machen. Er kann schon während des Laufes des in der Regel äußerst zeitraubenden Konzessionsverfahrens einen Antrag nach §6 ApVG stellen und damit erreichen, daß beide Aspekte der Existenzgefährdung, nämlich sowohl nach §10 Abs3 ApG als auch nach §4 Abs1 Z2 ApVG, in beiden Verfahren behandelt werden.

Eine dem Gleichheitssatz und der Freiheit der Erwerbsbetätigung entsprechende Auslegung gebietet daher, in dem vom Beschwerdeführer herangezogenen Vergleichsfall einer verpachteten Apotheke den Pachtzins neben den Kosten eines verantwortlichen Apothekenleiters außer Betracht zu lassen, soweit der Pachtzins nicht Aufwendungen abgilt, die, würde sie der Pächter selbst tragen, bei ihm als Aufwand zu berücksichtigen wären (zB VfSlg. 6404 A/1964). Im gegenständlichen Beschwerdefall würde daher die Behandlung des Gewinnanteiles des Kommanditisten wie einen Pachtschilling, worauf das Beschwerdevorbringen hinausläuft, nicht zur Annahme der Existenzgefährdung führen. Der Pachtschilling im Vergleichsfall wäre ebenso wie der Gewinnanteil des Kommanditisten im gegenständlichen Fall bei Beurteilung der Existenzfähigkeit der Apotheke nicht als betriebswirtschaftlicher Aufwand zu berücksichtigen. Die in bezug auf die Berücksichtigung des Pachtschillings gegenteilige Ansicht des VfGH und der belangten Behörde wird vom VfGH nicht geteilt.

Der Beschwerdeführer ist somit durch den angefochtenen Bescheid im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz nicht verletzt worden. Für die behauptete Verletzung sonstiger verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte fehlen in der Beschwerde Begründungen. Da solche Verletzungen nicht hervorgekommen sind und gegen die dem angefochtenen Bescheid zugrundeliegenden Normen weder Bedenken behauptet wurden noch im Verfahren vor dem VfGH entstanden sind, war die Beschwerde abzuweisen.

### **Schlagworte**

Apotheken, Berufsrecht Apotheken, Konzessionserteilung (Apotheken)

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VFGH:1980:B92.1977

### **Dokumentnummer**

JFT\_10199697\_77B00092\_00

**Quelle:** Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)