



VERWALTUNGSGERICHT
WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38710
Telefax: (43 01) 4000 99 38710
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-172/083/11131/2016-14
Mag. pharm. B. F.

Wien, 28.06.2017
Gr

Geschäftsabteilung: VGW-N

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Viti über die Beschwerde der Frau Mag. B. F. vom 05.07.2016 gegen das Disziplinarerkenntnis des Disziplinarrates der Österreichischen Apothekerkammer vom 19.04.2016, ZI. D 6/2015 nach durchgeführter Verhandlung am 02.05.2017 entschieden und zu Recht e r k a n n t:

I) Der Beschwerde wird gem. § 28 Abs. 1 VwGVG stattgegeben und die Beschwerdeführerin gemäß § 54 Abs. 1 erster Fall Apothekerkammergesetz 2001 von den gegen sie im Einleitungsbeschluss vom 31.03.2016 erhobenen Vorwürfen freigesprochen.

II) Gem. § 54 Abs. 4 Apothekerkammergesetz 2001 hat die Apothekerkammer infolge des Freispruches der Beschwerdeführerin die Kosten des Disziplinarverfahrens endgültig zu tragen.

III) Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Abs. 1 VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Begründung:

Das an die Beschwerdeführerin gerichtete Disziplinarerkenntnis lautet:

„Mag. pharm. B. F. ist schuldig, sie hat dadurch, dass sie seit August 2014 an Kunden der von ihr geleiteten Apotheke sogenannte Rezept-Treue-Pässe verteilt hat, in welchen für eine bestimmte Anzahl von eingelösten Rezepten durch die hiermit erworbenen Treuepunkte Gutschriften zur freien Auswahl zwischen 10 Euro und 30 Euro angeboten werden, gegen Berufspflichten, nämlich insbesondere § 6 Apothekergesamtvertrag verstoßen, zu deren Einhaltung sie nach der angeführten Bestimmung verpflichtet war, und somit das Disziplinarvergehen nach § 39 Abs 1 Z 2 Apothekerkammergesetz 2001 begangen. Nach § 41 Abs 1 Z 1 Apothekerkammergesetz 2001 wird über sie die Disziplinarstrafe des

schriftlichen Verweises

verhängt.

Gemäß § 54 Abs 3 Apothekerkammergesetz 2001 hat die Disziplinarbeschuldigte auch die Kosten des Disziplinarverfahrens zu tragen, welche mit einem Betrag von 900 Euro festgesetzt werden.

Entscheidungsgründe:

Feststellungen:

Die Disziplinarbeschuldigte ist die verantwortliche Leiterin der Apotheke „Z.“ in Wien. Seit August 2014 liegt in ihrer Apotheke ein sogenannter Rezept-Treue-Pass auf. Dieser wird den Kunden, die ihre Rezepte einlösen, übergeben. Bei jeder Einlösung eines Rezeptes kann ein Treuepunkt aufgeklebt werden, was sowohl für Privatrezepte als auch für Krankenkassenrezepte gilt. Nach Ansammeln von 10, 20 oder 30 Punkten erhält der Kunde wahlweise im Pass namentlich angeführte Waren oder einen Gutschein zur freien Auswahl in der Höhe von 10, 20 oder 30 Euro. Als verantwortliche Leiterin der Apotheke hat die Disziplinarbeschuldigte diese Aktion selbst veranlasst.

Beweiswürdigung:

Auf Grund der Anzeige der Österreichischen Apothekerkammer vom 26. März 2015, Zahl III-5/17/8-1/121/15 samt Beilage (S 1 bis 7) steht in Verbindung mit den Angaben der Disziplinarbeschuldigten vor dem Erhebungskommissär (S 13 = S 17) und in der Disziplinarverhandlung vom 19. April 2016, wo die Disziplinarbeschuldigte dem festgestellten Sachverhalt zur Gänze zugestand, der oben genannte Sachverhalt fest.“

Nach Zitierung der gesetzlichen Bestimmungen wird im Disziplinarerkenntnis ausgeführt:

„Gemäß § 39 Abs 1 Z 2 Apothekerkammergesetz 2001 machen sich Apotheker eines Disziplinarvergehens schuldig, wenn sie Berufspflichten verletzen, zu deren Einhaltung sie nach diesem Bundesgesetz oder nach anderen Vorschriften verpflichtet sind.

Nach § 18 Abs 3 Z 6 der von der Delegiertenversammlung gemäß § 25 Apothekerkammergesetz 2001 beschlossenen Berufsordnung (als Verordnung zu qualifizieren, siehe Sommerauer, Gesetzeskunde für Pharmazeutinnen und Pharmazeuten [2014] 186; Art 120b Abs 1 B-VG) ist Werbung mit Preisnachlässen, die nicht für bestimmte Marken erfolgt, unzulässig. Der festgestellte Sachverhalt ist jedoch nicht unter das verpönte Preiswerbungsverbot zu subsumieren, da die Disziplinarbeschuldigte nach den Feststellungen gerade keine Werbung für ihren Rezept-Treue-Pass betrieb, sondern diesen lediglich an jene Kunden, die Rezepte einlösten, ausgab, ohne darüber hinaus über Aushänge, Flugblätter oder ähnliche Werbemittel dafür Werbung zu betreiben.

Jedoch gelangte der Disziplinarrat zur Überzeugung, dass durch das Verhalten der Disziplinarbeschuldigten gleichwohl Berufspflichten verletzt wurden. Denn die Vorgehensweise beeinflusst den Patienten in seiner freien Apothekenwahl gemäß § 350 Abs 4 ASVG. Sie widerspricht auch dem Zweck der Bestimmung des § 6 Apothekergesamtvertrages vom 13. März 2006 (abrufbar auf www.ris.bka.gv.at unter „SV-Recht“), wonach die Apotheker die Rezeptgebühr oder den Kostenanteil (gemeint: zur Gänze) einzuheben haben. Dieser Vertrag wurde auf Grund der Bestimmungen der §§ 348a ff ASVG, § 181 BSVG, § 193 GSVG und § 128 B-KUVG geschlossen; nach § 348a Abs 1 ASVG ist er für die Apotheker ohne den Abschluss von Einzelverträgen und ohne gesonderte Zustimmung- oder Beitrittserklärung wirksam. Er begründet daher ebenso wie andere Verpflichtungen der Apotheker Berufspflichten, wie sie von § 39 Abs 1 Z 2 Apothekerkammergesetz 2001 angesprochen werden. Ein indirekter Verzicht durch die Gewährung von - auf alle Artikel einlösbaren - Geldgutscheinen unterläuft aber die Zweckbestimmung der Rezeptgebühr bzw des Kostenanteiles. Denn im Ergebnis wird dadurch nicht die gesamte Rezeptgebühr eingehoben, was der Disziplinarbeschuldigten als verantwortlicher Leiterin auch bekannt gewesen sein muss. Das festgestellte Verhalten begründet daher ein Disziplinarvergehen iSd genannten Gesetzesstelle.

Diese rechtliche Neuqualifizierung des durch den Einleitungsbeschluss vom 31. März 2016 inkriminierten Sachverhaltes widerspricht nicht dem Überraschungsverbot, da die Parteien im Rahmen der Berufungsverhandlung zu dem geänderten rechtlichen Standpunkt gehört wurden.

Bei der Strafbemessung wurde als erschwerend kein Umstand gewertet, als mildernd hingegen die disziplinarische Unbescholtenheit der Disziplinarbeschuldigten. Auf Grund des Überwiegens des Milderungsgrundes konnte mit der geringsten Disziplinarstrafe des schriftlichen Verweises das Auslagen gefunden werden.

Der Kostenausspruch ist gemäß § 54 Abs 3 Apothekerkammergesetz 2001 eine zwingende Folge des Schuldspruches. Im Hinblick auf den erforderlichen Verfahrensaufwand (insbesondere eine Beratung, eine Vernehmung durch den Erhebungskommissär und eine Verhandlung) und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Disziplinarbeschuldigten erschien der festgesetzte Pauschalbetrag, der den tatsächlich angefallenen Kosten nicht erreicht, angemessen.“

Die gegen dieses Disziplinarerkenntnis erhobene Beschwerde lautet:

„Der Disziplinarrat stellt zutreffend fest, dass ich einen Rezept-Treue-Pass an Kunden verteilt habe, mit dem ich ihnen für eine bestimmte Anzahl eingelöster Rezepte Warenzugaben oder Gutscheine zur freien Auswahl Zusage. Er sieht darin ausdrücklich keinen Verstoß gegen die Berufsordnung 2008 der Apotheker gemäß § 25 Apothekerkammergesetz, jedoch die Verletzung einer anderen Berufspflicht und damit ein Disziplinarvergehen. Aus den nachfolgenden Gründen begehre ich, dass das Disziplinarerkenntnis als rechtswidrig ersatzlos aufgehoben werde:

Eine Vertragsverletzung (allein) ist keine Berufspflichtenverletzung:

Die dem Disziplinarerkenntnis zu Grunde liegenden Gesetzesbestimmungen lauten:

§ 39. Apothekerkammergesetz 2001

(1) Apotheker oder Aspiranten machen sich eines Disziplinarvergehens schuldig, wenn sie

1. durch ihr Verhalten der Allgemeinheit, den Kunden oder den Kollegen gegenüber die Ehre oder das Ansehen der Apothekerschaft beeinträchtigen oder
2. Berufspflichten verletzen, zu deren Einhaltung sie nach diesem Bundesgesetz oder nach anderen Vorschriften verpflichtet sind.

(2) Apotheker und Aspiranten machen sich jedenfalls eines Disziplinarvergehens schuldig, wenn sie eine oder mehrere strafbare Handlungen vorsätzlich begangen haben und deswegen von einem in- oder ausländischen Gericht zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 360 Tagessätzen verurteilt worden sind.

(3) Auf Apotheker, die ihren Beruf im Rahmen eines Dienstverhältnisses bei einer Gebietskörperschaft oder einer anderen Körperschaft öffentlichen Rechts mit eigenem Disziplinarrecht ausüben, ist nur Abs. 1 Z 1 anzuwenden.

(4) Soweit in diesem Bundesgesetz nichts anderes bestimmt ist, genügt für die Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten (§ 6 StGB).

(5) Ein Disziplinarvergehen ist vom Disziplinarrat nicht zu verfolgen, wenn die Schuld des Apothekers oder Aspiranten gering ist und sein Verhalten keine oder nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat.

(6) Die disziplinarische Verfolgung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der dem angelasteten Disziplinarvergehen zugrunde liegende Sachverhalt einen gerichtlichen Straftatbestand oder einen Verwaltungsstrafatbestand bildet.

§ 348a. Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG)

(1) Die Beziehungen zwischen den Krankenversicherungsträgern und den Apothekern sind durch einen Gesamtvertrag zu regeln. Dieser Gesamtvertrag ist für die Krankenversicherungsträger durch den Hauptverband und für die Apotheker durch die Österreichische Apothekerkammer abzuschließen; er bedarf der Zustimmung der Krankenversicherungsträger und ist für die Apotheker ohne den Abschluss von Einzelverträgen und ohne gesonderte Zustimmungs- oder Beitrittserklärung wirksam.

(2) Apotheker im Sinne dieses Abschnittes sind alle Mitglieder der Österreichischen Apothekerkammer, die eine Apotheke als Konzessionär, als Pächter oder als sonstiger Apothekenleiter, ausgenommen die Stellvertreter gemäß § 17 b Abs. 2 Apothekengesetz, RGBI. Nr. 5/1907, in der jeweils geltenden Fassung, leiten.

(3) Der zwischen dem Hauptverband und der Österreichischen Apothekerkammer abzuschließende Gesamtvertrag hat nach Maßgabe der

nachfolgenden Bestimmungen insbesondere folgende Gegenstände zu regeln:

1. die Expedition (Abgabe) von Heilmitteln (§ 136), Heilbehelfen (§ 137) usw. auf Rechnung der Krankenversicherungsträger (§ 350),
2. die Einhebung von Rezeptgebühren und Kostenanteilen,
3. die Verrechnung der Kosten von Heilmitteln, Heilbehelfen usw.,
4. die Kontrolle von Rezepten und Heilmittelabgaben,
5. die Entscheidung von Streitigkeiten durch einen vertraglichen Schlichtungsausschuss (§§ 348c Abs. 3, 348d Abs. 3 und 4 sowie 348e Abs. 1 bis 3).

(4) Im Gesamtvertrag können auch Beziehungen zwischen den Krankenversicherungsträgern und dem Hauptverband einerseits, der Österreichischen Apothekerkammer und der Pharmazeutischen Gehaltskasse für Österreich andererseits geregelt werden. Soweit der Gesamtvertrag Beziehungen der Pharmazeutischen Gehaltskasse regelt, bedarf er deren Zustimmung.

(Anmerkung: Neben § 348a ASVG enthalten die anderen Sozialversicherungsgesetze sinngleiche Ermächtigungsbestimmungen.)

Der Apothekergesamtvertrag 2006 bildet einen Vertrag und ist daher weder unter den Begriff eines „Bundesgesetzes“ noch unter den einer „anderen Vorschrift“ nach § 39 Abs. 1 Apothekerkammergesetz zu subsumieren. Ersteres ist wörtlich klar, letzteres erhellt aus folgender Überlegung: Mit „Vorschrift“ ist eine Norm im Sinn eines Gesetzes oder einer Verordnung gemeint, die sich einseitig verbindlich auf Grund von Befehlsgewalt (Imperium) an eine Allgemeinheit richtet. Ein zivilrechtlicher Vertrag bindet demgegenüber allein die Vertragsparteien, selbst wenn er - wie hier zufolge § 348a ASVG - von Dritten abzuschließen ist. Auch die Erläuternden Bemerkungen zum Apothekerkammergesetz 2001 gehen von diesem Verständnis aus:

Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 2001 zu § 39:

Abs. 1 entspricht weitgehend dem durch die Apothekerkammergesetz-Novelle 1989 neu gefassten Disziplinarstraftatbestand. Nach ständiger Judikatur des Verfassungsgerichtshofes ist eine auf einen allgemeinen Disziplinarstraftatbestand gestützte Verurteilung dann verfassungskonform, wenn sie wegen einer Verletzung von Berufspflichten oder wegen eines Verstoßes gegen Ehre oder Ansehen des Standes erfolgt, die sich aus den gesetzlichen Regelungen oder aus verfestigten Standesauffassungen ergeben, die in einer dem Klarheitsgebot des Artikels 7 MRK entsprechenden Bestimmtheit feststehen; Hinweise für das Vorliegen einer verfestigten Standesauffassung können sich etwa aus der Berufssitte oder der bisherigen Rechtsprechung ergeben. Es bestand daher keine Notwendigkeit, einen darüber hinausgehenden Katalog gesetzlicher Disziplinarstraftatbestände zu formulieren, zumal die auf Grund des Apothekerkammergesetzes erlassenen Richtlinien (Berufsordnung) Verordnungscharakter haben werden und auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung beruhen (§ 25).

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Vertragspflicht eine strafbewehrte Berufspflicht bildet, gibt das bekämpfte Disziplinarerkenntnis überhaupt keine begründenden Hinweise.

Wie alle Strafdrohungen müssen auch Disziplinarstraftatbestände vorhersehbar und bestimmt sein, um MRK-gemäßes „fair trial“ zu sichern. Diesen

Voraussetzungen vermag das vom Disziplinarrat dargetane „Unterlaufen der Zweckbestimmung der Rezeptgebühr“ rechtlich nicht zu genügen.

Ergänzend bestätigt folgende Überlegung meine Ansicht: Wenn man der Meinung des Disziplinarrates folgte, müsste jeder Fehler, der bei der im Apothekergesamtvertrag 2006 vereinbarten Bearbeitung und Abrechnung der Rezepte geschieht, bereits für sich eine Berufspflichtverletzung bilden und disziplinargerichtlich zu ahnden sein. Gleiches müsste auch für arbeitsrechtliche Kollektivverträge gelten: Die Verletzung kollektivvertraglicher Pflichten eines Arbeitnehmers oder eines Arbeitgebers allein bildet aber wohl keine Berufspflichtenverletzung im Sinne des Disziplinarrechts. Dass der Gesetzgeber auf diese Art unbestimmte Straftatbestände in großer Zahl schaffen wollte, ist ihm auch untergrundrechtlichen Erwägungen nicht zuzusinnen.

Auch dann, wenn man die von mir abgelehnte Möglichkeit einer privatrechtlichen Konstituierung von Disziplinarstrafbeständen zuließe, steht fest: Weder der Apothekergesamtvertrag 2006 noch die dazu ergangenen verbindlichen Erläuterungen und Kommentare lassen erkennen, dass die Vertragspartner zusätzlich zu den dort vereinbarten Vertragspflichten disziplinarstrafbewehrte Berufspflichten schaffen hätten wollen. Vielmehr sieht der Apothekergesamtvertrag 2006 zufolge § 348e ASVG ein eigenes Schlichtungsverfahren für Streitigkeiten vor (§11 und Anlage V Apothekergesamtvertrag 2006).

Meine Tat entspricht nicht den zu Grunde gelegten Tatbildern:
Für meine Disziplinarverurteilung wurde folgende Bestimmung des Apothekergesamtvertrages 2006 herangezogen:

§ 6. Apothekergesamtvertrag 2006

(1) Die Apotheker haben bei der Abgabe auf Rechnung der Krankenversicherungsträger die entsprechende Rezeptgebühr oder den vom Versicherten zu tragenden Kostenanteil einzuheben.

(2) Eine Rezeptgebühr ist nicht einzuheben, wenn die Befreiung von der Rezeptgebühr in der in den Richtlinien über die ökonomische Verschreibweise vorgesehenen Art auf dem Kassenrezept ersichtlich ist oder auf eine andere vom Hauptverband für den leistungszuständigen Krankenversicherungsträger der Österreichischen Apothekerkammer bekanntgegebene Weise vom Versicherten nachgewiesen wird. Wird der Befreiungssachverhalt vom Versicherten auf eine andere Weise nachgewiesen, kann der Apotheker auf eigene Gefahr von der Einhebung der Rezeptgebühr absehen. Der Apotheker hat die Art des Nachweises und die Nichteinhebung auf dem Rezept zu bestätigen.

(3) Für einen Heilbehelf bzw. ein Hilfsmittel ist ein Kostenanteil nicht einzuheben, wenn die Befreiung davon auf die vom Hauptverband der Österreichischen Apothekerkammer bekannt gegebene Art und Weise vom Versicherten nachgewiesen wird.

(4) Hat der Krankenversicherungsträger bei der Bewilligung eines Heilbehelfes oder Hilfsmittels auf dem Verordnungsschein die Kostenübernahme eingeschränkt, ist die Differenz zwischen dem bewilligten Betrag und dem für den begünstigten Bezieher gültigen Abgabepreis (Kassenpreis) vom Versicherten einzuheben.

Ich habe bei der Heilmittelabgabe auf Kassenrezept selbstverständlich sämtliche anfallenden Rezeptgebühren eingehoben und an die Krankenversicherungsträger

abgeführt. Ob meine Kunden diese Rezeptgebühren in Bar, mit Kreditkarte oder durch Gegenverrechnung mit einem bei mir bestehenden Guthaben beglichen haben, ändert daran nichts. Das Disziplinarerkenntnis stellt dazu nichts Gegenteiliges fest.

Dass ich gegen § 350 Abs. ASVG verstoßen hätte, halte ich überhaupt nicht für nachvollziehbar, die Bestimmung lautet:

§ 350 Abs. 4 ASVG:

Die Wahl der Apotheke nach Abs. 1 obliegt dem (der) Anspruchsberechtigten; die Zuweisung an eine bestimmte Apotheke ist unzulässig.

Das Disziplinarerkenntnis enthält keine Feststellungen dazu, dass ich Dritte meiner Apotheke auf irgendeine Art zugewiesen hätte oder jemanden seiner Möglichkeit beraubt hätte, seine Rezepte nach Belieben anderswo einzulösen. Dass Maßnahmen der Verkaufsförderung Kunden beeinflussen dürfen und von § 350 Abs. 4 ASVG nicht erfasst werden, wird wohl niemand bestreiten.

Selbst dann, wenn man - entgegen meiner Rechtsmeinung - die angeführten Gesetzesstellen als Berufspflichten der Apotheker ansehen sollte, die zu disziplinen Straftatbeständen führen, wäre mein festgestelltes Verhalten nicht tatbildlich.

Das Disziplinarerkenntnis überschreitet den Einleitungsbeschluss:

Nach § 48 Abs. 2 Apothekerkammergesetz 2001 hat der Einleitungsbeschluss die Beschuldigungspunkte bestimmt zu bezeichnen. Anders als das Strafgericht nach der Strafprozessordnung darf der Disziplinartrat in der Disziplinarverhandlung in seiner Beurteilung der Tat nicht über die im Einleitungsbeschluss angeführten Disziplinarartatbestände hinausgehen. In diesem Sinne hat der Verwaltungsgerichtshof zum Disziplinarrecht der Beamten und auch der freien Berufe die Rechtsprechung entwickelt, dass der im Beschuldigungspunkt beschriebene Tatbestandsvorwurf in der Disziplinarverhandlung nicht überschritten werden darf (siehe unter Anderen: RS 1 zu VwGH 2008/09/0009, VwGH 99/10/0123). Dies wird damit begründet, dass die Disziplinarstrafrechte keine Typenstrafrechte bilden. Auch die im Strafprozess nach der Strafprozessordnung für Änderungen der rechtlichen Beurteilung vorgesehene Möglichkeit einer Vertagung kennt das hier anzuwendende Verfahrensrecht nicht.

Mir wurde im Einleitungsbeschluss vom 31. März 2016 eine Verletzung von § 18 Abs. 3 Z. 6 Berufsordnung 2008 vorgeworfen. Diesen Vorwurf gibt das Disziplinarerkenntnis ausdrücklich auf. In der Disziplinarverhandlung vom 19. April 2016 subsumierte der Disziplinartrat meinen Rezept-Treue-Pass jedoch unter einen anderen Tatbestand. Dieses Vorgehen widerspricht der vom Verwaltungsgerichtshof geforderten Vorgangsweise (VwGH 99/10/0123 zur Notariatsordnung): „Es dürfen daher Beschuldigungspunkte, die dem Beschuldigten nicht so rechtzeitig und bestimmt bekannt gegeben wurden, dass er sich in gleicher Art und Weise verteidigen konnte, als wären sie ihm im Zuge der Anberaumung der Verhandlung bekannt gegeben worden, einem Schuldspruch gemäß § 165 Abs. 4 NO nicht zu Grunde gelegt werden.“

Das Disziplinarverfahren leidet daher auch unter einem Verfahrensmangel, der zu einer Aufhebung der Disziplinarverurteilung führen muss.

Aktenwidrigkeit:

Das Disziplinarerkenntnis gibt als Beisitzer des Disziplinargerichts Mag. pharm. S. an. Ausweislich des Verhandlungsprotokolls vom 19. April 2016 war statt diesem Beisitzer jedoch Mag. pharm. Be. als Mitglied des Disziplinarrates anwesend.

mündliche Verhandlung:

§ 71 Apothekerkammergesetz erlaubt Mitteilungen an die Öffentlichkeit über ein Disziplinarverfahren nur dann, wenn das Verfahren öffentlich ist. Dies kann nur mit einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht erreicht werden, welche diese Öffentlichkeit herstellt.

Demzufolge stelle ich den

ANTRAG,

eine mündliche Verhandlung durchzuführen und das Disziplinarerkenntnis des Disziplinarrates der Österreichischen Apothekerkammer zu Geschäftszahl D 6/2015 vom 19. April 2016 samt seiner Kostenentscheidung ersatzlos aufzuheben.“

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Apotheke „Z.“ in Wien, G., seit August 2014 sogenannte Rezept-Treuepässe aufliegen. Kunden erhielten für jedes in der Apotheke eingelöste Rezept einen Punkt zum Einkleben in diesen Sammelpass. Ab einer gewissen Zahl von gesammelten Punkten konnten sie diesen Pass entweder gegen ein bestimmtes Produkt aus dem Sortiment der Apotheke oder gegen einen Gutschein eintauschen. Außerhalb der Apotheke bewarb die Beschwerdeführerin diese Treuepässe nicht.

Diese Feststellungen gründen sich auf folgende Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den Akten sowie aus der unbestritten gebliebenen eigenen Aussage der Beschwerdeführerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung.

Vor dem Verwaltungsgericht Wien fanden am 2.5.2017 und am 29.5.2017 mündliche Verhandlungen statt. Bei diesen Verhandlungen wurde die Beschwerdeführerin sowie ein der Vorsitzende des Disziplinarrates gehört. Der Disziplinaranwalt ist zu den Verhandlungen nicht erschienen. In der zweiten

Verhandlung wurden zwei bei der Beschwerdeführerin in der Apotheke „Z.“ angestellte Pharmazeutinnen gehört (Frau Mag. D. und Frau Mag. Fi.). Beide gaben übereinstimmend mit der Beschwerdeführerin an, dass keinerlei Rabattierungen auf die eingehobenen Kassenrezepte erfolgte und auch die von den Kunden abgeführte Rezeptgebühr immer vollständig an den zuständigen Krankenversicherungsträger abgeführt worden sei.

Rechtliche Beurteilung:

§ 18 der (aufgrund von § 25 Apothekerkammergesetz 2001 erlassenen) Berufsordnung regelt für Apotheker unzulässige Formen der Werbung. Unter anderem ist nach dieser Vorschrift Werbung mit Preisnachlässen verboten, die nicht bestimmte Marken betreffen (§ 18 Abs. 3 Z 6 leg. cit.).

Ein bloßes Auflegen von (eigenen) Treuepässen innerhalb eines Geschäftslokals stellt – mangels eines Nach-Außen-Dringens – keine Werbung dar, auch nicht bei explizitem Anbieten nach Erwerb eines Medikaments. Adressaten der Treuepässe waren lediglich die eigenen Kunden, nachdem diese bereits ein Rezept eingelöst hatten. Ergänzend dazu ist noch anzuführen, dass die im Akt aufliegenden Auszüge aus den bei Apotheken verwendeten Verrechnungsprogrammen (AVS, Apotronic oder Datapharm) zeigen, dass generell Vergütungen für Kunden der Apotheke in der Höhe von 3% oder 5% eingegeben werden können (Umsatzvergütungen-Beilage A und B).

Weiters sind Stammkundenkarten durchwegs auch bei Apotheken üblich (Apotheke R.-Beilage C, L.-Apotheke, Apotheke S.-Beilage nicht nummeriert). So wird z.B. bei der L.-Apotheke 5% Rabatt auf lagernde Kosmetika gewährt. Insofern ist diese Rabattierung wohl weiter als jene der Beschwerdeführerin, die entweder auf 2 Waren „Rabatt“ gewährte oder einen 10-Euro-Gutschein übergab, der allerdings nicht auf Rezeptgebühren einzulösen war.

Die Gewährung eines Kundenrabattes auf das frei verkäufliche Sortiment der Apotheke stellt keine Dienstpflichtverletzung dar.

§ 350 ASVG behandelt die Abgabe von Heilmitteln und –behelfen an Versicherte und enthält in seinem Abs. 4 die folgende Bestimmung: „Die Wahl der Apotheke

nach Abs. 1 obliegt dem (der) Anspruchsberechtigten; die Zuweisung an eine bestimmte Apotheke ist unzulässig."

Diese Regelung untersagt die Zuweisung eines Versicherten an eine bestimmte Apotheke durch eine Kasse (so etwa Bundesschiedskommission 12.10.2005, G 3-BSK/04 [=SV-Slg. XXVIII/Nr. 54.024]). Dementsprechend findet sich in der Begründung des Abänderungsantrages zum 2. SVÄG 2003 auch folgende Erklärung: *„[Freie Apothekenwahl] soll als Grundsatz ausdrücklich normiert werden, um klarzustellen, dass dem Anspruchsberechtigten die Wahl der Apotheke (...) anheimgestellt ist.“*

Von einer „Beeinflussung“, auf die sich die Disziplinarkommission beruft, ist im Gesetz nirgends die Rede. Das Disziplinarerkenntnis widerspricht hier klar dem Wortlaut des Gesetzes und der eindeutigen Intention des Gesetzgebers. Der Auslegung der Disziplinarkommission zufolge wäre auch die – in der Praxis häufige – Kooperation eines Arztes mit einer bestimmten Apotheke (zB Bereithalten einer nach Rezeptur des Arztes gemischten Salbe, die von diesem häufig verschrieben wird) untersagt. Darüber hinaus handelt es sich bei den „beeinflussten“ Personen ohnehin um solche, die bereits Kunden der betreffenden Apotheke sind.

Gemäß § 22 Z 3 der soeben angeführten Berufsordnung darf ein Apotheker nicht auf die Einhebung von Rezeptgebühr, Kostenanteilen oder anderen Selbstbehalten oder Teilen davon verzichten, soweit der Versicherte nicht davon befreit ist.

Auch der gemäß §§ 348a ff ASVG, § 181 BSVG, § 193 GSVG und § 128 B-KUVG zwischen dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger und der Österreichischen Apothekerkammer geschlossene Apothekergesamtvertrag schreibt in seinem § 6 Abs. 1 vor, dass Apotheker bei der Abgabe von Arzneimitteln auf Rechnung der Krankenversicherungsträger die entsprechende Rezeptgebühr oder den vom Versicherten zu tragenden Kostenanteil einzuheben haben.

Laut Disziplinarerkenntnis widerspricht die Gewährung von Gutscheinen *„dem Zweck der Bestimmung des § 6 Apothekergesamtvertrages (...), wonach die Apotheker die Rezeptgebühr oder den Kostenanteil (gemeint: zur Gänze)*

einzuheben haben". Es ist Aufgabe der Apotheke, sicherzustellen, dass die Versicherung diesen Beitrag der Versicherten auch erhält. Für die im Disziplinarerkenntnis getroffene Annahme, dass die Beschwerdeführerin auch nur einmal eine Rabattierung von Rezeptgebühren getätigt habe oder auch die Rezeptgebühren nicht vollständig an die Sozialversicherung abgeführt habe, fehlt jeglicher Beweis. Von Bedeutung ist nur, dass die Beschwerdeführerin die Rezeptgebühren an die Sozialversicherungsträger abführt. In vorliegendem Fall gibt es für diese Angabe der Beschwerdeführerin 2 übereinstimmende Zeugenaussagen.

Das Abführen der Rezeptgebühren an die Sozialversicherungsträger kann man zweifellos als eine Berufspflicht der Apotheker ansehen. Aber dass die Beschwerdeführerin dies nicht getan hätte, ist nicht festzustellen.

Auch wurde der Beschwerdeführerin – allerdings wenig konkretisiert – eine „unlautere Wettbewerbspraktik“ vorgeworfen.

Inwiefern eine solche vorliegen soll, ist dabei nicht nachvollziehbar. § 1 UWG unterscheidet irreführende und aggressive Geschäftspraktiken. Als irreführend ist eine Geschäftspraktik anzusehen, wenn Konsumenten bei Kenntnis der wahren Sachlage eine andere Entscheidung treffen würden. Aggressiv ist eine Geschäftspraktik, wenn auf den Konsumenten Druck ausgeübt wird (zB wenn ein Konsument ein Angebot nicht in Ruhe prüfen kann). Dass die Kunden der Beschwerdeführerin aber etwas anderes bekommen hätten als im Treuepass angegeben, wurde im erstinstanzlichen Verfahren zu keinem Zeitpunkt behauptet. Und auf die Ausübung von Druck oder ähnlichem gibt es keine Hinweise.

Am Rande sei noch erwähnt, dass dem angefochtenen Erkenntnis auch verfahrensrechtliche Mängel zugrunde liegen:

Einerseits enthält der Einleitungsbeschluss als vorgeworfene strafbare Handlung nur das unzulässige Werben mit Preisnachlässen (§ 18 Abs. 3 Z 6 Berufsordnung). Verurteilt wurde die Beschwerdeführerin in der Folge aber nicht wegen unzulässiger Werbung, sondern wegen des Beeinflussens von Patienten und des „Nichtabführens“ der Rezeptgebühr, also aufgrund anderer Tathandlungen. Abgesprochen werden darf im Disziplinarerkenntnis jedoch nur über jene Anschuldigungspunkte, die bereits im Einleitungsbeschluss angeführt wurden (*Kucsko-Stadlmayer, Das Disziplinarrecht der Beamten, 4. Auflage 2010,*

S. 595 f mit Verweis auf die Regelungen des BDG; dies hat analog auch für andere Disziplinarverfahren zu gelten). Nach der StPO ist gemäß der Rechtsprechung des OGH eine Verurteilung dann unzulässig, wenn der dem Urteil zugrunde gelegte Sachverhalt so sehr verschieden vom Gegenstand der Anklage ist, dass er keineswegs mehr als dieser angesehen werden kann (EvBl 1960/98, 1977/157; RZ 1960, 60). Da das BDG in seinem § 124 Abs. 2 normiert, die Anschuldigungspunkte seien im Verhandlungsbeschluss [entspricht dem Einleitungsbeschluss] „bestimmt anzuführen“, ist davon auszugehen, dass für den Bereich des Disziplinarrechts eine strengere Linie zu vertreten ist. Ein Schuldspruch kann durch Disziplinarerkenntnis in solchen Fällen daher nur gefällt werden, wenn zuvor der Einleitungsbeschluss förmlich neu gefasst wurde (Kucsko-Stadlmayer, aaO, S. 596 f). § 48 Abs. 2 ApothekerkammerG normiert ebenfalls, dass im Einleitungsbeschluss „die Beschuldigungspunkte bestimmt zu bezeichnen“ sind. Das soeben Ausgeführte gilt somit genauso für den vorliegenden Fall.

Andererseits lautet der Spruch der angefochtenen Entscheidung, die Beschwerdeführerin habe „gegen Berufspflichten, nämlich insbesondere § 6 Apothekergesamtvertrag verstoßen“. Wird ein im Disziplinarverfahren Beschuldigter mehrerer Dienstpflichtverletzungen schuldig gesprochen, so ist auch jede davon anzuführen, jeweils mit Bezug auf die Tat, durch die sie verletzt wurde, und es ist zu begründen, warum die Disziplinarkommission in dem als erwiesen angenommenen Verhalten des Beschuldigten die betreffende Dienstpflichtsverletzung erblickt hat (Kucsko-Stadlmayer, aaO, S. 600, 603). In der hier angefochtenen Entscheidung wird aber nicht einmal definiert, welche standesrechtlichen Pflichten – von § 6 Apothekergesamtvertrag abgesehen – die Beschwerdeführerin verletzt haben soll.

Gem. §54 Abs. 4 Apothekerkammergesetz 2001 hat im Falle des Freispruches der Beschuldigten die Apothekerkammer die Kosten endgültig zu tragen, weshalb auch der Kostenausspruch der belangten Behörde zu beheben war.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer

Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Viti
Richterin