



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38740
Telefax: (43 01) 4000 99 38740
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-172/092/5073/2019-9
Disziplinaranwalt der Österreichischen Apothekerkammer

Wien, 10.9.2019

Geschäftsabteilung: VGW-X

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Dr. Kienast über die Beschwerde des Disziplinaranwalts der Österreichischen Apothekerkammer gegen das Disziplinarerkenntnis des Disziplinarrats der Österreichischen Apothekerkammer vom 13.12.2018, Zl. ..., betreffend Apothekerkammergesetz, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 9.9.2019

zu Recht erkannt und verkündet:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und das bekämpfte Disziplinarerkenntnis im Spruchpunkt A bestätigt.

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

Entscheidungsgründe

1. Verfahrensgang:

Mit Disziplinarerkenntnis vom 13.12.2018 sprach der Disziplinarrat der Österreichischen Apothekerkammer Herrn Mag. A. B. als verantwortlichen Leiter der C.-Apotheke, D.-Straße, Wien in Spruchpunkt A bezüglich des Vorwurfs frei, er habe entgegen § 26 Abs. 2 Apothekenbetriebsordnung (ABO 2005) die Offizin der Apotheke derart gestaltet, dass der Eindruck einer Apotheke nicht mehr gegeben ist, indem im Eingangsbereich mehrere Regalreihen wie in einem Drogeriemarkt aufgestellt wurden, welche passiert werden müssen, um zum Bereich der Tara zu gelangen. Hinsichtlich eines anderen Vorwurfs wurde ihm gegenüber in Spruchpunkt B die Strafe des schriftlichen Verweises verhängt. Gleichzeitig wurde die vom Disziplinarbeschuldigten zu tragenden Kosten des Disziplinarverfahrens mit Euro 1.250,-- festgesetzt.

Mit Schriftsatz vom 25.3.2019 erhob der Disziplinaranwalt der Österreichischen Ärztekammer gegen das Disziplinarerkenntnis vom 13.12.2018 gegen den freisprechenden Teil Spruchpunkt A Beschwerde an das Verwaltungsgericht Wien, beantragte eine schuld- und tatangemessene Bestrafung und begründete dies mit mangelnden Feststellungen und falscher rechtlicher Beurteilung.

Am 16.8.2019 führte der zuständige Richter des erkennenden Verwaltungsgerichts einen Lokalaugenschein bei der C.-Apotheke durch.

Mit Schriftsatz vom 28.8.2018 (richtig wohl: 28.8.2019) nahm Mag. B. durch seine rechtsfreundliche Vertretung zur Beschwerde des Disziplinaranwalts Stellung.

Am 9.9.2019 fand vor dem erkennenden Verwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt, nach deren Schluss mittels Erkenntnisses die Beschwerdeabweisung verkündet wurde.

2. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

2.1. Die gegenständliche „C.-Apotheke“ wurde vor etwa acht Jahren betriebsanlagenrechtlich genehmigt. Seit damals ist die Inneneinrichtung bis auf die Tara beim Eingangsbereich unverändert.

Die C.-Apotheke wurde auch bereits mehrmals (zuletzt 2015) einer Betriebsüberprüfung durch den Magistrat der Stadt Wien unterzogen.

Weder bei der Betriebsanlagengenehmigung noch bei den Betriebsüberprüfungen wurden hinsichtlich des „Eindrucks einer Apotheke“ Mängel festgestellt.

2.2. Diese Feststellungen gründen in den glaubwürdigen Aussagen des Herrn Mag. B. in der mündlichen Verhandlung, denen auch weder vom Beschwerdeführer noch vom Vertreter des belangten Disziplinarrats widersprochen wurde; sie können daher als unstrittig angenommen werden.

2.3.1.1. Nach § 6 Abs. 2 Apothekengesetz bedarf die Betriebsanlage einer öffentlichen Apotheke einer behördlichen Genehmigung, die vor ihrer Inbetriebnahme zu erwirken ist. Auch jede Änderung der Betriebsanlage ist genehmigungspflichtig.

Die unter anderem auch aufgrund des Apothekengesetzes ergangene Apothekenbetriebsordnung 2005 (ABO 2005) führt in § 67 Abs. 1 den Gegenstand der Betriebsanlagengenehmigung näher aus; und zwar sind Gegenstand der Genehmigung „die Betriebsräume und Einrichtungen“ einer neu errichteten Apotheke.

Aus § 56 Abs. 1 Apothekengesetz wiederum ergibt sich, dass zur Bewilligungserteilung die Bezirksverwaltungsbehörde zuständig ist, somit in Wien der Magistrat der Stadt Wien.

Darüber hinaus haben mindestens einmal in fünf Jahren ordentliche Betriebsüberprüfungen von Apotheken durch die Bezirksverwaltungsbehörde stattzufinden. Bei diesen Überprüfungen ist unter anderem festzustellen, ob „den Vorschriften für den Arzneimittelverkehr, dem Apothekengesetz und der Apothekenbetriebsordnung entsprochen wird“ (§ 70 Abs. 1 ABO 2005).

Werden bei diesen Betriebsüberprüfungen Mängel festgestellt, sind – bei Gefahr im Verzug – (in der ABO 2005 näher genannte) Maßnahmen zu verfügen, anderenfalls mittels Bescheids Auflagen vorzuschreiben, somit vorzuschreiben, innerhalb welcher Frist die Übereinstimmung mit den näher genannten Vorschriften wieder herzustellen ist.

Nach § 41 Abs. 1 Apothekengesetz ist jeder, der den Bestimmungen des Apothekengesetzes oder einer aufgrund dieses Apothekengesetzes ergangenen Verordnung (wie der ABO 2005) zuwiderhandelt, mit Geldstrafe bis zu Euro 4.360,-- (vom Magistrat der Stadt Wien) zu bestrafen.

2.3.1.2. Da die C.-Apotheke betriebsanlagenrechtlich genehmigt wurde, hat der für den Vollzug des Apothekengesetzes sachlich und örtlich zuständige Magistrat der Stadt Wien nicht am durch die Einrichtung der C.-Apotheke hervorgerufenen Eindruck einer Apotheke Anstoß genommen, sonst wäre deren Betriebsanlage wohl nicht genehmigt worden.

Ebensowenig sah der sachlich und örtlich zuständige Magistrat bei den Betriebsüberprüfungen der C.-Apotheke eine Verletzung des § 26 Abs. 2 ABO 2005 als gegeben an, sonst hätte er nicht nur gemäß § 72 Abs 2 ABO 2005 bescheidmäßig die Auflage zu erteilen gehabt, den Eindruck einer Apotheke wieder herzustellen, sondern auch gemäß § 41 Abs. 1 Apothekengesetz Herrn Mag. B. als verantwortlichen Leiter der C.-Apotheke zu bestrafen gehabt, was beides nicht geschehen ist.

Aus dem systematischen Zusammenhang ergibt sich, dass in den Fällen, in denen bei den Betriebsüberprüfungen keine Verwaltungsübertretung hervorgekommen ist, (somit auch der ABO 2005 entsprochen wird) kein (Feststellungs-)Bescheid zu erlassen, sondern dies (lediglich) in einer (über jede Betriebsüberprüfung aufzunehmenden) Niederschrift zu vermerken ist.

Aus all dem folgt: Die für den Vollzug des Apothekengesetzes und der ABO 2005 sachlich zuständige Behörde (konkret: der Magistrat der Stadt Wien) hat die Einhaltung des § 26 Abs. 2 ABO 2005 überprüft und bejaht; der Magistrat der Stadt Wien als sachlich und örtlich zuständige Behörde hat somit entschieden, dass bei der C.-Apotheke der Eindruck einer Apotheke gegeben ist.

2.3.2.1 Nach § 2 Abs. 1 Apothekerkammergesetz 2001 ist die Apothekerkammer berufen, die gemeinsamen beruflichen, wirtschaftlichen und sozialen Belange der selbstständigen und angestellten Apotheker wahrzunehmen und zu fördern, die Berufsausübung näher zu regeln, das Standesehnen zu wahren und die Berufspflichten zu überwachen.

Nach § 2 Abs. 2 Z 7 Apothekerkammergesetz 2001 hat die Apothekerkammer im eigenen Wirkungsbereich „zur Vertretung der Interessen der Apotheker“ die Verletzung der Berufspflichten und Beeinträchtigungen des Ansehens der Apothekerschaft durch Mitglieder disziplinar zu verfolgen. Ebenso obliegt der Apothekerkammer im eigenen Wirkungsbereich die Erlassung einer Berufsordnung (§ 2 Abs. 3 Z 5 Apothekerkammergesetz 2001), somit von „Richtlinien zur Ausübung des Apothekerberufes“ (§ 25 Apothekerkammergesetz 2001).

Nach § 39 Abs. 1 Apothekerkammergesetz 2001 macht sich ein Apotheker eines Disziplinarvergehens schuldig, wenn er zum einen durch sein Verhalten der Allgemeinheit, den Kunden oder den Kollegen gegenüber die Ehre oder das Ansehen der Apothekerschaft beeinträchtigt oder – zum anderen – Berufspflichten verletzt, zu deren Einhaltung er nach diesem Bundesgesetz oder nach anderen Vorschriften verpflichtet ist.

Die in § 39 Abs. 1 Z 2 Apothekerkammergesetz 2001 angesprochenen Berufspflichten haben daher im Apothekerkammergesetz 2001 selbst oder in „anderen Vorschriften“ enthalten zu sein; diese den Apotheker betreffenden Pflichten haben seinen Beruf, mithin die Ausübung des Apothekerberufs zu betreffen, sonst stellen sie keine „Berufspflichten“ dar.

Wenn nun die Verletzung einer in Gesetz oder Verordnung enthaltenen Pflicht disziplinar ist, ist in einem Disziplinarverfahren zunächst vom Disziplinarrat zu klären, ob (überhaupt) eine derartige Pflicht verletzt ist.

2.3.2.2. Bezogen auf den konkreten Fall bedeutet dies: Der belangte Disziplinarrat hat zunächst zu beurteilen, ob Herr Mag. B. § 26 Abs. 2 ABO 2005 verletzt hat, ob somit eine diesbezügliche Verwaltungsübertretung vorliegt.

Dabei ist Folgendes zu beachten: Zur Vollziehung des Apothekengesetzes und der aufgrund dieses Gesetzes ergangenen Verordnungen (wie der ABO 2005) ist nach § 44 Apothekengesetz die Bezirksverwaltungsbehörde (in Wien somit der Magistrat der Stadt Wien) eingesetzt; die Bezirksverwaltungsbehörde hat somit (auch) die ABO 2005 zu vollziehen. Sie hat somit sowohl bei der Betriebsanlagengenehmigung als auch bei den Betriebsüberprüfungen von Apotheken (als Hauptfrage) zu klären, ob § 26 Abs. 2 ABO 2005 verletzt ist.

Das in Art. 83 Abs. 2 B-VG grundlegende Recht auf den gesetzlichen Richter verbietet konkurrierende Zuständigkeiten verschiedener Behörden (VfSlg 13.886/1994).

Allerdings ist die Vollziehung des Apothekengesetzes und der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen nicht der Apothekerkammer (weder im eigenen noch im übertragenen Wirkungsbereich) überantwortet; sie (konkret: ihre Organe) ist daher zur Vollziehung auch nicht zuständig. Organe der Apothekerkammer (wie der belangte Disziplinartrat) können daher die Rechtsfrage, ob Herr Mag. B. § 26 Abs. 2 ABO 2005 verletzt hat, nicht abschließend beantworten, weil diese Frage eben von der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde als Hauptfrage zu entscheiden ist.

Ähnlich dem in § 38 AVG angesprochenen Verhältnis zwischen Vor- und Hauptfrage obliegt dem belangten Disziplinartrat (und in weiterer Folge dem erkennenden Verwaltungsgericht) lediglich die Beurteilung (und nicht deren Entscheidung), ob eine Verwaltungsübertretung vorliegt, es sei denn, die zuständige Verwaltungsbehörde hat darüber bereits befunden. Da dies hier aber der Fall ist und der Magistrat der Stadt Wien § 26 Abs. 2 ABO 2005 nicht als verletzt erachtete, ist auch der belangte Disziplinartrat (und auch – nachfolgend – das erkennende Verwaltungsgericht) an diese behördliche Entscheidung gebunden.

Bereits deshalb war der Beschwerde des Disziplinaranwaltes nicht stattzugeben.

2.3.3. Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob der Verlust des Eindrucks einer Apotheke als Berufspflichtverletzung zu qualifizieren ist.

§ 26 Abs. 2 ABO 2005 legt zunächst konkret fest, dass „bei der Gestaltung der Offizin“ darauf geachtet werden muss, dass der Eindruck einer Apotheke gegeben ist. Die Gestaltung der Offizin ist wohl unstrittig Gegenstand der Betriebsanlagengenehmigung. Es liegt somit der Schluss nahe, dass § 26 Abs. 2 ABO 2005 ein Kriterium festlegt, nach dem der Magistrat der Stadt Wien im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren die Offizin zu prüfen und – wenn der Eindruck einer Apotheke nicht mehr gegeben ist – die Betriebsanlagengenehmigung zu versagen hat.

Versteht man Berufspflichten als Pflichten, die die Berufsausübung betreffen, so erscheint auch deshalb die Gestaltung der Offizin keine Berufspflicht zu sein: Die Berufsausübung als Apotheker setzt unter anderem eine betriebsanlagengenehmigte

Apotheke voraus; somit ist die Gestaltung der Offizin, deren Rechtmäßigkeit ja im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren geprüft wird, bei Beginn der Berufsausübung, die wiederum das Vorliegen einer Betriebsanlagengenehmigung voraussetzt, bereits vollendet.

2.3.4. Liegt aber das diszipliniäre Verhalten in der rechtswidrigen (weil den Verlust des Eindrucks einer Art Apotheke herbeiführenden) Gestaltung der Offizin, dann wäre zudem die diszipliniäre Verfolgbarkeit dieser Übertretung gemäß § 40 Abs. 2 Apothekerkammergesetz 2001 wohl bereits verjährt.

2.3.5. Stellte der Magistrat der Stadt Wien aber tatsächlich eine Übertretung des § 26 Abs. 2 ABO 2005 fest und trüge er folglich mittels Bescheids eine Gestaltung der Offizin auf, dass der Eindruck einer Apotheke (wieder) gegeben ist, und bestrafte er auch Herrn Mag. B. wegen Übertretung des § 26 Abs. 2 ABO 2005 (verwaltungsstrafrechtlich), dann – unter der Voraussetzung, es handelt sich bei der Übertretung des § 26 Abs. 2 ABO 2005 tatsächlich um eine Berufspflichtverletzung – ist allenfalls – wenn die übrigen dafür Voraussetzungen vorliegen – auch ein Disziplinarverfahren einzuleiten. Dann stellt sich – folgt man dem VfGH (z.B. VfSlg 17.821/2006) und bejaht die Einordnung der Disziplinarstrafe, weil bis zum Berufsverbot führend (§ 41 Abs. 1 Z 6 Apothekerkammergesetz), als Strafe iSd Art 6 Abs 1 EMRK – die Frage des Doppelbestrafungsverbots des Art. 4 des 7. ZPEMRK. Da sich nämlich die gegenständliche Berufspflichtverletzung in der Verwirklichung der strafbaren Tatbestands (nämlich der Verletzung des § 26 Abs. 2 ABO 2005) erschöpft, scheint kein „diszipliniärer Überhang“ zu bestehen, der die Disziplinarstrafe vom Doppelbestrafungsverbot ausschliesse. Es ist nämlich nicht zu erkennen, worin sich der spezifische Schutzgedanke, der sich hinter (je)der Disziplinarstrafe verbirgt, von jenem unterscheidet, der dem verwaltungsbehördlichen Strafrecht (bei Verletzung des § 26 Abs. 2 ABO 2005) zugrunde liegt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Die ordentliche Revision war zuzulassen, weil – so weit zu sehen – Rechtsprechung des VfGH zur Frage fehlt, ob eine Übertretung des § 26 Abs. 2 ABO 2005 als eine Berufspflichtverletzung qualifiziert werden kann, die (auch dann) von den Disziplinarbehörden zu ahnden ist, wenn die zur Vollziehung des Apothekengesetzes und der ABO 2005 eingesetzte Verwaltungsbehörde eine derartige Übertretung gerade nicht feststellt.

Darüber hinaus besteht keine Rechtsprechung zur Frage, ob § 26 Abs. 2 ABO 2005 überhaupt als Pflicht bei der Ausübung des Berufs (Berufspflicht) anzusehen ist oder nicht doch (bloß) als Vorschrift, die die Betriebsanlage betrifft.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei soweit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein ordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

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. Dr. Kienast