

# TE Vwgh Erkenntnis 2011/5/13 2007/10/0032

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.05.2011

## Index

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
19/05 Menschenrechte;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
82/04 Apotheken Arzneimittel;

## Norm

ApKG §39 Abs1 Z1;  
ApKG §39 Abs1 Z2;  
ApKG §41 Abs1 Z2;  
B-VG Art139 Abs1;  
B-VG Art139 Abs6;  
EGVG Art2 Abs6 Z3;  
MRKZP 07te Art4 Abs1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Mizner sowie die Hofräte Dr. Stöberl, Dr. Rigler, Dr. Lukasser und Dr. Fasching als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Uhlir, über die Beschwerde des W D in M, vertreten durch Dr. Paul Delazer, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Maximilianstraße 2/1, gegen den Bescheid des Disziplinarberufungssenates der Österreichischen Apothekerkammer beim Bundesministerium für Gesundheit und Frauen vom 30. März 2005, Zl. D 5/2000, betreffend Disziplinarstrafe nach dem Apothekerkammergesetz, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat der Österreichischen Apothekerkammer Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Disziplinarberufungssenates der Österreichischen Apothekerkammer beim Bundesministerium für Gesundheit und Frauen wurde der Beschwerdeführer des Disziplinarvergehens nach § 39 Abs. 1 Z. 1 und 2 Apothekerkammergesetz (AKG) schuldig erkannt und gemäß § 41

Abs. 1 Z. 2 AKG zu einer Geldstrafe in der Höhe von drei Gehaltskassenumlagen verurteilt, wobei ein Teil der Geldstrafe in Höhe von zwei Gehaltskassenumlagen gemäß § 41 Abs. 3 AKG iVm § 43a Abs. 1 StGB unter Setzung einer Bewährungsfrist von drei Jahren bedingt nachgesehen wurde.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass der Beschwerdeführer in M. zu folgenden Zeiten entgegen der Bestimmung des § 8 Abs. 5 Apothekengesetz (ApG) während des Bereitschaftsdienstes seiner Apotheke weder zur Abgabe von Arzneimitteln selbst anwesend gewesen sei noch für eine Abgabe von Arzneimitteln durch einen anderen vertretungsberechtigten Apotheker gesorgt habe: am 9. März 1999, am 24. Oktober 1999 in der Zeit von 21.30 bis 21.50 Uhr, am 13. Februar 2000 in der Zeit von 20.40 bis 21.00 Uhr sowie am Abend des 1. Februar 2001 und in der darauf folgenden Nacht.

Weiters habe der Beschwerdeführer entgegen seiner Verpflichtung nach Art. 1 der Berufssitte des Apothekerstandes Kunden unhöflich, unsachlich bzw. beleidigend behandelt, und zwar

-

während des Bereitschaftsdienstes am 8. November 1998 B.H. am Telefon durch die Bemerkungen, sie müsse sich beeilen, wenn sie etwas benötige, er stehe schon den ganzen Tag in der Apotheke und wolle endlich zusperren, er habe keine Lust, noch länger offen zu halten;

-

am 11. Februar 2000 H.F. durch die Worte, er sei nur für akute Fälle dienstverpflichtet, sei überdies der "Idiot hier" und nur zufällig anwesend, er übe den Nachtdienst ohnedies unbezahlt aus;

-

am 13. Februar 2000 H.F. durch die Weigerung, beim Verkauf eines Medikamentes eine Quittung zu übergeben, wobei der Beschwerdeführer bemerkt habe, er habe keinen Computer;

-

am 15. Februar 2000 einen Mitarbeiter des H.F. durch die Bemerkung, der Beschwerdeführer habe das Medikament Megacillin OR nicht lagernd, schon gar nicht um diese Uhrzeit, das Rezept sei schon drei Tage alt und es wäre genügend Zeit gewesen, das Medikament tagsüber zu besorgen, und

-

schließlich außerhalb des Bereitschaftsdienstes während der Geschäftszeit der Apotheke am 21. Juni 2000 S.G., indem der Beschwerdeführer S. G. vor etwa sechs Kunden als "spinnerte Frau" bezeichnet habe.

Der Beschwerdeführer sei in Kenntnis der seine Bereitschaftsverpflichtung regelnden Verordnung gewesen und habe über seine Anwesenheitspflicht Bescheid gewusst. Als erfahrenem Apotheker sei ihm überdies bewusst gewesen, dass auch außerhalb der regulären Dienstzeiten - während des Bereitschaftsdienstes in der Nacht oder am Wochenende - Patienten mit dringenden Anliegen seine Apotheke aufsuchen würden; trotzdem habe er sich dazu entschlossen, zu den angeführten Zeiten nicht anwesend zu sein und insbesondere auch bei Aufhalten im Gasthof L. den Apothekenfunk nicht mitzunehmen, wodurch seine Erreichbarkeit für Kunden zusätzlich beeinträchtigt worden sei. Dieses Verhalten sei nicht nur geeignet gewesen, das Ansehen der Apothekerschaft herabzusetzen, sondern habe tatsächlich zu regelmäßigen Protesten der betroffenen Bevölkerung, der Ärzteschaft und sogar der Betreiberin der benachbarten Apotheke in St. geführt, die (unter anderem) mit Beschwerden von Kunden des Beschwerdeführers konfrontiert gewesen sei. Der Beschwerdeführer habe aus mehreren Vorgesprächen mit Vertretern der Apothekerkammer und auch mit Vertretern der Gemeinde M. gewusst, dass es zahlreiche Beschwerden von verschiedenen Seiten über sein unfreundliches Verhalten gegeben habe.

Am 18. Dezember 2000 sei ein gegen den Beschwerdeführer bei der Bezirkshauptmannschaft I. anhängiges Verwaltungsstrafverfahren wegen des Verdachtes der Übertretung des § 8 ApG und damit "inhaltlich des Vorwurfes, seine Pflicht zur Vernehmung von Bereitschaftsdiensten verletzt zu haben", im Zweifel eingestellt worden. Von der Bezirkshauptmannschaft I. sei dabei festgestellt worden, dass "hinsichtlich der inkriminierten Verwaltungsübertretungen beträchtliche Zweifel bestünden, eine absolute Sicherheit, dass der Beschuldigte diese begangen habe, aber durch das Ermittlungsverfahren nicht zu Tage gekommen sei".

Nach Darstellung der Bestimmungen des § 39 Abs. 1 AKG und des Art. 1 der Berufssitte des Apothekerstandes führte die belangte Behörde in rechtlicher Hinsicht im Wesentlichen aus, die festgestellten Verhaltensweisen des Beschwerdeführers hätten für sich schon dem Ansehen der Apothekerschaft geschadet. Der Beschwerdeführer habe ausgeführt, allfällige Unfreundlichkeiten hätten sich nicht in einer allgemeinen Form auf die Apothekerschaft bezogen, sondern seien ganz speziell auf einen besonderen Anlass hin vorgebracht worden, so etwa wegen Einlösung eines mehrere Tage alten Rezeptes während des Nachtdienstes, obwohl es gar nicht benötigt werde und "viele Kunden direkt der Meinung" seien, dass ein Nachtdienst tuender Apotheker "von einer öffentlichen Stelle dafür bezahlt werde und sie daher auch eine Behandlung wie am Tage erwarten könnten"; damit sei - so die belangte Behörde weiter - der Beschwerdeführer nicht im Recht, zumal Art. 1 der Berufssitte den Apotheker selbst außerhalb der eigentlichen Berufsausübung, umso mehr also während seines Bereitschaftsdienstes zu einem entsprechend höflichen Auftreten verpflichte.

In Hinblick auf die Mehrzahl von gewichtigen Pflichtverletzungen, den erheblichen Schaden für die Reputation der Apothekerschaft in der Öffentlichkeit sowie den Umstand, dass der Beschwerdeführer sein Fehlverhalten trotz verschiedener Interventionen über Jahre fortgesetzt habe, erscheine eine am untersten Ende des Strafraumens angesiedelte Geldstrafe nicht als geeignet, spezialpräventiven Bedürfnissen zu genügen. Dem Beschwerdeführer mangle darüber hinaus jegliche Schuldeinsicht, was er auch selber bei verschiedenen Gelegenheiten deponiert habe. In analoger Anwendung des § 43a Abs. 1 StGB werde jedoch ein Teil der verhängten Geldstrafe bedingt nachgesehen, was als Anreiz für den Beschwerdeführer gedacht sei, sein Verhalten zu überdenken und eine "für die betroffene Bevölkerung zufrieden stellende Situation zu schaffen".

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der deren Behandlung mit Beschluss vom 27. Februar 2007, B 789/05, abgelehnt und die Beschwerde dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten hat. Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die - gemäß § 58 Abs. 6 zweiter Satz AKG zulässige - Beschwerde erwogen:

Gemäß § 39 Abs. 1 AKG machen sich Apotheker eines Disziplinarvergehens schuldig, wenn sie (Z. 1) durch ihr Verhalten der Allgemeinheit, den Kunden oder den Kollegen gegenüber die Ehre oder das Ansehen der Apothekerschaft beeinträchtigen oder (Z. 2) Berufspflichten verletzen, zu deren Einhaltung sie nach diesem Bundesgesetz oder nach anderen Vorschriften verpflichtet sind.

Gemäß § 41 Abs. 1 AKG sind Disziplinarstrafen

1.

der schriftliche Verweis,

2.

Geldstrafen bis zur Höhe des 15fachen Betrages der Gehaltskassenumlage, die für einen im Volldienst angestellten Apotheker auf Grund der Bestimmungen des Gehaltskassengesetzes jeweils zu leisten ist,

3. die zeitliche oder dauernde Entziehung des Rechtes auf Ausbildung von Aspiranten,
4. die zeitliche oder dauernde Entziehung des Wahlrechtes und der Wählbarkeit zur Apothekerkammer,
5. die zeitliche oder dauernde Entziehung des Rechtes zur Leitung einer Apotheke,
6. das Verbot der Ausübung des Apothekerberufes bis zur Dauer von drei Jahren.

Welche dieser Strafen zu verhängen ist, ist ebenso wie die Bemessung der Strafe gemäß § 41 Abs. 2 AKG insbesondere nach der Größe des Verschuldens und der daraus entstandenen oder drohenden Nachteile, vor allem auch für die Kunden und Patienten, sowie dem Ausmaß der Beeinträchtigung des Standesehens zu beurteilen. Bei Bemessung der Geldstrafe ist auch auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschuldigten Bedacht zu nehmen. Die §§ 32 bis 34 StGB sind sinngemäß anzuwenden. Die Disziplinarstrafen können auch nebeneinander verhängt werden.

Nach Art. 1 der - mit Beschlüssen des Vorstandes der Österreichischen Apothekerkammer festgestellten, für den vorliegenden Fall noch maßgeblichen - Berufssitte des Apothekerstandes hat der Apotheker "alles zu vermeiden, was dem Ansehen seines Berufes schaden könnte, selbst außerhalb der eigentlichen Berufsausübung".

Die Beschwerde lässt die oben wiedergegebenen Feststellungen des angefochtenen Bescheides - abgesehen von einer nicht substantiierten Bestreitung der Äußerung am 21. Juni 2000 gegenüber S.G. (dazu s. unten) - unbekämpft. Die Annahme der belangten Behörde, der Beschwerdeführer habe durch das festgestellte Verhalten die Disziplinarvergehen nach § 39 Abs. 1 Z. 1 und 2 AKG begangen, begegnet keinen Bedenken des Gerichtshofes.

In der Beschwerde wird zunächst unter der Überschrift "Disziplinärer Überhang" vorgebracht, die Vorwürfe gegen den Beschwerdeführer in Hinblick auf seine Abwesenheit während des Bereitschaftsdienstes der Apotheke seien bereits in einem Verwaltungsstrafverfahren vor der Bezirkshauptmannschaft I. geprüft worden, welches "nach § 45 VStG eingestellt" worden sei. Die Bezirkshauptmannschaft I. sei nach entsprechender Prüfung zum Ergebnis gelangt, dass die Bestimmung des § 8 Abs. 5 ApG in den vorgeworfenen Fällen "nicht verletzt" worden sei. Wegen der damit vorliegenden bindenden Entscheidung durch die zuständige Verwaltungsstrafbehörde sei eine Beurteilung durch die belangte Behörde, ob ein derartiger Verstoß gegen das Apothekengesetz vorliege, nicht zulässig.

Damit tut die Beschwerde allerdings eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht dar.

Die belangte Behörde weist zutreffend darauf hin, dass die Verwaltungsverfahrensgesetze - soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist - gemäß Art. II Abs. 6 Z. 3 EGVG bei der Verfolgung und Bestrafung der Verletzung von Standespflichten durch Organe, die ausschließlich oder doch zum Teil aus Angehörigen des in Betracht kommenden Berufsstandes gebildet sind (Disziplinarverfahren), keine Anwendung finden.

Dennoch sind auch in solchen Verfahren alle Grundsätze zu beachten, die einem rechtsstaatlichen Verfahren immanent sind (vgl. Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I2 Art. II EGVG E 63). Dazu zählt auch der Grundsatz des "ne bis in idem" (Art. 4 Abs. 1 des 7. ZPMRK). Eine Verletzung dieses Grundsatzes zeigt die Beschwerde mit dem wiedergegebenen Vorbringen allerdings bereits deshalb nicht auf, weil der Beschwerdeführer - wie auch schon in seiner Berufung gegen den erstinstanzlichen Bescheid - eine Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens durch Bescheid (vgl. das hg. Erkenntnis vom 8. November 2000, Zl. 99/04/0115, mwN) nicht behauptet. Darüber hinaus erfolgte die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens - nach den oben wiedergegebenen, in der Beschwerde nicht bestrittenen behördlichen Feststellungen - nach § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG und nicht etwa nach § 45 Abs. 1 Z. 2 VStG (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. März 1992, Zl. 91/12/0018).

Im Übrigen hat bereits der Verfassungsgerichtshof in dem angeführten Ablehnungsbeschluss vom 27. Februar 2007 auf die grundsätzliche Zulässigkeit der Wahrnehmung des sogenannten "disziplinären Überhanges" hingewiesen.

Im Weiteren weist die Beschwerde darauf hin, dass die - der Bestrafung des Beschwerdeführers zu Grunde liegende - Verordnung der Bezirkshauptmannschaft I., die die Bereitschaftsdienstzeiten von dessen Apotheke geregelt habe, vom Verfassungsgerichtshof als gesetzwidrig aufgehoben worden sei. Infolge der vom Verfassungsgerichtshof festgestellten "mangelhaften Kundmachung" könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer als der betroffene Normadressat von der Verordnung Kenntnis gehabt habe oder davon Kenntnis nehmen habe müssen.

Tatsächlich hat der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 25. September 2001, Zlen. V 99/99, G 174/99, auf Grund eines Antrages des Beschwerdeführers die Verordnung der Bezirkshauptmannschaft I. vom 27. September 1978, Zl. 7-21880/78, über die Offenhaltezeit und die Dienstbereitschaft der öffentlichen Apotheke in St. als gesetzwidrig aufgehoben und zugleich den Antrag des Beschwerdeführers auf Aufhebung des § 8 Abs. 3, in eventu Abs. 2 und Abs. 5 ApG zurückgewiesen. Der Verfassungsgerichtshof hat dabei (unter Punkt II. 2.2. des Erkenntnisses) ausgeführt, die von der Bezirkshauptmannschaft I. gewählte Vorgangsweise entspreche zwar nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine gehörige Kundmachung, führe allerdings dazu, dass die Verordnung in rechtliche Existenz getreten sei.

Der Beschwerdeführer lässt allerdings mit seinem Vorbringen außer Acht, dass die Aufhebung der Verordnung auf Grund seines Individualantrages (vgl. Art. 139 Abs. 1 dritter Satz B-VG) erfolgte und er somit - worauf der angefochtene Bescheid im Ergebnis zutreffend hinweist - nicht in den Genuss der sogenannten Anlassfallwirkung kommt (vgl. Mayer, B-VG4 Art. 139 Anm. V.3.); das angeführte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs umfasst auch keinen Ausspruch gemäß Art. 139 Abs. 6 zweiter Satz B-VG. Dass die belangte Behörde dem Beschwerdeführer für den oben ersichtlichen Tatzeitraum (bis einschließlich der Nacht vom 1. auf den 2. Februar 2001) Verstöße gegen § 8 Abs. 5 Apothekengesetz im Zusammenhang mit der angeführten Verordnung der Bezirkshauptmannschaft I. vom 27. September 1978 angelastet hat, ist somit nicht zu beanstanden.

Die in der Beschwerde enthaltene Behauptung, der Beschwerdeführer habe von dieser Verordnung - im maßgeblichen Tatzeitraum - nicht Kenntnis gehabt, erweist sich schon mit Blick auf seinen im Jahr 1999 gestellten Antrag auf Aufhebung der Verordnung als gesetzwidrig als unhaltbar; im Übrigen wäre es dem Beschwerdeführer ohnehin obliegen, sich hinsichtlich der Regelung der Dienstbereitschaft seiner Apotheke zu erkundigen.

Schließlich behauptet die Beschwerde, der angefochtene Bescheid sei in verschiedener Hinsicht infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften rechtswidrig. Doch auch das Vorbringen in dieser Richtung erweist sich als unberechtigt:

Die Beschwerde führt aus, rund die Hälfte der dem Beschwerdeführer angelasteten Fälle mangelnder Anwesenheit während des Bereitschaftsdienstes sei "durch die Apothekerkammer absichtlich provoziert" worden. Damit stellt der Beschwerdeführer allerdings nicht in Abrede, dass er Mitarbeitern eines beauftragten Detektivunternehmens gegenüber, die er für Kunden gehalten hat, die festgestellten Verstöße gesetzt hat.

Die Beschwerde nimmt im Weiteren Anstoß an der Verwendung der Worte "dem Vernehmen nach" in der im Rahmen der Strafzumessung getätigten Ausführung der belangten Behörde, der Beschwerdeführer habe sein Fehlverhalten sogar noch während des anhängigen Disziplinarverfahrens fortgesetzt, bestreitet allerdings die damit getroffene Feststellung gar nicht.

Für den Vorwurf der mangelnden Erreichbarkeit des Beschwerdeführers in der Nacht vom 1. auf 2. Februar 2001 ist es - entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung - unerheblich, ob er das damals von einer Kundin gewünschte Schmerzmittel ausfolgen hätte dürfen oder nicht.

Die im angefochtenen Bescheid als unangemessen gewertete Ausführung des Beschwerdeführers, Kunden könnten sich während des Bereitschaftsdienstes einer Apotheke nicht dieselbe Behandlung wie am Tag erwarten (vgl. die festgestellte Bemerkung des Beschwerdeführers gegenüber einem Kunden am 15. Februar 2000), kann auch nicht durch die in § 8 Abs. 8 ApG vorgesehene eingeschränkte Abgabe von Waren während der Ladenschlusszeiten der zu deren Verkauf gleichfalls berechtigten Handelsgewerbetreibenden gerechtfertigt werden. Der Verwaltungsgerichtshof hegt keine Bedenken dagegen, dass die nach den Feststellungen des angefochtenen Bescheides vom Beschwerdeführer gesetzten unhöflichen Äußerungen gegenüber Kunden Ehre und Ansehen der Apothekerschaft beeinträchtigten.

Soweit sich die Beschwerde schließlich gegen die Feststellung des angefochtenen Bescheides wendet, der Beschwerdeführer habe S.G. als "spinnerte Frau" bezeichnet, bekämpft sie auf keine konkrete Weise die dieser Feststellung zu Grunde liegende Beweiswürdigung der belangten Behörde.

Die sich daher insgesamt als unberechtigt erweisende Beschwerde war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VerordnungBGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 13. Mai 2011

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

ECLI:AT:VWGH:2011:2007100032.X00

#### **Im RIS seit**

09.06.2011

#### **Zuletzt aktualisiert am**

03.10.2011

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

© 2024 JUSLINE

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

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