



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Thienel, die Hofräte Dr. Doblinger und Mag. Feiel sowie die Hofrätinnen Dr. Koprivnikar und Mag. Schindler als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Dr. Hotz, über die außerordentliche Revision des Mag. pharm. A B in C, vertreten durch Dr. Corvin Hummer und Mag. Birke Schönknecht, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Maysedergasse 5, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 12. Mai 2021, VGW-172/091/6919/2020-27, betreffend Disziplinarstrafe nach dem Apothekerkammergesetz 2001 (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Disziplinarrat der Österreichischen Apothekerkammer; weitere Partei: Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz), den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird gemäß Art. 267 AEUV folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Sind die Art. 87 Abs. 3 und 90 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel in der Fassung der Richtlinie 2004/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 dahingehend auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, die Preiswerbung für Arzneimittel verbietet?

Begründung:

- 1 I. Diese Frage stellt sich im Zusammenhang mit der Überprüfung eines Disziplinarerkenntnisses des Disziplinarrates der Österreichischen Apothekerkammer. Vom vorlegenden Gericht ist u.a. zu überprüfen, ob eine innerstaatliche Vorschrift, die Preiswerbung verbietet, mit dem Unionsrecht vereinbar ist.





2 **II. Sachverhalt:**

3 1. Der Revisionswerber ist persönlich haftender Gesellschafter einer OG und
Konzessionsinhaber einer Apotheke in C. Die OG ist in die Liste der in
Österreich registrierten Versandapotheken eingetragen und betreibt unter einer
näher bezeichneten domain eine Versandapotheke. In einem bestimmten
Zeitraum wurden im Webshop dieser Apotheke bestimmte, nicht
verschreibungspflichtige Arzneimittel mit „Stattpreisen“ beworben, dh. unter
Angabe eines durchgestrichenen sowie eines gegenüber dem durchgestrichenen
reduzierten Preises.

4 2. Mit Disziplinarerkenntnis der belangten Behörde vom 27. Februar 2020
wurde der Revisionswerber schuldig erkannt, u.a. ein Disziplinarvergehen nach
§ 39 Abs. 1 Z 2 Apothekerkammergesetz 2001 begangen zu haben, weil er
zumindest vom 19. Dezember 2018 bis zum 26. Februar 2020 entgegen § 18
Abs. 3 Z 5 der Berufsordnung in dem unter einer näher bezeichneten
Internetadresse betriebenen Webshop die namentlich angeführten Arzneimittel
mit Stattpreisen beworben habe.

5 3.1. Die vom Revisionswerber gegen dieses Disziplinarerkenntnis erhobene
Beschwerde wurde mit dem angefochtenen Erkenntnis des
Verwaltungsgerichtes Wien (Verwaltungsgericht) nach Durchführung einer
mündlichen Verhandlung u.a. hinsichtlich des angeführten Spruchpunktes als
unbegründet abgewiesen. Weiters setzte das Verwaltungsgericht die über den
Revisionswerber verhängte Geldstrafe herab, bestätigte die im
Disziplinarerkenntnis festgesetzten Kosten des Disziplinarverfahrens und
erklärte eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach
Art. 133 Abs. 4 B-VG für unzulässig.

6 3.2. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich nunmehr die außerordentliche
Revision an das vorlegende Gericht.

7 3.3. Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der durch das Verwaltungsgericht zu
diesem Spruchpunkt erfolgten Verurteilung hängt davon ab, ob die Regelung
des § 18 Abs. 3 Z 5 der Berufsordnung mit dem Unionsrecht
(Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom



6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel) im Einklang steht.

8 **III. Rechtslage**

9 III.1. Unionsrecht:

10 Die Art. 86 bis 90 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (im Folgenden: Richtlinie 2001/83/EG) in der Fassung der Richtlinie 2004/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 enthalten allgemeine Grundsätze für die Arzneimittelwerbung (Art. 86 und 87) sowie Vorschriften für Öffentlichkeitswerbung (Art. 88 bis 90) und lauten wie folgt:

„TITEL VIII

WERBUNG

Artikel 86

(1) Im Sinne dieses Titels gelten als ‚Werbung für Arzneimittel‘ alle Maßnahmen zur Information, zur Marktuntersuchung und zur Schaffung von Anreizen mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern; sie umfasst insbesondere:

- die Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel,
- die Arzneimittelwerbung bei Personen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln befugt sind,
- den Besuch von Arzneimittelvertretern bei Personen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln befugt sind,
- die Lieferung von Arzneimittelmustern,
- Anreize zur Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln durch das Gewähren, Anbieten oder Versprechen von finanziellen oder materiellen Vorteilen, sofern diese nicht von geringem Wert sind,
- das Sponsern von Verkaufsförderungstagungen, an denen Personen teilnehmen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln befugt sind,
- das Sponsern wissenschaftlicher Kongresse, an denen Personen teilnehmen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln



befugt sind, insbesondere die Übernahme der Reise- und Aufenthaltskosten dieser Personen.

(2) Dieser Titel betrifft nicht

- die Etikettierung und die Packungsbeilage, die den Bestimmungen des Titels V unterliegen,
- den Schriftwechsel und gegebenenfalls alle Unterlagen, die nicht Werbezwecken dienen und die zur Beantwortung einer konkreten Anfrage über ein bestimmtes Arzneimittel erforderlich sind,
- die konkreten Angaben und die Unterlagen, die beispielsweise Änderungen der Verpackung, Warnungen vor unerwünschten Nebenwirkungen im Rahmen der Arzneimittelüberwachung sowie Verkaufskataloge und Preislisten betreffen, sofern diese keine Angaben über das Arzneimittel enthalten,
- Informationen über die Gesundheit oder Krankheiten des Menschen, sofern darin nicht, auch nicht in indirekter Weise, auf ein Arzneimittel Bezug genommen wird.

Artikel 87

(1) Die Mitgliedstaaten untersagen die Werbung für ein Arzneimittel, für dessen Inverkehrbringen keine Genehmigung nach den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft erteilt worden ist.

(2) Alle Elemente der Arzneimittelwerbung müssen mit den Angaben in der Zusammenfassung der Merkmale des Arzneimittels vereinbar sein.

(3) Die Arzneimittelwerbung

- muss einen zweckmäßigen Einsatz des Arzneimittels fördern, indem sie seine Eigenschaften objektiv und ohne Übertreibung darstellt;
- darf nicht irreführend sein.

Artikel 88

(1) Die Mitgliedstaaten verbieten die Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel, die

- a) gemäß Titel VI nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden dürfen,
- b) psychotrope Substanzen oder Suchtstoffe im Sinne internationaler Übereinkommen, wie die Übereinkommen der Vereinten Nationen von 1961 und 1971, enthalten.

(2) Für Arzneimittel, die nach ihrer Zusammensetzung und Zweckbestimmung so beschaffen und konzipiert sind, dass sie ohne Tätigwerden eines Arztes für die Diagnose, Verschreibung oder Überwachung der Behandlung,



erforderlichenfalls nach Beratung durch den Apotheker, verwendet werden können, kann Öffentlichkeitswerbung erfolgen.

(3) Die Mitgliedstaaten sind berechtigt, in ihrem Gebiet die Öffentlichkeitswerbung für erstattungsfähige Arzneimittel zu untersagen.

(4) Das Verbot nach Absatz 1 gilt nicht für die von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten genehmigten Impfkampagnen der Industrie.

(5) Das Verbot nach Absatz 1 gilt unbeschadet des Artikels 14 der Richtlinie 89/552/EWG.

(6) Die Mitgliedstaaten untersagen die direkte Abgabe von Arzneimitteln an die Öffentlichkeit durch die Industrie zum Zwecke der Verkaufsförderung.

TITEL VIIIa

INFORMATION UND WERBUNG

Artikel 88a

Die Kommission legt innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten der Richtlinie 2004/726/EG dem Europäischen Parlament und dem Rat nach Konsultation der Patienten- und Verbraucherorganisationen, der Ärzte- und Apothekerorganisationen sowie der Mitgliedstaaten und der anderen beteiligten Parteien einen Bericht über die gegenwärtigen Praktiken im Informationsbereich vor, insbesondere über Informationen, die durch das Internet verbreitet werden, sowie über die Gefahren und Vorteile dieser Praktiken für die Patienten.

Nach der Prüfung dieser Daten arbeitet die Kommission gegebenenfalls Vorschläge für eine Informationsstrategie aus, durch die eine hochwertige, objektive, zuverlässige und werbungsfreie Information über Arzneimittel und andere Behandlungsmethoden sichergestellt werden soll, und befasst sich dabei auch mit der Frage der Haftung der Informationsquelle.

Artikel 89

(1) Unbeschadet des Artikels 88 muss jede Öffentlichkeitswerbung für ein Arzneimittel

- a) so gestaltet sein, dass der Werbecharakter der Mitteilung deutlich zum Ausdruck kommt und das Produkt klar als Arzneimittel dargestellt wird;
- b) mindestens folgende Angaben enthalten:
 - den Namen des Arzneimittels sowie die gebräuchliche Bezeichnung, wenn das Arzneimittel nur einen Wirkstoff enthält;
 - die für eine sinnvolle Verwendung des Arzneimittels unerlässlichen Informationen;



- eine ausdrückliche und gut erkennbare Aufforderung je nach Fall, die Hinweise auf der Packungsbeilage oder auf der äußeren Verpackung aufmerksam zu lesen.

(2) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die Öffentlichkeitswerbung für ein Arzneimittel abweichend von Absatz 1 nur den Namen des Arzneimittels oder gegebenenfalls seinen internationalen Freinamen oder das Warenzeichen enthalten muss, wenn ihr Zweck ausschließlich darin besteht, an diesen bzw. dieses zu erinnern.

Artikel 90

Die Öffentlichkeitswerbung für ein Arzneimittel darf keine Elemente enthalten, die

- a) eine ärztliche Untersuchung oder einen chirurgischen Eingriff als überflüssig erscheinen lassen, insbesondere dadurch, dass sie eine Diagnose anbieten oder eine Behandlung auf dem Korrespondenzwege empfehlen;
- b) nahe legen, dass die Wirkung des Arzneimittels ohne Nebenwirkungen garantiert wird oder einer anderen Behandlung oder einem anderen Arzneimittel entspricht oder überlegen ist;
- c) nahe legen, dass die normale gute Gesundheit des Patienten durch die Verwendung des Arzneimittels verbessert werden könnte;
- d) nahe legen, dass die normale gute Gesundheit des Patienten im Falle der Nichtverwendung des Arzneimittels beeinträchtigt werden könnte; dieses Verbot gilt nicht für Impfkampagnen im Sinne von Artikel 88 Absatz 4;
- e) ausschließlich oder hauptsächlich für Kinder gelten;
- f) sich auf eine Empfehlung von Wissenschaftlern, von im Gesundheitswesen tätigen Personen oder von Personen beziehen, die weder Wissenschaftler noch im Gesundheitswesen tätige Personen sind, die aber aufgrund ihrer Bekanntheit zum Arzneimittelverbrauch anregen können;
- g) das Arzneimittel einem Lebensmittel, einem kosmetischen Mittel oder anderen Gebrauchsgütern gleichsetzen;
- h) nahe legen, die Sicherheit oder Wirksamkeit des Arzneimittels sei darauf zurückzuführen, dass es sich um ein Naturprodukt handle;
- i) durch eine ausführliche Beschreibung oder Darstellung der Anamnese zu einer falschen Selbstdiagnose verleiten könnten;
- j) sich in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise auf Genesungsbescheinigungen beziehen;



k) in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise bildliche Darstellungen der Veränderungen des menschlichen Körpers aufgrund von Krankheiten oder Schädigungen oder der Wirkung eines Arzneimittels im menschlichen Körper oder in Körperteilen verwenden.“

11 III.2. Innerstaatliches Recht

12 III.2.1. § 39 Abs. 1 Z 2 des Apothekerkammergesetzes 2001,
BGBI. I Nr. 111/2001, lautet:

„Disziplinarverfahren

Disziplinarvergehen

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

1. [...]
2. Berufspflichten verletzen, zu deren Einhaltung sie nach diesem Bundesgesetz oder nach anderen Vorschriften verpflichtet sind.

(2) [...].“

13 III.2.2. Die §§ 50 bis 53 des Arzneimittelgesetzes - AMG, BGBI. Nr. 185/1983
idF BGBI. I Nr. 153/2005, BGBI. I Nr. 110/2012 und BGBI. I Nr. 48/2013
lauten:

„Werbebeschränkungen

Allgemeine Bestimmungen

§ 50. (1) Als ‚Werbung für Arzneimittel‘ gelten alle Maßnahmen zur Information, zur Marktuntersuchung und Marktbearbeitung und zur Schaffung von Anreizen mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern. Sie umfasst insbesondere:

1. die Arzneimittelwerbung, die für Verbraucher bestimmt ist (Laienwerbung),

[...].

§ 50a. (1) Werbung für Arzneimittel darf nur für

1. zugelassene Arzneyspezialitäten,
2. registrierte traditionelle pflanzliche und registrierte apothekeneigene Arzneyspezialitäten,
3. registrierte homöopathische Arzneyspezialitäten,



4. Arzneyspezialitäten, für die eine Genehmigung zum Vertrieb im Parallelimport erteilt wurde, und
5. Arzneyspezialitäten gemäß § 7 Abs. 2 betrieben werden.

(2) Werbung für registrierte homöopathische Arzneyspezialitäten darf nur Angaben enthalten, die in § 17a angeführt sind.

(3) Werbung für Arzneimittel muss die Eigenschaften der Arzneyspezialität objektiv und ohne Übertreibung darstellen und darf weder Aussagen noch bildliche Darstellungen enthalten, die

1. dem Arzneimittel eine über seine tatsächliche Wirkung hinausgehende Wirkung beilegen,
2. fälschlich den Eindruck erwecken, dass ein Erfolg regelmäßig erwartet werden kann, oder
3. nicht mit Kennzeichnung, Gebrauchs- oder Fachinformation (Zusammenfassung der Produkteigenschaften - SmPC) vereinbar sind.

(4) Laienwerbung darf keine Aussagen enthalten, die über die Kennzeichnung, Gebrauchs- oder Fachinformation (Zusammenfassung der Produkteigenschaften - SmPC) hinausgehen. Fachwerbung darf Aussagen enthalten, die die Aussagen in Kennzeichnung, Gebrauchs- oder Fachinformation (Zusammenfassung der Produkteigenschaften - SmPC) ergänzen, wenn sie mit diesen Aussagen nicht in Widerspruch stehen, sondern diese Aussagen bestätigen oder in einem mit ihnen zu vereinbarenden Sinn präzisieren, ohne sie zu verfälschen.

§ 50b. (1) Die §§ 50a und 51 bis 56 gelten nicht für Arzneyspezialitäten im Sinne des § 7 Abs. 4.

(2) § 50a Abs. 1 gilt nicht für Fachwerbung im Sinne des § 54 im Rahmen von wissenschaftlichen Veranstaltungen, deren Teilnehmer überwiegend aus dem Ausland kommen.

Laienwerbung

§ 51. (1) Laienwerbung darf nicht für

1. Arzneyspezialitäten, die der Rezeptpflicht unterliegen,
2. Arzneyspezialitäten, die nicht der Rezeptpflicht unterliegen, deren Name aber das gleiche Phantasiewort oder den gleichen wissenschaftlich üblichen Ausdruck wie der Name eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels enthält, und



3. registrierte homöopathische Arzneispezialitäten,
betrieben werden.

(2) Das Verbot nach Abs. 1 Z 1 gilt nicht für von Gebietskörperschaften durchgeführte oder unterstützte Impfkampagnen.

§ 52. (1) Laienwerbung muss so gestaltet sein, dass der Werbecharakter deutlich zum Ausdruck kommt und das Produkt eindeutig als Arzneimittel dargestellt wird. Werbung und redaktionelle Beiträge sind deutlich zu trennen.

(2) Laienwerbung hat, sofern in Abs. 4 nichts anderes bestimmt ist, zumindest folgende Angaben zu enthalten:

1. den Namen der Arzneispezialität und die wissenschaftlich übliche Bezeichnung des Wirkstoffes, sofern das Arzneimittel nur einen Wirkstoff enthält,
2. die für die sinnvolle Anwendung der Arzneispezialität unerlässlichen Informationen und
3. einen deutlich wahrnehmbaren Hinweis darauf, dass Arzneimittel neben Wirkungen auch unerwünschte Wirkungen hervorrufen können und daher die Gebrauchsinformation genau zu beachten oder der Rat eines Arztes oder Apothekers einzuholen ist. Erfolgt die Werbung über akustische oder audiovisuelle Medien, so muss dieser Hinweis akustisch deutlich wahrnehmbar sein.

(3) Laienwerbung für traditionelle pflanzliche Arzneispezialitäten hat zusätzlich zu Abs. 2 den schriftlichen Hinweis zu enthalten, dass es sich um eine traditionelle pflanzliche Arzneispezialität zur Verwendung für ein bestimmtes Anwendungsgebiet oder bestimmte Anwendungsgebiete ausschließlich auf Grund langjähriger Verwendung handelt.

(4) Laienwerbung muss nicht den Anforderungen des Abs. 2 entsprechen, wenn die Werbung ausschließlich aus dem Namen einer Arzneispezialität (Erinnerungswerbung) besteht, es sei denn, es handelt sich um Werbung für Arzneispezialitäten, die der sportlichen Leistungssteigerung dienen. Der Hinweis gemäß Abs. 2 Z 3 ist aufzunehmen, sofern die Erinnerungswerbung über Plakate, Inserate oder akustische oder audiovisuelle Medien erfolgt.

§ 53. (1) Laienwerbung darf keine Elemente enthalten, die

1. bildliche Darstellungen im Zusammenhang mit Angehörigen der Heilberufe oder Einrichtungen des Gesundheitswesens aufweisen,
2. eine ärztliche Untersuchung oder einen chirurgischen Eingriff als überflüssig erscheinen lassen, insbesondere dadurch, dass sie eine Diagnose anbieten oder eine Behandlung auf dem Korrespondenzweg empfehlen,



3. nahelegen, dass die Wirkung des Arzneimittels ohne Nebenwirkungen garantiert wird oder einer anderen Behandlung oder einem anderen Arzneimittel entspricht oder überlegen ist,
4. nahelegen, dass die normale gute Gesundheit des Patienten durch die Anwendung des Arzneimittels verbessert werden könnte,
5. nahelegen, dass die normale gute Gesundheit des Patienten im Falle der Nichtanwendung des Arzneimittels beeinträchtigt werden könnte,
6. ausschließlich oder hauptsächlich für Kinder bestimmt sind,
7. sich auf eine Empfehlung von Wissenschaftlern, im Gesundheitswesen tätigen Personen oder Personen beziehen, die auf Grund ihrer Bekanntheit zum Arzneimittelverbrauch anregen könnten,
8. das Arzneimittel einem Lebensmittel, einem kosmetischen Mittel oder anderen Gebrauchsgütern gleichsetzen,
9. nahelegen, die Sicherheit oder Wirksamkeit des Arzneimittels sei darauf zurückzuführen, dass es sich um ein „Naturprodukt“ handle,
10. durch eine ausführliche Beschreibung oder Darstellung der Anamnese zu einer falschen Selbstdiagnose verleiten könnten,
11. sich in missbräuchlicher, besorgniserregender oder irreführender Weise auf Genesungsbescheinigungen beziehen,
12. in missbräuchlicher, besorgniserregender oder irreführender Weise bildliche Darstellungen der Veränderungen des menschlichen oder tierischen Körpers aufgrund von Krankheiten oder Schädigungen oder der Wirkung eines Arzneimittels im menschlichen Körper oder in Körperteilen verwenden,
13. darauf hinwirken, rezeptpflichtige Arzneimittel im Fernabsatz zu beziehen.

(2) Laienwerbung darf einen Hinweis auf die Zulassung oder Registrierung enthalten, sofern dabei ausschließlich auf die Tatsache der Zulassung oder Registrierung Bezug genommen wird und ein solcher Hinweis nicht dazu geeignet ist, bei Verbrauchern eine falsche Vorstellung im Hinblick auf Sicherheit und Wirksamkeit der betreffenden Arzneyspezialität hervorzurufen.

(3) Die Abgabe von Mustern oder Proben von Arzneimitteln oder von Gutscheinen dafür ist unzulässig. Ebenso ist die Durchführung von Gewinnspielen unzulässig, sofern diese in einem Zusammenhang mit der Abgabe von Arzneimitteln stehen.“





- 14 III.2.3. § 25 Apothekerkammergesetz 2001, BGBl. I Nr. 111/2001, lautet auszugsweise:

„Berufsordnung

§ 25. Die Delegiertenversammlung erlässt Richtlinien zur Ausübung des Apothekerberufes (Berufsordnung). Die Berufsordnung hat insbesondere Bestimmungen über

1. [...]
2. die Unzulässigkeit von Tätigkeiten, die mit der beruflichen Tätigkeit eines Apothekers oder mit der Ehre und dem Ansehen der Apothekerschaft unvereinbar sind,

[...]

zu enthalten.“

- 15 III.2.4. Die relevanten Bestimmungen der gemäß § 25 Apothekerkammergesetz 2001 von der Delegiertenversammlung am 2. Dezember 2008 beschlossenen Berufsordnung in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung der Beschlüsse der Delegiertenversammlung vom 11. Juni 2012 und vom 30. November 2016 lauteten:

„Unzulässige Werbung

§ 18. (1) Unzulässig ist jede gegen allgemeines Werberecht verstoßende Werbung, insbesondere Werbung, die

1. den Werbebeschränkungen des Arzneimittelgesetzes, des Medizinproduktegesetzes, des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes, des Chemikaliengesetzes u.a. nicht entspricht,
2. nach Inhalt oder Aufmachung als marktschreierisch oder aufdringlich dem § 1 Abs. 6 ABO 2005 widerspricht oder
3. unlauteren Wettbewerb darstellt.

(2) [...]

(3) Unzulässig ist außerdem

1. [...]

[...]

5. Preiswerbung für Arzneimittel unbeschadet der Preisauszeichnung,

[...]



§ 19 (1) Werbung erfolgt

1. im Schaufenster, mittels Anzeigen in Druckschriften und auf der Apotheken-Homepage;

[...].“

Die Erläuterungen zur zitierten Fassung der Berufsordnung lauten auszugsweise wie folgt:

„Die Werbebeschränkungen der Berufsordnung verfolgen insbesondere die Zielsetzung, das berufliche Verantwortungsgefühl der Apotheker bei der Erfüllung ihrer Aufgaben und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität des Berufsstandes zu stärken, und dem Mehrverbrauch oder Fehlgebrauch von Arzneimitteln entgegen zu wirken. Die Bevölkerung darf darauf vertrauen, dass Apotheker sich nicht vom Gewinnstreben beherrschen lassen, sondern ihre Verantwortung im Rahmen der Gesundheitsberufe wahrnehmen.“

16 **IV. Vorlageberechtigung und Problemstellung:**

17 Der Verwaltungsgerichtshof ist ein Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechtes angefochten werden können. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes über die vorliegende Revision ist von der Antwort auf die im vorliegenden Ersuchen um Vorabentscheidung formulierte und im Folgenden näher erörterte Frage zur Auslegung des Unionsrechts abhängig.

18 Mit dem eingangs wiedergegebenen Spruchpunkt wurde dem Revisionswerber vorgeworfen, die namentlich genannten, nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel (z.B. Hustensäfte, Augentropfen, Schmerzmittel) in einem Webshop mit „Stattpreisen“ beworben zu haben. Dies widerspreche § 18 Abs. 3 Z 5 Berufsordnung, der Preiswerbung für Arzneimittel unbeschadet der Preisauszeichnung verbietet.

19 Der Revisionswerber bringt im Verfahren vor dem vorlegenden Gericht u.a. vor, diese Regelung der Berufsordnung verstoße gegen die Richtlinie 2001/83/EG, weil sie ein Verbot normiere, das in Art. 90 der Richtlinie 2001/83/EG nicht enthalten sei. Ihm werde untersagt, Preiswerbung für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel durchzuführen, obwohl sich seine Versandapotheke an Kunden in der gesamten EU richte. Das



österreichische Werbeverbot stelle ein Hindernis für den Handel mit rezeptfreien Arzneimitteln dar.

- 20 Zunächst ist festzuhalten, dass das vorlegende Gericht die Regelung der Berufsordnung als „Bestimmung über die Verkaufsmodalität“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH qualifiziert, sodass § 18 Abs. 3 Z 5 der Berufsordnung nicht anhand des Art. 34 AEUV zu prüfen ist (vgl. dazu EuGH 15.7.2021, *DocMorris*, C-190/20, Rn. 34 ff unter Verweis auf frühere Rechtsprechung des EuGH).
- 21 Nach Ansicht des vorlegenden Gerichtes ist hinsichtlich der vom Revisionswerber getätigten Werbung die Richtlinie 2001/83/EG maßgeblich, weil er jeweils für ganz bestimmte, nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel geworben hat. Insofern unterscheidet sich der hier vorliegende Sachverhalt von jenen, die der EuGH in den Verfahren *A* (EuGH 1.10.2020, C-649/18) sowie *DocMorris* (EuGH 15.7.2021, C-190/20) zu entscheiden hatte, weil dort Werbung für Dienstleistungen des Online-Verkaufs von Arzneimitteln bzw. eine Werbeaktion in Form eines Gewinnspiels durchgeführt wurde, mithin die Werbungen dort anders gestaltet waren und jeweils gerade nicht - wie hier - bestimmte Arzneimittel betrafen. Aus diesem Grund geht das vorlegende Gericht auch davon aus, dass die Information über den Preis als „Werbung“ im Sinne der Richtlinie 2001/83/EG zu qualifizieren ist.
- 22 **V. Erläuterung der Vorlagefrage:**
- 23 Nach dem Erwägungsgrund 45 der Richtlinie 2001/83/EG könnte sich Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel, die ohne ärztliche Verschreibung abgegeben werden können, auf die öffentliche Gesundheit auswirken, wenn sie übertrieben und unvernünftig ist. Die Werbung muss, wenn sie erlaubt wird, bestimmten Anforderungen genügen, die festgelegt werden müssen.
- 24 Die Regelungen dieser Richtlinie zur Öffentlichkeitswerbung stellen sich nun wie folgt dar: Gemäß Art. 88 Abs. 2 der Richtlinie 2001/83/EG kann für Arzneimittel, die nach ihrer Zusammensetzung und Zweckbestimmung so beschaffen und konzipiert sind, dass sie ohne Tätigwerden eines Arztes für Diagnose, Verschreibung oder Überwachung der Behandlung,



erforderlichenfalls nach Beratung durch den Apotheker, verwendet werden können, Öffentlichkeitswerbung erfolgen.

- 25 Da der Revisionswerber in seinem Webshop bestimmte, nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel beworben hat und nicht unterschiedslos Werbung für das gesamte Sortiment an Arzneimitteln betrieben wurde, fallen diese Werbemaßnahmen gemäß Art. 86 Abs. 1 erster Gedankenstrich in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2001/83/EG. Öffentlichkeitswerbung ist nach der Richtlinie 2001/83/EG für nicht verschreibungspflichtige Medikamente zulässig.
- 26 Die Richtlinie 2001/83/EG regelt in ihrem Art. 88, für welche Arzneimittel die Mitgliedstaaten Öffentlichkeitswerbung verbieten, nämlich jene, die nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden und für psychotrope Substanzen und näher bestimmte Suchtstoffe. Untersagt werden darf lediglich die Werbung für erstattungsfähige Arzneimittel (Art. 88 Abs. 3). Die im Webshop beworbenen nicht verschreibungspflichtigen Medikamente zählen daher nicht zu jenen Medikamenten, für die Öffentlichkeitswerbung verboten oder untersagt werden darf.
- 27 Die nähere Ausgestaltung der Werbung ist in Art. 89 geregelt, jene Elemente, die eine Öffentlichkeitswerbung nicht enthalten darf, sind in Art. 90 geregelt. Weiters untersagen die Mitgliedstaaten Werbung für ein Arzneimittel, für dessen Inverkehrbringen keine Genehmigung nach den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft erteilt worden ist (Art. 87 Abs. 1). Die Arzneimittelwerbung muss dabei einen zweckmäßigen Einsatz des Arzneimittels fördern, indem sie seine Eigenschaften objektiv und ohne Übertretung darstellt und darf nicht irreführend sein (Art. 87 Abs. 3).
- 28 Der EuGH hat bereits ausgesprochen, dass mit der Richtlinie 2001/83/EG eine vollständige Harmonisierung des Bereichs der Arzneimittelwerbung erfolgt ist, wobei die Fälle, in denen die Mitgliedstaaten befugt sind, von den in dieser Richtlinie getroffenen Regelungen abweichende Bestimmungen zu erlassen, ausdrücklich aufgeführt sind (vgl. EuGH 8.11.2007, C-374/05, *Gintec International Import-Export GmbH*, Rn. 39).



- 29 In einem Bereich, der auf Unionsebene abschließend harmonisiert wurde, ist jede nationale Regelung anhand der fraglichen Harmonisierungsmaßnahme und nicht anhand des Primärrechts zu beurteilen (vgl. VwGH 31.3.2016, 2013/07/0214, sowie EuGH 11.12. 2003, C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, Rn. 64).
- 30 Nach Art. 86 Abs. 1 RL Gemeinschaftskodex gelten als Werbung für Arzneimittel „alle Maßnahmen zur [...] Schaffung von Anreizen mit dem Ziel, [...] den Verkauf [...] von Arzneimitteln zu fördern“. In den (hier relevanten) Art. 86 bis 90 dieser Richtlinie findet sich kein explizites Verbot einer Preiswerbung bzw. eine ausdrückliche Ermächtigung der Mitgliedstaaten, ein solches für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel vorzusehen.
- 31 Ein solches Verbot der Preiswerbung für Arzneimittel könnte jedoch nach Ansicht des vorlegenden Gerichts mit dem Gesichtspunkt der Förderung des zweckmäßigen Einsatzes eines Arzneimittels iSd Art. 87 Abs. 3 erster Teilstrich der Richtlinie 2001/83/EG gerechtfertigt werden. Aus dem 45. Erwägungsgrund ergibt sich, dass Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel, die ohne ärztliche Verschreibung abgegeben werden können, sich auf die öffentliche Gesundheit auswirken könnte, wenn sie übertrieben und unvernünftig ist. Diesbezüglich ist zu erwarten, dass Werbung Verbraucher aufgrund des Hinweises auf einen besonders günstigen Preis oder mit dem Hinweis auf einen „Stattpreis“ dazu verleiten kann, mehr Arzneimittel zu kaufen, als zweckmäßig bzw. vernünftig ist.
- 32 Der EuGH hat in diesem Zusammenhang bereits zu Arzneimittelwerbung in Form von Auslosungen festgehalten, dass eine solche Werbung angesichts der im 45. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/83/EG angeführten Notwendigkeit, übertriebene und unvernünftige Werbung, die sich auf die öffentliche Gesundheit auswirken könnte, zu verhindern, kaum hinnehmbar ist (vgl. EuGH, *Gintec*, Rn. 55). Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83/EG wiederholt diese Notwendigkeit, wenn er fordert, dass die Werbung für Arzneimittel deren zweckmäßigen Einsatz fördert (vgl. dazu auch die Schlussanträge von Generalanwalt Szpunar vom 9.12.2021 und 9.6.2022 in der Rs C-530/20, *Euro aptieka*).



- 33 Festgehalten wird, dass § 18 Abs. 3 Z 5 der Berufsordnung kein generelles Verbot von Online-Werbung vorsieht, sondern ein (nicht auf Online-Werbung beschränktes) Preiswerbungsverbot für Arzneimittel generell. Nach den Erläuterungen zur Berufsordnung dienen die Werbebeschränkungen des § 18 insbesondere auch dem Ziel, dem Mehrverbrauch oder Fehlgebrauch von Arzneimitteln entgegen zu wirken.
- 34 Der Revisionswerber hat nun - anders als in den den Verfahren vor dem EuGH zugrundeliegenden Sachverhalten - nicht mit Preisnachlässen auf den Gesamtpreis geworben, sondern mit Stattpreisen für ganz bestimmte, nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel. Ob die Richtlinie 2001/83/EG einem solchen Preiswerbungsverbot entgegensteht, ist für das vorlegende Gericht - auch vor dem Hintergrund des Urteiles des EuGH vom 19. Oktober 2016, *Deutsche Parkinson Vereinigung e.V.*, C-148/15, wonach Preiswettbewerb den Patienten Vorteile bringen könnte, - nicht ohne weiteres beantwortbar.
- 35 Da die richtige Anwendung des Unionsrechts nicht als derart offenkundig erscheint, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt (vgl. hierzu EuGH 6.10.1982, Rs. 283/81, *Srl. C.I.L.F.I.T. u.a.*), wird die eingangs formulierte Vorlagefrage gemäß Art. 267 AEUV mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vorgelegt.
- 36 Der Verwaltungsgerichtshof ersucht gemäß Art. 95 der Verfahrensordnung des EuGH, den Namen des revisionswerbenden Disziplinarbeschuldigten zu anonymisieren.

W i e n , am 10. Juni 2022