



## **IM NAMEN DER REPUBLIK!**

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 Löffler, LL.M., 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),

### **I. zu Recht erkannt:**

1. Die Revision wird hinsichtlich des Spruchpunktes I. des angefochtenen Erkenntnisses im Umfang der Bestätigung des Spruchpunktes A./ des Disziplinarerkenntnisses des Disziplinarrates der Österreichischen Apothekerkammer vom 27. Februar 2020 als unbegründet abgewiesen.
2. Das angefochtene Erkenntnis wird in seinem Spruchpunkt I. im Umfang der Bestätigung des Spruchpunktes C./ des Disziplinarerkenntnisses des Disziplinarrates der Österreichischen Apothekerkammer vom 27. Februar 2020 hinsichtlich des Vorwurfes der Gestaltung des Onlineshops dahingehend abgeändert, dass dieser Spruchpunkt I. des Erkenntnisses in diesem Umfang zu lauten hat wie folgt:

Der Beschuldigte wird von dem gegen ihn erhobenen Vorwurf, er habe entgegen § 18 Abs. 3 Z 6 der Berufsordnung durch die Gestaltung des Onlineshops die dort angebotenen Kosmetik- und Drogerieprodukte sowie Nahrungsergänzungsmittel mit zum Teil erheblichen Preisnachlässen beworben und er habe dadurch ein Disziplinarvergehen nach § 39 Abs. 1 Apothekerkammergesetz 2001 begangen, gemäß § 54 Abs. 1 Apothekerkammergesetz 2001 freigesprochen.





3. Das angefochtene Erkenntnis wird im Umfang seiner Spruchpunkte III. und IV. (Aussprüche über die Strafe und Kosten) wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Die Österreichische Apothekerkammer hat der revisionswerbenden Partei Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **II. den Beschluss gefasst:**

Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

### **Entscheidungsgründe:**

- 1 I. 1. Mit Disziplinarerkenntnis der belangten Behörde vom 27. Februar 2020 wurde der Revisionswerber schuldig erkannt, Disziplinarvergehen nach § 39 Abs. 1 Z 2 Apothekerkammergesetz 2001 begangen zu haben, weil er
- A./ zumindest vom 19.12.2018 bis zum 26.2.2020 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,
- B./ zumindest am 1.7.2019 zwischen 16:45 Uhr und 17:00 Uhr entgegen § 19 Abs. 1 der Berufsordnung in einem Radiospot in einem dem Namen nach genannten Sender den Onlineshop unter dem Slogan „[...] - Österreichs Online - Apotheke Nr. 1 Preisnachlässe bis 60%“ beworben habe,
- C./ entgegen § 18 Abs. 3 Z 6 der Berufsordnung durch diesen Radiospot und der Gestaltung des Onlineshops die dort angebotenen Kosmetik- und Drogerieprodukte sowie Nahrungsergänzungsmittel mit zum Teil erheblichen Preisnachlässen beworben habe und
- D./ durch die zu B./ beschriebene Handlung als auch durch die Gestaltung des Onlineshops „entgegen § 1 Abs. 6 ABO 2005 iVm. § 18 Abs. 1 Z 2 Berufsordnung, nämlich nicht marktschreierisch aufzutreten oder zu werben, verstoßen“ habe. Über den Revisionswerber wurde gemäß § 41 Abs. 1 Z 2 Apothekerkammergesetz 2001 die Disziplinarstrafe der Geldstrafe in Höhe



des achtfachen Betrages der Gehaltskassenumlage, die für einen im Volldienst angestellten Apotheker aufgrund der Bestimmungen des Gehaltskassengesetzes zu leisten sei, verhängt. Weiters wurde er gemäß § 54 Abs. 3 leg. cit. verpflichtet, die mit einem Pauschalbetrag von € 1.000,-- festgesetzten Kosten des Disziplinarverfahrens zu tragen.

- 2 2.1. Die vom Revisionswerber gegen dieses Disziplinarerkenntnis erhobene Beschwerde wurde mit dem angefochtenen Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien (Verwaltungsgericht) nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung hinsichtlich der Spruchpunkte A./, B./ und C./ als unbegründet abgewiesen (Spruchpunkt I. des Erkenntnisses); hinsichtlich des Spruchpunktes D./ wurde der Beschwerde Folge gegeben und der Revisionswerber in diesem Punkt nach § 54 Abs. 1 Apothekerkammergesetz 2001 freigesprochen (Spruchpunkt II. des Erkenntnisses). Weiters setzte das Verwaltungsgericht die über den Revisionswerber verhängte Geldstrafe auf die Höhe des sechsfachen Betrages der Gehaltskassenumlage, die für einen im Volldienst angestellten Apotheker aufgrund der Bestimmungen des Gehaltskassengesetzes zu leisten sei, herab, bestätigte die im Disziplinarerkenntnis nach § 54 Abs. 3 Apothekerkammergesetz 2001 festgesetzten Kosten des Disziplinarverfahrens und erklärte eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG für unzulässig (Spruchpunkte III. und IV. des Erkenntnisses).
- 3 2.2. Das Verwaltungsgericht stellte u.a. fest, der Revisionswerber sei persönlich haftender Gesellschafter einer näher bezeichneten OG, die in der Liste der in Österreich registrierten Versandapotheken eingetragen sei und unter einer näher genannten Domain eine Versandapotheke betreibe, in deren Impressum die OG als Verkäuferin aufscheine. Weiters traf das Verwaltungsgericht Feststellungen zur Bewerbung von Arzneimitteln im Webshop der OG mit Stattpreisen, zum Werbespot, zur Gestaltung des Webshops im Bereich des Nebensortiments, der Preisnachlässe für bestimmte Produkte bzw. Marken, jedoch keine generellen Preisnachlässe für das gesamte Sortiment aufweise, sowie zu früheren Verstößen des Revisionswerbers gegen die Berufsordnung und erläuterte seine Beweiswürdigung.



- 4 2.3. Nach Darlegung der Rechtsgrundlagen führte das Verwaltungsgericht rechtlich aus, für die Einhaltung der berufsrechtlichen Vorschriften sei jedenfalls der Konzessionär verantwortlich. Zu Spruchpunkt A./ des Disziplinarerkenntnisses hielt es fest, § 18 Abs. 3 Z 5 Berufsordnung enthalte die klare Norm, dass Preiswerbung für Arzneimittel unbeschadet der Preisauszeichnung unzulässig sei. Die Werbung mit „Stattpreisen“ falle unter das in der Berufsordnung klar ausgesprochene Verbot der Preiswerbung, weshalb der Tatbestand in objektiver Hinsicht als erfüllt anzusehen sei. Die Ausführungen des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) in seiner Entscheidung vom 1. Oktober 2020, C-649/18, seien „im Hinblick auf die im gegenständlichen Disziplinarverfahren geltend gemachten Verfehlungen nicht zielführend, da sie nicht den vorgeworfenen Tatanlastungen“ entsprächen. Ferner habe der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 20. März 2019, Ro 2019/09/0003, die Revision gegen ein Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark, „welches mangels Anwendungsvorranges einer unmittelbar anwendbaren Unionsrechtsbestimmung die weitere Anwendbarkeit des § 18 Apothekerkammergesetz 2001 aussprach, mangels Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zurückgewiesen“. Hinsichtlich Spruchpunkt B. verwies das Verwaltungsgericht auf § 17 Berufsordnung, wonach Radiowerbung der Gemeinschaftswerbung vorbehalten sei. Zu Spruchpunkt C. führte das Verwaltungsgericht aus, nach § 18 Abs. 3 Z 6 Berufsordnung sei Werbung mit Preisnachlässen, die nicht für bestimmte Marken erfolge, unzulässig. Mit dem Werbespot seien „über 30.000 Markenprodukte um bis zu 60% günstiger“ beworben worden. Die Preisnachlässe für das im Onlineshop angebotene Nebensortiment seien hingegen nicht in „Bausch und Bogen“ erfolgt, weil kein Preisnachlass für bestimmte Produktgruppen pauschaliert ausgelobt worden sei, sondern einzelne Produkte bestimmter Marke mit unterschiedlichen Preisnachlässen ausgepriesen worden seien. Da der Tatbestand jedoch durch die Sendung des Radiowerbespots erfüllt sei, habe hinsichtlich dieses Tatvorwurfes kein Freispruch ergehen können. Zuletzt führte das Verwaltungsgericht aus, weshalb die angelasteten Übertretungen dem Revisionswerber auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar seien, und



begründete den Freispruch des Revisionswerbers von dem mit Spruchpunkt D./angelasteten Disziplinarvergehen sowie die Strafbemessung, in deren Rahmen das Verwaltungsgericht die einschlägige disziplinarische Vorverurteilung, den raschen Rückfall und das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen als erschwerend und keinen Umstand als mildernd wertete, jedoch die Strafe infolge des Freispruches zu Spruchpunkt D./ und mangels einer „Verfehlung hinsichtlich des Onlineshops bei der Bewerbung mit Preisnachlässen“ herabsetzte.

5 3.1. Der Verfassungsgerichtshof lehnte mit Beschluss vom 22. September 2021, E 2513/2021, die Behandlung der dagegen vom Revisionswerber eingebrachten Beschwerde ab und trat diese gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG dem Verwaltungsgerichtshof ab.

6 3.2. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich nunmehr die außerordentliche Revision. Die belangte Behörde erstattete eine Revisionsbeantwortung und beantragte die kostenpflichtige Zurück- bzw. Abweisung der Revision.

7 Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

II. Die Rechtslage stellt sich dar wie folgt:

8 1. § 39 Abs. 1 Z 1 sowie § 41 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 Apothekerkammergesetz 2001, BGBl. I Nr. 111/2001, lauten:

„Disziplinarverfahren

Disziplinarvergehen

§ 39. (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) ...“



## Disziplinarstrafen

### § 41. (1) Disziplinarstrafen sind

1. [...]
2. Geldstrafen bis zur Höhe des 15fachen Betrages der Gehaltskassenumlage, die für einen im Volldienst angestellten Apotheker auf Grund der Bestimmungen des Gehaltskassengesetzes, BGBl. Nr. 254/1959, jeweils zu leisten ist,
3. [...]
6. [...]

(2) Welche dieser Strafen zu verhängen ist, ist ebenso wie die Bemessung der Strafe 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 Standesansehens 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.“

- 9 2. Die §§ 50 bis 53 des Arzneimittelgesetzes - AMG, BGBl. Nr. 185/1983 idF BGBl. I Nr. 153/2005, BGBl. I Nr. 110/2012 und BGBl. 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),
2. die Arzneimittelwerbung für Personen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln befugt sind (Fachwerbung),
3. den Besuch von Pharmareferenten bei Personen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln berechtigt sind,
4. die Abgabe von Ärztemustern,
5. Anreize zur Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln durch das Gewähren, Anbieten oder Versprechen von finanziellen oder materiellen Vorteilen,



6. das Sponsern von Verkaufsförderungsveranstaltungen, an denen Personen teilnehmen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln befugt sind,
7. die Übernahme der Reise- und Aufenthaltskosten und Teilnahmegebühren im Zusammenhang mit berufsbezogenen wissenschaftlichen Veranstaltungen für Personen, die zur Verschreibung oder zur Abgabe von Arzneimitteln befugt sind.

(2) Dieser Abschnitt betrifft nicht

1. den Schriftwechsel und gegebenenfalls alle Unterlagen, die nicht Werbezwecken dienen und die zur Beantwortung einer konkreten Anfrage über ein bestimmtes Arzneimittel erforderlich sind,
2. Verkaufskataloge und Preislisten, sofern diese keine Angaben über Arzneimittel enthalten,
3. Informationen über die Gesundheit oder Krankheiten von Mensch und Tier, sofern darin nicht, auch nicht in indirekter Weise, auf ein Arzneimittel Bezug genommen wird.

(3) Die genehmigte Fachinformation, Gebrauchsinformation und Kennzeichnung unterliegen nicht den Bestimmungen dieses Abschnitts, sofern sie zur Erfüllung der in §§ 15 Abs. 1, 16 Abs. 1, 16a Abs. 1, 17 Abs. 1 und 17a Abs. 1 genannten Verpflichtungen dienen.

§ 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 Arzneispezialitäten 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. Arzneispezialitäten, die der Rezeptpflicht unterliegen,
2. Arzneispezialitäten, 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 Arzneyspezialität 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 Arzneyspezialitäten hat zusätzlich zu Abs. 2 den schriftlichen Hinweis zu enthalten, dass es sich um eine traditionelle pflanzliche Arzneyspezialität 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 Arzneyspezialität (Erinnerungswerbung) besteht, es sei denn, es handelt sich um Werbung für Arzneyspezialitäten, 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.“

- 10 3.1. Die relevanten Bestimmungen der gemäß § 25 Apothekerkammergesetz 2001, BGBl. I Nr. 111/2001 idF BGBl. I Nr. 75/2008, 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) Unzulässig ist Werbung, die
1. nicht wahrheitsgemäß oder unsachlich ist,
  2. entstellt, irreführt oder
  3. nicht dem Stand der Wissenschaften entspricht.
- (3) Unzulässig ist außerdem
1. Werbung, die mit den Berufspflichten des Apothekers im Widerspruch steht,
  2. Werbung, die den §§ 12 bis 17 widerspricht
  3. Werbung, die eine unzulässige Tätigkeit im Sinne der §§ 21 und 22 zum Inhalt hat,
  4. Werbung, die einen Fehlgebrauch von Arzneimitteln begünstigt,
  5. Preiswerbung für Arzneimittel unbeschadet der Preisauszeichnung,
  6. Werbung mit Preisnachlässen, die nicht für bestimmte Marken erfolgt,
  7. vergleichende Werbung gegenüber Berufsangehörigen,
  8. das Vortäuschen einer bevorzugten oder besonderen Stellung der eigenen Apotheke, der eigenen Person oder Apothekenmitarbeiter,
  9. Werbung, die den Eindruck erweckt, eine Apotheke habe im üblichen Aufgabengebiet der Apotheken Alleinstellung,
  10. das unberechtigte Führen von Qualitätszertifikaten,
  11. Werbung, die den Zweck verfolgt, jemanden zu veranlassen, Dritte an die eigene Apotheke zu verweisen,
  12. die Anpreisung eines Abhol- oder Zustelldienstes, sofern nicht im Einzelfall oder generell die Genehmigung der Apothekerkammer vorliegt und
  13. die Ankündigung der Versendung von Arzneimitteln.

#### Werbemittel

#### § 19 (1) Werbung erfolgt

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



2. durch Postwurfsendungen, Zeitungsbeilagen und Kundenzeitungen ohne Anschrift nur an jene Haushalte, die der aussendenden Apotheke näher als anderen Apotheken liegen;
3. mit Werbe- und Informationsbriefen sowie Kundenzeitungen mit Anschrift nur an Empfänger, die ausdrücklich ihr Einverständnis erklärt haben;
4. nur für die jeweils nächste Apotheke mit Plakaten, Informationstafeln und Anschlägen an allgemein zugänglichen Orten, nicht jedoch in Arztordinationen oder Krankenhäusern;
5. mittels Informationsblatt innerhalb der Apotheke;
6. in oder auf Fahrzeugen für Sanitäts- und Sozialdienste als Hinweis auf die Unterstützung der Sanitäts- und Sozialdienste und
7. mit Zugaben und Zusatzdiensten sowie Gewinnspielen innerhalb der Apotheke sowie in Postwurfsendungen, Informationsbriefen und Kundenzeitungen nach den Ziffern 2 und 3, sofern wettbewerbsrechtlich zulässig.

(2) Menschliche Plakatträger, Flugzettel, Geschäftskarten oder ähnliches zur Verteilung außerhalb der Apotheke sind unzulässige Werbemittel.“

- 11 3.2. Die Erläuterungen zu dieser 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.

[...]

Zu § 18

Unzulässig ist Werbung, die den produktspezifischen Beschränkungen der in Abs. 1 Z 1 angeführten Gesetzesbestimmungen widerspricht.

Die Werbebeschränkungen des Arzneimittelgesetzes gelten in vollem Umfang auch für Apotheken. [...]

Gemäß § 59 Abs. 9 Arzneimittelgesetz ist auch Apotheken die Abgabe von Arzneimitteln im Versandhandel verboten. [...]

Die Berufsordnung verbieten in § 18 Abs. 3 Z 5 die Preiswerbung für Arzneimittel. Rabattwerbung ist in genau bestimmter Weise zulässig, nämlich



für bestimmte Marken. Damit sind einerseits Preisaktionen von Anbietern des Nebensortiments möglich. Andererseits darf eine Apotheke nicht einen Rabatt im Sinn eines Ausverkaufs oder sonst auf alle oder bestimmte Warengruppen ausloben. [...]

Um reine Preisangaben auch dann zu ermöglichen, wenn keine Verpflichtung zur Preiskennzeichnung besteht, wurde Abs. 3 Z 5 dahingehend geändert, dass das Wort ‚Preisauszeichnungspflichten‘ durch das Wort ‚Preisauszeichnung‘ ersetzt wurde. Für Arzneimittel ist daher die reine Angabe der Verkaufspreise (ohne Bewerbung von Rabatten, Angabe von Stattpreisen etc.) für Arzneimittel auch auf Werbeprospekten oder auf der Website der Apotheke zulässig.

Die Bewerbung von Arzneimitteln mit Rabatten, Aktionspreisen, Stattpreisen etc. bleibt nach der Berufsordnung unbeschadet der Werbebeschränkungen für Arzneimittel durch § 18 Abs. 3 Z 5 verboten. Unzulässig wäre z.B. auch eine Auszeichnung reduzierter Arzneimittelpreise mit dem Hinweis ‚Preise wie die Versandapotheke XY‘.

Zu § 19

Geregelt werden die durch Apotheker einsetzbaren Werbemittel. [...]

In § 19 Abs. 1 nicht genannte Werbung, wie Radio- und Fernsehwerbung, Kinowerbung oder Internet-Werbeposter, ist der Gemeinschaftswerbung vorbehalten. Die Verwendung dieser Werbemittel durch einen einzelnen Apotheker wird der Zielsetzung der Nahversorgung durch Apotheken nicht gerecht. [...]“.

- 12 4.1. 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 RL Gemeinschaftskodex) 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) 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.“

13

4.2. Die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („RL über den elektronischen Geschäftsverkehr“) lautet auszugsweise wie folgt:

#### „ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN

##### Artikel 1

##### Zielsetzung und Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie soll einen Beitrag zum einwandfreien Funktionieren des Binnenmarktes leisten, indem sie den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten sicherstellt.

(2) Diese Richtlinie sorgt, soweit dies für die Erreichung des in Absatz 1 genannten Ziels erforderlich ist, für eine Angleichung bestimmter für die Dienste der Informationsgesellschaft geltender innerstaatlicher Regelungen, die den Binnenmarkt, die Niederlassung der Diensteanbieter, kommerzielle Kommunikationen, elektronische Verträge, die Verantwortlichkeit von



Vermittlern, Verhaltenskodizes, Systeme zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten, Klagemöglichkeiten sowie die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten betreffen.

(3) Diese Richtlinie ergänzt das auf die Dienste der Informationsgesellschaft anwendbare Gemeinschaftsrecht und läßt dabei das Schutzniveau insbesondere für die öffentliche Gesundheit und den Verbraucherschutz, wie es sich aus Gemeinschaftsrechtsakten und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zu deren Umsetzung ergibt, unberührt, soweit die Freiheit, Dienste der Informationsgesellschaft anzubieten, dadurch nicht eingeschränkt wird.

(4) [...]

### Artikel 3

#### Binnenmarkt

(1) Jeder Mitgliedstaat trägt dafür Sorge, daß die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen.

(2) Die Mitgliedstaaten dürfen den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden keine Anwendung auf die im Anhang genannten Bereiche.

(4) Die Mitgliedstaaten können Maßnahmen ergreifen, die im Hinblick auf einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft von Absatz 2 abweichen, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind: [...].“

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

14 III. Zur Zulässigkeit:

15 1. Weist die angefochtene Entscheidung eines Verwaltungsgerichts mehrere trennbare Spruchpunkte auf, so ist die Zulässigkeit einer dagegen erhobenen Revision getrennt zu prüfen. Solche trennbaren Absprüche liegen auch dann vor, wenn die Spruchpunkte eines (vom Verwaltungsgericht etwa bestätigten) Bescheids als trennbar anzusehen sind (vgl. VwGH 24.1.2019, Ra 2018/09/0137, mwN). Eine Trennbarkeit von Absprüchen ist dann gegeben, wenn jeder Teil für sich allein ohne einen inneren Zusammenhang mit anderen





Teilen einem gesonderten Abspruch zugänglich ist (vgl. etwa VwGH 20.1.2021, Ra 2019/09/0137, mwN).

- 16 Die Spruchpunkte des Disziplinarerkenntnisses enthielten hinsichtlich des  
Schuldspruches vier voneinander trennbare Absprüche. Ein innerer  
Zusammenhang zwischen diesen Spruchpunkten im Sinn der dargelegten  
Rechtsprechung besteht nämlich nicht.
- 17 Damit ist auch die Zulässigkeit der außerordentlichen Revision hinsichtlich der  
vier Spruchpunkte getrennt zu beurteilen.
- 18 2. Gegen das Erkenntnis eines Verwaltungsgerichts ist die Revision nach  
Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage  
abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das  
Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht,  
eine solche fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen  
Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet  
wird.
- 19 Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG  
ist der Verwaltungsgerichtshof an den Ausspruch des Verwaltungsgerichts  
nach § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden (§ 34 Abs. 1a VwGG). Er hat die  
Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision im Rahmen der dafür in der  
Revision gesondert vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.
- 20 3. Der Revisionswerber bringt zur Zulässigkeit der Revision vor, es fehle  
Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob  
Werbebeschränkungen wie § 18 Abs. 3 Z 5 und 6 sowie § 19 der  
Berufsordnung den Rechtsbestand um ein in der Richtlinie zur Schaffung eines  
Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel (2001/83/EG) nicht vorgesehenes  
Verbot erweitern würden und daher diesem Gemeinschaftskodex  
widersprächen und richtlinienwidrig seien. Ferner fehle Rechtsprechung zu der  
Frage, ob eine geltungserhaltende Reduktion der Werbeverbote gemäß § 18  
Abs. 3 Z 5 und 6 sowie § 19 der Berufsordnung aufgrund ihrer Ausgestaltung  
gar nicht in Betracht komme und die genannten Bestimmungen daher nicht  
richtlinienkonform ausgelegt werden könnten, sodass der Gemeinschaftskodex



direkt anwendbar sei, zumal dieser durch das AMG bereits in das österreichische Recht umgesetzt worden sei. Es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob Werbebeschränkungen wie in § 18 Abs. 3 Z 5 und 6 sowie § 19 der Berufsordnung dazu geeignet seien, das Spektrum einzuschränken, das eine Apotheke habe, um sich bei potentiellen Kunden bekannt zu machen und Werbung für die angebotene Dienstleistung des Online-Verkaufs zu machen, sodass ein solches Verbot als eine unzulässige Beschränkung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft anzusehen sei. Die Frage der direkten Anwendung des Gemeinschaftskodex oder der richtlinienkonformen Auslegung von Bestimmungen sei ihrer Natur nach eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung. Von den Werbeverböten sei eine Vielzahl von Personen betroffen. Dies treffe auch auf die Frage zu, ob die genannten Werbeverbote eine unzulässige Beschränkung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft bedeute, weil sie nicht den Schutz der öffentlichen Gesundheit gewährleisteten, sondern weit darüber hinaus gingen. Der EuGH habe sogar die Preisbindung für rezeptpflichtige Arzneimittel „gekippt“ (C-148/15). Es sei für den Ausgang des Verfahrens relevant, ob die Werbeverbote, die gegen den Gemeinschaftskodex verstießen, richtlinienkonform ausgelegt werden könnten und ob allenfalls der Gemeinschaftskodex direkt anzuwenden sei. Ferner sei relevant, ob solche Werbeverbote als eine unzulässige Beschränkung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft anzusehen seien.

- 21 4.1. Soweit sich die Revision auch gegen Spruchpunkt II. des Erkenntnisses richtet, mit dem der Revisionswerber vom näher vorgeworfenen Disziplinarvergehen des marktschreierischen Auftretens des Onlineshops freigesprochen wurde (Spruchpunkt D./ des Disziplinarerkenntnisses), ist Folgendes auszuführen:
- 22 Ficht die Revision eine Entscheidung an, mit der einer Beschwerde vollinhaltlich stattgegeben wurde, so steht der Zulässigkeit einer derartigen Revision der Mangel der formellen Beschwer und daher des Rechtsschutzbedürfnisses entgegen (vgl. z.B. VwGH 23.5.2017, Ra 2017/17/0284, mwN).



- 23 Da es dem Revisionswerber schon zum Zeitpunkt der Erhebung der vorliegenden Revision in Bezug auf den (der Beschwerde stattgebenden) Spruchpunkt II. des angefochtenen Erkenntnisses an der Prozessvoraussetzung der Beschwer fehlte, war die Revision in diesem Umfang bereits deswegen als unzulässig zurückzuweisen.
- 24 Im Weiteren kann hinsichtlich des den Spruchpunkt B./ des Disziplinarerkenntnisses bestätigenden Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtes mit dem oben wiedergegebenen Vorbringen die Zulässigkeit der Revision nicht dargetan werden:
- 25 4.2. Mit Spruchpunkt B./ wurde dem Revisionswerber ein Verstoß gegen § 19 Abs. 1 Berufsordnung vorgeworfen, weil er in einem Radiospot den Onlineshop der Apotheke („über 30.000 Markenprodukte um bis zu 60% günstiger“) beworben habe.
- 26 Dem Zulässigkeitsvorbringen betreffend die fehlende Rechtsprechung zu den über die Werbeverbote in der RL Gemeinschaftskodex hinausgehenden Werbeverboten in der Berufsordnung ist entgegenzuhalten, dass der EuGH in seinem Urteil vom 1. Oktober 2020, C-649/18, *A gegen Daniel B u.a.*, bereits festgehalten hat, dass die Art. 86 bis 100 der RL 2001/83/EG die Werbung für bestimmte Arzneimittel (Inhalt der Werbebotschaft, Ausgestaltung der Werbung), nicht aber die Werbung für Dienstleistungen des Online-Verkaufs von Arzneimitteln regelt (Rn. 50). Nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH (vgl. EuGH vom 22. Dezember 2022, C-530/20, „*EUROAPTIEKA*“ *SLA*), kann nun zwar als Werbung für Arzneimittel im Sinne des Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie auch eine solche qualifiziert werden, die für unbestimmte Arzneimittel erfolgt, im vorliegenden Fall ist jedoch zu beachten, dass das Verwaltungsgericht in Bezug auf diesen Spruchpunkt nicht festgestellt hat, dass im Radiospot Arzneimittel, sondern lediglich nicht näher eingegrenzte „Markenprodukte“ beworben wurden. Es wird nun aber auch im Zulässigkeitsvorbringen der Revision nicht vorgebracht, dass Arzneimittel beworben wurden, wird doch ausgeführt, es werde mit den Regelungen das Spektrum eingeschränkt, das eine Apotheke habe, um sich bei potenziellen Kunden bekannt zu machen und Werbung für die angebotene Dienstleistung



des Online-Verkaufs zu machen. Eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung wird mit diesem Vorbringen daher nicht aufgezeigt.

- 27 Die in der (Begründung der) Revision angesprochene Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, RL 2000/31 wiederum regelt - wie sich aus ihren Art. 1 und 2 ergibt - den freien Verkehr von „Diensten der Informationsgesellschaft“, die in ihrem Art. 2 lit. a unter Verweis auf Art. 1 Abs. 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34 als „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“ definiert sind (vgl. jüngst EuGH 15.7.2021, C-190/20, *DocMorris NV*, Rn. 25, sowie aus der älteren Judikatur EuGH 4.5.2017, C-339/15, *Vanderborght*, Rn. 35). Aus dem 18. Erwägungsgrund dieser Richtlinie ergibt sich zudem, dass Radiosendungen keine Dienste der Informationsgesellschaft sind, weil sie nicht auf individuellen Abruf erbracht werden. Da somit diese Richtlinie auf die inkriminierte Radiowerbung nicht anzuwenden ist, wird auch mit dem auf diese Richtlinie bezugnehmenden Vorbringen keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufgezeigt.
- 28 Auch hat der EuGH im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit bereits festgehalten, dass Art. 30 EWG-Vertrag (nunmehr: Art. 34 AEUV) nicht auf ein von der Apothekerkammer eines Mitgliedstaates erlassenes Werbeverbot anwendbar ist, wenn diese Regelung der Berufsordnung für alle Apotheker im Zuständigkeitsbereich der Apothekerkammer gilt und nicht nach der Herkunft der betreffenden Waren unterscheidet, sodass sie den Absatz der Waren aus anderen Mitgliedstaaten nicht in anderer Weise als den der inländischen Waren berührt (siehe hierzu EuGH 15.12.1993, C-292/92, *Hünermund u.a.*, Rn. 23 bis 24).
- 29 Mit dem oben wiedergegebenen Vorbringen wird somit die Zulässigkeit der außerordentlichen Revision zu Spruchpunkt B./ nicht dargetan.
- 30 4.3. Zur Zulässigkeit hinsichtlich der Bestätigung des Spruchpunktes C./:
- 31 4.3.1. Mit Spruchpunkt C./ des Disziplinarerkenntnisses wurde dem Revisionswerber ein Verstoß gegen § 18 Abs. 3 Z 6 Berufsordnung durch den Radiospot und die Gestaltung des Onlineshops hinsichtlich der „dort



angebotenen Kosmetik- und Drogerieprodukte sowie Nahrungsergänzungsmittel mit zum Teil erheblichen Preisnachlässen“ vorgeworfen.

Zwar kommt die RL Gemeinschaftskodex angesichts der Tatanlastung jedenfalls bereits deshalb nicht zur Anwendung, weil mit dieser RL lediglich eine vollständige Harmonisierung des Bereichs der Arzneimittelwerbung erfolgt ist (vgl. EuGH 8.11.2007, C-374/05, *Gintec International Import-Export GmbH*, Rn. 39), dem Revisionswerber mit Spruchpunkt C./ jedoch die Bewerbung von „Kosmetik- und Drogerieprodukten sowie Nahrungsergänzungsmittel[n]“ vorgeworfen wurde und im maßgeblichen Zulässigkeitsvorbringen der Revision nicht einmal behauptet wird, dass diese Produkte auch die Kriterien für die Annahme eines Arzneimittels erfüllen würden.

- 32 Auch soweit die Revision zu ihrer Zulässigkeit fehlende Rechtsprechung zur Frage geltend macht, ob die genannten nationalen Werbeverbote als unzulässige Beschränkungen des „freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft“ anzusehen seien, wird hinsichtlich des Radiospots aus den bereits in den Rn. 26 und 27 ausführlich dargestellten Gründen keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung aufgeworfen. Die Revision war daher in diesem Umfang als unzulässig zurückzuweisen.
- 33 4.3.2. Hinsichtlich des im Schuldspruch hingegen beibehaltenen Vorwurfs der Gestaltung des Onlineshops entgegen § 18 Abs. 3 Z 6 der Berufsordnung wird mit dem Vorbringen in Bezug auf die RL 2000/31 (Dienst der Informationsgesellschaft) vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zu einem Rabattverbot nur für Arzneimittel, nicht aber für apothekenübliche Waren (vgl. EuGH 1.10.2020, C-649/18) jedoch eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung aufgeworfen.
- 34 4.4. Mit dem oben wiedergegebenen Vorbringen wird auch hinsichtlich Spruchpunkt A./ des Disziplinarerkenntnisses insoweit eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung aufgezeigt, als zu klären ist, ob eine Bestrafung des Revisionswerbers gemäß § 18 Abs. 1 Z 5 der Berufsordnung wegen der von



ihm im Onlineshop für bestimmte Arzneimittel durchgeführten Preiswerbung nach der RL Gemeinschaftskodex zulässig ist.

35 IV. In der Sache

36 1. Zu Spruchpunkt C./ des Disziplinarerkenntnisses

37 Da vom Revisionswerber hinsichtlich Spruchpunkt C./ eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vorgebracht wurde, ist im Rahmen des Revisionspunktes vom Verwaltungsgerichtshof jegliche Rechtswidrigkeit wahrzunehmen (vgl. *Köhler*, in *Köhler/Brandtner/Schmelz (Hrsg.)*, VwGVG, Kommentar zu § 28 VwGG, Rn. 68 unter Verweis auf VwGH 20.3.2018, Ra 2016/10/0131).

38 Mit Spruchpunkt C./ des Disziplinarerkenntnisses wurde dem Revisionswerber ein Verstoß gegen § 18 Abs. 3 Z 6 Berufsordnung durch den Radiospot und die Gestaltung des Onlineshops hinsichtlich der „dort angebotenen Kosmetik- und Drogerieprodukte sowie Nahrungsergänzungsmittel mit zum Teil erheblichen Preisnachlässen“ vorgeworfen. In der Begründung wird dazu vom Verwaltungsgericht ausgeführt, dass die Gestaltung des Onlineshops nicht den inkriminierten Tatbestand erfülle, ein Freispruch jedoch nicht in Betracht komme, weil der Tatbestand durch die Sendung des Radiowerbespots erfüllt sei. Bei der Strafbemessung wiederum wurde vom Verwaltungsgericht darauf Bedacht genommen, dass der Tatbestand nur durch eine Handlung und nicht auch durch die Gestaltung des Onlineshops erfüllt worden sei, was das Verwaltungsgericht u.a. dazu bewog, eine geringere Strafe zu bemessen.

39 Zunächst ist auszuführen, dass dieser Spruchpunkt zwei voneinander unabhängige und damit trennbare Vorwürfe enthält: Zum einen entgegen § 18 Abs. 3 Z 6 der Berufsordnung in einem Radiospot die dort angebotenen Kosmetik- und Drogerieprodukte sowie Nahrungsergänzungsmittel mit zum Teil erheblichen Preisnachlässen beworben zu haben und zum anderen entgegen § 18 Abs. 3 Z 6 der Berufsordnung durch die Gestaltung des Onlineshops die dort angebotenen Kosmetik- und Drogerieprodukte sowie Nahrungsergänzungsmittel mit zum Teil erheblichen Preisnachlässen beworben zu haben. Dies sind zwei voneinander trennbare Tatanlastungen, die jeweils



separat zu prüfen und allenfalls zu bestrafen sind. Die Ausführung des Verwaltungsgerichtes, es könne vom Vorwurf der Gestaltung des Onlineshops nicht freigesprochen werden, weil der Tatbestand durch die Sendung des Radiowerbespots erfüllt sei, ist daher nicht zutreffend.

40 Das Verwaltungsgericht hat im Spruch den Schuldspruch unverändert gelassen und den Revisionswerber somit auch hinsichtlich der Gestaltung seines Onlineshops verurteilt, obwohl es in der Begründung ausführt, der Revisionswerber habe die ihm angelastete Übertretung im Hinblick auf die Gestaltung des Onlineshops nicht erfüllt.

41 Dieser Widerspruch zwischen Spruch und Begründung zieht die inhaltliche Rechtswidrigkeit in diesem Umfang nach sich (vgl. z.B. VwGH 26.4.2016, Ro 2015/09/0014).

42 Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist gemäß § 28 Abs. 2 VwGGV grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden und somit nicht nur die gegen den verwaltungsbehördlichen Bescheid eingebrachte Beschwerde, sondern auch die Angelegenheit zu erledigen, die von der Verwaltungsbehörde zu entscheiden war (vgl. VwGH 21.4.2015, Ra 2015/09/0009).

43 Im vorliegenden Fall ist das Verwaltungsgericht auf Basis des von ihm festgestellten Sachverhalts - der insoweit unangefochten blieb und gemäß § 41 VwGG der Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof zu Grunde zu legen war - zum Ergebnis gelangt, dass der Revisionswerber das ihm zur Last gelegte Disziplinarvergehen im Hinblick auf die Gestaltung des Onlineshops nicht begangen hat, weil seine Handlungen nicht den inkriminierten Tatbestand erfüllten.

44 Im Hinblick darauf, dass ausschließlich der Revisionswerber das Erkenntnis - und insoweit nur wegen der aufgezeigten inhaltlichen Rechtswidrigkeit - bekämpfte, die Rechtssache in diesem Umfang entscheidungsreif und eine Entscheidung in der Sache selbst im Interesse der Einfachheit, Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis gelegen ist, war vom Verwaltungsgerichtshof insoweit eine Entscheidung in der Sache selbst zu



treffen. Der Revisionswerber war somit von dem in Spruchpunkt I. des Verwaltungsgerichtes betreffend Spruchpunkt C./ des Disziplinarerkenntnisses wider ihn erhobenen Vorwurfes in Bezug auf die Verletzung des § 39 Abs. 1 Z 2 Apothekerkammergesetzes iVm § 18 Abs. 3 Z 6 der Berufsordnung durch die Gestaltung des Onlineshops gemäß § 54 Abs. 1 Apothekerkammergesetz freizusprechen. Von diesem Freispruch bleibt die Verurteilung wegen der Verletzung des § 39 Abs. 1 Z 2 Apothekerkammergesetz iVm § 18 Abs. 3 Z 6 der Berufsordnung im Hinblick auf den Radiospot unberührt, weil in diesem Umfang keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung aufgezeigt wurde.

45 Das angefochtene Erkenntnis erweist sich daher im Umfang der Bestätigung des Schuldspruches zu Spruchpunkt C./ des angefochtenen Disziplinarerkenntnisse im Hinblick auf die Gestaltung des Onlineshops sowie - weil auf dem Schuldspruch untrennbar aufbauend - in seinen Aussprüchen über die Strafe und Kosten als rechtswidrig, weshalb das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes im Umfang seiner Spruchpunkte III. und IV. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war (VwGH 28.3.2017, Ro 2016/09/0001).

46 2. Zu Spruchpunkt A./ des Disziplinarerkenntnisses

47 2.1. Mit Spruchpunkt A./ wurde dem Revisionswerber vorgeworfen, entgegen § 18 Abs. 3 Z 5 Berufsordnung die namentlich genannten, nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel in einem Webshop mit Stattpreisen beworben zu haben. Diesbezüglich stellt sich zunächst die Frage, ob ein solches Verbot unionsrechtskonform ist, weil Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83 es den Mitgliedstaaten erlaubt, zur Förderung des zweckmäßigen Einsatzes von Arzneimitteln die Einbeziehung anderer als der in Art. 90 dieser Richtlinie genannten Elemente in die Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel, die nicht verschreibungspflichtig sind und nicht erstattungsfähig sind, zu verbieten,

48 Nach dem Erwägungsgrund 45 der RL Gemeinschaftskodex 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.

49 Die Regelungen dieser Richtlinie zur Öffentlichkeitswerbung stellen sich nun wie folgt dar: Gemäß Art. 88 Abs. 2 der RL Gemeinschaftskodex 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.

50 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 RL Gemeinschaftskodex. Öffentlichkeitswerbung ist nach der RL Gemeinschaftskodex für nicht verschreibungspflichtige Medikamente zulässig.

Die RL Gemeinschaftskodex 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.

51 Die nähere Ausgestaltung der Werbung ist in Art. 89 geregelt, jene Elemente, die eine Öffentlichkeitswerbung nicht enthalten darf, ist 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 Übertreibung darstellt und darf nicht irreführend sein (Art. 87 Abs. 3).

52 Der EuGH hat bereits ausgesprochen, dass mit der Richtlinie Gemeinschaftskodex eine vollständige Harmonisierung des Bereichs der Arzneimittelwerbung erfolgt sei, wobei die Fälle, in denen die Mitgliedstaaten befugt seien, von den in dieser Richtlinie getroffenen Regelungen abweichende Bestimmungen zu erlassen, ausdrücklich aufgeführt seien (vgl. EuGH 8.11.2007, C-374/05, *Gintec International Import-Export GmbH*, Rn. 39).

53 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).

54 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.

55 2.2. Der EuGH hat in seinem Urteil vom 22. Dezember 2022, C-530/20, „*EUROAPTIEKA*“ *SIA*, hinsichtlich der Aufnahme von (zusätzlichen) Werbeverboten nun Folgendes erkannt:

„Zur Befugnis der Mitgliedstaaten, die Einbeziehung anderer als der in Art. 90 der Richtlinie 2001/83 genannten Elemente in die Öffentlichkeitswerbung für nicht verschreibungspflichtige oder erstattungsfähige Arzneimittel zu verbieten

59 Wie in den Rn. 40 bis 43 des vorliegenden Urteils ausgeführt, unterliegt eine solche Werbung, da auch die Werbung für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel der öffentlichen Gesundheit schaden kann, Verboten, Bedingungen und Beschränkungen nach der Richtlinie 2001/83.

60 Außerdem ist mit dieser Richtlinie eine vollständige Harmonisierung des Bereichs der Arzneimittelwerbung erfolgt. Wird den Mitgliedstaaten nicht



ausdrücklich die Befugnis eingeräumt, andere Regelungen zu treffen, dürfen sie die Arzneimittelwerbung folglich nur den Anforderungen dieser Richtlinie unterwerfen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. November 2007, Gintec, C-374/05, EU:C:2007:654, Rn. 20 und 25).

61 Die grundsätzliche Zulässigkeit der Öffentlichkeitswerbung für nicht verschreibungspflichtige und nicht erstattungsfähige Arzneimittel, die durch die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Bestimmung geregelt wird, wird nach Art. 88 Abs. 2 der Richtlinie 2001/83 u. a. durch die Bedingungen und Beschränkungen der Art. 87, 89 und 90 dieser Richtlinie begrenzt.

62 Was insbesondere das Verhältnis zwischen dem in Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83 vorgesehenen Erfordernis, dass diese Werbung den zweckmäßigen Einsatz von Arzneimitteln fördert, und den Beschränkungen nach Art. 90 dieser Richtlinie in Form einer Liste verbotener Werbeelemente angeht, so ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass der Umstand, dass diese Richtlinie, insbesondere Art. 90, keine besonderen Vorschriften über ein bestimmtes Werbeelement enthält, die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, zur Verfolgung des im 45. Erwägungsgrund dieser Richtlinie genannten Ziels, übertriebene und unvernünftige Werbung zu verhindern, die sich auf die öffentliche Gesundheit auswirken könnte, auf der Grundlage von Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie ein solches Element zu verbieten, weil es die unzweckmäßige Verwendung dieses Arzneimittels fördert (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. November 2007, Gintec, C-374/05, EU:C:2007:654, Rn. 51, 55 und 59).

63 Auch wenn sich aus Art. 88 Abs. 2 der Richtlinie 2001/83 ergibt, dass Werbung für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel zulässig ist, müssen die Mitgliedstaaten daher, um im Einklang mit dem in den Erwägungsgründen 2 und 45 dieser Richtlinie verankerten wesentlichen Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit Gefahren für dieselbe zu verhindern, verbieten, dass in die Öffentlichkeitswerbung für nicht verschreibungspflichtige und nicht erstattungsfähige Arzneimittel Elemente einbezogen werden, die den unzweckmäßigen Einsatz solcher Arzneimittel fördern könnten.

64 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie 2001/83 im Licht ihres 45. Erwägungsgrundes dahin auszulegen ist, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die Einbeziehung anderer als der in Art. 90 dieser Richtlinie genannten Elemente in die Öffentlichkeitswerbung für nicht verschreibungspflichtige oder nicht erstattungsfähige Arzneimittel zu verbieten, wenn diese Elemente den unzweckmäßigen Einsatz von Arzneimitteln fördern könnten.

Zu Verboten wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden



65 Zu der Frage, ob Verbote wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden solche Elemente betreffen, ist darauf hinzuweisen, dass, wie der Generalanwalt in Nr. 30 seiner ergänzenden Schlussanträge vom 9. Juni 2022 ausgeführt hat, bei nicht verschreibungspflichtigen und nicht erstattungsfähigen Arzneimitteln in vielen Fällen der Endverbraucher selbst die Zweckmäßigkeit oder die Notwendigkeit des Kaufs solcher Arzneimittel prüft, ohne einen Arzt zu konsultieren. Dieser Verbraucher verfügt aber nicht notwendigerweise über spezielle Sachkenntnis, die es ihm ermöglichen würde, ihren therapeutischen Wert zu beurteilen. Die Werbung kann also einen besonders großen Einfluss auf die Prüfung und die Entscheidung dieses Verbrauchers ausüben, und zwar sowohl was die Qualität des Arzneimittels betrifft als auch hinsichtlich der zu kaufenden Menge.

66 In diesem Zusammenhang sind, wie der Generalanwalt in den Nrn. 87 und 88 seiner Schlussanträge vom 9. Dezember 2021 festgestellt hat, Werbeelemente wie die durch die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Bestimmung geregelten geeignet, die Verbraucher über das wirtschaftliche Kriterium des Preises zum Kauf von Arzneimitteln zu veranlassen, die weder verschreibungspflichtig noch erstattungsfähig sind. Sie können daher dazu führen, dass Verbraucher diese Arzneimittel kaufen und einnehmen, ohne dass eine sachliche Prüfung anhand der therapeutischen Eigenschaften der Arzneimittel und des konkreten medizinischen Bedarfs vorgenommen worden wäre.

67 Eine Werbung, die den Verbraucher von einer sachlichen Prüfung der Frage ablenkt, ob die Einnahme eines Arzneimittels erforderlich ist, leistet aber der unzumutbaren und übermäßigen Verwendung dieses Arzneimittels Vorschub (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. November 2007, Gintec, C-374/05, EU:C:2007:654, Rn. 56).

68 Eine solche unzumutbare und übermäßige Verwendung von Arzneimitteln kann sich auch aus einer Werbung ergeben, die - wie die von der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Vorschrift erfasste, die Sonderangebote oder den kombinierten Verkauf von Arzneimitteln und anderen Waren bewirbt - Arzneimittel mit anderen Verbrauchsgütern gleichstellt, bei denen im Allgemeinen Preisnachlässe und -ermäßigungen gewährt werden, die an die Überschreitung bestimmter Beträge geknüpft sind.

69 Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass Verbote, wie sie in der im Ausgangsverfahren fraglichen Vorschrift vorgesehen sind, dem wesentlichen Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit entsprechen, da sie die Verbreitung von Werbeelementen verhindern, die die unzumutbare und übermäßige Verwendung von Arzneimitteln fördern, die weder verschreibungspflichtig noch erstattungsfähig sind.



70 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass diese nicht auf die Verbreitung rein informativer Angaben ohne jede Werbeabsicht zu solchen Arzneimitteln gerichtet sind, sondern auf die Verbreitung von Inhalten, die den Kauf dieser Arzneimittel fördern sollen, sei es unter Verweis auf ihren Preis, durch einen Sonderverkauf oder einen kombinierten Verkauf zusammen mit anderen Arzneimitteln, gegebenenfalls zu einem reduzierten Preis, oder mit anderen Waren.

71 Der Gerichtshof hat zwar entschieden, dass ein wirksamer Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen u. a. verlangt, dass Arzneimittel zu angemessenen Preisen verkauft werden, und dass ein Preiswettbewerb daher den Patienten Vorteile bringen könnte, da er es gegebenenfalls ermöglichen würde, Arzneimittel zu günstigeren Preisen anzubieten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. Oktober 2016, Deutsche Parkinson Vereinigung, C-148/15, EU:C:2016:776, Rn. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung).

72 Aus den dem Gerichtshof vorliegenden Akten geht jedoch hervor, dass sich die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Vorschrift darauf beschränkt, Werbung für Sonderangebote oder für kombinierte Verkäufe sowie Werbung über den Preis zu verbieten, dabei aber die Möglichkeit, beim Verkauf von Arzneimitteln und anderen Gesundheitsprodukten Preisnachlässe und Rabatte zu gewähren, die das lettische Recht den im Arzneimittelhandel tätigen Einrichtungen einräumt, unberührt lässt.

73 Nach alledem ist auf die zweite und die dritte Frage zu antworten, dass Art. 87 Abs. 3 und Art. 90 der Richtlinie 2001/83 dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Vorschrift nicht entgegenstehen, die es verbietet, in die Öffentlichkeitswerbung für nicht verschreibungspflichtige und nicht erstattungsfähige Arzneimittel Informationen aufzunehmen, die den Kauf von Arzneimitteln fördern, indem die Notwendigkeit dieses Kaufs anhand des Preises der Arzneimittel gerechtfertigt wird, ein Sonderverkauf angekündigt wird oder angegeben wird, dass diese Arzneimittel zusammen mit anderen Arzneimitteln (einschließlich zu einem reduzierten Preis) oder anderen Waren verkauft werden.“

- 56 2.3. Damit ist klagestellt, dass Art. 87 Abs. 3 der RL 2001/83 im Licht ihres 45. Erwägungsgrundes dahin auszulegen ist, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die Einbeziehung anderer als der in Art. 90 dieser Richtlinie genannten Elemente in die Öffentlichkeitswerbung für nicht verschreibungspflichtige oder nicht erstattungsfähige Arzneimittel zu verbieten, wenn diese Elemente den unzweckmäßigen Einsatz von Arzneimitteln fördern könnte (vgl. „EUROAPTIEKA“ SIA, Rn. 64).



- 57 Ein Verbot der Stattpreiswerbung in § 18 Abs. 3 Z 5 der Berufsordnung ist daher nicht per se gemeinschaftsrechtswidrig, vielmehr ist zu prüfen, ob Stattpreiswerbung den unzweckmäßigen Einsatz von Arzneimitteln fördern könnte.
- 58 Dazu hat der EuGH ausgeführt, dass Werbeelemente, die Verbraucher über das wirtschaftliche Kriterium des Preises zum Kauf von Arzneimitteln zu veranlassen, dazu führen können, dass Verbraucher diese Arzneimittel kaufen und einnehmen, ohne dass eine sachliche Prüfung anhand der therapeutischen Eigenschaften der Arzneimittel und des konkreten medizinischen Bedarfs vorgenommen worden wäre („*EUROAPTIEKA*“ *SIA*, Rn. 66). Eine solche Werbung, die den Verbraucher von einer sachlichen Prüfung der Frage ablenkt, ob die Einnahme eines Arzneimittels erforderlich ist, leistet aber der unzweckmäßigen und übermäßigen Verwendung dieses Arzneimittels Vorschub („*EUROAPTIEKA*“ *SIA*, Rn. 67).
- 59 So wie die im EuGH-Verfahren inkriminierte Regelung des lettischen Rechts ist auch § 18 Abs. 3 Z 5 der Berufsordnung nicht darauf gerichtet, die Verbreitung rein informativer Angaben ohne jede Werbeabsicht zu Arzneimitteln zu untersagen, sondern die Norm verbietet einen Werbeinhalt, der unter Verweis auf den Stattpreis den Kauf dieser Arzneimittel fördern soll. Eine solche Werbung würde evidentermaßen der unzweckmäßigen und übermäßigen Werbung von Arzneimitteln Vorschub leisten, sodass das Verbot einer solchen Werbung nicht der RL 2001/83 widerspricht.
- 60 Weiters ist zu prüfen, ob § 18 Abs. 3 Z 5 der Berufsordnung der RL über den elektronischen Geschäftsverkehr (RL 2000/31) widerspricht und aus diesem Grund unionsrechtswidrig ist.
- 61 In Bezug auf diese Richtlinie kann zunächst - da es sich beim Großhandel mit Arzneimitteln und Giften nach § 94 Z 32 GewO 1994 um ein reglementiertes Gewerbe handelt, die Werbung der Förderung des Absatzes von Waren bzw. Dienstleistungen dient und der Werbende in dem Mitgliedstaat ansässig war, der ihm auch das Verbot auferlegt hat (vgl. Art. 3 Abs. 1 RL 2000/31) - auf die Entscheidung des EuGH vom 4. Mai 2017,



C-339/15, *Vanderborght* - die Entscheidung des EuGH vom 1. Oktober 2020, C-649/18, *A gegen Daniel B u.a.*, betraf hingegen die Bestimmung des Art. 3 Abs. 2 der RL 2000/31, somit den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat - verwiesen werden, wonach Art 8. Abs. 1 der RL 2000/31 es ermöglicht, die Besonderheiten der Gesundheitsberufe bei der Ausarbeitung der betreffenden berufsrechtlichen Regeln durch eine - gegebenenfalls starke - Eingrenzung der Formen und Ausgestaltungen der in dieser Bestimmung genannten kommerziellen Online-Kommunikationen zu berücksichtigen, um u. a. sicherzustellen, dass das Vertrauen der Patienten in diese Berufe nicht beeinträchtigt werde. Diese berufsrechtlichen Regeln würden jedoch nicht zulässigerweise allgemein und ausnahmslos jede Form von Online-Werbung zur Förderung der Tätigkeit einer Person, die einen reglementierten Beruf ausübe, verbieten können (Rn. 49). § 18 Abs. 3 Z 5 Berufsordnung sieht jedoch kein generelles Verbot von Online-Werbung vor, sondern lediglich ein (nicht auf Online-Werbung beschränktes) Preiswerbungsverbot für Arzneimittel.

62 Darüber hinaus ist zum Verhältnis der RL 2001/83 und RL 2000/31 auszuführen, dass Art. 1 Abs. 3 der RL 2000/31 festhält, dass diese RL das auf die Dienste der Informationsgesellschaft anwendbare Gemeinschaftsrecht ergänzt und dabei das Schutzniveau insbesondere für die öffentliche Gesundheit und den Verbraucherschutz, wie es sich aus Gemeinschaftsrechtsakten und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zu deren Umsetzung ergibt, unberührt lässt, soweit die Freiheit, Dienste der Informationsgesellschaft anzubieten, dadurch nicht eingeschränkt wird. In ihrem 11. Erwägungsgrund wird zudem ausgeführt, dass zum Rechtsstand auf Gemeinschaftsebene, der uneingeschränkt für die Dienste der Informationsgesellschaft gilt, insbesondere auch die Richtlinie 92/28/EWG des Rates vom 31. März 1992 über die Werbung für Humanarzneimittel (diese RL wurde gem. Art. 128 der RL 2001/83 durch diese aufgehoben und ist in dieser aufgegangen) gehört.

63 Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH, wonach das Verbot von Preiswerbung aus Gründen des Gesundheitsschutzes nach der RL 2001/83



zulässig ist und das Schutzniveau der öffentlichen Gesundheit durch die RL 2000/31 nicht berührt wird, ist nicht ersichtlich, dass § 18 Abs. 3 Z 5 der Berufsordnung der RL 2000/31 widerspricht.

64 2.4. Soweit der Revisionswerber vorbringt, es läge Rechtswidrigkeit des Erkenntnisses infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, ist im Umfang der Prüfung des Spruchpunktes A./ auszuführen, dass mangels vorliegender Unionsrechtswidrigkeit des § 18 Abs. 3 Z 5 der Berufsordnung in Bezug auf die Richtlinien 2000/31 und 2001/83 die gerügte fehlende Auseinandersetzung des Verwaltungsgerichtes mit dieser Problematik mangels Relevanz nicht zur Aufhebung des Erkenntnisses führen kann.

65 Die Revision war daher im Umfang der Bestätigung des Spruchpunktes A./ als unbegründet abzuweisen.

66 2.5. Darüber hinaus wird in den Revisionsgründen unter Verweis auf § 34 StGB eine Rechtswidrigkeit der Strafbemessung behauptet; da der Straf- und Kostenausspruch jedoch bereits wegen untrennbaren Zusammenhanges aufgrund der (teilweisen) inhaltlichen Rechtswidrigkeit des vom Verwaltungsgericht gesamthaft bestätigten Spruchpunktes C./ aufzuheben war, war auf dieses Vorbringen nicht weiter einzugehen.

67 3. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 22. März 2023