

Disziplinarerkenntnis

Der Disziplinarrat der Österreichischen Apothekerkammer hat in der Disziplinarsache gegen

xxx

unter dem Vorsitz von Mag. Roland Weber LL.M., in Anwesenheit der Beisitzer Mag. pharm. Gertrude Kölbl und Mag. pharm. Catherine Bader, des Disziplinaranwaltes Dr. Gerd Hermann und der Schriftführerin xxx nach der am 17. März 2022 und 2. Juni 2022 in Anwesenheit des Verteidigers xxx und des Disziplinarbeschuldigten xxx (nur 17. März 2022) durchgeführten mündlichen Disziplinarverhandlung zu Recht erkannt:

xxx ist schuldig, er hat

- A./ einem nicht genau feststellbaren Zeitraum Anfang/Mitte 2021 Arzneimittel gegen das Coronavirus, nämlich einen „Corona Impf Komplex“ und einen „Corona Impf Komplex – ohne Impfung“ beworben und dadurch
 - 1./ entgegen § 18 Abs 1 Z 1 der gemäß § 25 Apothekerkammergesetz 2001 beschlossenen Berufsordnung iVm § 50a Abs 1 Z 1 AMG für nicht zugelassene Arzneyspezialitäten Werbung betrieben;
 - 2./ entgegen § 12 Abs 1 Z 1 und Z 2 der Berufsordnung die Verpflichtung missachtet, das wissenschaftliche Ansehen der Apothekerschaft zu bewahren und das darauf gründende Vertrauen der Öffentlichkeit in den Berufsstand zu sichern;

B./ vom 1.8.2021 bis zum 4.10.2021 eine öffentliche Apotheke entgegen den Voraussetzungen des § 4 Abs 1 Apothekengesetz als faktischer Leiter geführt.

Er hat dadurch mehrere Disziplinarvergehen nach § 39 Abs 1 Z 2 Apothekerkammergesetz 2001 begangen.

Gemäß § 41 Abs 1 Z 2 Apothekerkammergesetz 2001 wird über ihn die Disziplinarstrafe der **Geldstrafe in der Höhe des zweifachen Betrages der Gehaltskassenumlage** (die für einen im Volldienst angestellten Apotheker auf Grund der Bestimmungen des Gehaltskassengesetzes jeweils zu leisten ist) verhängt.

Gemäß § 41 Abs 3 Apothekerkammergesetz 2001 wird die Geldstrafe unter Festsetzung einer Bewährungsfrist von drei Jahren bedingt nachgesehen.

Gemäß § 54 Abs 3 Apothekerkammergesetz 2001 hat der Disziplinarbeschuldigte die Kosten des Disziplinarverfahrens zu tragen, welche mit einem Pauschalbetrag von 1.600 Euro festgesetzt werden.

Entscheidungsgründe:

Feststellungen:

Der Disziplinarbeschuldigte ist Konzessionär der oben genannten Apotheke. Zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen können keine Feststellungen getroffen werden.

Die Apotheke xxx wurde zunächst durch die am xxx geborene Konzessionärin xxx in der Rechtsform einer Offenen Gesellschaft betrieben. An der Apothekengesellschaft mit dem Firmenwortlaut „xxx“ waren die Konzessionärin xxx als unbeschränkt haftende Gesellschafterin mit einem Anteil in Höhe von 25 % und xxx als unbeschränkt haftender Gesellschafter ohne Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis mit einem Anteil in Höhe von 75 % beteiligt.

Seit 1.8.2021 ist der am xxx geborene xxx Konzessionär der Apotheke und gemeinsam mit dem Disziplinarbeschuldigten unbeschränkt haftender Gesellschafter der (nunmehr) auf „xxx“ firmierenden Gesellschaft. Mittlerweile (nach dem im Spruch genannten, vom Einleitungsbeschluss umfassten Zeitraum) ist der Disziplinarbeschuldigte Konzessionär der Apotheke.

Zu B./ Im Zeitraum 1.8.2021 bis 4.10.2021 leitete der tatsächlich nicht vertretungsbefugte Mitgesellschafter xxx die genannte Apotheke faktisch, ohne gesetzlich konzessioniert zu sein.

Zu A./ Im gleichen Zeitraum wurden in der genannten Apotheke homöopathische Arzneispezialitäten mit den Bezeichnungen „Corona Impf Komplex“ und „Corona Impf Komplex – ohne Impfung“ als Alternative zu einer Corona-Schutzimpfung angeboten bzw durch den Bezugshinweis und der Abholmöglichkeit in der Apotheke beworben. Dies geschah zumindest durch Duldung des tatsächlichen faktischen Leiters der Apotheke, nämlich des Disziplinarbeschuldigten.

Der Disziplinarbeschuldigte hielt es dabei ernstlich für möglich und fand sich damit ab, dabei mehrere ihm bekannte Berufspflichten zu verletzen, zu deren Einhaltung er verpflichtet war, und zwar insbesondere §§ 12 Abs 1 Z 1 und Z 2, 18 Abs 1 Z 1 der Berufsordnung, § 50a Ab 1 Z 1 AMG und § 4 Abs 1 Apothekengesetz.

Beweiswürdigung:

Zu B./ Zu Pkt B führte der Disziplinarbeschuldigte zunächst im Wesentlichen aus, xxx sei mit ihrem Know-How der Apotheke zur Verfügung gestanden; im Übrigen kritisierte er in rechtspolitischen Überlegungen die Gesetzeslage bezüglich der Anrechenbarkeit wissenschaftlicher Tätigkeit an das *Quinquennium* [§ 3 Abs 2 Apothekengesetz]. In der Disziplinarverhandlung vom 17.3.2022 blieb er im Wesentlichen dabei, dass xxx der tatsächliche Chef gewesen sei, was auch alle Mitarbeiter bestätigen könnten. Anlässlich einer späteren schriftlichen Eingabe vom 4.4.2022 gab er an, sich „intensiv in die operative Geschäftsführung der Apotheke“ eingebracht zu haben und er sei bereit, die Konsequenzen auf sich zu nehmen, sollte dies rechtlich als „Anmaßen einer Leiterposition“ beurteilt werden.

Belastet wird der Disziplinarbeschuldigte aus klaren (nunmehr von der Homepage gelöschten) Formulierungen wie etwa „*Mein Name ist xxx und ich freue mich, seit 1.Oktober 2018 die Nachfolge von xxx angetreten zu haben.*“, „*Geschäftsführung/juristische Person xxx*“ und „*Verantwortlich für die Verarbeitung ist xxx als Konzessionsinhaberin*“.

Es wäre daher insgesamt bei lebensnaher Betrachtung geradezu absurd anzunehmen, der Disziplinarbeschuldigte sei zumindest im spruchgemäßen Zeitraum nicht tatsächlicher Leiter der Apotheke gewesen, zumal er selbst wiederholt sein Missfallen mit der derzeitigen Rechtslage ausdrückte und offensichtlich sehr gerne die offizielle Leitung bereits früher übernommen hätte. Sein somit vorhandenes starkes Motiv für die disziplinarische Verfehlung lässt auch die Feststellung hinsichtlich der subjektiven Tatseite zwanglos zu.

Zu A:

Der Journalist xxx fragte am 30.4.2021 unter falschem Namen per E-Mail bei der genannten Apotheke an, ob es homöopathische Impfmittel als Ersatz für eine Covid-19-Schutzimpfung gebe. Diese Anfrage wurde wie folgt beantwortet und es wurden auch zwei Fotos von den Produkten übermittelt:

„Guten Tag Herr xxx, wir beziehen diese homöopathischen Mischungen (radionisch informiert) vom Hersteller xxx, und sie können gerne direkt von den Herstellern für diese speziellen Mischungen eine detaillierte Information erhalten. Sie können eine Bestellung im Anschluss gerne bei uns in der Apotheke xxx abholen. MfG, xxx“

Der Disziplinarbeschuldigte verantwortete sich in seinen Stellungnahmen vom 6.5., 21.6. und 30.9.2021 zusammengefasst dahingehend, dass er mit der Herstellung der Globuli nichts zu tun habe, sondern dass diese von der Firma xxx hergestellt werden. Darüber hinaus handle es sich dabei um kein Arzneimittel im Sinne des AMG. Die Corona-Präparate würden nur auf ausdrücklichen Wunsch beschafft, aber nicht lagernd gehalten. Bereits am 28.4.2021 habe er auf Wunsch eines Kunden eine Packung „Corona-Impf-Komplex“ und eine Packung „Corona-Virus-Komplex“ bei der Firma xxx bestellt, da der Kunde sich ein Bild darüber machen wollte. Der Kunde habe das Mittel „Corona-Impf-Komplex“ erworben und sei daraufhin das weitere Produkt an den Hersteller retourniert worden. Die in der Tageszeitung „Der Standard“ veröffentlichten Fotos stammen von dieser Bestellung. Er habe bei dieser Anfragebeantwortung keine Auskunft über die Zusammensetzung und Wirkungsweise dieser Globuli erteilt. Auf Grund des veröffentlichten Artikels habe er seine Mitarbeiter auch schriftlich angewiesen, dass jegliche aktive Produktempfehlung, Beratung und Dosiervorschläge betreffend dieser Covid-Mittel Abstand zu nehmen sei.

Anhaltspunkte, die gegen die Verantwortung des Disziplinarbeschuldigten sprechen, sind nicht nur der Wortlaut der (unbestritten) von ihm gesendeten E-Mail-Nachricht, sondern auch der Umstand, dass auf der Homepage des Unternehmens „xxx“ ausdrücklich angeführt ist: „Gerne können Sie unser Team bei Fragen telefonisch [...], per E-Mail oder telefonisch in der Apotheke xxx [...] in xxx kontaktieren“ (www.xxx).

Rechtliche Beurteilung:

Zu B: Nach § 4 Abs 1 Apothekengesetz ist die Leitung durch den Konzessionär, Pächter oder Leiter persönlich auszuüben. Die faktische Übernahme der Leitung einer Apotheke unter Namhaftmachung einer anderen Person, die diese Leitung tatsächlich nicht ausübt, begründet einen Verstoß gegen diese zentrale berufsrechtliche Vorschrift.

Zu A: Arzneispezialitäten dürfen im Inland erst abgegeben oder für die Abgabe im Inland bereitgehalten werden, wenn sie vom Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen (BASG) gemäß § 7 AMG zugelassen sind oder, sofern sie nicht zulassungspflichtig sind, gemäß § 11 AMG registriert wurden. Für die gegenständlich angebotenen homöopathischen Arzneispezialitäten liegt weder eine Zulassung noch eine Registrierung vor.

Unabhängig davon, ob die gegenständlichen Globuli „Corona Impf-Komplex“ die Definition eines homöopathischen Arzneimittels gemäß § 1 Abs 10 AMG erfüllen, sind sie als Präsentationsarzneimittel iSd § 1 Abs 1 Z 1 AMG einzustufen. Die Arzneimittleigenschaft eines Produktes kann sich nicht nur aus der tatsächlichen Funktion, sondern auch aus der Präsentation als Arzneimittel ergeben (Präsentationsarzneimittel). Für die Qualifikation eines Produkts als Arzneimittel ist somit die subjektive Zweckbestimmung ausreichend. Ob ein Produkt in Anbetracht der Aufmachung zu einem der in § 1 Abs 1 Z 1 AMG angeführten Zwecke bestimmt ist, richtet sich nach der Anschauung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers. Es ist hingegen unerheblich, wie der Werbende die Angaben zu einem Produkt verstanden wissen wollte. Bei einer entsprechenden Produktaufmachung können aus diesem Grund auch pharmakologisch wirkungslose Erzeugnisse unter den Arzneimittelbegriff fallen, womit diese Erzeugnisse grundsätzlich den Bestimmungen des AMG zur Gänze unterworfen sind (siehe Oberster Gerichtshof, 4 Ob 27/08m). Der Verbraucher soll dadurch vor unwirksamen Erzeugnissen, die ohne tatsächliche therapeutische oder medizinische Wirkung als Arzneimittel bezeichnet oder angeboten werden, geschützt werden (vgl. EuGH 227/82, *van Bennekom*).

Auf Grund der auf den veröffentlichten Fotos ersichtlichen Aufmachung samt Dosierungsempfehlung „Corona-Impf-Komplex – ohne Impfung“ ist jedenfalls davon auszugehen, dass hier der Anschein einer entsprechenden Schutzwirkung - auch ohne Corona-Schutzimpfung - suggeriert werden soll.

Abgesehen von der arzneimittelrechtlichen Unzulässigkeit ist es für Apotheker auch berufspraxisrechtlich nicht vertretbar, den Eindruck zu erwecken, dass ein homöopathisches Arzneimittel eine Alternative zu zugelassenen Schutzimpfungen darstellen könne. Das Anbieten nicht zugelassener oder registrierter homöopathischer Arzneimittel, bei welchen darüber hinaus suggeriert wird, sie können als Alternative oder Begleitung zu einer Corona-Schutzimpfung eingenommen werden, beschädigt das wissenschaftliche Ansehen der Apothekerschaft.

Somit hat der Disziplinarbeschuldigte insgesamt mehrere Berufspflichten verletzt, zu deren Einhaltung er nach den angeführten Bestimmungen verpflichtet war, und dadurch die Disziplinarvergehen nach § 39 Abs 1 Z 2 Apothekerkammergesetz 2001 begangen. Von einer nur geringen Schuld im Sinne des § 39 Abs 5 Apothekerkammergesetz 2001 kann schon im Hinblick auf die mehrfache Tatbegehung nicht gesprochen werden.

Bei der **Strafbemessung** war erschwerend das Zusammentreffen mehrerer disziplinarrechtlich verbotener Handlungen zu werten, als mildernd hingegen die bisherige diszipliniäre Unbescholtenheit.

Insgesamt konnte schon im Hinblick auf die Erfüllung zweier völlig unterschiedlicher diszipliniärer Tatbestände mit der Mindeststrafe nicht mehr das Auslangen gefunden werden. Dabei war auch einerseits die standesrechtliche Bedeutsamkeit des Gebotes der persönlichen Leitung durch den Konzessionär und andererseits die Gefährlichkeit der COVID-19-Pandemie und die besondere Rolle der Gesundheitsberufe in deren Bekämpfung zu berücksichtigen.

Bei der Höhe der somit spezialpräventiv unbedingt erforderlichen Geldstrafe konnte aufgrund der bisherigen diszipliniären Unbescholtenheit eine Strafe im untersten Bereich ausgemessen und diese zudem bedingt nachgesehen werden.

Der Kostenausspruch ist gemäß § 54 Abs 3 Apothekerkammergesetz 2001 eine zwingende Folge des Schuldspruches. Im Hinblick auf den Verfahrensaufwand (keine mündliche Vernehmung im Vorverfahren; zwei Verhandlungstermine im Hauptverfahren) sowie die nicht feststellbaren Vermögensverhältnisse des Disziplinarbeschuldigten erschien der festgesetzte Pauschalbeitrag, der in etwa den tatsächlich angefallenen Kosten entspricht, angemessen.

Dieses Erkenntnis ist – neben dem Disziplinaranwalt und der Apothekerkammer (§ 54 Abs 1 zweiter Satz Apothekerkammergesetz 2001) – an den Verteidiger, nicht jedoch an den Disziplinarbeschuldigte selbst zuzustellen (§ 56 letzter Satz *leg cit*).

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Erkenntnis ist die binnen vier Wochen nach Zustellung der schriftlichen Ausfertigung einzubringende Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Landes zulässig. Auf die Gebührenpflicht nach der BuLVwG-Eingabengebührverordnung wird hingewiesen.