OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-851074/6/HW

Datum:
Linz, 11. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Wiesinger über die Beschwerde von Mag. pharm. E W, geboren am x, vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. W V, N, W, gegen das Disziplinarerkenntnis des Disziplinarrates der österreichischen Apothekerkammer vom 17.4.2018 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Das angefochtene Disziplinarerkenntnis vom 17.4.2018 wird aufgehoben und das mit Einleitungsbeschluss vom 15.3.2018 eingeleitete Disziplinarverfahren betreffend die im Spruch dieses Einleitungsbeschlusses angeführte Vollmachtserteilung wird eingestellt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Disziplinarerkenntnis vom 17.4.2018 wird ausgesprochen, dass die Beschwerdeführerin (kurz „Bf“) das Disziplinarvergehen nach § 39 Abs. 1 Z 2 Apothekerkammergesetz 2001 begangen habe. Sie habe am 2. Jänner 2012 als Konzessionärin der G-Apotheke, S, S, Ing. H J in allen Angelegenheiten, sowohl vor Gerichten und Verwaltungsbehörden als auch außerbehördlich zu vertreten, Zustellungen aller Art, insbesondere auch von Klagen, Urteilen und Grundbuchsbeschlüssen entgegenzunehmen, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe aller Art zu ergreifen und zurückzuziehen, Einverleibungs- und Löschungserklärungen abzugeben, Geld- und Geldeswert zu beheben, in Empfang zu nehmen und darüber rechtsgültig und löschungsfähig zu quittieren, bewegliche und unbewegliche Sachen und Rechte entgeltlich oder unentgeltlich zu erwerben und zu übernehmen, Leasingverträge zu schließen, Kredit- und Darlehensverträge beschränkt auf die R R S reg. Gen.m.b.H., A-x G, zu schießen, Depots samt Erwerb und Veräußerung von Wertpapieren zu eröffnen und zu schließen, Sicherstellungsverträge sowie sämtliche Verträge im Zusammenhang mit diesen Geschäften zu unterfertigen und überhaupt alles vorzukehren, was er in Rechtsangelegenheiten der Firma G Apotheke, Mag. pharm. E W OG nützlich und notwendig erachtet, Handlungsvollmacht erteilt, obwohl dies gemäß § 12 Abs. 2 Z 1 Apothekengesetz unzulässig gewesen wäre und entgegen der Aufforderung der Österreichischen Apothekerkammer vom 13. September 2017 nicht widerrufen und sich dadurch des Disziplinarvergehens nach § 39 Abs. 1 Z 2 Apothekerkammergesetzes 2001 schuldig gemacht. Gemäß § 41 Abs 1 Z 2 Apothekerkammergesetz 2001 wird im angefochtenen Disziplinarerkenntnis die Disziplinarstrafe der Geldstrafe in der Höhe des zweifachen Betrages der Gehaltskassenumlage verhängt, wobei ein Teil der Geldstrafe, und zwar in der Höhe des einfachen Betrages der Gehaltskassenumlage unter Festsetzung einer Bewährungsfrist von drei Jahren bedingt nachgesehen wird.

I.2. Gegen dieses Disziplinarerkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde der Bf, in welcher beantragt wird, das Disziplinarerkenntnis abzuändern und das anhängige Disziplinarverfahren einzustellen, in eventu das Disziplinarerkenntnis aufzuheben und an den Disziplinarrat der Österreichischen Apothekerkammer zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, in eventu die verhängte Strafe angemessen herabzusetzen.

II.1. Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung steht folgender Sachverhalt fest:

Die Bf ist Gesellschafterin und Konzessionärin der „G Apotheke Mag. pharm. E W OG“. Sie verdient etwa 80.000 Euro jährlich und hat rund 30.000 Euro Schulden. Sie hat einen Anteil an ihrer Apotheke als Vermögen. Sie ist disziplinar unbescholten. Der Bf waren so wie jedem selbständigen Apotheker die

einschlägigen Vorschriften des Apothekengesetzes bekannt. Die Bf erteilte am 2. Jänner 2012 die im Spruch des angefochtenen Disziplinarerkenntnisses angeführte und unter Punkt I.1. wiedergegebene uneingeschränkte Handlungsvollmacht an Ing. H J, wobei auch eine schriftliche Vollmachtsurkunde errichtet wurde. Etwa im Oktober 2017 wurde auf diesem Vollmachtsdokument vermerkt, dass die Vollmacht sistiert wird, wobei Ing. H J dies dahingehend verstand, dass die Vollmacht ausgesetzt wird.

II.2. Der unter Punkt II.1. (bzw. hinsichtlich des Inhalts der Vollmacht unter Punkt I.1.) festgestellte Sachverhalt wurde im Wesentlichen bereits im angefochtenen Disziplinarerkenntnis so festgestellt und es wird der im angefochtenen Disziplinarerkenntnis festgestellte Sachverhalt – wie der Vertreter der Bf in der mündlichen Verhandlung erklärte – von der Bf nicht bestritten. Dass es eine schriftliche Vollmachtsurkunde gibt, folgt aus dem entsprechenden im Behördenakt in Kopie aufliegenden Dokument. Dass etwa im Oktober 2017 auf der Vollmachtsurkunde vermerkt wurde, dass die Vollmacht sistiert wird, wobei Ing. H J dies dahingehend verstand, dass die Vollmacht ausgesetzt wurde, ergibt sich aus den Angaben des Zeugen Ing. H J in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht. Es haben sich im vorliegenden Verfahren auch keine Beweisergebnisse ergeben, die gegen die Richtigkeit dieser Angaben des Zeugen sprechen.

III. In rechtlicher Hinsicht ist folgendes auszuführen:

III.1. Nach § 12 Abs. 1 Apothekengesetz ist die Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke ein persönliches Betriebsrecht und darf auf andere nicht übertragen werden. Gemäß § 12 Abs. 2 Apothekengesetz ist die Errichtung und der Betrieb einer öffentlichen Apotheke in der Rechtsform einer Personengesellschaft nach handels- und sonstigen zivilrechtlichen Vorschriften nur zulässig, wenn zur Gewährleistung ausreichender rechtlicher und wirtschaftlicher Verfügungsmacht im Apothekenunternehmen der Konzessionsinhaber Gesellschafter mit ausschließlicher Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, insbesondere allein berechtigt ist, sämtliche für die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung notwendige Maßnahmen durchzuführen und über eine Beteiligung am gesamten Apothekenunternehmen von mehr als der Hälfte verfügt. Gemäß § 12 Abs. 3 Apothekengesetz sind die Errichtung und der Betrieb einer öffentlichen Apotheke in der Rechtsform einer juristischen Person oder einer Kommanditgesellschaft mit einer juristischen Person als persönlich haftender Gesellschafter sowie die Erteilung einer Prokura unzulässig.

Durch § 12 Apothekengesetz soll die rechtliche und wirtschaftliche alleinige Verfügungsmacht des Konzessionärs im Apothekenunternehmen abgesichert werden, diese Verfügungsmacht darf auf keine Weise beschränkt werden, nach

den Gesetzesmaterialien würde etwa die Erteilung einer Prokura der alleinigen Geschäftsführung widersprechen (ErläutRV 395 BlgNR. 16 GP 14).

III.2. Gemäß § 12 Abs. 4 Apothekengesetz sind den Abs. 1 bis 3 dieser Norm widersprechende Erklärungen, Vereinbarungen oder Beschlüsse jeder Art für die Vertragspartner rechtsunwirksam. Sofern daher die im Spruch des angefochtenen Disziplinarerkenntnisses festgestellte Vollmachtserteilung – wie von der belangten Behörde ausgeführt – gemäß § 12 Abs. 2 Apothekengesetz unzulässig war, würde diese Vollmachtserteilung nach § 12 Abs. 4 Apothekengesetz für die Bf und für Ing. H J rechtsunwirksam sein. Da gegenständlich die Vollmacht von der Bf (ungeachtet der Erstellung einer schriftlichen Vollmachtsurkunde) gegenüber dem Bevollmächtigten (Ing. H J) erteilt wurde, handelt es sich um eine sogenannte Innenvollmacht (vgl. *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.03] § 1002 Rz 50), sodass angesichts der in § 12 Abs. 4 Apothekengesetz normierten Unwirksamkeit für die am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien ein gesonderter „Widerruf“ dieser dann ohnedies unwirksamen Bevollmächtigung nicht erforderlich wäre bzw. war.

III.3. Trotz der in § 12 Abs. 4 Apothekengesetz normierten Unwirksamkeit kann jedoch der Abschluss von den Abs. 1 bis 3 widersprechenden Vereinbarungen und die Abgabe von den Abs. 1 bis 3 widersprechenden Erklärungen nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts grundsätzlich ein Disziplinarvergehen darstellen (vgl. *Schwabl* in GmundKomm § 12 ApoG Rz 6 FN 8 mit Hinweis auf § 10 Abs. 3 Berufsordnung). Somit könnte die Bf auch durch die Erteilung einer (nach § 12 Abs. 4 Apothekengesetz unwirksamen) Vollmacht ein Disziplinarvergehen begehen. Im vorliegenden Fall erfolgte die im Spruch des angefochtenen Disziplinarerkenntnisses angelastete Vollmachtserteilung allerdings im Jänner 2012, sodass gemäß § 40 Abs. 1 Apothekerkammergesetz 2001 die disziplinäre Verfolgbarkeit wegen Verjährung ausgeschlossen ist, zumal innerhalb von fünf Jahren gerechnet ab dem Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht weder ein Einleitungsbeschluss gefasst noch ein rechtskräftig beendetes Disziplinarverfahren zum Nachteil des Disziplinarbeschuldigten wieder aufgenommen wurde. Dass die Bf ein anderes als das im angefochtenen Disziplinarerkenntnis angelastete Disziplinarvergehen zu verantworten hätte, ergibt sich aus den vorliegenden Verfahrensergebnissen nicht, insbesondere ergibt sich daraus auch nicht, dass die Bf die Leitung entgegen § 4 Abs. 1 Apothekengesetz nicht persönlich ausgeübt hätte, zumal – nach der Durchführung von Erhebungen durch den Erhebungskommissär – sowohl im Antrag des Disziplinaranwalts vom 18.1.2018 (AS 73 des Behördenaktes) als auch im Spruch des Einleitungsbeschlusses vom 15.3.2018 nur die Vollmachtserteilung und der „Nicht-Widerruf“ dieser Vollmacht angelastet werden. Sache des gegenständlichen Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht ist im Übrigen ausschließlich jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruchs der vor dem Verwaltungsgericht belangten Verwaltungsbehörde gebildet hat (vgl. VwGH 27.3.2018, Ra 2015/06/0011; vgl.

in Zusammenhang mit einer Disziplinarsache auch VwGH 16.10.2008, 2006/09/0180).

Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Die ordentliche Revision ist zulässig, da – soweit ersichtlich – keine Rsp des VwGH zu den Rechtsfolgen der Regelung des § 12 Abs. 4 letzter Satz Apothekengesetz hinsichtlich der disziplinarrechtlichen Beurteilung von den Abs. 1 bis 3 dieser Bestimmung widersprechenden Rechtsgeschäften vorliegt. Zudem liegt auch keine höchstgerichtliche Rsp zur Frage vor, ob die Erteilung einer Vollmacht wie im vorliegenden Fall ein Disziplinarvergehen darstellt.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer ordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Wiesinger