

RECHT **RdM** DER MEDIZIN

mit Beilage
Ökonomie &
Gesundheit

Schriftleitung Christian Kopetzki

Redaktion Gerhard Aigner, Erwin Bernat, Daniel Ennöckl, Meinhild Hausreither,
Thomas Holzgruber, Dietmar Jahnel, Matthias Neumayr, Magdalena Pöschl,
Reinhard Resch, Hannes Schütz, Lukas Stärker, Karl Stöger,
Felix Wallner, Johannes Zahrl

April 2022

02

85 – 124

Beiträge

Das neue Sterbeverfügungsgesetz

Gloria Burda ➔ 88

COVID-19 im Alten- und Pflegeheim: Das Präventionskonzept
und seine Grenzen (II) Karl Stöger ➔ 93

Arzneimittelabgabe durch Apothekenautomaten

Gerhard W. Huber und Jakob Dietrich ➔ 99

Ablehnung von Fremdblut und Organtransplantation

Wolfgang Heissenberger ➔ 107

Gesetzgebung und Verwaltung

COVID-19-Update ➔ 110

Rechtsprechung

Keine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zur Überprüfung
von Absonderungen Christian Kopetzki ➔ 115

Leitsätze

Rechtsnatur und Rechtsschutz von mit dem Dachverband
abgeschlossenen Preismodellen Gisela Ernst ➔ 118

Ökonomie & Gesundheit

Die Feststellung des rechtlich gebotenen Behandlungsniveaus
in Krankenanstalten und die Rolle von „Boards“

Georg Lienbacher und Matthias Lukan ➔ Ö&G 2

Wert von Innovation im Gesundheitswesen

Thomas Czypionka und Barbara Stacherl ➔ Ö&G 14

Arzneimittelabgabe durch Apothekenautomaten

Seit Dezember 2020 gibt es in Deutschland mit § 17 Abs 1 b Apothekenbetriebsordnung (dApoBetrO) eine Bestimmung, die die Arzneimittelabgabe durch Apothekenautomaten¹⁾ unter bestimmten Voraussetzungen zulässt. Eine vergleichbare Bestimmung fehlt in Österreich, ebenso wenig finden sich heimische veröffentlichte Entscheidungen zu diesem Thema. Der Beitrag geht der Frage nach, ob bzw unter welchen Voraussetzungen diese Abgabeform auch in Österreich nach der geltenden Rechtslage zulässig ist.

Von Gerhard W. Huber und Jakob Dietrich

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Rechtliche Rahmenbedingungen
- C. Grundsätze der Arzneimittelabgabe
- D. Rechtliche Problemfelder
 1. Selbstbedienungs-/Automatenverbot
 - a) Selbstbedienungsverbot
 - b) Automatenverbot
 2. Arzneimittelabgabe ausschließlich *in* der Offizin?
 3. Telemedizinische Beratung
 4. Telemedizinische Beratung durch dritte Apotheker?
 5. Beratung und Arzneimittelabgabe über Apothekenautomaten außerhalb der Öffnungszeiten?
 - a) Gesundheitsschutz der Kunden
 - b) Verstoß gegen die Betriebszeiten durch eine Automatenabgabe?
 6. Automatenabgabe als Fernabsatz?
 7. Zusammenfassung und Ausblick

A. Einleitung

Im jüngst ergangenen DM-Erk²⁾ hielt der VfGH am Apothekenvorbehalt für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel zu Lasten einer Öffnung für den Drogehandel fest und bekräftigte dabei auch das Selbstbedienungs-/Automatenverbot für derartige Arzneimittel. Ungeachtet dessen sind innovative Versorgungsformen im Gesundheitsbereich, insb iZm Telemedizin, auf dem Vormarsch und werden von der anhaltenden Corona-Pandemie beflügelt.³⁾

Sieht man sich in der heimischen Apothekenlandschaft um, fallen Automaten auf, mit denen rund um die Uhr Produkte aus dem Apothekenebensortiment (Schmerz-, Wund- und Hämorrhoidensalben, Kopfwahl- und Schlafmittel, Nasentropfen, Gurgellösungen usw) abgegeben werden. In einem kürzlich erschienenen Beitrag widmete sich *Dungl*⁴⁾ umfassend der Abgabe von Arzneimitteln außerhalb der Offizin und dabei ua der Abholung vorbestellter verschreibungspflichtiger Arzneimittel. Auch die eingangs erwähnte E des VfGH liefert relevante Ergebnisse zu diesem The-

ma. Die nach der geltenden heimischen Rechtslage bestehenden Möglichkeiten einer nicht an Öffnungszeiten gebundenen, telemedizinisch beratenen „Automatenabgabe“ von Arzneimitteln, kombiniert mit einer (sofern notwendig) telemedizinischen ärztlichen Verschreibung und elektronischen Übermittlung eines e-Rezepts (eMedikation), sohin einer weitgehend ohne unmittelbare persönliche Kontakte auskommenden Arzneimittelbeschaffung, werden im Folgenden beleuchtet. Einiges lässt sich dabei aus der in diesem Zusammenhang teilweise fortgeschritteneren dt Gesetzgebung,⁵⁾ Rsp und Lehre ableiten.

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

Das Apothekengesetz (ApG) enthält keine unmittelbaren Vorgaben für die Arzneimittelabgabe und die Ausgestaltung der Betriebsräume einer Apotheke.⁶⁾ Diese finden sich in der Apothekenbetriebsordnung 2005 (ABO 2005): § 10 dieser V⁷⁾ enthält die Pflicht des Apothekers, seine Kunden und andere Anwender von Arzneimitteln unmittelbar zu informieren und zu beraten (Arzneimittelsicherheit), nach § 11 ABO 2005⁸⁾ dürfen Arzneimittel nur in der Offizin abgegeben werden, wobei es Ausnahmen für apothekeneigene Zustelleinrichtungen gibt. Ausnahmeregelungen für die Arzneimittelabgabe an immobile Alten- und Pflegeheimbewohner sehen §§ 10a und 11 Abs 2 ABO 2005 vor (Zustellung und Abholung); § 13 ABO

1) Die Diktion „Automat“ soll den technischen, aber nur tw ohne menschliche Interaktion stattfindenden Ablauf bei der Arzneimittelabgabe zum Ausdruck bringen.

2) VfGH 3. 3. 2021, V 75/2019 ua RdM 2021/294; s dazu die Glosse von *Steinböck*, Apothekenvorbehalt auch bei nicht rezeptpflichtigen Arzneimitteln verfassungskonform, RdM 2021, 155.

3) Siehe auch *Dungl*, Abgabe von Arzneimitteln außerhalb der Offizin, RdM 2021, 60.

4) *Dungl*, RdM 2021, 60.

5) In der Folge werden die dt Rechtsvorschriften mit dApoBetrO (dt Apothekenbetriebsordnung) und dAMG (dt Arzneimittelgesetz) abgekürzt.

6) § 6 ApG schreibt lediglich vor, dass die Räume einer Apotheke den Anforderungen entsprechen müssen, welche mit Rücksicht auf die Bedeutung eines klaglosen Betriebs der Apotheken für die öffentliche Sanitätspflege geboten sind. Die Regelung des Apothekenbetriebs hat gem § 7 im Verordnungsweg zu erfolgen.

7) Vergleichbar § 20 dApoBetrO.

8) Vgl § 17 Abs 1 a dApoBetrO.

RdM 2022/131

§§ 10, 11 ABO 2005

VfGH 3. 3. 2021, V 75/2019 ua

Arzneimittelabgabe;

Apothekenautomat;

Selbstbedienung

2005⁹⁾ enthält wichtige Bestimmungen iZm der Ausstellung von Rezepten/Verschreibungen (Missbrauch, Irrtum). Schließlich regeln §§ 26f ABO 2005¹⁰⁾ die Beschaffenheit und Einrichtung der Betriebsräume und va der Offizin als jenen Ort, der der Lagerung und Abgabe von Arzneimitteln und sonstigen Apothekenwaren, der Beratung und Information der Kunden und der Erbringung von Dienstleistungen dient.

Die Apothekerberufsordnung¹¹⁾ enthält mit § 4 (Information und Beratung) eine § 10 ABO 2005 nachempfundene Bestimmung. § 18 Abs 3 Z 11 ApothekerberufsO verbietet die Anpreisung eines Abhol- oder Zustelldienstes, sofern nicht im Einzelfall oder generell eine Genehmigung der Apothekerkammer vorliegt. Anders als die von der ApothekerberufsO abgelösten (§ 25 Abs 2 ApothekerberufsO) „Feststellungen der Berufssitte“ des Apothekerstands¹²⁾ enthält die ApothekerberufsO für den Betrieb eines Abhol- oder Zustelldienstes hingegen keine Genehmigungspflicht.¹³⁾ § 21 Abs 1 Z 4 ApothekerberufsO verbietet die Belieferung von Personen mit Arzneimitteln zum Zweck des Verkaufs durch Automaten. Ein Verbot, Arzneimittel in Selbstbedienung oder durch Fernabsatz abzugeben, enthält § 59 Abs 9 AMG¹⁴⁾ und für Tätigkeiten, die der GewO unterliegen (also gem § 2 Abs 1 Z 11 GewO keine Apotheken), § 52 Abs 2 GewO 1994 („Automatenverbot“) sowie § 2 der V über die äußere Geschäftsbezeichnung und über Ausübungsvorschriften für das Drogistengewerbe.

Wenngleich dieser Beitrag die österr Rechtslage behandelt, ist, weil thematisch unmittelbar einschlägig, § 17 Abs 1 b dApoBetrO idF dBGBI I 2020, 2871 hervorzuheben, der „automatisierte Ausgabestationen“ unter gewissen Voraussetzungen zulässt. Es stellt sich die Frage, ob es auch in Österreich (bei ähnlicher Rechtslage) einer derartigen Bestimmung bedürfte, um die Automatenabgabe von Arzneimitteln zu ermöglichen oder ob bereits die geltende Rechtslage ausreicht.

C. Grundsätze der Arzneimittelabgabe

Dungl¹⁵⁾ führt in diesem Zusammenhang unter Verweis auf Rsp des EuGH (C-322/01, *Doc Morris*) zutreffend den Gesundheitsschutz an und dass bei der Arzneimittelabgabe gewisse Liberalisierungstendenzen zu erkennen seien, was insb den Versandhandel betreffe. Teil dieses Gesundheitsschutzes ist, was die Information und Beratung bei der und die Arzneimittelabgabe an sich betrifft, die Arzneimittelsicherheit und sachgerechte Anwendung,¹⁶⁾ wozu auch Missbrauchs- und Fälschungsschutz zählen.¹⁷⁾ Ebenfalls dem Gesundheitsschutz der Kunden dienend ist die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung (§ 1 Abs 1 ABO 2005)¹⁸⁾ zu nennen, die insb im strengen Gebiets-/Konkurrenzschutz von Apotheken zum Ausdruck kommt.¹⁹⁾ Diese Grundsätze sind bei der Auslegung und Anwendung der angeführten Vorschriften zu beachten.

D. Rechtliche Problemfelder

Im Folgenden werden einige rechtliche Themen aufgezeigt, die sich für Apothekenautomaten aus der gelten-

den Rechtslage und den Grundsätzen der Arzneimittelabgabe ergeben. Auf die erforderliche technische Ausgestaltung wird nicht gesondert eingegangen, wobei hervorzuheben ist, dass sich gerade die eMedikation iSd § 20a GesundheitstelematikG 2012 idF BGBl I 2021/34, also die – sichere – elektronische Übermittlung eines eRezepts vom behandelnden Arzt an den Apotheker oder das Abrufen eines Rezepts mittels e-card²⁰⁾ für diese Versorgungsform eignet. Selbstverständlich hat ein Apothekenautomat bzw der ihn bedienende Apotheker den Vorschriften der ABO 2005, insb zur Lagerung (§ 5), Dokumentation (§ 8), Rezeptpflicht (§ 13), Verschreibung (§§ 14ff) und zu den Betriebsräumen (§§ 25ff), zu entsprechen.

1. Selbstbedienungs-/Automatenverbot

a) Selbstbedienungsverbot

Zunächst ist zu klären, was mit einem Selbstbedienungs-/Automatenverbot gemeint ist und inwiefern es die eingangs beschriebene Abgabeform überhaupt betrifft. Nach Auffassung des VfGH²¹⁾ beschreibt der Begriff „Selbstbedienung“ iSd § 59 Abs 9 AMG nach dem allgemeinen Sprachgebrauch eine Verkaufssituation, in der die Kunden die gewünschte Ware aus dem Regal selbst entnehmen können, egal ob diese Art der Arzneimittelabgabe durch Apotheken, Drogisten oder andere Gewerbetreibende erfolgt.²²⁾ Mit Selbstbedienung, wie sie der VfGH versteht, ist zudem eine Arzneimittelabgabe gemeint, bei der *keine Beratung* stattfindet. Schon der Wortlaut „Selbst“-Bedienung impli-

9) Vgl § 17 Abs 5 dApoBetrO.

10) Vgl § 4 dApoBetrO.

11) Eine von der Delegiertenversammlung der Österreichischen Apothekerkammer gem § 25 ApothekerkammerG im eigenen Wirkungsbereich erlassene V.

12) Siehe zur alten Rechtslage VfGH 11. 3. 2009, B 1418/07.

13) *Dungl*, RdM 2021, 60 (63).

14) Vgl § 52 dAMG; die Mat zum Verbot im österr AMG (RV 823 BlgNR 17. GP 23) verweisen auf die ältere Bestimmung in der GewO.

15) In RdM 2021, 60.

16) VfGH 3. 3. 2021, V 75/2019 ua Rz 120; Online-Kommentar der Österreichischen Apothekerkammer zur ABO 2005 § 10 Anm 1 (www.apothekerkammer.at/infotek/rechtliche-informationen/apothekengesetz/apothekenbetriebsordnung-2005-abo-2005 [zuletzt abgerufen am 2. 8. 2021]).

17) *Dungl*, RdM 2021, 60 (61); s zur dt Rechtslage auch *Wesser/Saalfank*, Zulässigkeit einer Arzneimittelabgabe über ein „Abgabeterminale mit Videoberatung“? *MedR* 2018, 21 (22), mit Verweis auf das zum dt Selbstbedienungsverbot ergangene instruktive Urteil des dBVerwG v 18. 10. 2012, 3 C 25.11 Rz 15.

18) VfGH 3. 3. 2021, V 75/2019 ua, Rz 87; *Schwabl* in *Neumayr/Resch/Wallner* (Hrsg), *Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht* (2016) § 7 Rz 6 ApG.

19) § 1 Abs 1 ABO 2005; § 10a Z 1 ABOKomm; *Dungl*, RdM 2021, 60 (61).

20) Siehe die Zusatzvereinbarung zum Gesamtvertrag gem §§ 348a ff ASVG, § 181 BSVG, § 193 GSVG und § 128 B-KUVG, abgeschlossen zwischen der Österreichischen Apothekerkammer und dem Hauptverband der österr Sozialversicherungsträger betreffend die Verwendung von e-Rezept v 22. 8. 2018, (https://www.apothekerkammer.at/fileadmin/Rechtsbereiche/Zusatzvereinbarung_e-Rezept.pdf [zuletzt abgerufen am 30. 7. 2021]); ebenso die OTS-Aussendung des Dachverbandes der Sozialversicherungsträger v 3. 1. 2021 „Startschuss für das E-Rezept“ (https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20210103_OTS0004/startschuss-fuer-das-e-rezept [zuletzt abgerufen am 30. 7. 2021]).

21) VfGH 3. 3. 2021, V 75/2019 ua Rz 31.

22) Siehe ebenfalls dBVerwG 18. 10. 2012, 3 C 25.11 Rz 10, das sich ebenfalls auf Selbstbedienung im Verkaufsraum der Apotheke bezieht.

ziert, dass bei der Auswahl des Arzneimittels kein anderer als der Kunde beteiligt ist, und auch der VfGH²³⁾ führt aus, dass das Verbot der Abgabe nicht rezeptpflichtiger Arzneimittel in Selbstbedienung dazu diene, eine hinreichende Beratung der Konsumenten durch qualifiziertes pharmazeutisches Personal sicherzustellen.²⁴⁾ Aus den Erläut²⁵⁾ zu § 59 Abs 9 AMG folgt, dass Selbstbedienung einen weitgehend gleichen Bedeutungsgehalt wie Automatenabgabe iSd § 52 Abs 2 GewO hat: „Das Verbot der Abgabe von Arzneimitteln in Selbstbedienung lässt sich zwar aus gewerberechtlichen Regelungen ableiten,²⁶⁾ eine eindeutige Bestimmung erschien aber auch im Rahmen des Arzneimittelrechts zweckmäßig.“ Nach den Erläut²⁷⁾ zu § 52 Abs 2 GewO liegt diese Bestimmung wiederum im Interesse der Volksgesundheit und will verhindern, dass die medizinisch oft weniger kundigen Käufer Heilmittel erwerben können, die vom gesundheitlichen Standpunkt völlig unbrauchbar und sogar schädlich sein können. Auch daraus lässt sich ableiten, dass das Selbstbedienungsverbot des AMG nur Abgabevorgänge *ohne* vorherige Beratung betrifft, weil diese eine schlechte/gesundheitsschädliche Kaufentscheidung gerade verhindert.

Es lässt sich daher festhalten, dass § 59 Abs 9 AMG einem „Apothekenautomaten“ nur dann entgegensteht, wenn keine vorherige Beratung erfolgt.²⁸⁾ Demgegenüber vertritt die Apothekerkammer die Auffassung, dass aufgrund der klaren rechtlichen Vorgaben (Verweis auf § 59 Abs 9 AMG; § 10 Abs 2 und § 11 ABO 2005) derzeit auch ein ausnahmsweiser Einsatz von Automaten/Abholtresoren für die Arzneimittelabgabe außerhalb der Apothekenöffnungszeiten, etwa in jenen Fällen nicht möglich sei, in welchen der Kunde persönlich in die Apotheke komme, die notwendige Beratung erhalte, das Arzneimittel aber nicht lagernd sei oder erst zubereitet werden müsse.²⁹⁾ Die Grundsätze einer sicheren Arzneimittelabgabe verlangen dieses Begriffsverständnis von „Selbstbedienung“ nicht: Wird nach vorangegangener (sogar persönlicher) Beratung ein gerade nicht lagerndes Arzneimittel in einem Automaten zur Abholung bereitgestellt, das den Anforderungen der Arzneimittelsicherheit entspricht (Temperatur, Schutz vor unbefugten Zugriffen usw.), ist der über allem stehende Gesundheitsschutz genauso gewährleistet wie bei einer sofortigen persönlichen Abgabe.³⁰⁾

b) Automatenverbot

Das Automatenverbot des § 52 GewO bezieht sich nur auf den (eingeschränkt³¹⁾) außerhalb von Apotheken gestatteten Verkauf von Arzneimitteln³²⁾ und betrifft nach den erläuternden Bemerkungen zu dieser Bestimmung nur Automaten, die dazu bestimmt sind, von den Kunden selbst bedient zu werden.³³⁾ Außerdem heißt es, dass Automaten über eine technische Einrichtung verfügen müssen, die die Ware erst nach Bedienung und/oder Bezahlung durch den Kunden freigibt, sodass zB Verkaufsstände nicht erfasst sind.³⁴⁾ Die Bestimmung des § 52 GewO regelt überdies nur den Betrieb von Automaten außerhalb der Betriebsstätte des Gewerbetreibenden, während Automaten innerhalb der Betriebsstätte nicht erfasst sind.³⁵⁾

Der Unterschied zwischen dem Automaten- (§ 52 Abs 2 GewO 1973) und Selbstbedienungsverbot (§ 59 Abs 9 AMG) besteht somit jedenfalls darin, dass Ersteres keine Apotheken und technische Automaten im Innenbereich erfasst,³⁶⁾ während sich Zweiteres auch auf das untechnische Herausnehmen eines Arzneimittels aus dem Apothekenregal bezieht. Der allgemeine Sprachgebrauch und der Verweis in den Gesetzesmaterialien zu § 59 Abs 9 AMG auf das Automatenverbot der GewO legen wiederum nahe, dass Selbstbedienung iSd AMG nicht nur die Arzneimittelabgabe nach Entnahme aus dem Apothekenregal (s VfGH D.1.a), sondern auch die (beratungslose) Arzneimittelabgabe über Automaten im Außenbereich einer Apotheke meint.

2. Arzneimittelabgabe ausschließlich in der Offizin?

In einem nächsten Schritt ist zu klären, ob Arzneimittel tatsächlich nur in der Offizin, also im Innenbereich einer Apotheke, abgegeben werden dürfen, wie dies § 11 Abs 1 Satz 1 ABO 2005 auf den ersten Blick nahelegt. Nach § 28 Abs 1 ABO 2005 dient die Offizin zur Lagerung und Abgabe von Arzneimitteln und sonstigen Apothekenwaren, zur Beratung und Information der Kunden und zur Erbringung von Dienstleistungen; sie kann somit auch als Verkaufsraum bezeichnet werden. Denkt man an die zweifellos zulässige Arzneimittelabgabe durch den Nachtschalter von *innerhalb* der Offizin an einen außerhalb der Apotheke befindlichen Kunden, wird klar, dass Arzneimittel immer dann „in der Offizin“ abgegeben werden, wenn sie sich unmittelbar vor der Übernahme durch den Kunden noch innerhalb derselben befunden haben. Diese Auslegung hat den Gesetzeswortlaut (§ 11 Abs 1 Satz 1 ABO 2005) für sich, der auf die Abgabe des Arzneimittels durch den Apotheker und nicht auf dessen Übernahme durch den Kunden abstellt. Die Österreichische Apothekerkammer vertritt dazu einen restriktiveren Standpunkt und sieht in der Einrichtung eines Autoschalters

23) VfGH 3. 3. 2021, V 75/2019 ua Rz 118.

24) Auch nach § 17 Abs 1 b dApoBetrO muss vor der Arzneimittelabgabe eine Beratung stattgefunden haben.

25) RV 823 BlgNR 17. GP 23.

26) Damit war offensichtlich das bereits damals geltende Automatenverbot für Arzneimittel (§ 52 Abs 2 GewO 1973 idF BGBl 1974/50) gemeint.

27) RV 395 BlgNR 13. GP 149.

28) Siehe aber § 10 Abs 1 und 2 ABO 2005, welche lediglich die *Möglichkeit* einer Beratung fordern, bzw wenn dies aus Gründen der Arzneimittelsicherheit notwendig ist, die Abgabe des Arzneimittels eine Beratung erforderlich macht oder eine Beratung verlangt wird, ebenso § 5 der FernabsatzV.

29) ABOKomm § 11 Anm 5.

30) Siehe auch dBVerwG 24. 6. 2010, 3 C 30.09 Rz 32, und die Ausführungen unter D.2.

31) Siehe § 59 Abs 3 und 5 AMG.

32) Forster in *Ennöckl/Raschauer/Wessely* (Hrsg), GewO (2015) § 52 Rz 11.

33) RV 395 BlgNR 13. GP 149; s auch *Hanusch*, Kommentar zur GewO (4. Lfg) § 52 Rz 1, sowie *Forster in Ennöckl/Raschauer/Wessely* (Hrsg), GewO § 52 Rz 6.

34) *Hanusch*, Kommentar zur GewO (4. Lfg) § 52 Rz 1; *Forster in Ennöckl/Raschauer/Wessely* (Hrsg), GewO § 52 Rz 2; *Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO⁷ (17. Lfg) § 52 Anm 9.

35) *Forster in Ennöckl/Raschauer/Wessely* (Hrsg), GewO § 52 Rz 5.

36) Auch dann nicht, wenn diese im Innenbereich, aber mit Zugriff für den Außenbereich angebracht sind, s *Forster in Ennöckl/Raschauer/Wessely* (Hrsg), GewO § 52 Rz 5.

(„Drive in“) einen Widerspruch zu § 11 Abs 1 Satz 1 ABO 2005.³⁷⁾ Die zu diesem Sachverhalt bei vergleichbarer Rechtslage ergangene Rsp des dBVerwG,³⁸⁾ das die Abgabeform für zulässig erachtet, hält sie offenbar für nicht anwendbar.

Die Rechtslage ist aber vergleichbar, weil auch in Deutschland nach § 17 Abs 1a dApoBetrO Arzneimittel, außer im Falle des Versandhandels, nur in den Apothekenbetriebsräumen in den Verkehr gebracht werden dürfen und durften. Das dBVerwG³⁹⁾ begründete die Zulässigkeit des Autoschalters mit dem mittlerweile zulässigen Versandhandel von Arzneimitteln, welche Rsp mit Urteil des dBVerwG v 24. 6. 2010, 3 C 30.09, betreffend ein Abgabeterminal, bestätigt wurde, das, jedenfalls örtlich, für zulässig befunden wurde.⁴⁰⁾

Zwar dürfen österr Apotheken, anders als die dt, nur nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel versenden, doch spielt dieser Umstand für die örtliche Arzneimittelabgabe keine Rolle. Wie unter C. angeführt, soll mit den Vorschriften zur Arzneimittelabgabe in erster Linie die Gesundheit der Kunden geschützt werden, was eine ausreichende Information und Beratung erfordert. Diese Beratung findet aber unabhängig davon statt, ob es sich um ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel handelt oder nicht (§ 10 ABO 2005; § 4 ApothekerberufsO). Das Überreichen und Überprüfen einer Verschreibung durch einen an der Apothekenwand angebrachten Schalter (oder Nachtschalter) funktioniert genauso gut wie über die Ladentheke, weshalb der einzig relevante Unterschied zwischen den beiden Arten von Arzneimitteln die potentiell höhere Gesundheitsgefahr, die die Einnahme verschreibungspflichtiger Arzneimittel birgt (s § 1 Abs 1 RezeptpflichtG), sein kann. Da aber die Einnahme von Arzneimitteln vom Apotheker in den seltensten Fällen überwacht wird, lässt sich die dt Rechtslage mit der österr vergleichen, sodass kein Grund ersichtlich ist, weshalb in Österreich entgegen den beiden Urteilen des dBVerwG bei zulässigem Versand von Arzneimitteln deren Abgabe ausschließlich in der Offizin zulässig sein sollte. Weitere Argumente für eine zulässige Arzneimittelabgabe auch außerhalb der Offizin sind die Zustellung von Arzneimitteln im Rahmen apotheken-eigener Zustelleinrichtungen (§ 8a ApG) und deren zulässige⁴¹⁾ Abholung auch durch Dritte, zB bei immobilen Patienten, wenngleich es sich hierbei um Ausnahmen der Arzneimittelabgabe handelt. All dies gilt aber nur bei Einhaltung der erforderlichen Arzneimittelsicherheit, was einen räumlichen Zusammenhang des Apothekenautomaten zur Offizin erfordern würde (s auch § 17 Abs 1b dApoBetrO⁴²⁾). In Frage kommt daher die Anbringung an der Außenwand der Apotheke.⁴³⁾

3. Telemedizinische Beratung

Inwieweit eine ärztliche Untersuchung zur Verschreibung eines Arzneimittels mithilfe telemedizinischer Anwendungen rechtlich zulässig ist, wird an dieser Stelle nicht vertiefend behandelt. Wallner⁴⁴⁾ und Aigner⁴⁵⁾ (statt vieler anderer⁴⁶⁾) folgend ist davon auszugehen, dass es kein allgemeines Verbot telemedizinischer

Behandlungen gibt, sondern dass es eine Frage der medizinisch-fachlichen Beurteilung ist, ob eine Untersuchungsmethode zur Diagnosefindung und Therapie ein persönliches Zusammentreffen von Arzt und Patient erfordert. Mit Fortschreiten der technischen Möglichkeiten (hochauflösende Kameras, vollautomatische Untersuchungsmethoden) erweitert sich auch der Anwendungsbereich telemedizinischer Behandlungen. Zutreffend hielt der UVS Wien bereits 2012 ärztliche Verschreibungen – auch bei unbekanntem Patienten – ohne persönlichen unmittelbaren Patientenkontakt für zulässig, weil ein erstattetes Gutachten ergab, dass dies *lege artis* war.⁴⁷⁾

Dasselbe gilt umso mehr für den Einsatz von Telemedizin im Apothekenbereich, ist ein Apotheker doch anders als ein Arzt auf eine körperliche Untersuchung seiner Kunden, die das stärkste Argument gegen eine Fernbehandlung wäre, nicht angewiesen. Seine Tätigkeit im Kundenkontakt ist in erster Linie eine beratende, wobei es idR ausreicht, Kunden auf die Gebrauchsinformation zu verweisen, sofern sich nicht aus konkreten Umständen ein weitergehender Informationsbedarf ableiten lässt.⁴⁸⁾ Dies erfordert kaum eine unmittelbare örtliche Nähe. Daran ändert auch § 10 Abs 2 ABO 2005 nichts, der besagt, dass die Möglichkeit der unmittelbaren persönlichen Beratung und Information durch einen Apotheker bei jeder Arzneimittelabgabe gegeben sein muss. Die Bestimmung ist vergleichbar mit § 49 Abs 2 ÄrzteG 1998, welcher ebenfalls eine persönliche und unmittelbare Berufsausübung fordert und zu der die hA eben vertritt, dass – sofern fachlich-medizinisch vertretbar – auch Fernbehandlungen stattfinden dür-

37) § 11 Anm 2 ABOKomm; ebenso Schwabl, GmndKomm § 7 Rz 15 ApG.

38) dBVerwG 14. 4. 2005, 3 C 9.04; s auch dBVerwG 24. 6. 2010, 3 C 30.09.

39) Urteil v 14. 4. 2005, 3 C 9.04.

40) Diese Form der Arzneimittelabgabe wurde aufgrund unzureichend eingehaltener Dokumentationspflichten und anderer Verstöße gegen die dApoBetrO untersagt.

41) OGH 18. 10. 2012, 4 Ob 158/12g.

42) BT-Drs 19/21732, 25: „Automatisierte Ausgabestationen sind nur zulässig, wenn die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung mit wirksamen und sicheren Arzneimitteln durch sie nicht gefährdet wird. Aus diesem Grund ist vorgesehen, dass eine automatisierte Ausgabestation sich in den Betriebsräumen einer Apotheke befinden und nur durch diese bestückt und nur durch diese als automatisierte Ausgabestation genutzt werden darf. Dies stellt die Verantwortlichkeit der Apothekenleiterin oder des Apothekenleiters für den Betrieb und die Bestückung der Ausgabestation eindeutig sicher. Der Betrieb der Ausgabestation innerhalb der Betriebsräume ist zudem für die Gewährleistung der Wirksamkeit, Unbedenklichkeit und pharmazeutischen Qualität der Arzneimittel erforderlich.“

43) Siehe zur dt Rechtslage auch Wesser/Saalfrank, MedR 2018, 21 (25).

44) Wallner, Rechtliche Perspektiven zur Absicherung des Einsatzes telemedizinischer Methoden, ZGP 2/2020, 26 (28).

45) Aigner, Telemedizin und ärztliches Berufsrecht, in FS Kopetzki (2019) 4, 10.

46) ZB Kary, Online-Krankschreibung, Rezept ohne Arztbesuch: Geht das? Die Presse 13. 2. 2020.

47) UVS Wien 30. 1. 2012, UVS-06/9/2829/2010–23, zitiert nach Aigner, Telemedizin, FS Kopetzki 6.

48) Online-Kommentar der Österreichischen Apothekerkammer zur ApothekerberufsO § 4 Anm 1 mit Verweis auf die Erläuterungen zur ABO 2005 (<https://www.apothekerkammer.at/infothek/rechtliche-informationen/apothekerkammer-und-apothekerberufsrecht/berufsordnung> [zuletzt abgerufen am 2. 8. 2021]).

fen.⁴⁹⁾ Einen zuverlässigen Beweis dafür, dass es für Telemedizin bei der Beratung durch Apotheker einen breiten Anwendungsbereich gibt, liefert nicht zuletzt § 17 Abs 1b Z 2 dApoBetrO.

4. Telemedizinische Beratung durch dritte Apotheker?

Eine iS einer bestmöglichen Kundenversorgung rund um die Uhr erreichbare (erforderliche, s § 10 Abs 1 und 2 ABO 2005) Beratung durch einen Apotheker ließe sich wirtschaftlich nur durch eine Vielzahl an Apotheken betreiben, die für ihre Kunden die Beratung eines externen Bereitschaftsapothekers in Anspruch nehmen. Wenngleich § 10 Abs 2 ABO 2005 nur die unmittelbare persönliche Beratung und Information durch *einen* (und keinen bestimmten) Apotheker erfordert, konfligiert dieses Modell mit § 4 ApG, § 2 ABO 2005 und § 10 Abs 2 der ApothekerberufsO, die eine Pflicht zur persönlichen Leitung der Apotheke durch den Konzessionsinhabenden Apotheker vorsehen. Nach den Mat zu § 4 ApG ist persönliche Leitung gegeben, wenn der Leiter seine Leitungskompetenzen selbst wahrnimmt und er die wesentlichen Betriebsvorgänge durch eigenes Handeln oder durch seine Entscheidungen und Anweisungen maßgeblich bestimmt sowie den Betrieb laufend überwacht. Dazu gehört auch die Aufsicht über die Apothekenmitarbeiter. Der Konzessionsinhaber muss in der Leitung der Apotheke selbständig und unabhängig sein, die rechtliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht im Apothekenunternehmen haben, um sämtliche für die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung notwendigen Maßnahmen durchführen zu können.⁵⁰⁾ § 5 Abs 5 der Fernabsatz-V⁵¹⁾ verlangt zudem, dass eine in gewissen Fällen (Arzneimittelsicherheit) erforderliche Beratung des Kunden vor Versendung einer Humanarzneispezialität durch einen Apotheker *der versendenden Apotheke* stattfindet. Die Auslagerung der Beratungsleistung an eine Gesellschaft hielt das dBVerwG⁵²⁾ trotz umfassender Weisungsbefugnisse des Apothekenleiters an die jeweils tätigen Beratungsapotheker (allerdings ohne direkte Vertragsbeziehung) für unzulässig.

Das Problem fehlender persönlicher Leitungsbefugnis dürfte jedenfalls dann nicht bestehen, wenn ein ausgebildeter Apotheker etwa fallweise per freiem Dienstvertrag oder ständig per Dienstvertrag von der rund um die Uhr erreichbaren Apotheke herangezogen/beschäftigt wird. Bei einer solchen Person halten sich die fachlichen Aufsichtspflichten in Grenzen.⁵³⁾ Der mit der Apotheke in direktem Vertragsverhältnis stehende Beratungsapotheker wäre freilich persönlich auszuwählen, damit dessen Eignung überprüft werden kann. Weitergehende Kontakte mit diesem könnten aber dann im elektronischen Weg (im besten Fall mittels Videokonferenz) stattfinden. Sollten auf diese Weise Qualitätsmängel hervorkommen, stehen dem Apothekenleiter alle (arbeits)vertraglichen Möglichkeiten zur Verfügung, um sicherzustellen, dass insb die in § 2 Abs 3 ABO 2005 angeführten Pflichten eingehalten werden. Für allfällige Schadenersatzansprüche würde ebenfalls der Apothekenleiter direkt nach dieser Be-

stimmung haften, sodass kein Rechtsschutzdefizit für den Kunden besteht. Sollte zudem außerhalb der Öffnungszeiten Personal zur Anwendung kommen, das ständig telemedizinische Beratungsleistungen erbringt, könnte mit der dadurch steigenden Erfahrung auch die Qualität der Beratung erhöht werden.

Ob der Einsatz von Beratungsapothekern, die etwa über eine Vermittlungsagentur gestellt werden und mit denen der Apothekenleiter kein direktes Vertragsverhältnis hat, in jedem Fall gegen die Pflicht zur persönlichen Leitung verstößt, ist fraglich. Durchaus vorstellbar wären Weisungs- und sofortige Auflösungsrechte, die dem Apothekenleiter von der Vermittlungsagentur vertraglich eingeräumt werden, sofern sie ihm eine gleichwertige rechtliche Verfügungsmacht geben, wie sie bei direkter Vertragsbeziehung zum Beratungsapotheker bestünde.

5. Beratung und Arzneimittelabgabe über Apothekenautomaten außerhalb der Öffnungszeiten?

Zwei Konfliktfelder tun sich hier auf. Zum einen geht es um den Gesundheitsschutz der Kunden, der – ungeachtet der fortgeschrittenen telemedizinischen Möglichkeiten – durch eine Beratung „face-to-face“ sicher optimal gewährleistet wird. Zum anderen spielt der Konkurrenzschutz eine Rolle, der gerade in Österreich in Gestalt eines Gebietsschutzes/Konzessionssystems (§§ 9ff ApG) besonders hochgehalten wird⁵⁴⁾ und eine bestmögliche Heilmittelversorgung der Bevölkerung sicherstellen soll.⁵⁵⁾

a) Gesundheitsschutz der Kunden

Das bereits mehrfach zitierte dBVerwG⁵⁶⁾ erachtete die Arzneimittelabgabe über ein Terminal, das eine Video- und Audioverbindung zur Beratung durch einen Apotheker herstellen konnte, als einen Verstoß gegen die Pflicht eines Apothekers zur Information und Beratung, sofern dies außerhalb der Öffnungszeiten erfolge. Begründet wurde dies im Wesentlichen mit einer fehlenden Auswahl zwischen „face-to-face“- oder Videoberatung, insb in dringenden Fällen.

Eingeschränkte Entscheidungsfreiheit bei einer Beratung und Arzneimittelabgabe mittels Apothekenautomat außerhalb der Öffnungszeiten besteht aber jedenfalls in Österreich nicht bzw nicht in einem Ausmaß, das einen Verstoß gegen § 10 ABO 2005 und § 4

49) Wallner, Rechtliche Perspektiven zur Absicherung des Einsatzes telemedizinischer Methoden, ZGP 2/2020, 26 (28); s aber zur dt Rechtslage Wesser/Saalfrank, Zulässigkeit einer Arzneimittelabgabe über ein „Abgabeterminal mit Videoberatung“? MedR 2018, 21 (23), die die Abgabe „face to face“ als den international anerkannten pharmazeutischen Standard ansehen.

50) RV 760 BlgNR 18. GP 5; s auch Schwabl, GmundKomm § 4 Rz 4 ApG.

51) V der BM für Gesundheit über die Abgabe von Humanarzneispezialitäten durch Fernabsatz idF BGBl II 2015/105.

52) Urteil v 24. 6. 2010, 3 C 30.09.

53) So heißt es auch nach den Erläut zu § 2 ABO 2005, zitiert nach ABOKomm § 2 Rz 5, dass das Ausmaß der Aufsichtspflicht vom Ausbildungsstand (bei Aspiranten höheres Ausmaß der Kontrolle erforderlich) und der Erfahrung der Beschäftigten abhängt.

54) Zu den konzessionierten Apotheken Schwabl, GmundKomm §§ 9ff ApG.

55) VfGH 2. 3. 1998, G 37/97.

56) Urteil v 24. 6. 2010, 3 C 30.09.

ApothekerberufsO bedeuten würde. Sofern ein Kunde tatsächlich akut ein Arzneimittel braucht und nicht – wie in einer sicher nicht zu unterschätzenden Anzahl an Fällen – schlicht den Service flexiblerer Dienstleistungen schätzt, besteht für ihn die Möglichkeit, eine den Bereitschaftsdienst versiehende Apotheke (§ 8 ApG) aufzusuchen und sich dort persönlich beraten zu lassen. Sofern er aber in Ausübung seines freien Apothekenwahlrechts (§ 350 Abs 4 ASVG) die Apotheke mit einem Apothekenautomaten aufsucht, weil diese zB näher liegt als jene in Dienstbereitschaft, entscheidet er sich selbstbestimmt für diesen Komfort und ist bereit, allenfalls bestehende (s aber D.4.) Qualitätsnachteile hinzunehmen. Sollte hingegen ein Apothekenautomat um so viel näher liegen als die dienstbereite Apotheke, dass der Kunde während der verlängerten Anfahrt leiden müsste, würde der Vorteil ersparter Beschwerden einen allfälligen (angesichts der technischen Möglichkeiten aber schwer vorstellbaren) Qualitätsverlust durch die telemedizinische Beratung in vielen Fällen überwiegen. Aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 10 Abs 2 ABO 2005 sowie § 4 ApothekerberufsO und dem dahinterstehenden Konsumentenschutz lässt sich ein (generelles) Verbot der Beratung und Arzneimittelabgabe über Apothekenautomaten außerhalb der Öffnungszeiten somit nicht ableiten.

b) Verstoß gegen die Betriebszeiten durch eine Automatenabgabe?

Relevant sind weiters die durch § 8 ApG und den darauf beruhenden Apotheken-Betriebszeitenverordnungen geregelten Betriebs-/Öffnungszeiten und Bereitschaftsdienste, die Apotheken einzuhalten haben. So schreibt § 8 Abs 1 ApG vor, dass die Zeiten, während derer öffentliche Apotheken für den Kundenverkehr an Werktagen *offenzuhalten* haben (Betriebszeiten), von der Bezirksverwaltungsbehörde festzusetzen sind. Dementsprechend bestimmt etwa die V des Magistrats der Stadt Wien über die Betriebszeiten und den Bereitschaftsdienst der öffentlichen Apotheken in Wien idF ABl 2021/01, dass die öffentlichen Apotheken in Wien zu bestimmten Zeiten *für den Kundenverkehr offenzuhalten* haben (§ 1⁵⁷⁾ und ihnen außerhalb dieser Zeiten die Durchführung von Kundenverkehr verboten ist (§ 5 Satz 2). Gem § 41 Abs 1 ApG begeht, wer den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder einer aufgrund dieses Bundesgesetzes erlassenen V zuwiderhandelt, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu € 4.360,- zu bestrafen.

Es stellt sich die Frage, ob der Betrieb eines an der Außenwand angebrachten Apothekenautomaten, wodurch die Apotheke/Offizin (s D.2.) nicht betreten wird, als „Offenhalten für den Kundenverkehr“ iS der zitierten Bestimmungen zu qualifizieren ist. Dabei ist zunächst Folgendes zu beachten: Verstöße gegen die apothekenrechtlichen Öffnungszeiten werden entweder verwaltungsstrafrechtlich (§ 41 Abs 1 ApG), disziplinarrechtlich (§ 39 Abs 1 ApothekerkammerG) oder lauterkeitsrechtlich (§§ 1 ff UWG) geahndet. Sowohl im Verwaltungsstraf- als auch im Disziplinarrecht besteht ein Analogieverbot und es kommt der Wortlautinterpretation ein Vorrang gegenüber ande-

ren Auslegungsmethoden zu.⁵⁸⁾ Nach der Rsp⁵⁹⁾ des VwGH kann ein aus dem Wortlaut und dem historischen und systematischen Zusammenhang der Norm gewonnenes Auslegungsergebnis in einem Verwaltungsstrafverfahren nicht durch die Berufung auf einen der Bestimmung zu unterstellenden Zweck in Frage gestellt werden, zumal Verwaltungsstrafatbestände nicht ausdehnend auszulegen sind. Diese Rsp gilt sinngemäß für Disziplinarverfahren. Zum UWG vertritt der OGH,⁶⁰⁾ dass ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht iES zuzuordnende generelle Norm als unlautere Geschäftspraktik zu werten ist, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht. Maßgebend für die Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung sind der eindeutige Wortlaut und Zweck der angeblich übertretenen Norm sowie gegebenenfalls die Rsp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und eine beständige Praxis von Verwaltungsbehörden.

Beginnt man daher mit der Wortlautinterpretation von „Offenhalten der Apotheke für den Kundenverkehr“, lässt Ersteres auf ein Zugänglichmachen der Betriebsanlage, konkret der „zum Verkaufe [...] von Heilmitteln [...] bestimmten Räume einer öffentlichen Apotheke“ iSd § 6 ApG, also insb der Offizin (§ 28 ABO 2005), schließen. Im gegenständlichen Zusammenhang bedeutet „Verkehr“ einen Kontakt zwischen Personen bzw „verkehren“, sich (regelmäßig) zu treffen, und ist ein Synonym für aufsuchen, besuchen, einkehren.⁶¹⁾ Da ein an der Außenwand angebrachter Apothekenautomat idR keinen Raum iS eines von Wänden, Boden und Decke umschlossenen Teils eines Gebäudes⁶²⁾ darstellen wird, wäre dessen Betrieb nicht als „Offenhalten der Apotheke“ zu qualifizieren. Auch der physische Kundenverkehr iS eines Kontakts zwischen Apothekenpersonal und Kunden liegt bei dieser Abgabeform nicht vor, wenngleich Kunden zumindest für die Abholung der Arzneimittel vor Ort sein müssen.

Demgegenüber darf nach der Rsp des OGH⁶³⁾ zum früheren LadenschlussG, dem heutigen ÖffnungszeitenG, das, wie die apothekenrechtlichen Bestimmungen, mehrfach auf ein „Offenhalten“ abstellt, der Ausdruck „Offenhalten von ständigen oder nichtständigen Betriebseinrichtungen“ nicht allzu wörtlich genommen werden. Damit sei nicht das physische Offenhalten von Betriebseinrichtungen zwecks Ermöglichung des Zutrittes der Kunden zu den Geschäftsräumen zu verstehen, sondern allgemein die Ermöglichung des Abschlusses von Kleinverkäufen über Waren (hier: permanenter Telefondienst einer GmbH in ihrer Nieder-

57) Auch die Linzer Apotheken-V spricht von Betriebszeiten, in denen die Apotheke für den Kundenverkehr offenzuhalten ist.

58) OGH 18. 1. 1989, 1 Ob 2/89; *Stellamor/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts I (1999) 523 mwN.

59) VwGH 31. 7. 2014, Ro 2014/02/0099.

60) OGH 18. 10. 2012, 4 Ob 158/12g, zu einem Arzneimittel-Abholservice.

61) Duden, Das Bedeutungswörterbuch³; <https://www.duden.de/rechtschreibung/Verkehr> (zuletzt abgerufen am 27. 1. 2022).

62) <https://www.duden.de/rechtschreibung/Raum> (zuletzt abgerufen am 27. 1. 2022).

63) OGH 4. 3. 1969, 4 Ob 308/69; RIS-Justiz RS0066053.

lassung, wo Tag und Nacht Ware bestellt werden kann). In dieser E sah der OGH ein „Offenhalten“ darin begründet, dass auch während Zeiten, in denen Mitbewerber ihre Betriebsstätten geschlossen halten müssen, Wein bestellt und bezogen werden konnte (wofür aber idR auch ein physisches Betreten notwendig wäre).⁶⁴ Nach einer weiteren Rsp des OGH⁶⁵ liegt der Zweck des LadenschlussG darin, den Zutritt von Personen ins Geschäftslokal zum Zweck des Abschlusses oder auch nur der Anbahnung von Geschäften zu verhindern, wobei in diesem Zusammenhang auf die noch in der RV enthaltene Formulierung „für den Kundenverkehr geschlossen zu halten“ (s § 8 Abs 1 ApG) verwiesen wird. Nach Klein⁶⁶ impliziere der Begriff des „Offenhaltens“ irgendeine Form von räumlich abgrenzbarer Einheit, die körperlich betreten werden oder der sich der Kunde zumindest körperlich nähern könne, gleichgültig ob es sich dabei um ständige Geschäftsräumlichkeiten iS eines Ladens, eine Marktbude oder eine vielleicht nur durch Seile oder gar bloße Strichmarkierungen auf dem Boden abgetrennte Koje auf einer Verkaufsausstellung handle. An ein Call-Center,⁶⁷ das nur zu bestimmten Zeiten Kunden berate und Warenbestellungen entgegennehme, habe der Gesetzgeber dabei nicht bewusst gedacht. In einer *teleologischen* Auslegung des ÖffnungszeitenG, das insb den Wettbewerb regulieren möchte, und des Begriffs „Offenhalten“ gelangt er allerdings zum Ergebnis, dass ungleiche Wettbewerbsbedingungen vorlägen, wenn der Konsument bei einer Einkaufsform außerhalb der sonst zulässigen Öffnungszeiten über das Warenangebot eines Händlers informiert und beraten werde und unmittelbar den Kaufabschluss tätigen könne, während andere Mitbewerber sich an die Regeln des ÖffnungszeitenG halten und dementsprechend ihre Verkaufsstellen schließen müssten.

Auch aus der zitierten Rsp und Lit zum ÖffnungszeitenG ergibt sich, dass Offenhalten in seinem wörtlichen Sinn ein Zugänglichmachen von abgegrenzten Räumen meint. Teleologisch liegt es freilich nahe, im Automatenverkauf samt Beratungsgespräch ein Offenhalten zu sehen, weil dadurch Vorgänge außerhalb der Öffnungszeiten verlagert werden, die sonst nur innerhalb derselben stattfinden würden. So steht auch nach der Rsp des VfGH⁶⁸ bei der Regelung der Öffnungszeiten von Apotheken das öffentliche Interesse an einer raschen und ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln im Vordergrund und es dürfen die Bereitschaftsdienste anderer Apotheken durch ein freiwilliges *Offenhalten* nicht konterkariert werden, wodurch sie die Last der Betriebspflicht ohne die damit verbundenen Einnahmen zu tragen hätten. Insgesamt ist jedoch idR der zitierten Rsp zur Auslegung von Verwaltungsstraftatbeständen, Disziplinarvergehen und Wettbewerbsverstößen der Wortlautinterpretation der Vorzug zu geben, sodass eine Abgabe von Arzneimitteln durch Apothekenautomaten kein „Offenhalten“ darstellt. Auch die Österreichische Apothekerkammer sieht im bloßen Bereitstellen und Bezahlen von Produkten (des Apothekennebensortiments, wie zB Säuglingsnahrung, Kondome, Zahnpasta, Erste-Hilfe-Produkte, Desinfektionsmittel) zur Abholung durch

Automaten keinen Verstoß gegen das Offenhalteverbot während der Ladenschlusszeiten; sie befürwortet dies vielmehr.⁶⁹ Dies, obwohl § 8 Abs 8 ApG besagt, dass Waren, deren Verkauf den Apotheken nicht ausschließlich vorbehalten ist, ausgenommen Mittel zur Leistung Erster Hilfe und Verbandstoffe, während der Ladenschlusszeiten der zu ihrem Verkauf gleichfalls berechtigten Handelsgewerbetreibenden in Apotheken nicht abgegeben werden dürfen.

6. Automatenabgabe als Fernabsatz?

§ 59a AMG, die Fernabsatz-V, das Fern- und Auswärtsgeschäfte-G (s § 10 Abs 2 Z 3 FAGG) und das E-Commerce-G (s § 3 Z 1 ECG) unterwerfen die Abgabe von Humanarzneispezialitäten durch Fernabsatz strengen Regeln. Insb dürfen durch Fernabsatz nur *nicht* rezeptpflichtige Arzneimittel abgegeben werden (§ 3 Abs 1 Fernabsatz-V), wird der sichere Versand detailliert geregelt (§§ 3f Fernabsatz-V) und gelten besondere Informationsanforderungen (zB § 59a AMG; §§ 4f FAGG). Gerade die zuerst genannte Einschränkung hätte im Fall ihrer Anwendbarkeit erhebliche Auswirkungen auf ein mögliches Vertriebssystem mittels Apothekenautomaten, sodass zu klären ist, ob diese Abgabeform unter „Fernabsatz“ fällt.

Fernabsatz bedeutet den Abschluss eines Vertrags unter ausschließlicher Verwendung eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel, womit wiederum Kommunikationsmittel gemeint sind, die zum Abschluss eines Vertrags ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Parteien verwendet werden können. Beispiele sind Ferngespräche mit Personen oder Automaten als Gesprächspartner und öffentlich zugängliche elektronische Medien, die eine individuelle Kommunikation ermöglichen, wie etwa das Internet (§ 2 Abs 7a AMG; § 2 Z 1 Fernabsatz-V). § 3 Z 2 FAGG definiert „Fernabsatzvertrag“ im Wesentlichen inhaltsgleich. Sollte daher ein Kunde in einem dafür vorgesehenen Onlineshop ein dort angebotenes Arzneimittel verbindlich bestellen (Angebot zum Vertragsabschluss), könnte in der Absendung der Ware eine „stille Annahme“ oder Annahme des Angebots durch Erfüllung (§ 864 ABGB) gesehen werden.⁷⁰ Bei automatisierten Bestätigungen („Autoresponder“), die dahingehend formuliert sind, dass der Unternehmer sich umgehend um die Ausführung der Bestellung bemühen will, die Bestellung bald ausführen werde oder so schnell wie möglich bearbeiten werde, wäre dagegen bereits von einer rechtsgeschäftlichen Annahmeerklärung auszugehen⁷¹ und das Absenden wäre nur mehr das Verfügungsgeschäft. →

64) Siehe Löschnigg, Glosse zu OGH 12. 11. 1998, 8 ObA 238/98b, DRdA 1999, 470.

65) OGH 10. 7. 1979, 4 Ob 366/79.

66) Klein, Warenverkauf über Call-Center – gelten die Öffnungszeitenbegrenzungen des Einzelhandels? ASoK 1998, 262.

67) OGH 12. 11. 1998, 8 ObA 238/98b.

68) VfGH 10. 3. 1993, V 297/91.

69) § 11 Anm 5 ABOKomm.

70) Wiebe in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 864 Rz 1f (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); s auch Dehn in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB⁴ § 3 FAGG Rz 14.

71) Wiebe in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 861 Rz 14 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at).

Anders dürfte es sich verhalten, wenn der Kunde zB telefonisch oder mittels App, die der Kontaktaufnahme mit der Apotheke dient, vorerst nur unverbindlich anfragt, ob ein bestimmtes Arzneimittel in der gewünschten Menge vorhanden ist, und falls ja, zur Abholung bereitgestellt werden kann. Bestätigt dies der Apotheker und bietet das Arzneimittel zur Abholung an, käme der Vertrag erst durch physische Betätigung durch den Kunden (Bezahlen, Entnehmen am Automaten) und somit nicht „unter ausschließlicher Verwendung eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel“ zustande.⁷²⁾ Freilich kommt es beim Vertragsschlussmechanismus auf die Umstände des Einzelfalls an, doch sprechen auch teleologische Überlegungen dafür, dass „Fernabsatz“ von Arzneimitteln ein *Versenden* erfordert und bei persönlicher Abholung in den Räumlichkeiten der Apotheke oder am Automat⁷³⁾ nicht vorliegt. Wie der aktuellen E OGH 20. 5. 2020, 6 Ob 36/20t, zu entnehmen ist, liegt das Gefahrenpotential des Fernabsatzes, das die strengen Regeln des FAGG rechtfertigt, in einer Entscheidung über physisch nicht zu begutachtende Ware und in fehlender oder eingeschränkter Beratung. Beides spielt bei einer *beratenen* Automatenabgabe keine Rolle, zumal eine physische Begutachtung des Arzneimittels an sich (Flüssigkeit, Tabletten) durch den Kunden nicht erforderlich ist. Anders als etwa Kleidungsstücke oder Medizinprodukte können Arzneimittel vor dem Kauf nicht an- oder ausprobiert werden, ohne sie für den Verkauf an andere Kunden unbrauchbar zu machen (s auch § 3 Abs 4 Z 8 Fernabsatz-V). Sollte die Applikation des Arzneimittels erklärungsbedürftig sein, böte eine stattfindende (Video-)Beratung oder die Packungsbeilage idR ausreichend Abhilfe.

7. Zusammenfassung und Ausblick

Apothekenautomaten entsprechen den Bedürfnissen einer kundenorientierten Arzneimittelabgabe und betreffen zahlreiche zentrale Vorschriften des österr Apothekenrechts:

- Sie verstoßen aber bei stattfindender Beratung nicht gegen das Selbstbedienungsverbot des § 59 Abs 9 AMG, weil dieses auf eine beratungslose Selbstbe-

dienung abstellt und schon gar nicht gegen § 52 Abs 2 GewO 1994, weil diese Bestimmung auf Apotheken nicht anwendbar ist.

- Es liegt auch kein Verstoß gegen § 11 Abs 1 Satz 1 ABO 2005 vor, der besagt, dass Arzneimittel nur *in der Offizin* abgegeben werden dürfen. Spätestens seitdem der Gesetzgeber den Arzneimittelversandhandel erlaubt, ist eine automatisierte Arzneimittelabgabe, die nicht in der Offizin, aber dennoch im räumlichen Zusammenhang mit ihr erfolgt, zulässig.
- Eine telemedizinische Beratung durch den Apotheker vor der Arzneimittelabgabe verstößt nicht gegen § 10 Abs 2 ABO 2005, dem zufolge die Möglichkeit der *unmittelbaren* persönlichen Beratung und Information durch einen Apotheker bei jeder Arzneimittelabgabe gegeben sein muss. Entscheidend ist hier, was nach den Regeln der Kunst zulässig ist.
- Die Online-Beratung hat durch Apotheker zu erfolgen, die zumindest ein direktes Vertragsverhältnis mit der abgebenden Apotheke haben.
- Eine im Verwaltungsstraf- und Disziplinarrecht vorrangige Wortlautinterpretation der Wendung „Offenhalten zum Kundenverkehr“ legt nahe, dass weder die Beratung noch Arzneimittelabgabe durch Apothekenautomaten einen Verstoß gegen die Öffnungs- und Ladenschlusszeiten darstellt. Dasselbe gilt für den lauterkeitsrechtlichen Vertretbarkeitsmaßstab.
- Bei einer Fernanfrage nach der Verfügbarkeit eines Arzneimittels durch den Kunden und anschließenden Abholung desselben am Apothekenautomat liegt kein Fernabsatz vor.

Wenngleich die geltende Rechtslage Apothekenautomaten nicht entgegenzustehen scheint, wäre aus Gründen der Rechtssicherheit eine klarstellende gesetzliche Regelung ähnlich § 17d Abs 1b dApoBetrO wünschenswert.

72) So auch *Dehn* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB⁴ § 3 FAGG Rz 14.

73) Sofern dieser in Sachen Kunden- und Arzneimittelsicherheit der Abholung beim physischen Apotheker/PKA gleichwertig ist, was insb eine (Video-)Beratung erfordert.

→ In Kürze

Die österr Rechtslage steht einer *beratenen* Arzneimittelabgabe durch Apothekenautomaten nicht entgegen, sofern dabei der Gesundheitsschutz der Kunden gewahrt wird. Mit den vorhandenen und sich immer weiter entwickelnden technischen Möglichkeiten lässt sich dies in vielen Fällen realisieren.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Gerhard W. Huber, LL.M., und Dr. Jakob Dietrich sind Rechtsanwälte in Linz und vorwiegend im Medizinrecht tätig. E-Mail: office@medizinrecht.at

Von denselben Autoren erschienen:

Entscheidungsanmerkung OGH 27. 5. 2021, 5 Ob 28/21 k RdM 2021/330: Aufklärung in Bezug auf Oversizing und/oder Innenrotation der Tibiakomponente?

Entscheidungsanmerkung OGH 24. 9. 2020, 1 Ob 153/20m RdM 2021/107: Psychiatrische Unterbringung – Amtshaftung bei Absehen von der Unterbringung; Provisionsverbote und Kooperationen der Heilberufe, RdM 2021/2; Blutsicherheitsgesetz in Handbuch Medizinrecht³ (2020) sowie Berufsrecht der Hebammen in Handbuch Medizinrecht³ (2020); Regelungsdichte des Landesvertragsbedienstetenrechts – alles oder nichts? JAS 2019/1; Geistheiler und Energetiker im Lichte des Arztvorbehaltes, RdM 2018/141, ua.

