



Mag. Georg Streit

© WILKE, Wien

ist Partner bei Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte, Wien. Er ist Vortragender an der Universität Wien sowie Vorstandsmitglied der österreichischen Liga für Kinder- und Jugendgesundheit. Er publiziert regelmäßig in Fachzeitschriften und juristischen Büchern.

Aktuelles in Kürze

Bulimieerkrankung und Steuer

Die Erkrankung an Bulimie kann zu erhöhten Lebensführungskosten, vor allem für Nahrungsmittel führen. In einem Fall, der jüngst nun vom VwGH entschieden wurde, betrug dieser „krankheitsbedingte monatliche Mehraufwand“ für Nahrungsmittel ca. EUR 1.000,00 und darüber hinaus ca. EUR 170,00 Medikamente, Hygieneartikel und die Sanierung von Sanitäranlagen.

Diese Ausgaben machte die Erkrankte als außerordentliche Belastung gemäß § 34 EStG geltend. Das Finanzamt anerkannte diese nicht und meinte, Ausgaben für Lebensmittel seien generell vom Abzugsverbot bei der Berechnung der Steuer umfasst. Das Bundesfinanzgericht (BFG) gab der Beschwerde gegen diese Ansicht des Finanzamts statt und begründete dies damit, dass die Belastung im konkreten Fall außergewöhnlich ist, zwangsläufig erwächst und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Steuerpflichtigen wesentlich beeinträchtigt. Denn der erhöhte Nahrungsmittelbedarf ist „unmittelbares Symptom“ der Krankheit. Weil die Lebensmittel wieder erbrochen werden, wird damit auch kein Gegenwert geschaffen.

Dagegen erhob das Finanzamt Revision an den VwGH. Dieser bestätigte aber die Entscheidung des BFG im Sinne der Erkrankten. Das Verbot des Abzugs von Aufwendungen oder Ausgaben für die Lebensführung bei der Berechnung der Einkommensteuer steht der Berücksichtigung von Aufwendungen im Rahmen der Lebensführung als außergewöhnliche Belastung nicht grundsätzlich entgegen. Der VwGH ließ das Argument des Finanzamtes, jeder Mensch müsse essen, nicht ausreichen, um dessen Standpunkt zu begründen. Denn im gegenständlichen Fall muss die Steuerpflichtige „ein Vielfaches an Nahrungsmitteln konsumieren, um dem Körper denselben lebensnotwendigen Nährwert zuzuführen“. Die Berücksichtigung des Mehraufwandes für Nahrungsmittel und Hygieneartikel aufgrund der Bulimieerkrankung als außergewöhnliche Belastung im Sinne des EStG wurde vom VwGH mit Erkenntnis vom 31.5.2017 (Ro2015/13/0023) daher explizit bestätigt.

Im gegenständlichen Fall sah der VwGH zwar keine Anhaltspunkte dafür, er führte aber aus, dass

für den Fall, dass sich die Steuerpflichtige/Erkrankte einer medizinischen Behandlung verweigerte, dass die außergewöhnliche Belastung nicht mehr zwangsläufig sein müsste. Für diesen Fall fielen die Voraussetzungen der Geltendmachung im Rahmen der Einkommensteuerermittlung weg. Mit anderen Worten: besteht die Möglichkeit einer Behandlung und wird diese nicht in Anspruch genommen, kann der Mehraufwand durch dasselbe Krankheitsbild wohl nicht als außergewöhnliche Belastung steuerlich geltend gemacht werden.

Verabreichung eines nicht zugelassenen Arzneimittels zulässig?

Ein Arzt hatte ein in der EU nicht zugelassenes Arzneimittel, das in Österreich auch weder eingeführt, noch verkauft und (außerhalb von klinischen Prüfungen) auch nicht angewendet werden darf, verabreicht. Die Ärztekammer führte (unter anderem) aus diesem Grund ein Disziplinarverfahren gegen den Arzt und verhängte eine Geldstrafe. Diese Entscheidung wurde vom zuständigen Landesverwaltungsgericht bestätigt.

Der VwGH gab der dagegen erhobenen Revision Folge. Die Ärztekammer hatte ihre Entscheidung auf eine Verletzung von § 49 Abs. 1 ÄrzteG gestützt, wonach ein Arzt verpflichtet ist, jeden von ihm behandelten Patienten gewissenhaft zu betreuen und „nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung sowie unter Einhaltung der bestehenden Vorschriften und der fachspezifischen Qualitätsstandards“ das Wohl der Kranken und den Schutz der Gesunden zu wahren. Die Verabreichung eines in der Europäischen Union nicht zugelassenen Arzneimittels stellt nach Ansicht des VwGH keine grundsätzliche Verletzung dieses Gebots dar. Aus dem Arzneimittelgesetz (AMG) lässt sich, so der VwGH, ein generelles Anwendungsverbot nicht zugelassener Arzneimittel nicht entnehmen.

Auch das Fehlen einer Bescheinigung, dass die Arzneispezialität zur Abwehr einer Lebensbedrohung oder schweren gesundheitlichen Schädigung dringend benötigt wird (gemäß § 8 Abs. 2 AMG) stellt keinen Verstoß gegen § 49 Abs. 1 ÄrzteG dar. Denn auch diese Norm stellt auf die Abgabe (nunmehr „Inverkehr-

bringen“) im Sinn des § 2 Abs. 11 AMG ab und regelt nur eine Ausnahme von der Zulassungspflicht. Einer ärztlichen Anwendung des Mittels steht diese Norm nicht entgegen.

Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die Abgabe nicht zugelassener Arzneimittel jedenfalls nicht gegen § 49 Abs. 1 ÄrzteG verstößt. Denn diese Norm gebietet dem Arzt grundsätzlich, wie ausgeführt, jeden Patienten „gewissenhaft zu betreuen“ und „das Wohl der Kranken und den Schutz der Gesunden zu wahren“. Die Verabreichung eines nicht zugelassenen Arzneimittels kann durchaus mit dieser Verpflichtung in Konflikt geraten. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn ein Sachverständigengutachten ergibt, dass die Verschreibung des nicht zugelassenen (Arznei)mittels nicht auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen beruht und keinerlei wissenschaftliche Studien existieren, die die Wirksamkeit des Präparats belegen, woraus sich ein negatives Risiko/Nutzen-Profil ergibt (so das Landesverwaltungsgericht). Der VfGH lässt erkennen, dass er dies durchaus für möglich hält. Im Ergebnis musste (konnte) er sich damit jedoch nicht befassen, da der Vorfall bereits verjährt war. Die Disziplinarstrafe wurde somit aufgehoben (VwGH 28.3.2017, Ro2016/09/001).

Angriff auf den Apothekenvorbehalt für rezeptfreie Arzneimittel, 2. Versuch

Im Oktober 2016 hat der VfGH über einen Individualantrag auf Aufhebung des (vermeintlichen) Sitzes des Vorbehalts der Abgabe von Arzneimitteln durch Apotheken – und damit des Verbots dieser Abgabe durch andere als Apotheken entschieden und wies den Individualantrag wegen eines zu eng gefassten bzw. fehlenden Aufhebungsantrages im Hinblick auf die geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken zurück. Der Aufhebungsantrag ließ es nicht zu, die behauptete Verfassungswidrigkeit durch Aufhebung der in der Beschwerde genannten Bestimmungen zu beseitigen, so der VfGH. Offen ließ der Gerichtshof, „ob der Antrag im Übrigen alle Prozessvoraussetzungen eines Individualantrages erfüllen würde“.

Das zu der These, dass geklärt wäre, was bei einem neuerlichen Antrag auf Aufhebung des Apothekenvorbehalts in formaler Hinsicht zu berücksichtigen wäre¹. Diese These hielt dem Praxistest nicht stand. Der Apothekenvorbehalt überstand nach nicht einmal einem Jahr einen weiteren Angriff, der Bedenken zu seiner Verfassungsmäßigkeit vortrug.

Dass der Aufhebungsantrag zu eng gefasst wäre, riskierte die Beschwerdeführerin diesmal nicht. Sie beantragte, das AMG „zur Gänze“ aufzuheben

(daneben noch zwei Bestimmungen des Apothekengesetzes bzw. der Gewerbeordnung) und richtete sich auch noch auf die Aufhebung der Apothekenbetriebsordnung, der Abgrenzungsverordnung und der Fernabsatz-Verordnung (die den Versandhandel mit Arzneimitteln reguliert). Eventualiter war der Antrag auf Aufhebung einiger näher bezeichneter Bestimmungen des AMG, des ApothekenG, der Gewerbeordnung und der Apothekenbetriebsordnung gerichtet.

Um dem Vorwurf, einen zu eng gefassten Aufhebungsantrag eingebracht zu haben, zu entgehen, um mit dem Antrag Erfolg zu haben, ist es aber offenbar nicht das adäquate Mittel, pauschal auf verfassungsrechtliche Bedenken im Zusammenhang mit den angefochtenen Gesetzesbestimmungen hinzuweisen.

Nach ständiger Rechtsprechung des VfGH „ist es auch Sache des Antragstellers, die jeweiligen Bedenken den verschiedenen Aufhebungsbegehren zuzuordnen“. Dies unterließ der Individualantrag aber. Dem Antrag war, so der VfGH, nicht „mit hinreichender Deutlichkeit“ zu entnehmen, „zu welcher Verfassungsnorm die zur Aufhebung beantragte Norm in Widerspruch stehen soll und welche Gründe jeweils für die Aufhebung der betreffenden Norm sprechen“. Es war für den Verfassungsgerichtshof „zwar erkennbar, dass der Antrag gegen das System des Apothekenvorbehalts und das Verbot des Fernabsatzes zielt“. Das war aber nicht ausreichend, weil „ebenso erkennbar“ die Antragstellerin „selbst gar nicht anstrebt, etwa im selben Umfang im Arzneiwarenhandel tätig werden zu dürfen wie Apotheken“. Der VfGH erkannte in dem Individualantrag nur Bedenken gegen die „zu eng gefassten Ausnahmen von diesem System“. Diesmal war der Antrag also zu wenig konkret.

Dass es der VfGH mit den Formalerfordernissen eines Individualantrages nach wie vor sehr genau nimmt, war – nach der langjährigen umfangreichen Rechtsprechung dazu – nicht wirklich überraschend. Neuerlich blieb daher offen, wie der VfGH inhaltlich zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Apothekenvorbehalts steht.

Es ist anzunehmen, dass es nicht allzu lange dauern wird, bis der VfGH neuerlich mit verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Apothekenvorbehalt konfrontiert wird. Eine besondere Herausforderung ist es aber offenbar, die erste – formale – Hürde zu nehmen und den Sitz der behaupteten Verfassungswidrigkeit zu bezeichnen. Wie viele Anläufe dazu noch erforderlich sein werden, bleibt abzuwarten, eine Prognose sei hier nicht mehr gewagt. Dass mitunter auch drei Anläufe nicht scheitern können, hat sich bei den bisher erfolglosen Versuchen, das ELGA-System verfassungsrechtlich zu knacken, gezeigt².

1 JMG 2016, 5

2 VfGH 2.3.2015, G 140/2014; 13.10.2016, G 330/2015; 14.6.2017, G 36/2017