jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE OGH 2003/6/11 27Kt481/02

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 11.06.2003

**Kopf**

Das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht hat durch den Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Dallinger als Vorsitzenden sowie die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr. Solé und die fachkundigen Laienrichter KR Dr. Taurer und Mag. Peter in der Kartellrechtssache der Antragstellerin und gefährdeten Partei U*****GmbH, *****, vertreten durch Mag. Dr. A*****, Rechtsanwalt in Wien, wider die Antragsgegnerin und Gegnerin der gefährdeten Partei H*****, vertreten durch P*****, Rechtsanwälte in Wien, wegen I) Antrag auf Untersagung des Missbrauches einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 35 KartG, II) Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach§ 52 KartG, in nichtöffentlicher Sitzung den BeschlussDas Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht hat durch den Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Dallinger als Vorsitzenden sowie die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr. Solé und die fachkundigen Laienrichter KR Dr. Taurer und Mag. Peter in der Kartellrechtssache der Antragstellerin und gefährdeten Partei U*****GmbH, *****, vertreten durch Mag. Dr. A*****, Rechtsanwalt in Wien, wider die Antragsgegnerin und Gegnerin der gefährdeten Partei H*****, vertreten durch P*****, Rechtsanwälte in Wien, wegen römisch eins) Antrag auf Untersagung des Missbrauches einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Paragraph 35, KartG, römisch II) Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach Paragraph 52, KartG, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

**Spruch**

Die gestellten Anträge, das Kartellgericht möge

a) aussprechen, dass die seitens der Antragsgegnerin erfolge Ablehnung der von der Antragstellerin beantragten Preiserhöhung für das Arzneimittel X***** auf einen Fabriks- bzw Depotabgabepreis von €

X für die Packung zu 28 Stück (trotz gleichzeitigem Angebot einer Refaktievereinbarung seitens der Antragstellerin zur Abdeckung der Mehrkosten der Antragsgegnerin) einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch die Antragsgegnerin im Sinne des § 35 KartG darstellt,römisch zehn für die Packung zu 28 Stück (trotz gleichzeitigem Angebot einer Refaktievereinbarung seitens der Antragstellerin zur Abdeckung der Mehrkosten der Antragsgegnerin) einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch die Antragsgegnerin im Sinne des Paragraph 35, KartG darstellt,

b) der Antragsgegnerin auftragen, ihr missbräuchliches Verhalten, nämlich die Ablehnung der von der Antragstellerin *****beantragten Preiserhöhung für das Arzneimittel X***** auf einen Fabriks- bzw Depotabgabepreis von € 8,85 für die Packung zu 28 Stück abzustellen, indem sie die Preiserhöhung in der von der Antragstellerin angebotenen Höhe genehmigt und gleichzeitig das Angebot der Antragstellerin auf Abschluss einer Refaktievereinbarung zur Abdeckung der Mehrkosten der Antragsgegnerin annimmt, in eventu,

c) der Antragsgegnerin auftragen, ihr missbräuchliches Verhalten, nämlich die Ablehnung der von der Antragstellerin

***** beantragten Preiserhöhung für das Arzneimittel Xyzall auf einen Fabriks- bzw Depotabgabepreis von € X für die Packung zu 28 Stück, abzustellen, indem sie die Preiserhöhung in der von der Antragstellerin angebotenen Höhe genehmigt und gleichzeitig das Angebot der Antragstellerin auf Abschluss einer Refaktievereinbarung im Sinne des § 12 des Pharmavertrages zur Abdeckung der Mehrosten der Antragsgegnerin annimmt,c) der Antragsgegnerin auftragen, ihr missbräuchliches Verhalten, nämlich die Ablehnung der von der Antragstellerin ***** beantragten Preiserhöhung für das Arzneimittel Xyzall auf einen Fabriks- bzw Depotabgabepreis von € römisch zehn für die Packung zu 28 Stück, abzustellen, indem sie die Preiserhöhung in der von der Antragstellerin angebotenen Höhe genehmigt und gleichzeitig das Angebot der Antragstellerin auf Abschluss einer Refaktievereinbarung im Sinne des Paragraph 12, des Pharmavertrages zur Abdeckung der Mehrosten der Antragsgegnerin annimmt,

werden ebenso wie die inhaltlich gleichlautenden Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Anspruches der Antragstellerin und gefährdeten Partei

z u r ü c k g e w i e s e n .

Kosten werden nicht zugesprochen.

**Text**

Begründung:

Die Antragstellerin und gefährdete Partei (im Folgenden: Antragstellerin oder U*****) stellten im Haupt- und Provisorialverfahren die aus dem Spruch der Entscheidung zu ersehenden Anträge. Sie brachte dazu vor, sie importiere und vertreibe Arzneimittel. Eines davon sei das Arzneimittel X*****, ein Medikament zur Behandlung von Allergien.

Heilmittel könnten in Österreich nur dann erfolgreich abgesetzt werden, wenn dem Patienten die Mittel vom Sozialversicherungsträger zur Verfügung gestellt würden. Die Antragsgegnerin und Gegnerin der gefährdeten Partei (im Folgenden: Antragsgegnerin oder H*****) entscheide darüber, welche Arzneimittel ohne weiteren Verwaltungsaufwand wie z.B. eine chef- oder kontrollärztliche Bewilligung, kostenersatzfähig sei, indem sie die entsprechenden Arzneimittel in das sogenannte Heilmittelverzeichnis aufnehme. Praktisch führe dies dazu, dass die Antragsgegnerin die Nachfrage nach Arzneimitteln in Österreich weitgehend bestimme. Hiezu habe die Antragsgegnerin eine Verfahrensordnung über die Erstellung des Heilmittelverzeichnisses festgelegt, in der der Ablauf des Aufnahmeverfahrens eines Heilmittels in das Heilmittelverzeichnis und die damit beschäftigten Gremien beschrieben würden. Dies gelte für die Rechtslage vor den Novellen des Jahres 2002 zum ASVG, auf deren Basis auch die Aufnahme des Heilmittels X***** in das Heilmittelverzeichnis erfolgt sei. Die Antragsgegnerin besitze sowohl im Hinblick auf die Aufnahme von Arzneimitteln in das Heilmittelverzeichnis als auch die Preisgestaltung weitgehende privatrechtliche Handlungsfreiheit, was sich darin zeige, dass sie mit der Pharmaindustrie privatrechtliche Rahmenverträge über die Erstellung der Heilmittelverzeichnisse eingehen könne. Sie trete zudem im Einzelfall mit den Arzneimittelherstellern in Verhandlung über die Aufnahme bestimmter Arzneimittel in das Heilmittelverzeichnis und deren Preis. Sie handle insoweit privatrechtlich. Sie bestimme, in der Regel nach Verhandlungen mit den Herstellern, auch den Preis, den sie den Apotheken für ein Heilmittel ersetze. Dazu habe sie mit der Dachorganisation der Apotheken und dem österreichischen Apotheker-Verlag einen sogenannten Gesamtvertrag, auch Stammvertrag genannt, abgeschlossen, der vorsehe, dass die ins Heilmittelverzeichnis aufgenommenen Arzneien zu Preisen abgegeben würden, die vom Hauptverband bekannt gegeben und in einer sogenannten Spezialitätenpreisliste (Warenverzeichnis) der Apotheken angeführt würden.

Die vom Arzneimittelhersteller und -vertreiber erzielbaren Preise stünden in einer vorgegebenen Relation insofern, als auf den Fabriksbzw Depotabgabepreis eine vorgegebene Großhandelsspanne aufgeschlagen würde, die zum Apothekeneinstandspreis führe. Auch der Aufschlag der Apothekenspanne sei vorgegeben und führe zum Kassenpreis. Auf diesen könne noch der Apothekenbetriebszuschlag und die MWSt aufgeschlagen werden, was letztendlich zum Apothekenverkaufspreis führe. Da sich die österreichischen Apotheker vertraglich gegenüber der Antragsgegnerin verpflichtet hätten, die vorgegebenen Privatverkaufspreise einzuhalten, könnten Arzneimittelhersteller und -vertreiber auch im Segment der nicht von den Krankenkassen ersetzten Medikamente keine höheren Preise erzielen.

Mit Wirksamkeit vom 1.1.2002 sei das Arzneimittel X***** in der Packungsgröße zu 28 Tabletten in das Heilmittelverzeichnis zu einem Fabriksabgabepreis von € Y, einem Apothekeneinstandspreis von € Z und einem

Krankenkassenpreis von € A aufgenommen worden. Per 1.7.2002 sei vorgesehen gewesen, dass diese Preise *****sinken sollten. Ein höherer Preis ab 1.7.2002 sei von der Antragsgegnerin unter Hinweis auf Preise anderer Arzneimittel der gleichen Arzneimittelgruppe abgelehnt worden.

Erst durch die im Warenverzeichnis des Apotheker-Verlages erfolgte Veröffentlichung des Preises für ein Konkurrenzprodukt der gleichen Gruppe, *****habe die Antragstellerin im März 2002 erfahren, dass für ein Arzneimittel der gleichen Gruppe ein höherer Preis genehmigt worden sei.

Die Antragstellerin habe auf Grund dieser neu hervorgekommenen Tatsachen mit Schreiben vom 21.3.2002 ein Angebot, lautend auf einen Fabriksabgabepreis von € X gelegt. Um die Kosten für das österreichische Sozialversicherungssystem möglichst niedrig zu halten, habe die Antragstellerin überdies angeboten, die durch den beantragten höheren Preis für die Sozialversicherungsträger entstehenden Mehrkosten im Wege einer sogenannten "Refaktie" selbst zu übernehmen, eine Vorgangsweise, die im österreichischen Sozialversicherungswesen nicht unüblich sei und bedeute, dass die Apotheken den Preis des Arzneimittels weiterhin im vollen Umfang von der Antragsgegnerin refundiert erhalten würden, wobei der erhöhte Teil des Preises der Antragsgegnerin von der Antragstellerin rückerstattet worden wäre. Nur Patienten, die keine Leistungen von Sozialversicherungsträgern in Anspruch nähmen, müssten diesfalls den höheren Preis bezahlen.Die Antragstellerin habe auf Grund dieser neu hervorgekommenen Tatsachen mit Schreiben vom 21.3.2002 ein Angebot, lautend auf einen Fabriksabgabepreis von € römisch zehn gelegt. Um die Kosten für das österreichische Sozialversicherungssystem möglichst niedrig zu halten, habe die Antragstellerin überdies angeboten, die durch den beantragten höheren Preis für die Sozialversicherungsträger entstehenden Mehrkosten im Wege einer sogenannten "Refaktie" selbst zu übernehmen, eine Vorgangsweise, die im österreichischen Sozialversicherungswesen nicht unüblich sei und bedeute, dass die Apotheken den Preis des Arzneimittels weiterhin im vollen Umfang von der Antragsgegnerin refundiert erhalten würden, wobei der erhöhte Teil des Preises der Antragsgegnerin von der Antragstellerin rückerstattet worden wäre. Nur Patienten, die keine Leistungen von Sozialversicherungsträgern in Anspruch nähmen, müssten diesfalls den höheren Preis bezahlen.

Zwar seien solche Refaktievereinbarungen inzwischen formal sistiert, sie würden in der Praxis aber nach wie vor umgesetzt, wie sich aus einer Verrechnungspreisliste mit dem Titel "Refaktievereinbarung 1. Juli 2002" ergebe.

Im Ergebnis habe die Antragsgegnerin das Preisanbot der Antragstellerin für X*****im April 2002 abgelehnt, dem Arzneimittelhersteller des Konkurrenzproduktes aber fast gleichzeitig einen deutlich höheren Preis genehmigt. Dies stelle eine sachlich nicht zu rechtfertigende Diskriminierung der Antragsgegnerin dar, durch den die Antragstellerin einen erheblichen finanziellen Schaden erleide.

Die Festsetzung von Preisen der Arzneimittel im Heilmittelverzeichnis durch die Antragsgegnerin unterliege den kartellrechtlichen Bestimmungen. Der VfGH habe mit Beschluss vom 4. Dezember 2000 (GZ B 1533/00) die Beschwerde eines Pharmaunternehmens gegen die nicht antragsgemäße Aufnahme eines seiner Heilmittel in das Heilmittelverzeichnis mit der Begründung zurückgewiesen, die Antragsgegnerin handle bei der Entscheidung über die Aufnahme nicht hoheitlich, sondern als privatrechtlicher Wirtschaftsteilnehmer. Auch der Europäische Gerichtshof gehe in seiner gefestigten Rechtsprechung von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus, wonach der Begriff der "wirtschaftlichen Tätigkeit" im weitesten Sinne zu verstehen sei. Ebenso sei in der deutschen Rechtsprechung klargestellt, dass die Krankenkassen gerade bei der Beschaffung von Arzneimitteln als Sachleistung für die Versicherten wirtschaftliche und nicht hoheitliche Tätigkeit ausüben und daher insoferne als Unternehmen zu qualifizieren seien. Genau um die Beschaffung von Arzneimitteln gehe es auch im vorliegenden Fall. Es sei hier die Stellung der Antragsgegnerin als Nachfrager zu beurteilen, es sei in Österreich schlicht unmöglich, ein Produkt für Zwecke der Behandlung von Sozialversicherten (das seien weit mehr als 90 % der Bevölkerung) zu vertreiben, wenn die Antragsgegnerin die Finanzierung des Produktes aus den Mitteln der Sozialversicherung ablehne. Die Antragstellerin sei zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung zur Antragsgegnerin - hier im konkreten Fall die Aufnahme ihrer Produkte in das Heilmittelverzeichnis und die Genehmigung der Preise durch die Antragsgegnerin - angewiesen. Die Antragsgegnerin sei daher auf dem österreichischen Markt für die Nachfrage nach Arzneimitteln marktbeherrschend, auf Grund des hohen Anteils der sozialversicherten Bevölkerung könne man sogar von einem Nachfragemonopol ausgehen. In diesem Sinne habe auch erst jüngst das Kartellgericht entschieden. Eine Preisabweichung von mehr als 34 % zwischen dem von der Antragstellerin vertriebenen Arzneimittel und dem Konkurrenzprodukt sei sachlich nicht gerechtfertigt

und stelle eine kartellrechtlich verbotene Diskriminierung durch die Antragsgegnerin als Marktbeherrscherin dar.

Die Antragsgegnerin beantragte, sämtliche Anträge der Antragstellerin einschließlich der Eventualanträge und der Anträge auf einstweilige Verfügung zurück- bzw abzuweisen, in eventu im Falle der Bewilligung der einstweiligen Verfügung eine angemessene Sicherheitsleistung aufzuerlegen. Die umfangreichen Einwendungen der Antragsgegnerin lassen sich grob in drei Gruppen einteilen:

1. 1)Ziffer eins
   Die Unzulässigkeit des Rechtsweges
2. 2)Ziffer 2
   die "mangelnde Passivlegitimation" der Antragsgegnerin und
3. 3)Ziffer 3
   das mangelnde missbräuchliche Verhalten der Antragsgegnerin. A*****

Mit Inkrafttreten der 60. ASVG-Novelle per 1.10.2002 wurde in den §§ 351c ff ASVG das Verfahren über die Aufnahme von Arzneimittelspezialitäten in das Heilmittelverzeichnis gesetzlich geregelt. Davor bestimmte das ASVG lediglich im § 31 Abs 3 Z 12 ASVG, dass dem Hauptverband die Herausgabe eines Heilmittelverzeichnisses obliege. Eine genauere Ordnung der hiebei einzuhaltenden Vorgangsweise gab es ursprünglich nicht. Am 15.9.1998 beschloss der Vorstand des Hauptverbandes eine Verfahrensordnung für die Ausstellung des Heilmittelverzeichnisses, die in der Zeitschrift des Hauptverbandes, Soziale Sicherheit 1998, Nr 104, Seite 853, veröffentlicht wurde. Dies deshalb, weil in dem zwischen dem Hauptverband und der Wirtschaftskammer Österreich, Bereich Pharmaindustrie, abgeschlossenen Pharmavertrag Verfahrensfragen betreffend die Aufnahme in das Heilmittelverzeichnis geregelt waren. Dieser Pharmavertrag war allerdings nicht für alle Pharmaunternehmen, insbesondere nicht für ausländische Unternehmen, verbindlich, sodass im Hauptverband die Meinung vertreten wurde, dass sich daraus eine Ungleichbehandlung ergebe und die Erlassung einer allgemeinen Verfahrensordnung notwendig sei, um alle Fälle gleich zu behandeln. Danach wurden Fachbeiräte installiert, die den Hauptverband bei der Erstellung des Heilmittelverzeichnisses beraten sollten. Die Fachbeiräte konnten Empfehlungen zur Aufnahme in das Heilmittelverzeichnis abgeben. Der kleine Fachbeirat bestand aus 18 Mitgliedern, darunter Vertreter von Universitätsinstituten für Pharmakologie und klinische Pharmakologie, Chefärzte der Krankenversicherungsträger sowie Vertreter der Sozialpartner der Ärztekammer und der Apothekerkammer. Die Zusammensetzung des großen Fachbeirates war im Wesentlichen gleich, er bestand aus 22 Mitgliedern. Die Vorgangsweise war so geregelt, dass ein Anbot auf Annahme einer Arzneimittelspezialität in das Heilmittelverzeichnis dem kleinen Fachbeirat zur Abgabe einer Empfehlung übermittelt wurde. War diese Empfehlung negativ für den Anbotsleger, waren sowohl Nachverhandlungen mit wiederholter Befassung des kleinen Fachbeirates möglich als auch Einwendungen des Anbotlegers gegen die Empfehlung des kleinen Fachbeirates, die in der Folge dem großen Fachbeirat vorgelegt wurden, der die Empfehlung des kleinen Fachbeirates abändern oder bestätigen konnte.Mit Inkrafttreten der 60. ASVG-Novelle per 1.10.2002 wurde in den Paragraphen 351 c, ff ASVG das Verfahren über die Aufnahme von Arzneimittelspezialitäten in das Heilmittelverzeichnis gesetzlich geregelt. Davor bestimmte das ASVG lediglich im Paragraph 31, Absatz 3, Ziffer 12, ASVG, dass dem Hauptverband die Herausgabe eines Heilmittelverzeichnisses obliege. Eine genauere Ordnung der hiebei einzuhaltenden Vorgangsweise gab es ursprünglich nicht. Am 15.9.1998 beschloss der Vorstand des Hauptverbandes eine Verfahrensordnung für die Ausstellung des Heilmittelverzeichnisses, die in der Zeitschrift des Hauptverbandes, Soziale Sicherheit 1998, Nr 104, Seite 853, veröffentlicht wurde. Dies deshalb, weil in dem zwischen dem Hauptverband und der Wirtschaftskammer Österreich, Bereich Pharmaindustrie, abgeschlossenen Pharmavertrag Verfahrensfragen betreffend die Aufnahme in das Heilmittelverzeichnis geregelt waren. Dieser Pharmavertrag war allerdings nicht für alle Pharmaunternehmen, insbesondere nicht für ausländische Unternehmen, verbindlich, sodass im Hauptverband die Meinung vertreten wurde, dass sich daraus eine Ungleichbehandlung ergebe und die Erlassung einer allgemeinen Verfahrensordnung notwendig sei, um alle Fälle gleich zu behandeln. Danach wurden Fachbeiräte installiert, die den Hauptverband bei der Erstellung des Heilmittelverzeichnisses beraten sollten. Die Fachbeiräte konnten Empfehlungen zur Aufnahme in das Heilmittelverzeichnis abgeben. Der kleine Fachbeirat bestand aus 18 Mitgliedern, darunter Vertreter von Universitätsinstituten für Pharmakologie und klinische Pharmakologie, Chefärzte der Krankenversicherungsträger sowie Vertreter der Sozialpartner der Ärztekammer und der Apothekerkammer. Die Zusammensetzung des großen Fachbeirates war im Wesentlichen gleich, er bestand aus 22 Mitgliedern. Die Vorgangsweise war so geregelt, dass ein Anbot auf Annahme einer Arzneimittelspezialität in das Heilmittelverzeichnis dem kleinen Fachbeirat zur Abgabe einer

Empfehlung übermittelt wurde. War diese Empfehlung negativ für den Anbotsleger, waren sowohl Nachverhandlungen mit wiederholter Befassung des kleinen Fachbeirates möglich als auch Einwendungen des Anbotlegers gegen die Empfehlung des kleinen Fachbeirates, die in der Folge dem großen Fachbeirat vorgelegt wurden, der die Empfehlung des kleinen Fachbeirates abändern oder bestätigen konnte.
Was die Preise von Arzneimittelspezialitäten in Österreich betrifft, werden einerseits vom Gesundheitsministerium auf Grund des Preisgesetzes amtliche Höchstpreise bescheidmäßig festgesetzt. Die Preise von Medikamenten, die von österreichischen Sozialversicherungsträgern ohne chef- oder kontrollärztliche Bewilligung ersetzt werden, ergeben sich aus den im vom Hauptverband herausgegebenen Heilmittelverzeichnis aufgelisteten Preisen und wurden, jedenfalls bis zum Inkrafttreten der 60. ASVG-Novelle, im Verhandlungsweg zwischen dem Hauptverband und dem Pharmahersteller bzw -vertreiber festgelegt, wobei der Druck des Hauptverbandes, niedrige Preise zu erzielen deshalb wirkt, weil die Aufnahme in das Heilmittelverzeichnis insoferne von großer wirtschaftlicher Bedeutung für die Pharmahersteller ist, als Medikamente, für die eine chefärztliche Bewilligung nicht notwendig ist, eher verschrieben, weil von den Patienten eher akzeptiert werden. Im Hinblick auf die vorgegebene Spannen für den Großhandel sowie die Apotheken ergibt sich bei Vereinbarung eines bestimmten Fabriksabgabepreises mit den Pharmaherstellern notwendig auch der Apothekeneinstandspreis (Fabriksabgabepreis plus Großhandelsspanne) sowie der von der Sozialversicherung zu ersetzende Preis (Fabrikenabgabepreis plus Großhandelsspanne plus Apothekenspanne minus einem gewissen ebenfalls vorgegebenen Nachlass für die Sozialversicherung plus 20 % Ust (= der Kassenverkaufspreis). Stammt die Verschreibung von einem Wahlarzt und wird sie nicht vom Sozialversicherungsträger ersetzt, errechnet sich vom selben Fabriksabgabepreis ausgehend der Privatverkaufspreis, wobei in diesem Fall zusätzlich zum Apothekenzuschlag ein Privatverkaufszuschlag und die Ust hinzugeschlagen werden, wohingegen der Nachlass für die Sozialversicherungsträger naturgemäß entfällt. In das Warenverzeichnis des Apotheker-Verlages wird der Apothekeneinstandspreis sowie der Privatverkaufsabgabepreis aufgenommen.
Etwa im Jahr 1999 wurden die sogenannten "Refaktie"-Vereinbarungen eingeführt. Darunter ist ein System zu verstehen, bei dem der Preis eines Medikamentes im Heilmittelverzeichnis, also jener Preis, den die Sozialversicherungsträger zu ersetzen haben, insoweit nicht in dem oben geschilderten Verhältnis zum Apothekeneinstandspreis bzw Apothekenverkaufspreis steht, als im Warenverzeichnis des Apotheker-Verlages der höhere ausverhandelte Preis bestehen bleibt, der Hauptverband mit dem Hersteller bzw Vertreiber des Pharmaproduktes den Großhändlern und den Apotheken jedoch eine Vereinbarung schließt, wonach der Hauptverband einen geringeren Preis für das betreffende Medikament zu bezahlen hat. Das heißt, dass die Hersteller bzw Vertreiber dem Hauptverband einen gewissen Rabatt gewähren, sich also der Fabriksabgabepreis verringert und sich auch Großhändler und Apotheken mit dem sich aus einem geringeren Fabriksabgabepreis errechneten geringeren prozentuellen Aufschlag zufrieden geben. Faktisch wird dies so durchgeführt, dass zum höheren Fabriksabgabepreis verkauft wird, die Großhändler daher zunächst von der Sozialversicherung den höheren aus dem Prozentaufschlag errechnenden Betrag erhalten, in der Folge aber pro verkaufter Packung mit dem Hauptverband rückverrechnet ebenso wie die Hersteller bzw Vertreiber. Die Apothekenkammer hat ihr System anders geregelt. Hier wird zusätzlich zum Warenverzeichnis hinsichtlich der Medikamente, für die eine Refaktievereinbarung besteht, eine Zusatzliste geführt, in der der sogenannte "Verrechnungspreis" enthalten ist. Das ist der Kassenverkaufspreis, berechnet nach dem oben geschilderten Modell, der sich ausgehend vom geringeren Fabriksabgabepreis ergibt. Die Apotheken lassen sich daher sofort lediglich den geringeren Betrag vom Sozialversicherungsträger ersetzen und ersparen sich auf diese Weise die Rückverrechnung von zu hohen Spannenbeträgen. Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass sowohl die Großhandels- als auch die Apothekenspannen degressiv gestaffelt sind, das heißt, dass für Medikamente mit geringerem Fabriksabgabe- bzw Apothekeneinstandspreis höhere prozentuelle Spannen zugestanden werden als für teurere Medikamente. Dies kann dazu führen, dass durch die Verringerung des Verbrauchsabgabepreises ein Medikament in eine niedrigere Preisstufe fällt und daher eine höhere Spanne aufgeschlagen werden kann, sodass letztlich die Preisreduktion nicht durchschlägt oder in Einzelfällen sogar dazu führt, dass das Medikament dadurch teurer wird. Derartige Medikamente wurden in der Folge aus der Refaktienliste gestrichen. Weiters war es so, dass bei den "Refaktie-Medikamenten" die sonst von den Großhändlern den Apothekern gewährten Rabatte nicht gewährt wurden, sodass für die Apotheken derartige Refaktievereinbarungen noch aus einem zweiten Grund unattraktiv waren. Seitens der Apothekerkammer war man daher immer bemüht, die Zahl der Refaktievereinbarungen gering zu halten. Tatsächlich gab es seit der Einführung immer rund 30 Refaktiemedikamente, wobei im Heilmittelverzeichnis insgesamt rund

2.900 Arzneimittelspezialitäten enthalten sind. Nicht festgestellt werden kann, ob es seitens des Hauptverbandes bestimmte Kriterien gegeben hat, für welche Medikamente Refaktien überhaupt in Betracht gezogen wurden oder nicht, insbesondere, dass dies vorzüglich "lebenswichtige" Medikamente gewesen wären. Es mag auch so sein, dass es eine Frage des Verhandlungsgeschickes war, eine Refaktievereinbarung zu bekommen.

Sinn der Refaktievereinbarungen war zum einen, den Sozialversicherungsträgern einen weiteren Rabatt zukommen zu lassen, ohne dass dadurch gleichzeitig auch Privatverkaufspreise der Apotheken gesenkt wurden und andererseits die Tatsache, dass die im Warenverzeichnis des Apotheker-Verlages aufgelisteten Preise weiterhin die hohen Preise waren. Letzteres war insoferne von Interesse, als bei der Verhandlung von Medikamentenpreisen europaweit auch jeweils die Vergleichspreise in andere EU-Staaten herangezogen wurden und sich daher auch dort die Verhandlungsposition bzw der Vergleichswert für Medikamente für die Pharmahersteller verbesserte. Im Gegensatz zu den hier geschilderten ex-post-Refaktiemodell, bei dem den Sozialversicherungsträgern im Nachhinein ein Preisnachlass pro abgegebener Packung ersetzt wurde, bestand auch noch ein ex-ante-Refaktiemodell, bei dem der Hersteller den Preis der Arzneispezialität abhängig vom Umsatz in einer gewissen Zeitspanne reduzierte. Nähere Feststellungen hiezu können nicht getroffen werden.

Im Juli 2001 stellte die U***** an den Hauptverband das Anbot betreffend die Aufnahme der Arzneispezialität X***** in das Kassenverzeichnis (Heilmittelverzeichnis). A*****Ein Refaktieverrechnungsmodell für das in Rede stehende Medikament war damals nicht Gegenstand der Verhandlungen. Nachdem die Antragstellerin im Herbst 2001 über Ersuchen des Hauptverbandes ihre Lieferfähigkeit erklärt hatte, bestätigte der Hauptverband ***** die Aufnahme der Arzneispezialität X***** in das Heilmittelverzeichnis per 1.1.2002 zu einem Fabriksabgabepreis von € Y unter sofortiger Aufnahme einer Preissenkung per 7/02 *****. Die Preisangaben beziehen sich jeweils auf eine Packungsgröße von 28 Stück. Da dies aus der Sicht der Antragsteller der damals höchste vom Hauptverband bezahlte Preis für ein Medikament innerhalb der Gruppe der Antiallergiker war, war die Antragstellerin mit diesem Verhandlungsergebnis zufrieden. Im März 2002 erfuhr der Geschäftsführer der Antragstellerin dann branchenintern, dass für ein Vergleichsprodukt der Konkurrenz ***** per 1.4.2002 eine Refaktievereinbarung abgeschlossen worden war. Daraufhin übermittelte die Antragstellerin ***** der Antragsgegnerin ***** ein Telefax dahingehend, dass der Fabriksabgabepreis ***** ab 1.7.2002 nicht gehalten werden könne und bot über Anführung europäischer Vergleichspreise einen neuen Preis per 1.7.2002 ***** an. Weiters führte die Antragstellerin aus, dass sie auf Grund der Tatsache, dass eine Preiszusage bereits gegeben worden sei, eine Refaktievereinbarung über die Abdeckung der Mehrkosten anbiete. Der Hauptverband befasste daraufhin seiner Verfahrensordnung entsprechend den kleinen Fachbeirat mit dem neuerlichen Antrag und teilte in einem Schreiben vom 16.4.2002 ***** der Antragstellerin mit, dass nach Empfehlung des kleinen Fachbeirates die freie Verschreibbarkeit nur bei Einhaltung der mit der Firma für die Aufnahme akkordierten Bedingungen beibehalten werden könne, ansonsten die Verschreibbarkeit zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu widerrufen sei. X***** sei erst mit 1.1.2002 aufgenommen worden, nachdem die Firma die Lieferfähigkeit zu den vereinbarten Preisen bestätigt habe. Es sei davon auszugehen, dass der Firma bereits zu diesem Zeitpunkt die internationale Preissituation bekannt gewesen sei. Es sei vom Fachbeirat aus ökonomischer Sicht ein höherer Preis mit 1.1.2002 gewährt worden und im Hinblick darauf eine Preissenkung mit 1.7.2002 ohne Refaktie erfolgt. Eine Änderung der Aufnahmebedingungen so knapp nach einer Aufnahme in das Heilmittelverzeichnis sei unüblich, nicht vertretbar und wäre eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Firmen. Grundsätzlich würde durch eine solche Vorgangsweise die Verbindlichkeit von Firmenanboten stark relativiert und seien im Heilmittelverzeichnis ausreichend Alternativen angeführt, mit denen eine ausreichende und zweckmäßige Versorgung gegeben sei. Seit der Aufnahme in das Heilmittelverzeichnis habe sich keinerlei Änderung in Bezug auf die medizinische Bewertung ergeben. Die Antragstellerin wurde um Stellungnahme bis 25. April 2002 bezüglich der weiteren Vorgangsweise ersucht und darauf hingewiesen, dass sie im Falle ihres mangelnden Einverständnisses beim Hauptverband binnen sechs Wochen nach Kenntnisnahme der Empfehlung des kleinen Fachbeirates schriftliche Einwendungen erheben und die Unrichtigkeit der mitgeteilten Gründe nachweisen könne, die vorerst dem kleinen und, wenn daraufhin keine Empfehlung zugunsten der Antragstellerin erfolge, dem großen Fachbeirat vorgelegt würden. Weiters wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass durch das Urteil des EuGH vom 27.11.2001, C-424/99, die Verpflichtung der Republik Österreich bestehe, gegen Entscheidungen des Hauptverbandes im Verfahren zur Stellung des Heilmittelverzeichnisses einen wirksamen Rechtsmittelzug im Sinne des Art 6 EMRK vorzusehen. Bis zum Inkrafttreten der hiezu notwendigen gesetzlichen Regelung bestehe entweder die Möglichkeit, sich dem Verfahren nach der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Verfahrensordnung zu unterwerfen oder beim zuständigen ordentlichen Gericht gegen die Empfehlung

des kleinen Fachbeirates Klage zu erheben.Im Juli 2001 stellte die U***** an den Hauptverband das Anbot betreffend die Aufnahme der Arzneispezialität X***** in das Kassenverzeichnis (Heilmittelverzeichnis). A*****Ein Refaktieverrechnungsmodell für das in Rede stehende Medikament war damals nicht Gegenstand der Verhandlungen. Nachdem die Antragstellerin im Herbst 2001 über Ersuchen des Hauptverbandes ihre Lieferfähigkeit erklärt hatte, bestätigte der Hauptverband ***** die Aufnahme der Arzneispezialität X***** in das Heilmittelverzeichnis per 1.1.2002 zu einem Fabriksabgabepreis von € Y unter sofortiger Aufnahme einer Preissenkung per 7/02 *****. Die Preisangaben beziehen sich jeweils auf eine Packungsgröße von 28 Stück. Da dies aus der Sicht der Antragsteller der damals höchste vom Hauptverband bezahlte Preis für ein Medikament innerhalb der Gruppe der Antiallergiker war, war die Antragstellerin mit diesem Verhandlungsergebnis zufrieden. Im März 2002 erfuhr der Geschäftsführer der Antragstellerin dann branchenintern, dass für ein Vergleichsprodukt der Konkurrenz ***** per 1.4.2002 eine Refaktievereinbarung abgeschlossen worden war. Daraufhin übermittelte die Antragstellerin ***** der Antragsgegnerin ***** ein Telefax dahingehend, dass der Fabriksabgabepreis ***** ab 1.7.2002 nicht gehalten werden könne und bot über Anführung europäischer Vergleichspreise einen neuen Preis per 1.7.2002 ***** an. Weiters führte die Antragstellerin aus, dass sie auf Grund der Tatsache, dass eine Preiszusage bereits gegeben worden sei, eine Refaktievereinbarung über die Abdeckung der Mehrkosten anbiete. Der Hauptverband befasste daraufhin seiner Verfahrensordnung entsprechend den kleinen Fachbeirat mit dem neuerlichen Antrag und teilte in einem Schreiben vom 16.4.2002 ***** der Antragstellerin mit, dass nach Empfehlung des kleinen Fachbeirates die freie Verschreibbarkeit nur bei Einhaltung der mit der Firma für die Aufnahme akkordierten Bedingungen beibehalten werden könne, ansonsten die Verschreibbarkeit zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu widerrufen sei. X***** sei erst mit 1.1.2002 aufgenommen worden, nachdem die Firma die Lieferfähigkeit zu den vereinbarten Preisen bestätigt habe. Es sei davon auszugehen, dass der Firma bereits zu diesem Zeitpunkt die internationale Preissituation bekannt gewesen sei. Es sei vom Fachbeirat aus ökonomischer Sicht ein höherer Preis mit 1.1.2002 gewährt worden und im Hinblick darauf eine Preissenkung mit 1.7.2002 ohne Refaktie erfolgt. Eine Änderung der Aufnahmebedingungen so knapp nach einer Aufnahme in das Heilmittelverzeichnis sei unüblich, nicht vertretbar und wäre eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Firmen. Grundsätzlich würde durch eine solche Vorgangsweise die Verbindlichkeit von Firmenanboten stark relativiert und seien im Heilmittelverzeichnis ausreichend Alternativen angeführt, mit denen eine ausreichende und zweckmäßige Versorgung gegeben sei. Seit der Aufnahme in das Heilmittelverzeichnis habe sich keinerlei Änderung in Bezug auf die medizinische Bewertung ergeben. Die Antragstellerin wurde um Stellungnahme bis 25. April 2002 bezüglich der weiteren Vorgangsweise ersucht und darauf hingewiesen, dass sie im Falle ihres mangelnden Einverständnisses beim Hauptverband binnen sechs Wochen nach Kenntnisnahme der Empfehlung des kleinen Fachbeirates schriftliche Einwendungen erheben und die Unrichtigkeit der mitgeteilten Gründe nachweisen könne, die vorerst dem kleinen und, wenn daraufhin keine Empfehlung zugunsten der Antragstellerin erfolge, dem großen Fachbeirat vorgelegt würden. Weiters wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass durch das Urteil des EuGH vom 27.11.2001, C-424/99, die Verpflichtung der Republik Österreich bestehe, gegen Entscheidungen des Hauptverbandes im Verfahren zur Stellung des Heilmittelverzeichnisses einen wirksamen Rechtsmittelzug im Sinne des Artikel 6, EMRK vorzusehen. Bis zum Inkrafttreten der hiezu notwendigen gesetzlichen Regelung bestehe entweder die Möglichkeit, sich dem Verfahren nach der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Verfahrensordnung zu unterwerfen oder beim zuständigen ordentlichen Gericht gegen die Empfehlung des kleinen Fachbeirates Klage zu erheben.

In der Folge wurde der Geschäftsführer der Antragstellerin ***** zuständigen Abteilungsleiter des H***** auf das Medikament X***** dahingehend angesprochen, dass wegen der Neuauflage des Heilmittelverzeichnisses per 1.7.2002 die ursprünglich ausverhandelten Fabriksabgabepreise zu bestätigen wären. Dem kam die Antragstellerin mit dem Telefax vom *****, aus der Überlegung heraus nach, dass der Fabriksabgabepreis als jener Preis, der in das Heilmittelverzeichnis aufgenommen wird und von den Sozialversicherungsträgern tatsächlich ersetzt wird, durch den Antrag vom 31.3.2002 ***** gar nicht geändert werden sollte, sondern lediglich der im Warenverzeichnis der Apotheken angeführte Preis. Der im Warenverzeichnis des Apotheker-Verlages angeführte Preis war für die Antragstellerin deshalb von Bedeutung, weil danach von den Apotheken durch vorgegebene Aufschläge der Apothekenverkaufspreis für Privatkunden (Privatrezepte) berechnet wird und die Antragstellerin zwar bereit war, den Sozialversicherungsträgern durch einen geringeren, von diesen zu ersetzenden Preis entgegenzukommen, von den Privatkunden aber den höheren Preis lukrieren wollte. Der in das Warenverzeichnis des Apotheker-Verlages aufgenommene Preis ergibt sich aber aus einer entsprechenden Meldung des Hauptverbandes über die ausverhandelten Preise. Auf Grund der Bestätigung der Antragstellerin *****, blieb aber für den Hauptverband alles

beim Alten, sodass auch keine geänderte Meldung an den Apotheker-Verlag erfolgte und daher der Preis des Medikamentes X***** auch im Warenverzeichnis des Apotheker-Verlages gleich blieb. Deshalb wandte sich die Antragstellerin mit Telefax ***** an den österreichischen Apotheker-Verlag und wies darauf hin, dass die neue Preismeldung für das Medikament X***** mit Wirksamkeit per 1.7.2002 mit der Antragstellerin nicht akkordiert sei. In einem weiteren Fax ***** wurde der Apotheker-Verlag von der Antragstellerin ersucht, für die Spezialitätenpreisliste August 2002 eine Preisänderung für das Medikament X***** ***** aufzunehmen. Erst in einem Gespräch mit ***** der Österreichischen Apothekerkammer erfuhr der Geschäftsführer der klagenden Partei, dass er selbst keinen Einfluss auf den in das Warenverzeichnisses Apotheker-Verlages aufgenommenen Preis für ein Medikament ausüben kann, sondern dass dieser auf Grund einer Meldung des Hauptverbandes aufgenommen wird, nachdem ihm zuvor im Gesundheitsministerium, das den nach dem Preisgesetz amtlich genehmigten Höchstpreis bescheidmäßig festgesetzt hatte, mitgeteilt worden war, dass er selbst den Preis des Medikamentes im Warenverzeichnis nach seinen Vorstellungen publizieren lassen könne. In diesem oder einem weiteren Gespräch *****, ging es ***** auch um die Frage einer Refaktiegewährung für das Medikament X*****, der die Apothekerkammer letzlich unter der Bedingung zustimmte, dass der Geschäftsführer der Antragstellerin bei den Großhändlern erreichen könne, dass die Apotheker trotz der Refaktiegewährung entgegen den sonstigen Gepflogenheiten die üblichen Rabatte von Großhändlern gewährt bekämen. Tatsächlich kam es in der Folge aber zu keiner Refaktievereinbarung. Dies unter anderem auch deshalb, weil der H***** in der Folge auf Grund der Neuregelung des Verfahrens zur Aufnahme in das Heilmittelverzeichnis in der 60. Novelle zum ASVG den Pharmavertrag, der vom H*****als Grundlage für die Refaktievereinbarungen gesehen wird, per 30.9.2002 beendete. Mit Schreiben vom 29.11.2002 (./17) teilte der Hauptverband der Antragstellerin mit, dass im Hinblick auf die 60. ASVG-Novelle der Hauptverband zur Entscheidung einen neuerlichen Antrag hinsichtlich ein und derselben Arzneimittelspezialität erst dann verpflichtet sei, wenn das vertriebsberechtigte Unternehmen das Vorliegen wesentlich neuerer Erkenntnisse nachweise, welchen Anforderungen das - offensichtlich in diese Richtung weisende - Telefax der Antragstellerin vom 9.11.2002 nicht entspreche. In der Folge kam es zum Antrag beim Kartellgericht am 18. Dezember 2002. *****

*****

Nach Ansicht des erkennenden Senates ist der Rechtsweg für die gestellten Anträge nicht zulässig.

**Rechtliche Beurteilung**

Ob die Zivilgerichte zur Entscheidung berufen sind, ob also der Rechtsweg gegeben ist, hängt davon ab, ob es sich um eine bürgerliche Rechtssache handelt und, falls ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch geltend gemacht wird, ob diese nicht durch das Gesetz ausdrücklich vor eine andere Behörde verwiesen wurde. Dabei werden drei Erscheinungsformen der Rechtswegzulässigkeit unterschieden. Einerseits die Zulässigkeit des Rechtsweges im eigentlichen, im weiteren Sinne (Gerichtsweg), der die Zugehörigkeit der Rechtssache zum Entscheidungsbereich eines Gerichtes von jenem einer Verwaltungsbehörde abgrenzt. Darüber hinaus wird die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges von jenem der sonstigen Gerichte unterschieden und drittens die Zulässigkeit des streitigen Rechtsweges gegenüber anderen Verfahrensformen innerhalb der Gerichtsbarkeit.

Da im vorliegenden Fall der H***** Antragsgegner ist, der jedenfalls auch als Verwaltungsbehörde tätig wird, handelt es sich um eine Frage der Abgrenzung des Rechtsweges im eigentlichen Sinn. Sachgrundlage für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges ist einerseits der Wortlaut des Klagebegehrens bzw des Antrages und andererseits der behauptete Sachverhalt in der Klage bzw im Antrag. Im Gegensatz zur Literatur (vgl Ballon in Fasching, Kommentar$^2$, Rz 73 zu § 1 JN mwN) geht die neuere Rechtsprechung davon aus, dass die Einwendungen des Beklagten für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtsweges ohne Bedeutung sind.Da im vorliegenden Fall der H***** Antragsgegner ist, der jedenfalls auch als Verwaltungsbehörde tätig wird, handelt es sich um eine Frage der Abgrenzung des Rechtsweges im eigentlichen Sinn. Sachgrundlage für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges ist einerseits der Wortlaut des Klagebegehrens bzw des Antrages und andererseits der behauptete Sachverhalt in der Klage bzw im Antrag. Im Gegensatz zur Literatur vergleiche Ballon in Fasching, Kommentar$^2$, Rz 73 zu Paragraph eins, JN mwN) geht die neuere Rechtsprechung davon aus, dass die Einwendungen des Beklagten für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtsweges ohne Bedeutung sind.

Nach dem ASVG ist für die darin geregelten Materien deren Durchsetzung in vier verschiedenen Verfahrensarten vorgesehen, nämlich a) Leistungssachen, b) Verwaltungssachen, c) von den ordentlichen Gerichten im allgemeinen

bzw im arbeitsgerichtlichen Verfahren zu erledigende Angelegenheiten und d) vor die Schiedskommissionen nach dem ASVG gehörende Rechtssachen (Ballon aaO Rz 113). Innerhalb der Systematik des ASVG sind in dessen 6. Teil die Beziehungen der Träger der Sozialversicherungen (des Hauptverbandes) zu den Ärzten, den Dentisten, Hebammen, Apotheken, Krankenanstalten und anderen Vertragspartnern geregelt, wobei grob zusammengefasst über diese Rechtsbereiche Schiedskommissionen gemäß § 344 ff ASVG entscheiden, während auf alle anderen als die genannten Vertragspartner der Sozialversicherungsträger, wie zB auf Optiker, Orthopädietechniker usw die Bestimmungen der §§ 344 ff ASVG nicht anzuwenden sind. Streitigkeiten aus Verträgen mit solchen Vertragspartnern fallen daher in die Kompetenz der ordentlichen Gerichte, sodass hiefür die Zulässigkeit des Rechtsweges gegeben ist. Nun wurde gerade dieser 6. Teil des ASVG durch die bereits erwähnteNach dem ASVG ist für die darin geregelten Materien deren Durchsetzung in vier verschiedenen Verfahrensarten vorgesehen, nämlich a) Leistungssachen, b) Verwaltungssachen, c) von den ordentlichen Gerichten im allgemeinen bzw im arbeitsgerichtlichen Verfahren zu erledigende Angelegenheiten und d) vor die Schiedskommissionen nach dem ASVG gehörende Rechtssachen (Ballon aaO Rz 113). Innerhalb der Systematik des ASVG sind in dessen 6. Teil die Beziehungen der Träger der Sozialversicherungen (des Hauptverbandes) zu den Ärzten, den Dentisten, Hebammen, Apotheken, Krankenanstalten und anderen Vertragspartnern geregelt, wobei grob zusammengefasst über diese Rechtsbereiche Schiedskommissionen gemäß Paragraph 344, ff ASVG entscheiden, während auf alle anderen als die genannten Vertragspartner der Sozialversicherungsträger, wie zB auf Optiker, Orthopädietechniker usw die Bestimmungen der Paragraphen 344, ff ASVG nicht anzuwenden sind. Streitigkeiten aus Verträgen mit solchen Vertragspartnern fallen daher in die Kompetenz der ordentlichen Gerichte, sodass hiefür die Zulässigkeit des Rechtsweges gegeben ist. Nun wurde gerade dieser 6. Teil des ASVG durch die bereits erwähnte

60. ASVG-Novelle derart geändert, dass dort in einem weiteren 5. Abschnitt die Aufnahme von Arzneispezialitäten in das Heilmittelverzeichnis ab dem 1.10.2002 geregelt wurde. Dieser Abschnitt sieht zwar nicht die Entscheidungskompetenz der in den vorhergehenden Abschnitten des 6. Teiles vorgesehenen Schiedskommissionen vor, instaliert aber eine eigene unabhängige Entscheidungsbehörde als Rechtsmittelinstanz über die Entscheidung des Hauptverbandes, die unabhängige Heilmittelkommission. Diese ist als Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag gemäß Art 133 Z 4 B-VG konzipiert mit einem Richter als Vorsitzenden. Nun sind zwar im konkreten Fall die Verhandlungen zur Aufnahme des Arzneimittels X***** in das Heilmittelverzeichnis ebenso wie jene der Anhebung des Preises unter Gewährung einer Refaktievereinbarung im Herbst 2001 bzw Frühjahr 2002, also vor Inkrafttreten der 60. ASVG-Novelle, geführt worden, allerdings hat der H*****, wie festgestellt, letztlich mit Schreiben vom 29.November 2002 bereits unter Bezugnahme auf die neue Rechtslage darauf hingewiesen, dass er zur Entscheidung über einen neuerlichen Antrag erst bei Vorliegen bzw Behauptung wesentlich neuer Erkenntnisse verpflichtet sei. Im Hinblick auf die in diesem Zeitpunkt bereits geltende neue Rechtslage, wäre es nach Ansicht des erkennenden Senates Sache der Antragstellerin gewesen, diesbezüglich die Erlassung eines Bescheides zu beantragen und diesen im Rahmen der neuen Verfahrensvorschriften zu bekämpfen.60. ASVG-Novelle derart geändert, dass dort in einem weiteren 5. Abschnitt die Aufnahme von Arzneispezialitäten in das Heilmittelverzeichnis ab dem 1.10.2002 geregelt wurde. Dieser Abschnitt sieht zwar nicht die Entscheidungskompetenz der in den vorhergehenden Abschnitten des 6. Teiles vorgesehenen Schiedskommissionen vor, instaliert aber eine eigene unabhängige Entscheidungsbehörde als Rechtsmittelinstanz über die Entscheidung des Hauptverbandes, die unabhängige Heilmittelkommission. Diese ist als Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag gemäß Artikel 133, Ziffer 4, B-VG konzipiert mit einem Richter als Vorsitzenden. Nun sind zwar im konkreten Fall die Verhandlungen zur Aufnahme des Arzneimittels X***** in das Heilmittelverzeichnis ebenso wie jene der Anhebung des Preises unter Gewährung einer Refaktievereinbarung im Herbst 2001 bzw Frühjahr 2002, also vor Inkrafttreten der 60. ASVG-Novelle, geführt worden, allerdings hat der H*****, wie festgestellt, letztlich mit Schreiben vom 29.November 2002 bereits unter Bezugnahme auf die neue Rechtslage darauf hingewiesen, dass er zur Entscheidung über einen neuerlichen Antrag erst bei Vorliegen bzw Behauptung wesentlich neuer Erkenntnisse verpflichtet sei. Im Hinblick auf die in diesem Zeitpunkt bereits geltende neue Rechtslage, wäre es nach Ansicht des erkennenden Senates Sache der Antragstellerin gewesen, diesbezüglich die Erlassung eines Bescheides zu beantragen und diesen im Rahmen der neuen Verfahrensvorschriften zu bekämpfen.

Überdies ist zu bedenken, dass das Begehren der Antragstellerin sowohl im Hauptverfahren als auch in der einstweiligen Verfügung dahingehend lautet, dass neben dem Ausspruch über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Antragsgegnerin gemäß § 35 KartG das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht der Antragsgegnerin auftragen möge, ihr missbräuchliches Verhalten, nämlich die Ablehnung der

beantragten Preiserhöhung für X***** abzustellen, in dem sie (die Antragsgegnerin) die Preiserhöhung in der von der Antragstellerin angebotenen Höhe genehmigt und gleichzeitig das Anbot auf Abschluss einer Refaktievereinbarung zur Abdeckung der Mehrkosten der Antragsgegnerin annimmt. Gerade auch eine Erhöhung der Preise unterliegt aber seit 1.10.2002 gemäß § 351e Abs 2 ASVG dem neu geregelten Verfahren des Abschnittes 5 des 6. Teiles des ASVG und damit der Entscheidung durch den Hauptverband der Sozialversicherungsträger im hoheitlichen Verfahren mit Rechtsmittelzug zur unabhängigen Heilmittelkommission. Damit ist auch ausgehend von den Anträgen die Zulässigkeit des Rechtsweges für diese zumindest seit dem Inkrafttreten der 60. ASVG-Novelle zu verneinen.Überdies ist zu bedenken, dass das Begehren der Antragstellerin sowohl im Hauptverfahren als auch in der einstweiligen Verfügung dahingehend lautet, dass neben dem Ausspruch über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Antragsgegnerin gemäß Paragraph 35, KartG das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht der Antragsgegnerin auftragen möge, ihr missbräuchliches Verhalten, nämlich die Ablehnung der beantragten Preiserhöhung für X***** abzustellen, in dem sie (die Antragsgegnerin) die Preiserhöhung in der von der Antragstellerin angebotenen Höhe genehmigt und gleichzeitig das Anbot auf Abschluss einer Refaktievereinbarung zur Abdeckung der Mehrkosten der Antragsgegnerin annimmt. Gerade auch eine Erhöhung der Preise unterliegt aber seit 1.10.2002 gemäß Paragraph 351 e, Absatz 2, ASVG dem neu geregelten Verfahren des Abschnittes 5 des 6. Teiles des ASVG und damit der Entscheidung durch den Hauptverband der Sozialversicherungsträger im hoheitlichen Verfahren mit Rechtsmittelzug zur unabhängigen Heilmittelkommission. Damit ist auch ausgehend von den Anträgen die Zulässigkeit des Rechtsweges für diese zumindest seit dem Inkrafttreten der 60. ASVG-Novelle zu verneinen.

Auch in der Zeit davor hatte der Hauptverband der Sozialversicherungsträger gemäß§ 31 Abs 3 Z 12 ASVG den gesetzlichen Auftrag zur Herausgabe eines Heilmittelverzeichnisses. Nach Tomandl (System des österreichischen Sozialversicherungsrechtes, 13 ff) war es für die Sozialversicherung stets typisch, Probleme des Versicherungs- oder Leistungsverhältnisses auch durch generelle Akte der Selbstverwaltung zu regeln. Im Verwaltungsrecht pflegt man ganz allgemein die generelle Regelung, die von einem Selbstverwaltungskörper erlassen wurde, als Satzung zu bezeichnen. Eine solche ist (nach Tomandl) als Verordnung zu qualifizieren. Gemäß § 31 ASVG kann der Hauptverband der Sozialversicherungsträger verschiedene Richtlinien erlassen, die für die Sozialversicherungsträger verbindlich sind und ebenfalls als Verordnungen zu qualifizieren sind (Tomandl aaO 16). Weiters zählen zu den Rechtsregeln des Sozialversicherungsrechtes auch jene Gesamtverträge, die zwischen den Sozialversicherungsträger einerseits und den Interessenvertretungen von Selbstständigen zur Sicherstellung der Erbringung von Sachleistungen abgeschlossen werden. Ähnliches gilt für die Krankenordnung (Tomandl aaO 502). Letztendlich ist auch die durch die 21. ASVG-Novelle dem Hauptverband übertragene Befugnis zur Herausgabe eines Heilmittelverzeichnisses eine nicht nur die Versicherungsträger bindende, sondern darüber hinaus wirkende Rechtsverordnung (Tomandl aaO 509). Demgegenüber zählt zur Privatwirtschaftsverwaltung die Aufgabe der Versicherungsträger, mit Hilfe der Instrumente des Privatrechtes jene Agenden zu besorgen und jene Voraussetzungen zu schaffen, die ihnen die Durchführung ihrer Hauptaufgaben ermöglichen. Zu dieser privatwirtschaftlichen Tätigkeit der Versicherungsträger gehört demnach etwa die Errichtung und Führung von Krankenanstalten, Ambulatorien, Unfallhäusern, Rehabilitationszentren, Heil- und Kuranstalten, Erholungs- und Genesungsheimen und ähnliches, ebenso wie der Abschluss von Einzelverträgen mit Angehörigen eines im Dienste der Gesundheit stehenden freien Berufe und die Führung des Sozialversicherungsträgers selbst als Unternehmen (Tomandl aaO 505). Der Verfassungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 7. Dezember 2002, V 5/02-13, ein Gesetzesprüfungsverfahren zur Klärung der Frage, ob es sich beim Heilmittelverzeichnis um eine Verordnung und bei dessen Herausgabe daher um einen Akt der Hoheitsverwaltung handelt, eingeleitet. Darin führt er aus, dass eine Verordnung eine von einer Verwaltungsbehörde erlassene, generelle Rechtsnorm ist. Sie könne nur im Rahmen der Hoheitsverwaltung erlassen werden, wobei als Verwaltungsbehörden jedoch auch Organe von Nichtgebietskörperschaften, etwa von beruflichen Selbstverwaltungskörpern oder Anstalten in Betracht kommen. Für die normative Wirkung eines Verwaltungsaktes sei ausschließlich sein Inhalt entscheidend. Werde durch diese generelle Norm die Rechtslage der Betroffenen gestaltet, so wende sich diese ihrem Inhalt nach an die Allgemeinheit und stelle daher eine Verordnung dar. Ein Heilmittel könne nur dann unmittelbar auf Rechnung eines Krankenversicherungsträgers bezogen werden, wenn es entweder in das Heilmittelverzeichnis aufgenommen sei oder eine chef- oder kontrollärztliche Bewilligung vorliege. Das Heilmittelverzeichnis scheine daher die Rechtsposition des Versicherten zu gestalten, ungeachtet dessen, dass nach der einschlägigen sozialgerichtlichen Judikatur für die Verweigerung der chefärztlichen bzw kontrollärztlichen Genehmigung die Durchsetzung des Leistungsanspruches im Gerichtswege offen stehe.Auch in der Zeit davor hatte der Hauptverband der Sozialversicherungsträger gemäß

Paragraph 31, Absatz 3, Ziffer 12, ASVG den gesetzlichen Auftrag zur Herausgabe eines Heilmittelverzeichnisses. Nach Tomandl (System des österreichischen Sozialversicherungsrechtes, 13 ff) war es für die Sozialversicherung stets typisch, Probleme des Versicherungs- oder Leistungsverhältnisses auch durch generelle Akte der Selbstverwaltung zu regeln. Im Verwaltungsrecht pflegt man ganz allgemein die generelle Regelung, die von einem Selbstverwaltungskörper erlassen wurde, als Satzung zu bezeichnen. Eine solche ist (nach Tomandl) als Verordnung zu qualifizieren. Gemäß Paragraph 31, ASVG kann der Hauptverband der Sozialversicherungsträger verschiedene Richtlinien erlassen, die für die Sozialversicherungsträger verbindlich sind und ebenfalls als Verordnungen zu qualifizieren sind (Tomandl aaO 16). Weiters zählen zu den Rechtsregeln des Sozialversicherungsrechtes auch jene Gesamtverträge, die zwischen den Sozialversicherungsträger einerseits und den Interessenvertretungen von Selbstständigen zur Sicherstellung der Erbringung von Sachleistungen abgeschlossen werden. Ähnliches gilt für die Krankenordnung (Tomandl aaO 502). Letztendlich ist auch die durch die 21. ASVG-Novelle dem Hauptverband übertragene Befugnis zur Herausgabe eines Heilmittelverzeichnisses eine nicht nur die Versicherungsträger bindende, sondern darüber hinaus wirkende Rechtsverordnung (Tomandl aaO 509). Demgegenüber zählt zur Privatwirtschaftsverwaltung die Aufgabe der Versicherungsträger, mit Hilfe der Instrumente des Privatrechtes jene Agenden zu besorgen und jene Voraussetzungen zu schaffen, die ihnen die Durchführung ihrer Hauptaufgaben ermöglichen. Zu dieser privatwirtschaftlichen Tätigkeit der Versicherungsträger gehört demnach etwa die Errichtung und Führung von Krankenanstalten, Ambulatorien, Unfallhäusern, Rehabilitationszentren, Heil- und Kuranstalten, Erholungs- und Genesungsheimen und ähnliches, ebenso wie der Abschluss von Einzelverträgen mit Angehörigen eines im Dienste der Gesundheit stehenden freien Berufe und die Führung des Sozialversicherungsträgers selbst als Unternehmen (Tomandl aaO 505). Der Verfassungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 7. Dezember 2002, römisch fünf 5/02-13, ein Gesetzesprüfungsverfahren zur Klärung der Frage, ob es sich beim Heilmittelverzeichnis um eine Verordnung und bei dessen Herausgabe daher um einen Akt der Hoheitsverwaltung handelt, eingeleitet. Darin führt er aus, dass eine Verordnung eine von einer Verwaltungsbehörde erlassene, generelle Rechtsnorm ist. Sie könne nur im Rahmen der Hoheitsverwaltung erlassen werden, wobei als Verwaltungsbehörden jedoch auch Organe von Nichtgebietskörperschaften, etwa von beruflichen Selbstverwaltungskörpern oder Anstalten in Betracht kommen. Für die normative Wirkung eines Verwaltungsaktes sei ausschließlich sein Inhalt entscheidend. Werde durch diese generelle Norm die Rechtslage der Betroffenen gestaltet, so wende sich diese ihrem Inhalt nach an die Allgemeinheit und stelle daher eine Verordnung dar. Ein Heilmittel könne nur dann unmittelbar auf Rechnung eines Krankenversicherungsträgers bezogen werden, wenn es entweder in das Heilmittelverzeichnis aufgenommen sei oder eine chef- oder kontrollärztliche Bewilligung vorliege. Das Heilmittelverzeichnis scheine daher die Rechtsposition des Versicherten zu gestalten, ungeachtet dessen, dass nach der einschlägigen sozialgerichtlichen Judikatur für die Verweigerung der chefärztlichen bzw kontrollärztlichen Genehmigung die Durchsetzung des Leistungsanspruches im Gerichtswege offen stehe.

Der dagegen gerichtete Verweis der Antragsteller auf die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes B 1533/2000 zieht insoferne nicht, als dort die Frage zu klären war, ob ein Schreiben an einen Pharmahersteller über die Ablehnung der Aufnahme einer Arzneimittelspezialiät in das Heilmittelverzeichnis als Bescheid zu qualifizieren ist oder nicht, was der Verfassungsgerichtshof verneinte. Lediglich im Nebensatz sprach hier der Verfassungsgerichtshof aus, dass die Regelung der Beziehung zu den Pharmaunternehmungen nach dem System des ASVG eindeutig dem privatrechtlichen Bereich zuzurechnen sei, wobei er hier aber augenscheinlich lediglich auf die einschlägige Überschrift des 6. Abschnittes des ASVG, der von den Beziehungen der Träger der Sozialversicherung zu Ärzten ... und anderen Vertragspartnern spricht, Bezug nimmt.

Ohne dies abschließend klären zu müssen, erscheint daher auch die Zulässigkeit des Rechtsweges nach der Rechtslage vor der 60. ASVG-Novelle zumindest zweifelhaft.

Selbst wenn man all diesen Argumenten nicht folgen wollte, wäre nach Ansicht des erkennenden Senates das Begehren der Antragstellerin aber auch inhaltlich abzuweisen.

Zwar handelt es sich bei der Antragsgegnerin entgegen deren Vorbringen um kein Monopol im Sinne des § 5 Abs 1 Z 2 KartG, wonach die Abschnitte II bis IV des KartG nicht auf staatliche Monopolunternehmen anzuwenden sind, soweit sie in Ausübung der ihnen gesetzlich übertragenen Monopolbefugnisse tätig werden. Diese Bestimmung wurde durch die Kartellgesetznovelle 1988 eingeführt, wobei zur Zeit der Beschlussfassung der Kartellgesetznovelle 1988 durch Bundesgesetz vier Monopole eingerichtet waren (Salzmonopolgesetz, Tabakmonopolgesetz, Glückspielmonopolgesetz,

Brandweinmonopolgesetz). Gemäß BM-Gesetz 1986 idF BGBl 78/1987, war das Bundesministerium für Finanzen mit der Wahrung der Angelegenheiten staatlicher Monopole betraut. Die Sozialversicherungsträger und deren Hauptverband wurden jedoch weder zum Zeitpunkt der Einführung des § 5 Abs 2 Z 3 KartG zu den staatlichen Monopolen gerechnet, noch sind sie heute als Monopol im beschriebenen Sinn anzusehen.Zwar handelt es sich bei der Antragsgegnerin entgegen deren Vorbringen um kein Monopol im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 2, KartG, wonach die Abschnitte römisch II bis römisch IV des KartG nicht auf staatliche Monopolunternehmen anzuwenden sind, soweit sie in Ausübung der ihnen gesetzlich übertragenen Monopolbefugnisse tätig werden. Diese Bestimmung wurde durch die Kartellgesetznovelle 1988 eingeführt, wobei zur Zeit der Beschlussfassung der Kartellgesetznovelle 1988 durch Bundesgesetz vier Monopole eingerichtet waren (Salzmonopolgesetz, Tabakmonopolgesetz, Glückspielmonopolgesetz, Brandweinmonopolgesetz). Gemäß BM-Gesetz 1986 in der Fassung Bundesgesetzblatt 78 aus 1987,, war das Bundesministerium für Finanzen mit der Wahrung der Angelegenheiten staatlicher Monopole betraut. Die Sozialversicherungsträger und deren Hauptverband wurden jedoch weder zum Zeitpunkt der Einführung des Paragraph 5, Absatz 2, Ziffer 3, KartG zu den staatlichen Monopolen gerechnet, noch sind sie heute als Monopol im beschriebenen Sinn anzusehen.

Fraglicher erscheint jedoch, ob § 35 KartG auf die Antragsgegnerin insoferne unanwendbar ist, als diesem gemäß § 34 KartG lediglich Unternehmer, die als Anbieter oder Nachfrager bestimmte Kriterien erfüllen, unterliegen. Nun ist gerade die Frage, ob es sich bei den Sozialversicherungsträgern um Unternehmer handelt, in Judikatur und Literatur umstritten. So verweistJungbluth unter Zitierung einschlägiger deutscher Judikatur darauf, dass sich ähnlich wie beim deutschen UWG auch beim GWB die Ansicht durchgesetzt hat, dass die Rechtsnatur der Leistungsbeziehung der öffentlichen Hand zu ihren Vertragspartnern nichts über die Rechtsnatur der davon zu trennenden Wettbewerbsbeziehungen der öffentlichen Hand zu ihren Konkurrenten aussage (in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht § 130 Abs 1 Z 9 und 10). Besonders streitig seien die Rechtswegfragen bei den Aktivitäten der Sozialversicherungsträger auf zahlreichen Märkten. Als privatrechtlich würden die Rechtsbeziehungen der Sozialversicherungsträger zu den Heil- und Heilmittellieferanten angesehen, da die Krankenkassen und Ersatzkassen hier als Nachfrager auf dem Markt zur Heil- und Hilfsmittel auftreten (aaO Rz 19). Es sei daher das GWB für anwendbar erklärt worden auf die Beschaffung von Heil- und Hilfsmitteln durch den Abschluss von Kaufverträgen oder die Beschaffung von Badeleistungen durch Krankenanstalten sowie die Entscheidung der Krankenkassen über Zulassung privater Lieferanten von Heil- und Hilfsmitteln (aaO Rz 20). Die öffentliche Hand sei überall dort als Unternehmer im Sinne des GWB anzusehen, wo sie sich durch das Anbot von wirtschaftlichen Leistungen oder die Nachfrage nach solchen Leistungen wirtschaftlich betätige (aaO Rz 34). Auch Zimmer verweist darauf, dass gerade Unternehmen der öffentlichen Hand, denen häufig die Absicht zur Gewinnerzielung fehle, gemäß § 130 Abs 1 dem GWB unterstellt seien. Auch Sozialversicherungsträger seien in der Vergangenheit als Unternehmen behandelt worden, soweit es entweder um die Erbringung zusätzlicher Leistungen oder das Verhältnis zu Apothekern, Optikern, Heilmittelherstellern etc um die Aufnahme oder Fortführung von Geschäftsbezeichnungen (gemeint: Geschäftsbeziehungen) gegangen sei (in Immenga/Mestmäcker GWB³ § 1 Rz 57). Welche Folgerungen sich aus der deutschen Rechtslage für die Beurteilung der Rechtsbeziehungen der Sozialversicherungsträger zu den Heil- und Hilfsmittellieferanten ziehen lasse, sei umstritten. Zum Teil werde angenommen, dass diese Beziehungen jetzt insgesamt im öffentlichen Recht unterlägen, da der Gesetzgeber 1999 durch Änderung des GWB (§ 87 Abs 1 Satz 3) und des SGB (§ 51 Abs 2 Satz 2) den Vorrang der Sozialgerichte festgeschrieben habe (§ 130 Abs 1 Rz 18). In Rz 19 nennt Zimmer aber als Beispiel für hienach fortbestehenden Anwendungsbereich des GWB unter anderem die Beschaffung von Heil- und Hilfsmitteln (ebenso aaO Rz 38, wo dargelegt wird, dass Sozialversicherungsträger zugleich im Regelfall eine marktbeherrschende Stellung hätten). Sozialversicherungsträger handelten unternehmerisch bei der Nachfrage nach medizinischen Bädern oder nach Heil- und Hilfsmitteln (aaO Rz 39). Eine abweichende Beurteilung komme nur in Betracht, soweit die Sozialversicherungsträger auf Grund der RVO oder des SGB hoheitlich tätig würden (aaO Rz 40).Fraglicher erscheint jedoch, ob Paragraph 35, KartG auf die Antragsgegnerin insoferne unanwendbar ist, als diesem gemäß Paragraph 34, KartG lediglich Unternehmer, die als Anbieter oder Nachfrager bestimmte Kriterien erfüllen, unterliegen. Nun ist gerade die Frage, ob es sich

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at