

Univ.Prof. Dr. Robert Rebhahn*

**Zur Zulässigkeit von Sonderzuwendungen der Pharmaunternehmen an Haus-
apothekenführende Ärzte****

Gliederung

- A. Fragestellung
- B. Grundlagen
 - 1. Zu Hausapotheken
 - 2. Zur Versorgung der HAP mit Medikamenten
 - 3. Zur Beziehung der HAP zur Gesetzlichen Krankenversicherung
 - 4. Zum Problem der Preisnachlässe und Rabatte
- C. Preisgestaltung der HAP
 - 1. Allgemeines
 - 2. Zur Bedeutung der für den Erstattungskodex festgelegten Preise
 - 3. Zur Preisregelung für den Großhandel
 - 4. Preisbildung der Apotheken für Arzneimittel
 - a. Allgemeines
 - b. Verschiedene Arten von Höchstpreisen
 - c. Zu den Höchstpreisen der Arzneitaxe
 - d. Zu den Hausapotheken im Besonderen
 - 5. Rechtsfolgen
 - a. Privatrechtliche Rechtsfolge
 - b. Verwaltungsstrafrecht
 - c. Gerichtliche Strafbarkeit einer Preisüberschreitung
 - 6. Änderungsmaßnahmen
- D. Zulässigkeit der Zugabe bzw Zuwendung
 - 1. Grundsätzliches
 - 2. Allgemeines Wettbewerbsrecht
 - a. Zur Wettbewerbswidrigkeit
 - b. Rechtsfolgen
 - 3. Arzneimittelrecht
 - 4. Ärztliches Berufsrecht
 - 5. Vertragspartnerrecht
- E. Zusammenfassung
- Anhang: Texte von Normen

A. Fragestellung

Zu untersuchen sind die Zulässigkeit von Vergünstigungen beim Arzneimittleinkauf an hausapothekenführende Ärzte (= HAP) sowie die Frage, welche Preise die HAP der Ge-

* Das Gutachten wurde gemeinsam mit Dr. C. Kietaihl verfasst, der vor allem Teil D. bearbeitet hat.

** Diese Fassung ist noch nicht zur Veröffentlichung bestimmt! Für eine Publikation sind insb noch redaktionelle Bearbeitungen erforderlich.

Rebhahn / Kietaiabl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 2

setzlichen Krankenversicherung (= KV) für Mittel des Erstattungskodex (= EK) verrechnen darf. Bei den Vergünstigungen geht es primär um Geld- oder (in der Vergangenheit) Naturalrabatte, allg um all jene die einen erkennbaren Bezug zu bestimmten Medikamenten haben, deren Höhe also erkennbar mit der Abgabe eines bestimmten Medikamentes durch die Hausapotheke korreliert. Nicht einzubeziehen ist die Zulässigkeit anderer Zuwendungen (wie zB einer Studienreise zur Einführung eines Medikamentes). Sollten die genannten Zuwendungen zulässig sein und der KV gleichzeitig ein Preis verrechnet werden dürfen, der die Vergünstigungen nicht berücksichtigt, so ist nach Vorschlägen zu suchen um dies zu ändern.

B. Grundlagen

1. Zu Hausapotheken

Das ApothekenG unterscheidet drei Arten von Apotheken: öffentliche, Hausapotheken eines niedergelassenen Arztes (HAP), sowie Anstaltsapotheken. Die HAP zählen nach der Terminologie des G nicht zu den öffentlichen Apotheken. Regelungen speziell für öff Apotheken gelten daher grds nicht auch für HAP. Viele Bestimmungen erwähnen daher die HAP gesondert neben den öff Apotheken. Gilt eine Bestimmung nach ihrem Wortlaut (nur) für öff Apotheken, so muss die Anwendbarkeit auf HAP daher besonders angeordnet oder doch besonders begründet (Analogie) werden. Bestimmungen, die auf alle Apotheken anwendbar sind, gelten hingegen vom Wortlaut her auch für HAP; die Nichtanwendung auf HAP kann aber aus anderen Gründen (zB Zusammenhang) folgen.

Die HAP sind nicht Mitglieder der Apothekerkammer, weil dazu nur die Inhaber einer öff Apotheke gehören (§ 7 Abs 2 ApothekerkammerG 2001). Das G nennt die HAP gerade nicht ausdrücklich als Mitglieder. Die Ärzte mit Hausapotheke (= HAP) sind aber Mitglieder der Ärztekammer. Diese hat auch ihre Interessen als Betreiber einer Hausapotheke zu vertreten (vgl nun §§ 84 Abs 4 und 123 Abs 4 ÄrzteG, jeweils Z 2a).

2. Zur Versorgung der HAP mit Medikamenten

Eine Belieferung der HAP mit den weiter zu verkaufenden Arzneimitteln käme theoretisch durch verschiedene Quellen in Betracht. direkt von Pharmaunternehmen; vom Großhandel; oder von einer öff Apotheke. Das geltende Recht schränkt die zulässigen Bezugsquellen jedoch ein. Nach § 31 Abs 3 ApothekenG dürfen HAP Arzneimittel nur aus öffentlichen Apotheken beziehen, allerdings nicht nur jenen in Österreich, sondern jenen im gesamten EWR. Dazu passt, dass nach § 57 Abs 1 AMG Arzneimittel vom Hersteller / Depositeur oder Großhandel in Bezug auf Apotheken nur an „öffentliche Apotheken, Anstaltsapotheken und tier-

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 3

ärztliche Hausapotheken“ abgegeben werden dürfen; HAP sind also gerade nicht genannt. Der Sinn dieser Regelung ist in ihrer Gesamtheit schwer erkennbar. Das G verbietet den HAP den Einkauf direkt beim österr Großhandel, erlaubt aber jenen bei einer Apotheke in Polen.¹ Auf der anderen Seite hat auch der Ausschluss des Bezuges beim Großhandel faktisch wenig Bedeutung, weil wohl alle österr Großhändler über eine (inländische) öff Apotheke verfügen und ihre Lieferungen an eine HAP über eine öff Apotheke tätigen können.

In der *Praxis* gehen die meisten Beteiligten wohl davon aus, dass es für ein bestimmtes Arzneimittel einen *einheitlichen Preis* gibt, der sich aus dem Abgabepreis des Herstellers / Importeurs (FAB), dem einheitlichen Großhandelsaufschlag und dem einheitlichen Apothekenaufschlag ergebe. Begründet ist dieser Eindruck wohl auch dadurch, dass für den Verkauf und die Abrechnung mit der KV seitens der Apotheken und die Abgabe in HAP die vom Apothekenverlag herausgegebenen *Preislisten* verwendet werden, die eben nur einen bestimmten Apothekeneinstandspreis (= APE) und einen bestimmten Apothekenabgabepreis nennen; die Listen unterscheiden auch nicht zwischen der Abgabe für Rechnung der KV (oder andere begünstigte Bezieher) und der Abgabe an nicht Begünstigte (Privatpatienten). Der einheitliche Preis folgt aber nicht aus dem Preisrecht. Wie noch näher darzulegen ist, erlaubt dieses zwar eine Preisregelung für den FAP; in der Praxis gibt es aber kaum solche Regelungen, und wenn dann würde es sich nur um Höchstpreise handeln können; allerdings gibt es gem § 351c ASVG Preisfestlegungen durch den HV für den Erstattungskodex (EK), der dann den FAP für die KV bestimmt. Und es gibt auch eine Preisregelung der Handelsspannen für den Großhandel (VO nach PreisG) und den Einzelhandel (Apotheken und HAP – Arzneitaxe, eine VO nach ApothekenG), diese regeln aber nur den höchstzulässigen Aufschlag und können damit nur zu Höchstpreisen führen. Überdies differenziert die Arzneitaxe beim Höchstaufschlag zwischen begünstigten und anderen Beziehern.

Die einheitlichen Preise in der Preisliste für Apotheken orientieren sich daher wohl am zulässigen Höchstpreis für begünstigte Bezieher: Sie gehen vom FAP aus, der bei den Mitteln des EK vom HV festgesetzt wurde, und addieren die jeweils höchstzulässigen Aufschläge für Großhandel und für Einzelhandel. Diese Art der Kalkulation ist aber durch die preisregelnden Vorschriften für den Handel nicht geboten, weil diese keine Festpreise, sondern nur Höchstpreise vorsehen. Die Festlegung von Festpreisen (bzw festen Aufschlägen) wäre wohl auch gar nicht zulässig, weder nach Verfassungsrecht (Eingriff in Erwerbsfreiheit) noch nach Ge-

¹ Die praktische Bedeutung der Erlaubnis zum Einkauf in anderen Staaten wird aber durch die Bestimmungen des § 10c AMG über den Parallelimport, die ja wohl auch für HAP gelten, deutlich gemindert, weil der Parallelimport danach gesondert genehmigt werden muss.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 4

meinschaftsrecht. Die bestehenden Vorschriften zur Preisregelung können daher das (zumindest) abgestimmte Verhalten der Marktteilnehmer auf den Stufen des Groß- und Einzelhandels auch nicht vor den Bestimmungen des Kartellrechts rechtfertigen (vgl C.4.c). Allerdings könnte eine Differenzierung bei den Preisen durch Groß- und/oder Einzelhandel zu Problemen bei der Abrechnung mit der KV führen. Das soll hier nicht verfolgt werden.

3. Zur Beziehung der HAP zur Gesetzlichen Krankenversicherung

a. HAP können nach dem ApothekenG Arzneimittel an Patienten in bestimmten Fällen abgeben und damit auch verkaufen. Fraglich ist, ob sie – wie öff Apotheken – Arzneimittel auch auf Kosten der KV an deren Leistungsberechtigte abgeben können, also so dass die Patienten nur die Rezeptgebühr zahlen und die Differenz zum Abgabepreis der HAP der KV verrechnet wird. Fraglich ist also, ob die HAP am Sachleistungssystem teilnehmen können.

§ 350 Abs 1 ASVG erlaubt die Abgabe von Heilmitteln für Rechnung der Krankenversicherungsträger (= KVT) auch durch HAP unter den dort genannten drei Voraussetzungen: Vertragsverhältnis mit dem Versicherungsträger; Verordnung durch Vertragsarzt; Verschreibbarkeit nach Erstattungskodex. § 350 ASVG ermöglicht also das Einbeziehen der HAP in das Sachleistungssystem, verlangt dafür aber „das Bestehen eines Vertragsverhältnisses mit dem Krankenversicherungsträger“.

Derzeit gibt es aber keinen Gesamtvertrag zu den Fragen der HAP. Fraglich ist, ob solch ein Gesamtvertrag zulässig ist. Auf der Seite der Ärzte kann dafür nur die Ärztekammer zuständig sein. Der Apothekerkammer würde es an der Legitimation zum Abschluss fehlen, weil die hausapothekenführenden Ärzte dieser nicht angehören. Die Zuständigkeit der Ärztekammer wird nun durch die 2003 eingefügten Z 2a der §§ 84 Abs 4 und 123 Abs 4 ÄrzteG bestätigt. Dadurch wurde die Zuständigkeit der Kurie der niedergelassenen Ärzte ausdrücklich auf den Abschluss eines Gesamtvertrages für HAP erweitert.

b. Fraglich kann aber sein, ob ein Gesamtvertrag (=GV) mit der Ärztekammer zu den HAP nach ASVG zulässig ist. 2002 wurde, soweit zu sehen, erstmals ein GV zu Fragen der HAP abgeschlossen, der aber nur eine Sonderfrage (Solidarbeitrag).² Der OGH hat die Zulässigkeit solcher GV damals aber mit eher kurzer Begründung verneint.³ Diese Ablehnung ist aber nicht überzeugend. Das ASVG unterscheidet bei den Gesamtverträgen in den §§ 340 ff zwischen den Beziehungen zu den Ärzten (Abschnitt II), den Apothekern (Abschnitt III) und

² SozSi 2002, 38.

³ OGH 2 Ob 256/02i. Die E des OGH – die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges – war aber zutreffend: Da es keinen Gesamt- oder Einzelvertrag über die HAP gab, konnten auch die Schiedskommissionen nicht zuständig sein.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 5

den anderen Vertragspartnern (Abschnitt IV). Die §§ 348 a ff ASVG betreffend den Gesamtvertrag zu Apothekern sind gem § 348a Abs 2 sicher nicht anzuwenden. Danach sind unter Apothekern iSd Abschnittes nämlich nur Mitglieder der Apothekerkammer zu verstehen. Auch die §§ 341 ff ASVG betreffend die Gesamtverträge mit Ärzten sind auf die HAP wohl nicht anzuwenden. Sie erfassen nämlich nur die Beziehungen zu den „freiberuflich tätigen Ärzten“. Die Führung einer HAP ist aber keine ärztliche Tätigkeit; auch die übrigen Bestimmungen dieses Abschnittes zeigen, dass er nicht auch die Beziehungen zu den HAP regelt.

Aus Abschnitt IV kommt jedoch § 349 Abs 3 ASVG in Betracht. Danach können die Beziehungen zwischen den Sozialversicherungsträgern und anderen Vertragspartnern als Ärzten, Gruppenpraxen, Dentisten, Apothekern, freiberuflich tätigen Psychologen oder Psychotherapeuten und Krankenanstalten durch Gesamtverträge geregelt werden. Entgegen dem OGH sprechen nun die besseren Argumente dafür, jene Ärzte, die eine HAP führen, in Bezug auf die HAP hier weder unter Ärzte noch unter Apotheker zu subsumieren, wohl aber unter „andere Vertragspartner“. § 349 Abs 3 nimmt nämlich erkennbar auf die anderen Bestimmungen des ASVG Bezug, die den Gesamtvertrag für bestimmte Gruppen ausdrücklich regeln; wie gezeigt zählen HAP hier weder als Ärzte noch als Apotheker. Überdies regelt das G die Abgabe von Heilmitteln durch Apotheken *oder HAP* gerade im Abschnitt IV, also bei den „anderen Vertragspartnern“. Nur wenn man die HAP zu den anderen Vertragspartnern zählt, macht diese Einordnung einen Sinn (denn die Apotheken gehören sicher nicht dazu). Dagegen dringt nicht durch, dass Abs 3 für diese anderen Vertragspartner sagt, dass bei der Anwendung der Bestimmungen zum Ärztegesamtvertrag deren gesetzliche Vertretung an die Stelle der Ärztekammer tritt. Der Gesetzgeber hat an die HAP offenkundig nicht gedacht, hätte aber bei Denken daran die Ärztekammer ohne Zweifel als zuständige Interessenvertretung belassen, und nicht etwa den Gesamtvertrag für unzulässig angesehen. Ein Gesamtvertrag wäre daher zulässig.

c. Gibt es keinen Gesamtvertrag, so erlaubt das G die Regelung auch nur durch Einzelverträge mit den potentiellen Leistungserbringern. Dies gilt unabhängig davon ob der GV zulässig ist. Die Zulässigkeit von Einzelverträgen folgt primär aus § 338 Abs 1 ASVG. Danach werden die Beziehungen der Träger der Sozialversicherung (auch) zu „anderen Vertragspartnern ... durch privatrechtliche Verträge nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen geregelt.“ Der Verweis auf die „folgenden Bestimmungen“ ist dabei nicht stets so zu verstehen, dass nur das dort Vorgesehene zulässig ist. Vielmehr schränken die folgenden Bestimmungen den § 338 Abs 1 nur dort ein, wo sie eine bestimmte Beziehung erkennbar abschließend regeln, nicht aber dort wo dies gar nicht der Fall ist (der OGH hat die Beschränkung bei

Rebhahn / Kietaihl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 6

den Psychotherapeuten sogar im ersten Fall verneint). Für die Beziehungen zu den HAP gibt es wie gesagt keine besonderen Regelungen. Einzelverträge sind daher auch mit HAP zulässig; dies ist bei Apotheken allerdings ungewohnt, weil bei den öff Apotheken der GV ausreicht und Einzelverträge nicht abgeschlossen werden. Zweitens spricht für die Zulässigkeit § 350 Abs 1 ASVG, der davon ausgeht, dass de lege lata Vertragsverhältnisse mit den HAP zulässig sind – ansonsten könnte es die von § 350 vorausgesetzten Vertragsverhältnisse ja gar nicht geben. Schließlich spricht § 349 Abs 3 ASVG für die Zulässigkeit, der von Vertragspartnern spricht, also davon ausgeht, dass es auch ohne Gesamtvertrag vertragliche Beziehungen zu Leistungserbringern gibt. Und Abs 3 sagt, anders als die vorangehenden Bestimmungen, nicht dass die Beziehungen durch Gesamtvertrag geregelt werden, sondern dass sie geregelt werden können.

Einzelverträge in Bezug auf HAP sind daher auf der Grundlage des § 338 Abs 1 ASVG stets zulässig. Die Einzelverträge der KV-Träger mit Leistungserbringern bedürfen gem § 338 Abs 1 aber „zu ihrer Rechtsgültigkeit der Schriftform“. Mündliche oder gar schlüssige Verträge sind daher nicht wirksam. Derzeit gibt es soweit zu sehen keine schriftlichen Verträge von KV-Trägern betreffend die HAP. Die Führung der HAP ist auch nicht notwendig oder automatisch vom Einzelvertrag betreffend die ärztliche Tätigkeit als Vertragsarzt der KV (Kurativvertrag) mit erfasst. Denkbar wäre allenfalls, dass der Kurativvertrag nebenher auch Fragen der HAP regelt. Ob dies tatsächlich zutrifft entzieht sich meiner Kenntnis. Jedenfalls könnte solch ein zusätzlicher Inhalt wegen des Schriftformgebotes nur bejaht werden, falls der Einzelvertrag die HAP ausdrücklich anspricht. Schlüssig kann ein Vertrag in Bezug auf die HAP jedenfalls nicht begründet werden.

d. Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass es derzeit keine vertraglichen Abreden und damit keine vertraglichen Beziehungen zwischen KV-Träger (=KVT) und Arzt in Bezug auf dessen HAP gibt, genauer in Bezug auf die Abgabe von Heilmitteln auf Kosten der KV.⁴ Auch wenn man davon ausgeht gibt es gleichwohl seit Jahren *faktische Beziehungen* zwischen den KVT und den HAP: Die KV bezahlt die von den HAP an Leistungsberechtigte abgegebenen Arzneimitteln im Wesentlichen nach jenen Regeln, die für öff Apotheken gelten. Dies ist zwar grds sinnvoll, entspricht aber nicht dem § 350 Abs 1 ASVG. Geht man nach dem Gesetz, so könnten die KVT diese Praxis – die direkte Verrechnung mit den HAP – jederzeit für

⁴ Gäbe es einen gültigen Einzelvertrag, so wäre der Arzt mit HAP dem KVT auch vertraglich verpflichtet, die Grenzen der amtlichen Preisregelung einzuhalten; die Pflicht zur Offenlegung der Einstandspreise wäre dann wohl vertragliche Nebenpflicht. Gäbe es zwar einen Einzelvertrag, aber keine Preisregelung, so dürfte der Arzt eine Möglichkeit zur einseitigen Preisbestimmung nur nach billigem Ermessen ausüben.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 7

die Zukunft einstellen (also für noch nicht verschriebene und abgegebene Arzneimittel). Es wäre dann wohl auch nicht § 131b ASVG anzuwenden, weil für die Versorgung mit Arzneimitteln mit den öff Apotheken ja leistungsbereite Vertragspartner in ausreichendem Ausmaß zur Verfügung stehen. Anzuwenden wäre vielmehr § 131 ASVG – die HAP wären „Wahlapotheker“; die Leistungsberechtigten könnten vom Träger nur 80 % jenes Betrages erlangen, den der KVT einer öff Apotheke zahlen müsste. Aber auch die HAP könnten jederzeit die Abgabe auf Rechnung der KV einstellen (allerdings wären sie weiter an die Preisvorschriften der Arzneitaxe gebunden, aber nun an jene für die Abgabe an die Allgemeinheit). Die KVT könnten aber auch jederzeit zusätzliche Voraussetzungen für die Bereitschaft zur Direktverrechnung mit den HAP aufstellen, insb auch den Nachweis des konkreten Apothekeneinstandspreises, weil dieser – wie noch zu zeigen ist – den zulässigen Höchstpreis bestimmt, den die HAP vom KVT verlangen darf.

Auch wenn es derzeit – mangels der von § 338 geforderten Schriftform – keine für die Zukunft verbindlichen privatrechtlichen Verträge mit den HAP gibt, erfolgt der Austausch von Leistungen – Arzneimittel an Leistungsberechtigte und deren Bezahlung – nicht im rechtsfreien Raum. Man wird vielmehr ein privatrechtliches Grundverhältnis annehmen, das zwar von jeder Seite alsbald beendet wird, das aber doch gewisse Schutzpflichten zum Inhalt hat. Grundlage ist nicht § 350 Abs 1 ASVG, muss es aber auch nicht sein, weil die Leistungserbringung auf Kosten der KV nicht umfassend geregelt werden soll, insb nicht die üblichen Hauptpflichten begründet werden sollen. Grundlage ist vielmehr die Privatrechtsfähigkeit der Beteiligten (KVT und Arzt mit HAP). Als Inhalt wird man wohl auch noch – aufgrund ergänzender Auslegung – die vertragliche Pflicht annehmen können, die hoheitlichen Vorgaben einzuhalten, die es für den Leistungsaustausch gibt. Auch durch diese Nebenpflichten wird der Arzt mit HAP aber nicht zum Vertragspartner oder gar Beauftragten des KVT.

4. Zum Problem der Preisnachlässe und Rabatte

Die Pharmaunternehmen können versuchen, den Absatz eines Produktes durch finanzielle Vorteile für einen anderen Marktteilnehmer zu fördern. Die Praxis eines einheitlichen Abgabepreises auf Ebene der Apotheken begünstigt und erleichtert dies, weil das Unternehmen dann versuchen kann den Einstandspreis der Apotheke zu verringern, was bei gleich bleibendem Abgabepreis den Ertrag der Apotheke und damit deren Interesse an dem konkreten Produkt erhöht. Bei öff Apotheken kann diese motivierende Kraft von Preisnachlässen aber nur eintreten, wenn die Apotheke selbst Einfluss auf das abzugebende Mittel hat. Bei Abgabe auf ärztliche Verschreibung ist dies ausgeschlossen, soweit der Arzt nicht nur den

Rebhahn / Kietabl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 8

Wirkstoff sondern ein bestimmtes Präparat verschreibt und die Apotheke genau dieses Präparat abgibt. In Österreich hat es so zu sein; die Verschreibung „aut idem“ ist unzulässig. Faktisch hätte die Apotheke nur dann Einfluss, wenn sie das verschriebene und abgerechnete Medikament gegen eines mit gleichem Wirkstoff auswechselt, dessen Einstandspreis geringer ist.⁵ Solche Vorgangsweisen sind aber rechtswidrig. Die Gewährung von Rabatten an öff Apotheken ist daher derzeit nur für konkurrierende Großhändler wirtschaftlich interessant.

Bei HAP verschreibt der Arzt mit HAP hingegen idR selbst das Mittel, das er dann in der HAP abgibt. Er kann das zu verkaufende Mittel beeinflussen. Nur bei Ärzten mit HAP kann der verschreibende Arzt idR gleichzeitig mit seiner Verschreibung den Umsatz seines Handelsgeschäftes fördern und durch den Verkauf verdienen (während bei anderen Ärzten die öff Apotheke den vergleichbaren Vorteil hat). Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Motiv für die Verschreibung, insbes eines bestimmten Mittels, auch der finanzielle Ertrag für den verschreibenden Arzt als Inhaber der HAP ist.⁶

Geht man mit der Praxis von einem grds einheitlichen Listenpreis für die auf Rechnung der KV verschreibbaren Mittel aus, so kann das finanzielle Interesse des Arztes mit HAP am Verschreiben eines Produktes durch Preisnachlässe geweckt werden, die dem Arzt als Händler (HAP) eingeräumt werden. Zu denken ist insb an Geldrabatte, die der Verkäufer einräumt, an Naturalrabatte, die der Verkäufer oder der Produzent gewährt (zB werden zu den bestellten und bezahlten 100 Packungen weitere 100 geliefert), oder an sonstige Zuwendungen (zB „Bonusgutschriften“ des Verkäufers oder eines Dritten bei Abnahme einer bestimmten Warenmenge). In der Praxis werden die Rabatte und Nachlässe wohl von den öffentlichen Apotheken, welche die HAP beliefern, auf Rechnung und im Auftrag der Produzenten gewährt. Im Vordergrund standen bisher Naturalrabatte. Es soll Rabattaktionen gegeben haben, deren Dauer im Lauf der Zeit immer länger wurde.

Rabatte allein bewirken allerdings nicht notwendig ein finanzielles Interesse des Arztes mit HAP an der Verschreibung eines bestimmten Mittels. Es kommt vielmehr darauf an, wie er darauf reagiert! Theoretisch gibt es vor allem beim Naturalrabatt vier verschiedene Möglichkeiten, bei Geldrabatt praktisch wohl weniger.

⁵ Besonders hoch wäre der Ertrag, wenn das verschriebene Originalpräparat in der Zeit bald nach der Aufnahme von Generika in den Grünen Bereich gegen ein Generikum ausgetauscht und das verschriebene Präparat verrechnet wird.

⁶ Die Verschreibungen der Ärzte mit HAP – in Bezug auf die den KVT verrechneten Medikamente – sollen statistisch nicht signifikant höher sein als jene der vergleichbaren Ärzte ohne HAP. Ob die Zahl der Verschreibungen tatsächlich geringer ist, hängt aber davon ab wie die Ärzte mit HAP auf bisherige Naturalrabatte reagiert haben, zumal der Anteil auch der verschriebenen Generika bei ihnen höher ist.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 9

(1) Der Arzt gibt die als Naturalrabatt erhaltenen Mittel unentgeltlich ab. Bei Geldrabatt würde er jenen Teil der Lieferung unentgeltlich abgeben, der bei Verrechnung des Rests mit dem Normalpreis dem Nachlass entspricht; diese Alternative ist hier wenig wahrscheinlich. Bei dieser Handlungsweise zieht der Arzt mit HAP keinerlei finanziellen Vorteil aus dem Nachlass, gibt allerdings den möglichen Vorteil auch nicht an den KVT weiter. Aus der Sicht des Rabatts gewährenden Unternehmens ist diese Handlungsweise wenig(er) attraktiv als die Alternativen (3) und (4). Das Pharmaunternehmen kann hier nur hoffen, dass die Anbehandlung mit seinem Medikament später mit dann bezahlter Ware fortgesetzt wird, insb weil die Patienten sich daran gewöhnt haben.

(2) Der Arzt stellt die Arzneimittel dem KVT nur zu jenem geringeren Preis in Rechnung, der seinen Kosten entspricht. Bei Geldrabatt lässt sich dies leicht ausrechnen, bei Naturalrabatt wäre eine Durchschnittskalkulation für vom Arzt bezahlte und nicht bezahlte Ware anzustellen. Aus der Sicht des Rabatt gewährenden Unternehmens ist diese Handlungsweise ebenso(wenig) attraktiv wie die Alternative (1). Aus der Sicht des KVT ist dies die optimale Handlungsweise des Arztes.

(3) Der Arzt folgt die als Naturalrabatt empfangenen Packungen den Patienten gegen Zahlung der „Rezeptgebühr“ aus, ohne sie der Kasse oder dem Patienten in Rechnung zu stellen, und behält die „Rezeptgebühr“. Bei Geldrabatt würde dem ein entsprechendes Vorgehen in Bezug auf jene Packungen entsprechen, die er bei (1) unentgeltlich abgibt. Bei dieser Alternative kann das Unternehmen schon vom Rabatt selbst eine verkaufsfördernde Wirkung erwarten: der Arzt hat von der Verschreibung dieses Medikamentes selbst Vorteile und wird es daher – auch bei den entgeltlich erworbenen Mitteln – einsetzen. Das Verlangen eines „Rezeptgebühr“ genannten Betrages von den Patienten an sich ist nicht rechtswidrig, wenn und weil der Arzt mit HAP in Bezug auf die HAP derzeit ja gerade keinen Vertrag mit der KV hat. Er ist daher auch nicht verpflichtet, den in Höhe der Rezeptgebühr eingenommenen Betrag an die KV abzuliefern. In jedem Fall belastet diese Vorgangsweise die KV nicht zusätzlich direkt (allenfalls indirekt, falls die Naturalrabatte zu einem höheren EK-Normalpreis führen). Der Arzt ist bei dieser Alternative aber verpflichtet, den Rezeptgebühr genannten Betrag in die ESt-Erklärung aufzunehmen. Tut er dies, so wäre diese Vorgangsweise bis zum Verbot der Naturalrabatte rechtlich nur problematisch gewesen, falls der Arzt preisrechtlich verpflichtet gewesen wäre, den dem KVT verrechneten Preis wegen des Naturalrabatts zu verringern.

(4) Der Arzt mit HAP stellt die erhaltenen Medikamente dem KVT zum üblichen vollen Betrag in Rechnung, verkauft also die unentgeltlich oder verbilligt erhaltene Ware zum üblichen Listenpreis weiter: Die HAP verrechnet das Produkt mit einem Preis, der von einem

Rebhahn / Kietabl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 10

Einstandspreis von 100 ausgeht, während der Einstandspreis aufgrund der genannten Vergünstigungen – für bestimmte Zeit oder dauernd – zB nur 50 beträgt. Bei dieser Alternative kann das Unternehmen schon vom Rabatt selbst eine verkaufsfördernde Wirkung erwarten, die noch höher wäre als bei Alternative (3). Ganz anders als die Alternative (3) oder die ersten beiden belasten sie aber die KVT mit den vollen Kosten des von der HAP nicht voll bezahlten Mittels. Die vierte Handlungsweise könnte insb bei Geldrabatten in Betracht kommen, weil der Arzt mit HAP hier ja für alle erhaltenen Einheiten bezahlt hat (wenn auch weniger als jenen Apothekeneinstandspreis, der dem EK-Preis entspricht).

Das Gewähren der zusätzlichen Vorteile ist, falls der Arzt sie auch nutzt, für die Produzenten am ehesten bei Arzneimitteln wirtschaftlich interessant, bei denen es mehrere Produkte mit dem gleichen Wirkstoffe gibt (Originalpräparat und Generika; landläufig meist nur als Generika bezeichnet), weil hier der Ermessensspielraum des verschreibenden Arztes am größten ist. Daher kann hier die Motivation durch die Gewährung zusätzlicher Vorteile an den verschreibenden Arzt vergleichsweise am größten sein, zumal die Möglichkeiten der Hersteller, ihr Produkt auf andere Weise zu differenzieren, eher gering sind. Zusätzlich ist – als zweites Kriterium – der Vorteil der Nachlässe für den Produzenten bei den Arzneimitteln für chronische Krankheiten am höchsten, weil hier ein weiterer Bedarf hochwahrscheinlich ist und die Ein- bzw Umstellung auf ein bestimmtes Produkt idR längere Zeit beibehalten wird. Bei anderen Arzneimitteln könnte durch zusätzliche Vorteile allenfalls die Bereitschaft des Arztes erhöht werden, die Behandlung mit Medikament statt ohne Medikament vorzunehmen. Diese Entscheidung ist aber von anderer medizinischer Qualität als die Auswahl zwischen mehreren wirkstoffgleichen Mitteln, sodass die Wahrscheinlichkeit, dass der Arzt sich beeinflussen lässt, und damit auch der Nutzen des Nachlasses für den gewährenden Produzenten deutlich geringer sind als bei wirkstoffgleichen Mitteln.

Wirtschaftlich ist jeder erhebliche Mehraufwand, den der Produzent zugunsten der Handelsstufen zB durch Preisnachlässe tätigt geeignet, die Interessen des letztlich Bezahlenden (KV) zu beeinträchtigen. Denn die Nachlässe zeigen, dass der Produzent den dafür aufgewendeten Betrag oder doch einen Teil davon auch der KV bei der Verhandlung über den EK-Preis hätte zugestehen können.

Allerdings sei bereits an dieser Stelle festgehalten, dass der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Konzeption von HAP als Personalunion zwischen Verordner und Abgeber eine gewisse Gefahr der Beeinflussung bei der Verschreibung durch wirtschaftliche Eigeninteressen in Kauf genommen hat oder doch in Kauf genommen haben muss. Bei HAP kauft der Arzt im Vorhinein Arzneimittel auf eigene Kosten und hält diese auch auf eigenes Absatzrisi-

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 11

ko vorrätig. Allein dadurch besteht unabhängig von Rabatten und anderen Zuwendungen die Gefahr, dass dieses Absatzrisiko die Verschreibungsneigung überhaupt sowie die Verschreibungsneigung in Richtung der vorrätigen Arzneimittel erhöht. In erster Linie sind daher solche Zuwendungen zu beanstanden, welche die vom Gesetzgeber mit der Entscheidung für die Zulässigkeit von HAP in Kauf genommene Gefahr der Beeinflussung wesentlich steigern; dazu weiter unten beim ärztlichen Berufsrecht.⁷

Der Gesetzgeber hat in § 55b AMG seit 1.1.2006 das Gewähren von Naturalrabatten geregelt. Für Arzneimittel, die im EK enthalten sind, sind danach Naturalrabatte an zur Verschreibung oder Abgabe berechnigte Personen verboten. Ärzte mit HAP sind – als einzige – sowohl zur Verschreibung wie zur Abgabe berechnigt (öff Apotheken und Krankenanstalten nur zur Abgabe; andere niedergelassene Ärzte und Spitalsärzte nur zur Verschreibung).

Allerdings kann der ökonomische Effekt eines Naturalrabatts relativ leicht auch durch Geldrabatte erreicht werden. Dies gilt jedenfalls, wenn der Preis des betreffenden Produktes nicht hoheitlich durch einen Festpreis geregelt ist. Die Abgabe von Arzneimitteln durch die Produzenten / Importeure oder durch den Großhandel ist aber, wie zu zeigen sein wird, nicht durch Festpreise geregelt, sondern allenfalls durch Höchstpreise – die Rabatten und Nachlässen nicht entgegenstehen. Das Gesagte gilt auch für die im EK enthaltene Preisregelung. Das Verbot der Naturalrabatte durch § 55b AMG drängt die daran Interessierten also zu Geldrabatten. Bei Geldrabatten könnte aber die Handlungsweise (4) eher in Betracht kommen als die Handlungsweise (3). Sollte dies zutreffen, dann hätte das Verbot nur der Naturalrabatte die Lage der KV verschlechtert statt verbessert. Das Verbot allein der Naturalrabatte würde die Lage der KVT nur verbessert haben, wenn die HAP bisher der Handlungsweise 4 zugeneigt haben sollten. Der Gesetzgeber hat also vielleicht dies unterstellt – oder aber die ökonomischen Zusammenhänge zu wenig bedacht.

C. Preisgestaltung der HAP

1. Allgemeines

a. Als erstes ist nun zu klären, ob und inwieweit die HAP bei der Gestaltung ihrer Preise für Arzneimittel eingeschränkt sind – oder ob sie dabei wie ein Unternehmer handeln, also selbst ihren Angebotspreis festsetzen können.⁸ Dabei kann uU nach Abgabe auf Rechnung

⁷ Bei den rein preisrechtlichen Erwägungen dürfte es hingegen nicht darauf ankommen, ob und inwieweit manche Zugaben die Wahrscheinlichkeit der Beeinflussung bei der Verschreibung von Arzneimitteln erhöhen. Aus preisrechtlicher Sicht kommt es ja lediglich darauf an, wie sich Zuwendungen auf die Höhe des Einstandspreises auswirken.

⁸ Darauf wird vor der Frage der Zulässigkeit von Zuwendungen eingegangen, weil die Zuläs-

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 12

der KV und anderen Fällen (zB an Privatpatienten) zu unterscheiden sein. Auszugehen ist davon, dass in Österreich grds jeder Verkäufer einer Ware selbst seinen Angebotspreis bestimmen kann, den er allerdings am Markt nur realisieren kann, wenn der potentielle Käufer bereit ist ihn zu zahlen. Bei Abgabe auf Rechnung der KV fehlt bekanntlich dieses für einen Markt notwendige Gegengewicht im Einzelfall, weil der Patient nicht selbst direkt mit den Kosten belastet wird.

Wie noch darzulegen, ist der für die Preisgestaltung der HAP wie der öff Apotheken zentrale Rechtsbegriff der *Apothekeneinstandspreis* (§ 3 Abs 1 und 2 Arzneitaxen-VO). Zentral für das vorliegende Thema ist daher, ob dieser Apothekeneinstandspreis einer bestimmten Apotheke aus rechtlichen Gründen für alle Apotheken derselbe ist oder ob dieser Einstandspreis – bei entsprechender Gestaltung der Verträge zum Lieferanten – potentiell für jede Apotheke unterschiedlich sein kann (einheitlicher oder individueller Apothekeneinstandspreis). Erst und nur wenn mit dem Begriff ein individueller Einstandspreis gemeint ist kann weiter gefragt werden, inwieweit auch Zuwendungen (zB Rabatte) bei der Ermittlung des Apothekeneinstandspreises – vermindern – zu berücksichtigen sind.

b. Zentrale Normen für die Preisgestaltung bei Arzneimitteln im Allgemeinen und jene der Apotheken im Besonderen sind das PreisG, das ApothekenG (§ 7) sowie die VO über die Arzneitaxe.⁹ Nach § 3 PreisG¹⁰ können vom Gesundheitsminister für Arzneimittel volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise festgelegt werden, die theoretisch Höchst-, Fest- oder Mindestpreise sein können.¹¹ Gerechtfertigt sein kann derzeit aber wenn überhaupt so nur die

sigkeit wesentlich von der Preisgestaltung abhängen kann, und die Ausführungen zur Zulässigkeit daher jedenfalls verständlicher sind, wenn sie erst nachher folgen.

⁹ Zum Preisrecht vgl *Puck*, *Wirtschaftslenkungsrecht*, in: Raschauer, *Wirtschaftsrecht* 2 (2003) Rz 623 ff; *Kneihs*, *Preis- und Versorgungssicherheitsrecht*, in: Holoubek/Potacs (Hrsg), *Öffentliches Wirtschaftsrecht II*, 749 ff; sowie *Raschauer*, *Das Preisgesetz 1992*, ÖZW 1993, 33; *Rill*, *Grundfragen des österr Preisrechts*, ÖZW 1974, 97, 1975, 65, 97. Auf die Preisregelung bei Arzneimitteln wird dabei aber kaum eingegangen; vgl aber *Puck*, *Wirtschaftslenkung* Rz 631.

An Spezialliteratur ist, soweit zu sehen, nur zu nennen: *Jordan*, *Preisbildung bei Pharmazeutika*, *SozSi* 1977, 417; *Bula*, *Die Auswirkungen der Spanne für den Drogengroßhandel und der Zuschläge für die Apotheken nach der Arzneitaxe*; *SozSi* 1977, 426; *Puck*, *Die Organisation der Heilmittelversorgung durch Apotheken*, in: FS Wenger (1983), 577; *Tomandl*, *Sozialversicherung und Medikamentenpreise*, in: FS Wenger (1983), 647; *Thaler/Plank*, *Heilmittel und Komplementärmedizin* (2005), 102 ff. Die Beiträge von *Jordan* und *Bula* behandeln eher wirtschaftliche Fragen; sie und jener von *Tomandl* betreffen überwiegend nicht mehr geltende Normen. Davon abgesehen haben sich auch – insb durch den Beitritt zur EU – die wirtschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen massiv geändert (Warenverkehrsfreiheit, Beschränkung von Preiskontrollen); vgl *Rebhahn*, *Die Bereitstellung von Arzneimitteln*, in: Grillberger/Mosler (Hrsg), *Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung* (2003), 209 ff. Vgl auch *Zeidler*, *Die Stärken und Schwächen des österreichischen Arzneimittelwesens aus der Sicht der Wirtschaft*, ÖZW 1991, 50.

¹⁰ Vgl den Text im Anhang.

¹¹ Die Voraussetzungen für eine Preisregelung sind bei Arzneimitteln wesentlich niedriger als

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 13

Festlegung eines Höchstpreises; für Festpreise gibt es derzeit wohl keine volkswirtschaftlichen Gründe. Die Ermächtigung des § 3 PreisG gilt allerdings nicht für die „Abgabe in Apotheken“. Für diese ermächtigt vielmehr das ApothekenG in § 7 Abs 2 zur Preisregelung; die Ausnahme des § 3 PreisG erfasst daher wohl auch HAP.

§ 3 PreisG erfasst daher die Abgabepreise des Herstellers oder Importeurs (hier: FAP) sowie die Preisbildung des Großhandels. § 3 PreisG erlaubt auch noch die Festlegung eines einheitlichen Apothekeneinstandspreises.¹² Früher waren die Preise für Medikamente auch bis hin zum APE amtlich geregelt. So wurde 1977 geschrieben: „Der die maximale Großhandelsspanne (in Rabattform) inkludierende Apothekeneinstandspreis wird bescheidmäßig für jedes einzelne der ca 11.000 Präparate ... gesondert genehmigt.“¹³ Das PreisG verlangt aber auch bei Arzneimitteln keine Preisfestlegung, der BM hat vielmehr Ermessen. Derzeit gibt es zwar für manche, keineswegs aber für alle Arzneimittel amtlich festgelegte FAP oder APE, die dann durchwegs Höchstpreise sind. An der bloßen Möglichkeit zur Preisregelung hat auch das PreistransparenzG nichts geändert. Sein § 3 erfasst nämlich nur den Fall, dass der Unternehmer die Erhöhung eines bereits amtlich festgelegten Preises (FAP) begehrt. Diese gilt als genehmigt, wenn sie nicht binnen bestimmter Frist abgelehnt wird.¹⁴

Es gibt heute also für viele Arzneimittel keine amtlich geregelten Abgabepreise des Herstellers / Importeurs (FAP). In der Praxis melden die Unternehmen aber der Behörde (Gesundheitsministerium) die von ihnen in Aussicht genommenen Preise (FAP) und deren Erhöhungen; eine Preisregelung wird nur erfolgen, falls die Behörde dies für erforderlich hält (allenfalls auf Anregung einer Interessenvertretung). Bei Produkten, die in den Erstattungskodes (EK) aufgenommen werden (sollen), meldet der Produzent idR wohl den Preis, der sich aus den Vorschriften zum EK gibt (zuerst EU-Durchschnittspreis, dann den mit der HV abgesprochenen Preis).

2. Zur Bedeutung der für den Erstattungskodex festgelegten Preise

a. Zu überlegen ist allerdings noch, ob es sich bei den für Zwecke des Erstattungskodex vom HV festgelegten Preisen (vgl § 351d Abs 1 ASVG) um amtlich geregelte Preise handelt und wenn ja ob es sich dabei um Fest- oder um Höchstpreise handelt. Zuerst ist zu klären,

bei anderen Waren! Es gibt praktisch keine zusätzlichen Hürden.

¹² Vgl *Puck*, Wirtschaftslenkungsrecht Rz 631.

¹³ *Jordan*, SozSi 1977, 419. Und *Bula* schreibt: Das BM ermittelt mit Zustimmung der ... Preiskommission „den als Höchstpreis geltenden Apothekeneinstandspreis“; SozSi 1977, 426. Ebenso noch 1983 *Puck*, Heilmittelversorgung, 581 (FN 17).

¹⁴ Vgl den Text im Anhang.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 14

welche Preise bei der und für die Aufnahme in den EK festgelegt werden. Sinnvollerweise kann es sich nur um die Abgabepreise des Herstellers handeln (dies zeigt insb die Bezugnahme auf die EU-Durchschnittspreise), also den FAP bei jenen Mitteln, die auf Rechnung der KV abgegeben werden sollen. Jedenfalls in der Vergangenheit dürften die Schreiben des Hauptverbandes zu den Preisen (zuweilen) auch einen AEP enthalten haben, der aus dem FAP zuzüglich des höchstzulässigen Großhandelsaufschlages folgte.

Die für die Abgabe auf Kosten der KV festgelegten FAP können Höchst- oder Festpreise sein. Wären es Festpreise, dann wäre es rechtswidrig, wenn die Pharmaunternehmen einen geringeren Preis dafür verlangten. Als – unzulässige – Preisreduktion käme uU auch ein Preisnachlass (Geld- oder Naturalrabatt) in Betracht. Festpreise würden die Pharmaunternehmen dann hindern, durch Nachlässe an den Handel oder an verschreibende Ärzte den Umsatz auf Kosten der KV zu erhöhen; insoweit könnten auch Festpreise im Interesse der KV liegen (so wie auch eine Abmachung zwischen HV und Pharmaunternehmen, auf Rabatte an Dritte zu verzichten).

Wie noch zu begründen ist, sind die für den EK festzulegenden FAP staatlich geregelte Preise. Es handelt sich aber nicht um Festpreise, sondern um Höchstpreise. Dafür sprechen zum einen die konkreten Regelungen zur Aufnahme in einen der drei Bereiche des EK (dazu sogleich), zum anderen aber auch die Bedachtnahme auf das Gesamtsystem der Preisregelung. Das Erlassen von Festpreisen wäre heute eher ungewöhnlich und kann daher nur angenommen werden, wenn der Gesetzgeber es hinreichend deutlich vorsieht.¹⁵ Auch das eben genannte mögliche Interesse der KV spricht nicht für Festpreise, weil die Rechtsordnung dieses Interesse – nach der hier vertretenen Auffassung – schon auf anderem Wege berücksichtigt. Und täte es dies nicht, so könnte der HV bei der Entscheidung über die Aufnahme in den EK wohl rechtmäßigerweise festlegen, dass das Pharmaunternehmen den ausgehandelten Preis nicht – zu Lasten der KV – durch (erhebliche) Nachlässe an Dritte unterläuft. Das G sieht solche Nebenbestimmungen zur Entscheidung des HV zwar nicht ausdrücklich vor. Es handelte sich aber um eine Auflage, die den Preis betrifft und ganz auf der Linie des Gesetzeszwecks liegt; Solche Nebenbestimmungen sind zulässig.

Im Weiteren ist an dem bei der Preisfestlegung angewendeten Verfahren anzusetzen. Arzneimittel werden idR auf Antrag des Unternehmens in den EK aufgenommen. Ausnahmsweise kann die Aufnahme aber auch von Amts wegen erfolgen (§ 351c Abs 5 ASVG).

¹⁵ Mindestpreise gibt es derzeit soweit zu sehen nur selten, insb bei Büchern und bei Honorarordnungen freier Berufe. Das Spannungsverhältnis zur Marktfreiheit ist bei Mindestpreisen deutlich größer als bei Höchstpreisen.

Rebhahn / Kietzabl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 15

b. Wird die *Aufnahme beantragt*, so kommt das Mittel zuerst in den Roten Bereich. Für diese Mittel verweist das G auf den EU-Durchschnittspreis (§§ 31 Abs 3 Z 12 lit a), 351c Abs 7 ASVG). Dieser wird zwar von der Preiskommission bloß ermittelt. In der vom Gesetz angeordneten Bindung an den Durchschnittspreis liegen aber wohl die hoheitliche Festsetzung eines Preises und damit eine amtliche Preisregelung.¹⁶ Fraglich kann nur sein ob es sich dabei um einen Höchst- oder einen Festpreis handelt. Das G sagt zum Roten Bereich - erstaunlicherweise und anders als zum Gelben Bereich - nicht ausdrücklich, dass höchstens der EU-Durchschnittspreis verrechnet werden darf. Alles andere spricht aber für einen Höchstpreis und nicht einen Festpreis.¹⁷ So wäre die Berufung auf das finanzielle Gleichgewicht in § 31 bei einem Festpreis sinnwidrig; und § 351c Abs 7 sieht eine Nachverrechnung nur vor, wenn der EU-Durchschnittspreis niedriger war als der vorerst verrechnete, nicht auch wenn er höher war.

Auch für Mittel des Gelben Bereich sieht das G die Ermittlung des EU-Durchschnittspreises vor (§ 351 c Abs 6 ASVG), und der KV darf nach § 31 Abs 3 Z 12 lit c) ASVG höchstens der EU-Durchschnittspreis verrechnet werden. Darin liegt eine partielle staatliche Preisregelung. Das klärt aber noch nicht den Charakter eines festgelegten, insb bei Verhandlungen zwischen HV und Pharmaunternehmen abgesprochenen, Preises der unter dem EU-Durchschnittspreis liegt. Auch dabei wird es sich um einen Höchstpreis handeln: das Pharmaunternehmen dürfte die Mittel also auch billiger für Rechnung der KV abgeben. Für den Charakter als Höchstpreis sprechen vor allem folgende Gründe. So regelt das ASVG in § 351e nur die Erhöhung des festgelegten Preises; wären es Festpreise, dann müsste er auch die Verringerung besonders regeln. Zum anderen müsste bei einem in einer hoheitlichen Entscheidung - und daher zumindest formal einseitig - festgelegten Preis weit eher die Eigenschaft als Festpreis denn jene als Preisgrenze ausdrücklich im Gesetz vorgesehen sein. Dafür spricht hier auch, dass der HV - gerade im Hinblick auf das in § 31 genannte finanzielle Gleichgewicht - an einem Höchstpreis idR mehr interessiert als an einem Festpreis.

Bei den Mitteln des Grünen Bereiches ergibt sich der Preis für Abgabe auf Rechnung der KV idR letztlich aus Gesprächen zwischen Anbieter und Hauptverband, auch wenn der Preis auch hier vom HV entschieden wird. Allerdings verlangt das G für die Aufnahme in den Grünen Bereich bei (bloß) gleicher oder ähnlicher therapeutischer Wirkung zumindest einen ausreichend großen Preisunterschied; für wirkstoffgleiche Produkte wird hingegen die erforderliche Preisreduktion näher bestimmt. Auch für den Grünen Bereich sagt das G nicht aus-

¹⁶ So auch *Thaler/Plank*, Heilmittel 103 (nur) in Bezug auf den EU-Durchschnittspreis.

¹⁷ Für Höchstpreis auch *Thaler/Plank*, Heilmittel 102 (ohne nähere Begründung).

Rebhahn / Kietzibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 16

drücklich, ob der dabei festgelegte FAP Höchst- oder Festpreis ist. Wiederum spricht aber alles für einen Höchstpreis.

c. Weitgehend unklar sind die Kriterien zur Preisbildung bei *amtswegiger Aufnahme* in den EK nach § 351c Abs 5 ASVG. Das G scheint durch den Verweis auf die Abs 7 bis 9 davon auszugehen, dass die KV die Mittel auch dann zum EU-Durchschnittspreis bzw im Grünen Bereich zu einem günstigeren Preis beziehen kann. Würde dies zutreffen, so würde das Wissen um diese Möglichkeit jedenfalls im Grünen Bereich einen Druck auf die Anbieter ausüben, den Preisvorstellungen der KV entgegenzukommen. Allerdings ist mE fraglich, ob das G wirklich den genannten Inhalt hat (auch wenn die Verfahrensordnung dies annimmt; vgl deren § 17). Denn der Anbieter könnte die Abgabe auf Rechnung der KV zu dem EU-Durchschnittspreis oder im Grünen Bereich zu einem geringeren Preis dann ja nur dadurch verhindern, dass er das Medikament in Österreich vom Markt nimmt. Dieser hoheitlicher Zwang zur Abgabe eines Arzneimittels zu einem fremdbestimmten Preis mag verfassungsrechtlich in manchen Fällen (dringender Bedarf der Volksgesundheit) vielleicht gerechtfertigt werden können. Sicher kann er aber nicht für alle Medikamente gerechtfertigt werden, deren amtswegige Aufnahme in den EK nach dem Wortlaut des G in Betracht käme (zB das vierte Generikum). Die Zwangsaufnahme in den EK zum Zwangspreis kann daher wenn überhaupt so nur bei einer Formulierung des G angenommen werden, die unmissverständlich und durch keine Auslegung zu vermeiden ist. ME ist Abs 5 nicht so klar. Das soll aber hier nicht weiter verfolgt werden.

d. Das Verfahren zur Festlegung der Preise für den EK ist nun sicher kein Verfahren zur Preisregelung nach dem PreisG. Gleichwohl könnte es sich dabei inhaltlich um staatliche Preisregelung handeln. Für diese Einordnung spricht, dass der Preis des Produktes für einen Teilmarkt – der wirtschaftlich idR der bedeutendste ist – nicht allein vom Anbieter bestimmt wird, sondern im Rahmen eines hoheitlichen Verfahrens. Die E des HV gem § 351d ASVG ist nach wohl hM eine hoheitliche Entscheidung. Diese Zuordnung zum Hoheitsbereich entspricht aber auch der materiellen Lage. In allen drei Bereichen kann der Anbieter sein Produkt an die KV nämlich nur zu dem Höchstpreis verkaufen, der sich aus den staatlichen Normen ergibt – oder aber gar nicht (wenn man von der Möglichkeit nach § 31 Abs 3 Z 12 viertletzter Satz ASVG absieht). Dies gilt insb für den Roten und Gelben Bereich, bei dem der Höchstpreis aus dem EU-Durchschnittspreis oder Gesprächen mit dem HV folgt. Es gilt aber auch für den Grünen Bereich, weil hier entweder schon das G Vorgaben zur Preisfestlegung enthält, oder aber die Gespräche mit dem HV doch stets vor dem Hintergrund erfolgen, dass die Entscheidung über den Preis einseitig erfolgen kann (auch die Kontrolle durch die UHK führt

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 17

nicht zum Erfordernis eines Konsenses über den Preis). In diesem System der Festlegung von Preisen liegt aber sowohl aus der Sicht des österr Rechts (Verfassungsrechts) als auch des Gemeinschaftsrechts (Warenverkehrsfreiheit) eine hoheitliche Preisregelung.

Für die Arzneimittel des EK liegen daher bei Abgabe auf Rechnung der KV allgemeine Festlegungen des Preises vor, bzw der Abgabepreise (FAP). Diese sind inhaltlich auch als staatlich geregelte Preise anzusehen. Es handelt sich jeweils um Höchstpreise: das Pharmaunternehmen darf also auch einen geringeren FAP verrechnen (und damit auch Rabatte geben)

e. Die Preisfestlegung für den EK betrifft rechtlich betrachtet nur die Abgabe auf Rechnung der Sozialversicherung, nicht aber zB die Preise bei Abgabe an Privatkunden oder Krankenanstalten. Die Festlegung eines Preises für den EK hindert das Pharmaunternehmen daher grds nicht, für andere Bezieher einen anderen Preis als FAP zu verlangen. Nur für die Abgabe auf Kosten der KV hat er einen bestimmten Höchst-FAP „zugesagt“ (durch Angebot oder das Unterlassen eines Rechtsmittels oder das Weiterbeliefern nach negativer E der UHK). Die rechtliche Unabhängigkeit dieser Preise von jenen des EK wird allerdings in und durch die Praxis verschleiert. Die von den Apotheken verwendeten Preislisten (des Apothekenverlages) weisen für die Mittel des EK allein die Apothekenverkaufspreise aus, die der KV verrechnet werden dürfen. Diese wiederum werden in der Praxis durch Addition des jeweils höchstzulässigen Großhandelszuschlages und ferner des für begünstigte Bezieher höchstzulässigen Apothekenzuschlages der EK- berechnet. Ein Pharmaunternehmen hat daher praktische Schwierigkeiten, für Privatkunden andere Preise am Markt durchzusetzen.¹⁸ Rechtlich sind die Preise für Privatkunden und für Krankenanstalten aber nicht durch jene des EK staatlich geregelt.

3. Zur Preisregelung für den Großhandel

a. Preisregelung gibt es (auch) für die Abgabe von Arzneimitteln im Großhandel, zuletzt durch die VO 2004 (kundgemacht nur in der Wiener Zeitung). Die VO enthält dabei Höchstgrenzen für den Aufschlag, den der Großhandel auf den FAP (oder DAP) aufschlagen darf. Da der Höchstaufschlag degressiv ausgestaltet werden sollte, wird an die Höhe des FAP angeknüpft. Dieses Anknüpfen wird (aus nicht leicht ersichtlichen Gründen) technisch in zwei Regelungen zerlegt: Für gewisse Gruppen (Preisbänder) von FAP wird ein Höchstaufschlag festgelegt, für andere – dazwischen liegende – Gruppen wird hingegen ein höchster Apothe-

¹⁸ Es mag sein, dass dafür Schwierigkeiten des Großhandels ins Treffen geführt werden, bei der Verrechnung mit den Apotheken an die erst nach der Lieferung folgenden Abgabe anzuknüpfen, oder die Praxis der Apotheken. Auch der zulässige Großhandelsaufschlag differenziert nicht nach der Abgabe auf Rechnung der KV, sondern allein danach ob das Mittel im EK aufscheint.

Rebhahn / Kietzibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 18

keneinstandspreis festgelegt. Im ersten Fall wird für bestimmte FAP der Höchstaufschlag direkt festgelegt, aus dem dann jeweils der höchste Apothekeneinstandspreis abgeleitet werden kann; im zweiten Fall wird hingegen für bestimmte FAP der höchste Apothekeneinstandspreis festgelegt, aus dem dann jeweils der Höchstaufschlag abgeleitet werden kann. Die Zweiteilung ändert allerdings nichts daran, dass die VO für jeden möglichen FAP einen bestimmten höchsten Apothekeneinstandspreis festlegt. Dabei differenziert die VO zwischen Arzneimitteln, die im Gelben oder Grünen Bereich des Erstattungskodex genannt sind, und anderen Arzneimitteln.

Hingewiesen sei auf die Erläuterungen zur Großhandels-VO, die sagen: Die Höchstaufschläge „beziehen sich auf die Belieferung von Apotheken (auch zur Belieferung ärztlicher Hausapotheken) durch Großhandelsbetriebe.“ Der volle Großhandelsaufschlag ist also auch bei Belieferung der ÖAP zulässig, die dann an die HAP weiterverkauft.

b. Die Großhandels-VO führt nicht notwendig zu einem einheitlichen Apothekeneinstandspreis (= APE) für alle Apotheken. Unterschiede im Preis, den ein bestimmter Großhändler von einer bestimmten Apotheke verlangt, können aus zwei oder gar drei Gründen auftreten.

Zum einen verlangt die Rechtsordnung nicht, dass das Pharmaunternehmen von allen Großhändlern den gleichen FAP verlangt. Anders wäre es nur, wenn es einen amtlich festgelegten Festpreis gäbe; dies ist aber weder allg nach dem PreisG noch bei der Festlegung nach § 351c ASVG der Fall. Pharmaunternehmen dürften sogar unterschiedliche FAP für die Abgabe auf Rechnung der KV und an andere Personen verlangen, was dann zu nach Abnehmer unterschiedlichen APE führen könnte und idR würde. Zum anderen verlangt die Rechtsordnung nicht, dass ein Großhändler bei gleichem FAP von allen Apotheken den gleichen APE verlangt. Die Großhandels-VO bestimmt nur, welcher Preis bei einem bestimmten FAP an den Großhändler der dann höchstzulässige APE ist. Sowohl Pharmaunternehmen wie Großhändler können also nach den bisher besprochenen Regelungen (PreisG; ASVG; Großhandels-VO) zwischen verschiedenen Abnehmern differenzieren. Der konkret von einer Apotheke verlangte Einstandspreis hängt daher vom Preis ab, den der Hersteller vom konkreten Großhändler fordert, sowie vom Preis, den der Großhändler von der Apotheke fordert.

Schranken für diese Möglichkeit der Preisdifferenzierung können sich allerdings aus dem Kartell- und Wettbewerbsrecht ergeben, insb aus dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Eine marktbeherrschende Stellung könnte beim Großhandel näher liegen als bei Pharmaunternehmen, außer man würde nur jedes umsatzstarke patentgeschützte Arzneimittel als eigenen Markt betrachten. Die Frage des Missbrauches kann aber

Rebhahn / Kietaiabl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 19

nur im Einzelfall geprüft werden. Selbst wenn er vorliegen sollte, ergibt sich daraus aber noch kein einheitlicher APE.

Die Bestimmungen über die Preisregelung bei Arzneimitteln für den FAP und den Großhandel führen also nicht zu einem für alle Apotheken (ÖAP) einheitlichen APE, sondern nur zu dem jeweils höchstzulässigen APE.

4. Preisbildung der Apotheken für Arzneimittel

a. Allgemeines

Auch für die Abgabe von Arzneimitteln ist die Möglichkeit zur freien Preisbildung der rechtliche Ausgangspunkt. Diese Marktvorgänge sind von § 3 PreisG und damit letztlich vom PreisG ausgenommen. Allerdings sieht das ApothekenG in § 7 vor, dass durch VO nicht nur der Betrieb der Apotheke durch VO geregelt wird, sondern durch VO auch „Maximalpreise“ für die in der Apotheke geführten Artikel erlassen werden.¹⁹ Diese VO über die Höchstpreise wird traditionell Arzneitaxe genannt.²⁰ § 7 gilt gem § 31 Abs 4 ApothekenG auch für die HAP. Das G ermächtigt den BM nicht nur zum Erlass dieser VO, sondern verpflichtet ihn wohl auch dazu. Die gesetzliche Grundlage der Arzneitaxe enthält keinerlei Hinweise auf die Kriterien zur Festsetzung der Höchstpreise und ist daher wohl verfassungswidrig, außer man überträgt § 6 PreisG auch auf diese Ermächtigung.

Die Regelungen der **Arzneitaxe** sind, blickt man genauer, aus rechtlicher Sicht insgesamt wenig durchsichtig. Nach § 1 Abs 1 hat der BM die Preise für Arzneimittel nach den in der Anlage A enthaltenen Grundsätzen zu berechnen und als Anlage B zu veröffentlichen.²¹ Nach § 1 Abs 2 sind die Preise der Arzneitaxe Höchstpreise. Die Anlage A enthält in I Z 2a die Grundsätze für die Gestaltung der Abgabepreise für Arzneimittel, die in einer zur Abgabe an die Verbraucher bestimmten fertigen Packung durch eine öffentliche Apotheke aus dem Handel bezogen und in dieser Packung abgegeben werden.²² Festgelegt werden Zuschläge, die dem Apothekeneinstandspreis hinzuzurechnen sind, wobei die Höhe der Zuschläge mit dem Preis abnimmt. Im Übrigen ist der Regelungsmechanismus (Preisbänder) ähnlich wie in der Großhandels-VO.

Die Arzneitaxe selbst enthält in **§ 3 Abs 1 und 2** jedoch eine Sonderregelung für be-

¹⁹ Vgl den Text im Anhang.

²⁰ Vgl dazu *Puck*, Heilmittelersorgung, 582.

²¹ Vgl den Text im Anhang.

²² Vgl den Text im Anhang.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 20

günstigte Bezieher, insb die Gesetzliche Krankenversicherung.²³ Sie sieht in ausdrücklicher Abweichung von Anlage A I Z 2a für dieselben APE geringere Zuschläge bzw geringere Preise fest. § 3 Abs 2 AT gilt – im Unterschied zu dem verdrängten Anlage A I Z 2a – aber nicht nur für öffentliche Apotheken, sondern ausdrücklich auch für HAP. Sie ist also die für unser Thema primär relevante Bestimmung.

Es könnte allerdings in Frage gestellt werden, ob die KVT derzeit wirklich auch bei HAP zu den begünstigten Beziehern iSd Arzneitaxe zählen, falls es derzeit tatsächlich keine Verträge mit den HAP über die Abgabe auf Kosten der KV iSd § 350 ASVG gibt. Denn die Arzneitaxe könnte davon ausgehen, dass ein Träger der Sozialversicherung nur dann zu den begünstigten Beziehern gehören kann, wenn er die gesetzlichen Vorgaben einhält. Sollte die KV nicht zu den begünstigten Beziehern zählen, so wäre der zulässige Zuschlag höher und des Sondernachlass des § 3a Arzneitaxe nicht vorgeschrieben. Der zulässige Höchstpreis also höher. Die KVT könnten – gerade mangels Vertrag – aber sagen sie beziehen nur zu den Konditionen eines Begünstigten. Das soll hier aber nicht weiter verfolgt werden.

In der Praxis werden insb für Handelsware Höchstaufschläge festgelegt; § 3 spricht von Rohverdienst. Diese Höchstaufschläge wie auch die anderen Höchstpreise werden für alle Apotheken einheitlich festgelegt, ohne dass nach unterschiedlichen Kostenstrukturen differenziert wird; dies wird nur für begünstigte Bezieher bei den Sondernachlässen für umsatzstarke Apotheken. Theoretisch könnte man sagen, der Rohverdienst müsse für jene Grenzbetriebe ausreichen, die auf der Basis der gesetzlich gewünschten Versorgungsstruktur noch sollen existieren können.²⁴ Praktisch resultiert die Höhe der Aufschläge wohl eher aus Fortschreiben in Verbindung mit politischem *bargaining*.²⁵

Zentral ist dann der Inhalt des Begriffes „Apothekeneinstandspreis“, weil dieser den Ausgangspunkt für die Berechnung der nach § 3 Abs 2 zulässigen Abgabepreise bildet. Dafür ist die genaue Einordnung der Preisregelung nach § 3 Abs 2 relevant. Der Begriff des APE wird weder im ApothekenG noch in der Arzneitaxe definiert, und soweit zu sehen auch in keiner anderen staatlichen Norm.²⁶ Bevor den genannten Fragen nachgegangen wird, sollen die Möglichkeiten der Preisregelung durch Höchstpreise skizziert werden.

b. Verschiedene Arten von Höchstpreisen

²³ Vgl den Text im Anhang.

²⁴ So *Puck*, Heilmittelversorgung 582 FN 21.

²⁵ So bereits *Puck*, Heilmittelversorgung 582.

²⁶ Nach dem Suchergebnis in RIS wird der Begriff nur in den §§ 3, 3a und 10 AT sowie in der Anlage dazu verwendet.

Rebhahn / Kietabl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 21

(1) Aus der Sicht des Vertragsrechts (§ 917a ABGB) genügt ein einheitlicher Begriff des Höchstpreises: Der Unternehmer darf vom Kunden kein höheres Entgelt verlangen. Blickt man jedoch auf die Ermittlung des Höchstpreises, so gibt es verschiedene Möglichkeiten. Idealtypisch kann man zumindest drei Arten unterscheiden: Festsetzung des Höchstpreises durch einen Höchstbetrag; Ableitung des Höchstpreises aus den Kosten des konkreten Anbieters; Ableitung des Höchstpreises aus den Kosten eines typischen / effizienten Anbieters. Höchstpreise können also entweder mit einem bestimmten Betrag (zB ein Liter Benzin: maximal 1 €) oder in Abhängigkeit von den Kosten, insb dem Einstandspreis festgelegt werden. Man darf diese beiden Arten von Höchstpreisen nicht verwechseln. Im ersten Fall will der Normgeber verhindern, dass eine Ware mehr als den festgelegten Betrag kostet, gleichgültig wie viel der Verkäufer dabei verdient. Im zweiten Fall setzt er hingegen nicht einen Betrag als Höchstpreis fest, sondern nur eine bestimmte Berechnungsmethode für den Höchstpreis. Die Rechtsordnung stellt bei Preisregelung in mehreren Fällen auf die Kosten des Unternehmers ab, wie bei Wohnraummiete, Elektrizitäts- und Gaswirtschaft oder Telekommunikation. Man spricht von kostenbezogener Regelung, Kostenwahrheit und Kostenwälzung.

Die Arzntaxe enthält zwar für manche Produkte Höchstpreise der ersten Art, insb in Anlage B. Für die von § 3 Abs 2 erfassten Spezialitäten könnte sie sich aber für die zweite Methode der Höchstpreisregelung entschieden haben, weil die Bestimmung eben auf den AEP abstellt. Der Einstandspreis ist ein wesentlicher Teil der Kosten beim Weiterverkauf einer Ware, was für kostenbezogene Preisregelung spricht.

(2) Stellt eine Preisregelungsvorschrift – wie möglicherweise § 3 Abs 2 AT – auf die Kosten des Leistenden (Verkäufers, Werkunternehmers, Dienstleisters, Vermieters usw) ab, so wird wie gesagt fraglich, ob es auf die Kosten des konkreten Leistenden oder auf eine generalisierende bzw abstrakte Betrachtung ankommt. Die Entscheidung zwischen diesen Alternativen ist insb für die Frage relevant, ob Preisnachlässe, die (nur) dem konkreten Liefernden eingeräumt werden, sich auf den Höchstpreis auswirken. In Bezug auf die letzte Frage ist davon auszugehen, dass in einer Marktwirtschaft der Wiederverkäufer einer Ware ohne Zweifel Vergünstigungen (Rabatte, Preisnachlässe) von einem Lieferanten entgegennehmen kann und nicht verpflichtet ist, die daraus resultierenden Vorteile an seine Kunden weiterzugeben.²⁷ Unzulässig sind nur Vergünstigungen an Mitarbeiter des Vertragspartners, von denen dessen Geschäftsherr nichts weiß („Bestechung“ eines Angestellten; vgl insb § 10 UWG). Den Unternehmer selbst kann man aber in rechtlichem Sinn wohl nicht „bestechen“ – er erzielt durch

²⁷ Eine andere Frage ist, inwieweit der Lieferant solche Vorteile gewähren darf, insb wenn es sich um Naturalvorteile handelt oder er marktbeherrschend ist; vgl dazu auch unten ##.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 22

Rabatte, Boni oder Ähnliches eben nur einen günstigeren Einstandspreis. Das Streben nach solchen Vorteilen ist an sich legitimer Teil des unternehmerischen Handelns. Diese Grundsätze müssen dort, wo das Wirtschaftsrecht das unternehmerische Handeln einschränkt, jedoch nicht uneingeschränkt gelten. Insb Vorschriften zur Preisgestaltung können auch die Möglichkeiten einer der genannten Vergünstigungen entweder rechtlich oder doch faktisch beschränken. Bei Preisregelung wird wie gesagt in verschiedenen Fällen auf die Kosten des Unternehmers abgestellt.

Die wirtschaftlichen Folgen der verschiedenen Varianten von Höchstpreisen sind durchaus unterschiedlich. Bei abstrakter Beurteilung der Kosten kann es dazu kommen, dass Unternehmen mit höheren Kosten als die angenommenen typischen einen geringeren oder gar keinen Gewinn machen. Dafür bleiben dann Gewinne, die aus besonderen Anstrengungen zur Reduktion der Kosten entstehen, dem Unternehmer. Genau umgekehrt ist es bei konkreter Beurteilung der Kosten: Je höher/geringer die Kosten gerade dieses Unternehmers, desto höher/geringer der Preis, den gerade dieser Unternehmer verlangen darf.

Preisnachlässe beeinflussen den zulässigen Höchstpreis also bei konkreter Beurteilung; und sie beeinflussen ihn nur bei dieser Variante, nicht aber bei Höchstbetrag oder abstrakter Ableitung von den Kosten. Bei konkreter Beurteilung können Anstrengungen des Anbieters des preisgeregelten Produktes um Senkung der Kosten – zB um Preisnachlässe - potentiell stets dazu führen können, dass er auch den Preis senken muss, weil so die Basis für die Berechnung des regulierten Preises verringert wird. Auf der anderen Seite führen höhere Aufwendungen auch zu höherem zulässigen Preis. Dies ist ein bekanntes Phänomen. Vor allem auf preisgeregelten Monopolmärkten kann letzteres (zB Großzügigkeit beim Personalaufwand) zu unerwünschten Folgen („Kostenschinden“; Verschwendung) führen. Die Regulierungsnorm stellt daher heute häufig auf die Kosten eines effizient geführten Musterunternehmens ab.²⁸

Sieht das G die Festlegung eines Höchstpreises vor, so muss man daher stets genau prüfen, welche der verschiedenen Varianten verwirklicht ist. Geht das G wie die Arzneitaxe vom Einstandspreis aus, so würde es für eine abstrakte Beurteilung der Kosten sprechen, wenn der Einkaufspreis selbst behördlich geregelt wäre oder doch zumindest zwingend aus einer behördlichen Regelung folgte. Ebenso würde es für eine abstrakte Beurteilung sprechen, falls die Norm verlangt, auf die Kosten (den Einstandspreis) eines durchschnittlichen oder eines effizienten Betriebes abzustellen. Diese Frage wurde vor Jahren zum PreisG disku-

²⁸ Vgl *Puck* in Raschauer, Wirtschaftsrecht Rz 638, 640.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 23

tiert.²⁹ Der VwGH hat bei der Bestimmung des volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises ursprünglich auf die Kosten des konkreten Betriebes abgestellt, dann hingegen auf jene eines effizienten Betriebes, zumindest für bestimmte Fälle.³⁰ Stellt die Norm für die Ermittlung des Höchstpreises hingegen nur auf die Kosten ab, ohne dies zu präzisieren, so scheint dies – geht man rein vom Normtext aus – für eine konkrete Berechnung des Höchstpreises in Abhängigkeit von den Kosten des konkreten Anbieters zu sprechen.

Stellt die Norm – wie § 3 Abs 2 Arzneitaxe – auf den Einstandspreis ab, so ist es – im Sinne systematischer Auslegung – sinnvoll, nach der Bedeutung des Begriffes in anderen G zu fragen. Allerdings verwenden andere G oder VO nur äußerst selten den Begriff Einstandspreis allein oder in Kombination, und sie tun dies heute stets ohne Definition.³¹ Die wichtigste Verwendung findet sich heute in § 5 Abs 1 Z 5 KartellG. Es geht um das Verbot des Verkaufs unter dem Einstandspreis, das sich heute im Rahmen des Verbots des Missbrauches einer marktbeherrschenden Stellung findet. Früher war es eher allg im Nahversorgungsg enthalten.³² der VfGH hat dies aber mit VfSlg 12.379/1990 (G 56/89) aufgehoben. Davor war Begriff im PreistreiberG verwendet worden.

Eine Definition fand sich früher in § 3a Abs 1 Satz 2 NVG definierte den Einstandspreis als den "... Preis, der sich nach Abzug aller Rabatte oder sonstigen Preisnachlässe ergibt, die vom Lieferanten im Zeitpunkt der Rechnungsstellung eingeräumt werden." In dieser Definition verweist Einstandspreis also auf eine konkrete Beurteilung: es kommt auf den Einstandspreis des konkreten Unternehmers an, um dessen Höchstpreis es geht. Die in § 3a Abs 1 Satz 2 NVG angeordnete Verringerung des Einstandspreises durch Preisnachlässe stand natürlich im Einklang mit dem Gesetzeszweck, weil das Verbot sonst ja mehr Verkäufe zu geringen Preisen erfasst hätte als der Zweck erforderte. Der genannte Begriffsinhalt entsprach und entspricht aber wohl auch dem allg Verständnis von Einstandspreis insb auch in der Betriebswirtschaftslehre.³³ Von diesem allg Verständnis geht im Zweifel auch eine Norm aus, die den Begriff zur Bestimmung des Höchstpreises verwendet, aber nicht näher definiert. Und dieses Verständnis entspricht auch dem Zweck einer Vorschrift, die einen Höchstpreis in Abhängigkeit vom Einstandspreis festlegt. Denn damit soll festgelegt werden, dass der Unter-

²⁹ Vgl *Gutknecht*, ÖZW 1991, 46.

³⁰ VwGH 89/17/0166, JBl 1993, 128 = ÖZW 1993, 116 mA *Barfuss* (abl).

³¹ Vgl § 14 ProduktsicherheitsG; VO BGBl 422/1977 (Richtmärkte für Fleisch): Großhandelseinstandspreis; VO BGBl 620/1986.

³² Vgl dazu *Prunbauer*, Zur Berechnung des Einstandspreises, MR 1989, 116; dazu kritisch *Neumayer*, Der Einstandspreis gemäß § 3a NVG – Betriebswirtschaftliche Anmerkungen, MR 1990, 50.

³³ Vgl *Neumayer*, MR 1990, 50.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 24

nehmer durch Handel mit Waren, die von der Preisregelung betroffen sind, nur einen bestimmten Bruttoertrag soll erzielen können (auch § 3 Abs 2 Arzneitaxe spricht von Rohverdienst). Dieser Bruttoertrag soll eben umso geringer sein, je niedriger der Einstandspreis ist. Daher verlangt der Zweck einer solchen Vorschrift, den Einstandspreis nach dem tatsächlichen Aufwand zu bestimmen, den der Unternehmer für die Ware tätigen muss. Dies hat allerdings zur Folge, dass Bemühungen des Unternehmers um einen geringeren Einstandspreis (zB durch Rabatte) nicht oder doch nicht voll diesem selbst zugute kommen. Das ist aber eine mögliche Folge jeder Preisregelung und eine notwendige Folge einer Preisregelung, die auf den Einstandspreis abstellt, ohne dabei gesondert auf Rabatte und Preisnachlässe Bedacht zu nehmen.

In der Betriebswirtschaftslehre ist der Begriff Einstandspreis nicht eindeutig definiert, weil es verschiedene Möglichkeiten gibt einen Warenbestand zu bewerten. Ähnliche Probleme sind auch beim NVG aufgetreten, die aber von der Judikatur nur selten angesprochen wurden. Diese Probleme spielen aber bei der Festlegung eines Höchstpreises in Abhängigkeit vom Einstandspreis eine weit geringere Rolle als dort, insb wenn der Höchstpreis durch einen Höchstaufschlag bestimmt wird. Es geht dann nicht um die Zuordnung von anderen Kosten zu einer bestimmten Ware, sondern nur darum zu fragen welche Vergünstigungen seitens des Lieferanten in einer so engen Beziehung zu einer bestimmten Ware stehen um sagen zu können, dass sie den Einstandspreis verringern.

Grds können auch bei Höchstpreisen, die vom konkreten Einstandspreis abhängen, nur jene Vergünstigungen den Einstandspreis verringern, die einer bestimmten Ware oder Warengruppe *zuordenbar* sind. Bei Naturalrabatten sind einer bestimmten Ware (zB Medikament) jedenfalls jene Rabatte zuordenbar, die in Einheiten desselben Mittels bestehen. Einheiten eines anderen Mittels sind zuordenbar, wenn durch den Geber ein klarer Zusammenhang hergestellt wird.³⁴ Nicht zuordenbar wäre zB eine Studienreise. Bei Geldrabatten sind natürlich Nachlässe bei einem bestimmten Medikament zuordenbar. Fraglich ist die Lage bei Gesamtumsatzmengenrabatten.

(3) Fraglich ist, ob es für den Fall, dass die Norm nicht klar sagt, welche Variante des Höchstpreises sie enthält, eine Zweifelsregel gibt. ME muss man vom Wortlaut ausgehen. Legt die Norm den Höchstpreis nur in Abhängigkeit von den Kosten oder von bestimmten Kosten (zB Einstandspreis) fest, so wäre das Erlassen eines Höchstbetragspreises wohl unzulässig. In weiterer Folge könnte man für die Wahl zwischen abstrakter und konkreter Beurtei-

³⁴ Bei Arzneimitteln sind solche Zugaben aber schon länger aufgrund von § 9a Abs 2 UWG rechtswidrig, und nun auch durch § 55b AMG verboten.

Rebhahn / Kietzibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 25

lung allenfalls sagen, im Zweifel sei die weniger stark eingreifende Variante gewollt (auch wegen der Erwerbsfreiheit) und daher fragen, welche Beurteilung der Kosten die Marktfreiheit des preisregulierten Unternehmers mehr einschränkt. Dazu lässt sich aber wohl keine eindeutige Antwort geben. Die Tatsache, dass die abstrakte Beurteilung die um Kostensenkung Bemühten besser stellt, sagt nämlich nicht notwendig auch etwas über den Grad der Regulierung. Es bleibt daher für eine Zweifelsregel allenfalls das Anknüpfen an den Wortlaut, weil für eine abstrakte Beurteilung der Referenzrahmen (Durchschnitt; effizienter Betrieb) erforderlich ist, und den das Gesetz festlegen sollte.

c. Zu den Höchstpreisen der Arzneitaxe

(1) Die Arzneitaxe darf nach § 7 ApothekenG nur Maximalpreise und damit Höchstpreise regeln. Jedenfalls der Wortlaut des G schränkt den BM bei der Wahl zwischen den verschiedenen Varianten eines Höchstpreises nicht ein. Und es gibt wie gesagt wohl auch keine Zweifelsregel. Die Arzneitaxe enthält nun für manche Produkte Höchstbetragspreise, insb in Anlage B. Fraglich ist aber, welche Art des Höchstpreises in § 3 Abs 2 für die dort erfassten Spezialitäten festgelegt wird.

Blickt man allein auf § 3 Abs 1 („haben zu verrechnen“) und Abs 2 Arzneitaxe oder Z 2a der Anlage A I, so könnte man sogar meinen, dass die Arzneitaxe hier Festpreise festlegt, sodass die Apotheken bei gleichem Einstandspreis auch den gleichen Verkaufspreis einzuhalten hätten (was den Wettbewerb einschränkte). Verstärkt wird dieser Eindruck noch, wenn man mit dem Wortlaut der vom gleichen Normsetzer stammenden Großhandels-VO vergleicht. Hier wird von Aufschlag und Preis gesprochen, wo dort von Höchstaufschlag und Höchstpreis die Rede ist. Die grundlegende Aussage des § 1 Abs 2 Arzneitaxe gilt jedoch auch für § 3 Abs 2 und Z 2a der Anlage A und die dort genannten Zuschläge und Verkaufspreise. Die Preise der Arzneitaxe sind daher – stets – *Höchstpreise!*³⁵ Ihre Preise dürfen daher unterschritten werden.³⁶ § 3 Abs 2 bestimmt also nur den höchstzulässigen Aufschlag und Verkaufspreis. Dieses Verständnis fügt sich sehr gut in das System der Preisregelung für Arzneimittel und dessen Zwecke ein.

In der Praxis wird der Charakter als Höchstpreis wohl nicht selten übersehen. So gibt es auf Grund der Preislisten des Apotheken-Verlages jedenfalls faktisch einheitliche Apothekenverkaufspreise und – jedenfalls als Ausgangspunkt der Verrechnung – auch einheitliche

³⁵ So auch *Puck*, Heilmittelversorgung 583.

³⁶ Vgl bereits OGH 4 Ob 317/68 (zum Ankündigen von Unterschreiten); OGH 4 Ob 236/98d = ÖB1 1999, 77.

Rebhahn / Kietzibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 26

Apothekeneinstandspreise. Der OGH hatte sich als Kartellgericht schon mit den Preislisten I und II des Apothekenverlages zu befassen, die von allen Apotheken idR beachtet werden. Der OGH hat jedenfalls in der Herausgabe dieser Preislisten ein – grds verbotenes – wettbewerbsbeschränkendes Verhalten gesehen.³⁷ Und manche Autoren sprechen von der Preisregelung der Apothekenabgabepreise in einer Weise, die auf einen Festpreis schließen lässt.³⁸ Es mag sein, dass die Verwirrung, welche Formulierung und getrennte Regelung in den §§ 1 und 3 Arzneitaxe bewirken, nicht unbeabsichtigt war (die betreffende Formulierung findet sich schon seit langem in der Arzneitaxe).

Die Bedachtnahme auf § 1 Abs 3 allein sagt uns aber noch nicht, welche Art von Höchstpreis vorliegt. Das muss aus dem Gehalt der Regelung in ihrem Zusammenhalt erschlossen werden.

§ 3 AT sagt, dass die Apotheken (ÖAP und HAP) den begünstigten Beziehern einen ermäßigten Zuschlag auf den APE (zu) verrechnen haben, dh verrechnen dürfen. Die AT sieht aber nicht vor, dass der Minister selbst – etwa in einer Anlage – den so berechneten Preis dann als Höchstpreis verordnet. Vielmehr überlässt die AT es den grds den Apotheken, ihren Verkaufspreis aus APE und Zuschlag zu berechnen. Damit kann der von § 3 Abs 2 und 2 vorgesehene Höchstpreis mE *kein Höchstbetragspreis* sein. Dieser Höchstpreis hängt vielmehr vom APE ab. Die Apotheken dürfen beim Verkauf an oder für Rechnung der begünstigten Bezieher also höchstens die aus § 3 Abs 2 AT folgenden Aufschläge verlangen. Grundlage für diese Höchstpreise darf bzw muss dabei der Apothekeneinstandspreis iSd § 3 Abs 1 und 2 sein. Nur von dieser Basis aus darf der erlaubte Zuschlag verlangt werden.

(2) Die entscheidende Frage ist daher der Inhalt des Begriffes „**Apothekeneinstandspreis**“. Hier ist nun primär fraglich, ob es für den APE auf die Lage bei der konkreten Apotheke an (konkrete Beurteilung = individueller APE) oder auf eine – noch zu bestimmenden – „allgemeinen“ Einstandspreis (abstrakte Beurteilung).

Es wurde bereits dargelegt, dass die Rechtsordnung keine Regelungen enthält, die notwendig zu einem einheitlichen APE für alle öffentlichen Apotheken oder für alle HAP oder gar für alle Apotheken führen. Nur für Arzneimittel, für welche die Preisbehörde nach § 3 PreisG den APE behördlich festlegt, gibt es einen rechtlich bestimmten einheitlichen APE; früher war dies bei allen Arzneimitteln der Fall, heute ist es nur mehr bei wenigen der Fall.

³⁷ OGH als KOG, 16 OK 21/97.

³⁸ Vgl etwa *Gutknecht*, Das Preisgesetz 1992, ecolex 1992, 483: „Die Apothekenabgabepreise werden durch die sog Arzneitaxe in Form eines Aufschlags auf die Großhandelsabgabepreise festgelegt.“

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 27

Allerdings gibt es faktisch den Eindruck eines einheitlichen APE, weil die erwähnten Preislisten des Apothekenverlages diesen nennen. Und es gibt auch Autoren, welche noch jüngst – irrigerweise – von einem amtlich geregelten APE ausgehen.³⁹ Auch die Aussagen des HV zu den Abgabepreisen für die SV sprechen zuweilen von einem APE in einer Weise, die von einem einheitlichen APE auszugehen scheinen, so etwa in früheren Aussagen gegenüber dem Pharmaunternehmen.⁴⁰ Auch wenn man davon ausgehen kann, dass diese Aussagen nur missverständlich formuliert sind, sind sie doch geeignet, den schon von den Preislisten verursachten Eindruck eines nach wie vor einheitlichen APE zu verstärken.

Auch wenn es keinen notwendig einheitlichen APE kennt, könnte § 3 AT uU doch von einem einheitlichen APE ausgehen, und damit die **abstrakte Beurteilung** zugrunde legen. Manche werden dafür die Tatsache ins Treffen führen wollen, dass die AT jedenfalls für manche Waren nur Höchstbeträge festlege, und daher für andere Waren doch kein völlig anderes Preisregelungssystem anordnen wolle oder könne; § 1 Abs 3 AT müsse „systematisch“ ausgelegt werden. Nun steht die abstrakte Beurteilung der Kosten den Höchstbeträgen (zB der Anlage B) in der Tat viel näher als die konkrete Beurteilung der Kosten. Nur bei der konkreten Beurteilung kommt es auf die Umstände beim individuellen Unternehmen (Apotheke) an, während es in den beiden anderen Fällen gerade darauf (und damit auf Preisnachlässe) nicht ankommt. Dieses Argument hat einiges für sich. In dieselbe Richtung könnte es weisen, wenn die Entstehungsgeschichte des § 3 (oder der parallelen Bestimmung in Anlage A I Z 2a) Hinweise darauf enthält, dass es nicht auf die Umstände bei den einzelnen Apotheken ankommen soll. Die konkrete Entstehungsgeschichte konnte hier nicht verfolgt werden. Jedoch war es früher üblich, dass die amtliche Preisregelung für Arzneimittel (jedenfalls auch) den APE festsetzte.⁴¹ Der Normsetzer der AT konnte und musste daher damals von einem einheitlichen APE ausgehen und diesen seiner Begriffsverwendung zugrunde legen. In diese Richtung weist, dass die Arzneitaxe selbst jedenfalls in Anlage A I Z 2b von einem einheitlichen Apothekenhöchstverkaufspreis aller (!) ÖAP auszugehen scheint, den sie dann auf die HAP überträgt.⁴² Für die abstrakte Betrachtung scheint ferner zu sprechen, dass § 3 Abs 2 bei der Fest-

³⁹ *Nemetz*, Internetapotheke, *ecolex* 2004, 991 in FN 17: „Die Preiskommission legt den Apothekeneinstandspreis fest.“! Solches mag vorkommen, ist aber sicher nicht die Regel.

⁴⁰ Vgl OGH als KOG 16 Ok 3/03. Ähnliche Formulierungen finden sich auch in internen Papieren.

⁴¹ Vgl zB VwGH ZfVB 1985/356; vgl auch VwGH 93/17/0003 = ÖZW 1998, 25 mA *Raschauer*.

⁴² Die Bedeutung von Z 2b ist schon innerhalb der Anlage A I eher unklar. Z 2b bestimmt: „Werden Arzneispezialitäten durch hausapothekenführende Ärztinnen/Ärzte abgegeben, darf der Verkaufspreis nicht höher sein als jener Verkaufspreis, der in öffentlichen Apotheken verrechnet werden

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 28

legung des Rohaufschlages – neben dem APE das zweite Element des höchstzulässigen Verkaufspreises von einer abstrakten Betrachtung ausgeht: der „volkswirtschaftlich gerechtfertigte“ Rohverdienst wird für alle ÖAP und HAP im Wesentlichen in gleicher Höhe festgelegt.

- Ferner wurden auch zu § 3 PreisG – jedenfalls sukzessive – beide Arten der Kostenbeurteilung als möglich erachtet. Allerdings spricht das G dort nicht direkt von Kosten, sondern die Relevanz der Kosten ergibt sich erst aus der Auslegung des Begriffes „gerechtfertigter Preis“. Schließlich könnte auch ein lang dauerndes Verständnis der Bestimmung als Verweis auf eine nur abstrakte Beurteilung für dieses Verständnis sprechen. Relevant wäre dabei insb ein öffentlich erkennbares Verständnis des Verordnungsgebers (BM). Bei VO könnte es auf den nach der Normsetzung erkennbaren Willen des Normsetzers vielleicht mehr ankommen als bei einem G, insb wenn der Adressatenkreis überschaubar ist. Auch wenn man dem bisherigen folgte, wäre allerdings zu fragen, von welchem APE denn dann die abstrakte Beurteilung auszugehen hätte. Die AT sagt dazu nichts. Es wäre aber nicht auszuschließen, dass der VO-Geber mit APE jenen Preis bezeichnen wollte, der in der Praxis üblicherweise als APE bezeichnet wird – also der in den Preislisten aufscheinende APE. Das eben Dargelegte stellt eine **sicher gut vertretbare Auslegung** des § 3 Abs 1 und 2 AT dar.

ME dürften die besseren **Argumente** jedoch für die andere Auslegung sprechen, also für die **konkrete Beurteilung** des APE.

– Für diese spricht jedenfalls heute vor allem der *Wortlaut* des § 3 AT. Es ist nur die Rede vom Einstandspreis, ohne dass auf den durchschnittlichen oder einen anderen generellen

darf.“ Z 2 b bezieht sich wohl nicht nur auf magistrale Zubereitungen, weil es sonst für die aus dem Handel bezogenen Arzneimittel bei HAP gar keine Preisregelung gäbe. Dafür sprechen auch frühere Fassungen der Z 2b (zB noch in BGBl. II Nr. 210/2000), die zeigen, dass es um dieselben Mittel geht wie in Z 2a.

Z 2b ergänzt dann Z 2a, die – anders als § 3 Abs 2 AT – nur für ÖAP gilt. Fraglich ist schon ob Z 2b auf den höchstzulässigen Verkaufspreis der öffentlichen Apotheken verweist oder auf das Regelungssystem der Z 2a. Die beiden Deutungen können zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, falls die HAP billiger oder teurer einkauft als die öffentliche Referenzapotheken. Wortlaut, Systematik und Zweck sprechen eher dafür, dass Z 2b den tatsächlichen höchstzulässigen Verkaufspreis der öffentlichen Apotheke als Höchstpreis auch für die HAP festlegen will. Hätte die VO nämlich nur das gleiche Regelungssystem anordnen wollen, dann hätte sie die HAP ja gleich in Z 2a aufnehmen können (wie das auch § 3 Abs 2 AT selbst tut). Und mit der Übernahme des höchstzulässigen Verkaufspreises öffentlicher Apotheken soll gesichert werden, dass man in HAP nicht teurer kauft als in öffentlichen; das liegt nicht nur im Interesse der Kunden, sondern räumt auch Bedenken gegen die Zulässigkeit von HAP an sich aus. Allerdings wird dann unklar, an welchem Preis der öffentlichen Apotheken sich Z 2b orientiert. Denn nach der hier vertretenen Auffassung gibt ja keinen für alle öff Apotheken einheitlichen Höchstpreis, weil diese unterschiedliche APE haben können. Z 2b könnte also belegen, dass der VO-Geber noch immer von einem notwendig einheitlichen APE aller Apotheken ausgeht. Die Formulierung der Z 2b kann – so wie andere auch – jedenfalls bei allen Lesern, die den rechtlichen Gehalt nicht umfassend analysieren, den Eindruck erwecken, es handle sich bei den Apothekenverkaufspreisen der ÖAP um einheitliche Höchstpreise. In der Sache wird man Z 2b aber als Verweis auf den höchstzulässigen Preis jener ÖAP verstehen können und müssen, bei der die HAP selbst bezogen hat.

Rebhahn / Kietzabl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 29

APE verwiesen wird. Nach dem natürlichen Wortsinn verweist die Bezugnahme auf den Einstandspreis ohne nähere Einschränkung aber auf den konkreten Einstandspreis des konkreten Unternehmens, um dessen Verkaufspreis es dann geht. Dies wird selbst dann gelten, wenn die Rechtsordnung die Regelung des Einstandspreises erlaubt. Nur wenn die Rechtsordnung gleichzeitig die Regelung des Einstandspreises selbst durch einen Festpreis gebietet, kann man sagen, dass schon das Wort Einstandspreis allein nur auf diesen einheitlichen Festpreis verweisen kann. Erlaubt sie jedoch nur den Festpreis oder sieht sie nur Höchstpreise vor, so ist es stets möglich, dass der konkrete Einkaufspreis vom amtlich geregelten Preis abweicht.

– In *systematischer Sicht* überzeugt der Hinweis auf die Durchschnittsbetrachtung beim Rohverdienst nicht. Beim Rohverdienst liegt das Abstrahieren von den konkreten Kosten aus verschiedenen Gründen viel näher als beim Einkaufspreis. Insb macht der Einkaufspreis mindestens 73 % des zulässigen Verkaufspreises aus.⁴³ Es wäre daher nicht nur schwierig, sondern vielleicht auch ineffizient, bei dem viel kleineren Kostenfaktor auf die konkreten Kosten zu blicken. Bei dem zentralen Kostenfaktor – dem Einstandspreis – ist ein Abstellen auf die konkreten Kosten viel bedeutsamer, aber auch viel leichter zu bewerkstelligen. Daher kann aus dem Verzicht auf eine konkrete Beurteilung beim Rohverdienst nicht auf die Lage beim Einstandspreis geschlossen werden. Systematisch ist heute viel eher relevant, dass neuere Gesetze, wenn sie auf die Kosten eines (durchschnittlichen oder) effizienten Betriebes abstellen wollen dies seit längerem ausdrücklich sagen. Bei § 6 PreisG spielen zwar heute aufgrund des unbestimmten Begriffes „volkswirtschaftlich gerechtfertigt“ auch die Kosten eines effizienten Betriebes eine Rolle.⁴⁴ Daraus lässt sich aber für § 3 Arzneitaxe nichts gewinnen, weil das G dort eben nicht auf einen einzelnen – zentralen – Kostenfaktor abstellt.

– Überdies fehlt in § 3 AT jeder Hinweis darauf, an welchem APE sich denn die abstrakte Beurteilung orientieren sollte. Der Verweis auf die APE der Preislisten des Apothekenverlages darf dem VO-Geber wohl nicht unterstellt werden. Denn diese sind ja – wie auch der OGH schon hat erkennen lassen – heute die Frucht eines wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens. Die Rechtsordnung sieht eben derzeit keine Mittel vor, um einen einheitlichen APE zu erreichen – sie würde damit ja auch dem Großhandel dessen Verkaufspreise vorschreiben und ihre Großhandels-VO unterlaufen.

– Blickt man auf die *Entstehungsgeschichte* des § 3 AT (bzw der Anlage I A Z 2, so ist es nicht auszuschließen, dass die Verfasser der Formulierung 1962 davon ausgegangen

⁴³ Bei einem APE von zB 100 € sind es mindestens 81 %.

⁴⁴ Vgl *Puck*, Wirtschaftslenkungsrecht Rz 625.

Rebhahn / Kietzibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 30

sind,⁴⁵ dass der Begriff Apothekeneinstandspreis auf einen für alle Apotheken einheitlichen und damit fixen Preis verweise. Grundlage dafür wäre die Existenz von bescheidmäßig festgelegten APE gewesen, wie es sie damals und noch viele Jahre später gab. Auch das PreisG 1957 (BGBl 151) hat die Preisregelung für Arzneimittel aber nur ermöglicht, aber nicht geboten (vgl dessen §§ 2 Abs 1 und 3 Abs 1). Die Arzneitaxe 1962 konnte also nicht davon ausgehen, dass es notwendig einen einheitlichen APE gibt. Und selbst wenn § 3 AT früher auf einem einheitlichen APE hätte aufbauen wollen, muss man das aktuelle Verständnis der Norminhalt – soweit der Wortlaut dies erlaubt – auf die geänderte rechtliche oder faktische Lage der Preisregelung in anderen Bereichen (FAP, Großhandel) abstimmen. § 3 AT kann daher heute durchaus auf den konkreten APE verweisen, auch wenn er früher möglicherweise auf einen preisregulierten und damit einheitlichen APE verwiesen haben sollte. Dies ist schon deshalb möglich, weil die Arzneitaxe 1962 seither über 100 Mal geändert wurde, wobei mehrmals auch § 3 Abs 1 oder 2 geändert wurden.

– Auch der *Normzweck* spricht für die konkrete und nicht für die abstrakte Beurteilung des APE. Dieser bestimmt den Verkaufspreis zu 70 bis über 80 % (je nach Höhe des APE). Die Arzneitaxe möchte – insb bei begünstigten Beziehern – den Ertrag der Apotheken, den sie mit dem Verkauf fertiger Packungen erzielen können, beschränken, wobei der Ertrag umso höher sein darf je geringer der APE ist. Das Ziel, den Ertrag pro Packung zu beschränken, kann aber nur erreicht werden, wenn auf den tatsächlichen APE abgestellt wird. Sonst könnte man ja den Norminhalt leicht dadurch umgehen, dass man sich bereit erklärt, Phantasiepreise auf der Rechnung zu akzeptieren, davon den Höchstaufschlag berechnet, und gleichzeitig Nachlässe ausmacht. Die Stärke dieses Arguments wird noch deutlicher, wenn man sich eine vergleichbare Regelung für einen insgesamt weniger regulierten Markt vorstellt.

All dies spricht dafür, dass § 3 AT mit Apothekeneinstandspreis den konkreten APE der individuellen Apotheke meint: der APE der Apotheke X ergibt sich aus dem Preis, den ihr Lieferant von X verlangt! Es kann also sein, dass schon der höchstzulässige Apothekenabgabepreis für dasselbe Produkt in verschiedenen Apotheken wegen unterschiedlicher APE unterschiedlich ist. Die Bindung des Höchstpreises für die Abgabe in einer Apotheke an den APE beschränkt also die Dispositionsmöglichkeiten der Apotheken auch bei der Nutzung von Nachlässen.

(3) Folgt man dem, dass ist zu überlegen, ob und inwieweit die konkrete Beurteilung

⁴⁵ Die Stammfassung der derzeitigen AT ist aus 1962 (BGBl 162). Es kommt für die historische Auslegung wohl auf sie an, auch wenn Vorläuferregelungen ähnlich formuliert haben sollten. Der Begriff fand sich damals nur in Anlage A I Z 2.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 31

des APE auch für Nachlässe gilt, welche die Apotheke in Zusammenhang mit dem Verkauf eines bestimmten Produktes erhält, insb vom Verkäufer, allenfalls auch von Dritten, die am Absatz dieses Produktes interessiert sind. Auf die Arten der Rabatte und die verschiedenen Möglichkeiten des Arztes mit HAP darauf zu reagieren, wurde bereits eingegangen. Und die Antwort auf die Frage liegt nach dem Gesagten nahe: Eine konkrete Beurteilung der Kosten oder des Einstandspreise führt grds dazu, dass Vergünstigungen wie Preisnachlässe den Einstandspreis verringern. Dies gilt grds auch für Apotheken. Anderes kann nur gelten, wenn es bes Argumente gibt, die dagegen sprechen. Der Wortlaut des § 7 ApothekenG oder der §§ 1 oder 3 Arzneitaxe enthält keine ausdrücklichen Hinweise auf die Irrelevanz von Nachlässen – allerdings auch keine für deren Relevanz für den APE. Auch andere Bestimmungen der Arzneitaxe enthalten keine deutlichen Hinweise zur genannten Frage.⁴⁶ Maßgeblich ist daher die allg Aussage, dass § 3 Arzneitaxe auf den konkreten Einstandspreis abstellt. Dann ist für den Höchstpreis dieser Apotheke aber nicht allein der Listenpreis relevant, vielmehr sind auch produktbezogene Vergünstigungen und Nachlässe zu berücksichtigen. Produktbezogene Nachlässe verringern den APE.

Das eben Gesagte gilt, soweit es § 3 AT betrifft, jedenfalls für die ÖAP. Diese müssten also bei Vorliegen eines der genannten Nachlässe den Apothekenabgabepreis verringern. Denkbar wäre aber auch, dass bei den ÖAP die Regelung des § 3 Abs 2 – rechtlich oder doch zumindest faktisch – durch den **Apothekengesamtvertrag** überlagert ist. Dieser enthält nun in der Tat für die Verrechnung eigene Vorschriften, welche wohl die Verrechnung eines höheren Preises als jenen der aus § 3 Abs 2 zu erlauben scheinen.⁴⁷ Anlage I zum bisher geltenden Apothekengesamtvertrag sagt in § 7: „*Abgabe von Arzneyspezialitäten* : (1) Frei verschreibbare Arzneyspezialitäten sind in den Packungen, wie sie im Heilmittelverzeichnis des Hauptverbandes enthalten sind und zu den in der Spezialitätenpreisliste des Österreichischen Apothekerverlages angeführten und vom Hauptverband bekannt gegebenen Kassenpreisen (Stammvertrag, § 7 Abs. 5) abzugeben.“ Damit verweist der GV gerade auf die Preislisten des Apothekerverlages und dessen Abgabepreise für begünstigte Bezieher. Die ÖAP scheint danach diese Preise auch dann der KV verrechnen zu dürfen, wenn sie höher sind als ihr konkreter zulässiger Abgabepreis – was (nur) dann der Fall sein kann, wenn der konkrete APE geringer ist als jener, welcher der Preisliste zugrunde gelegt wurde. Es stehe hier dahin, ob der GV hier § 7 ApothekenG soweit zurückdrängt, dass auch das Verbot oder doch zumindest dies Straf-

⁴⁶ Nur aus Anlage A I Z 2b kann allenfalls geschlossen werden, dass der VO-Geber von einem einheitlichen Abgabepreis der ÖAP und daher umso mehr von einem einheitlichen AEP der ÖAP ausgeht; das ist zwar ein Hinweis, aber kein deutlicher zur Frage der Nachlässe.

⁴⁷ Vgl auch § 7 aus dem Stammvertrag des Apothekengesamtvertrages; Text im Anhang.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 32

sanktionen entfallen bzw nicht greifen. *In jedem Fall wird aber eine ÖAP, welche die Listenpreise verrechnet, gegenüber der KV nicht rechtswidrig handeln.*

Auch der Entwurf für einen Gesamtvertrag in Bezug auf die HAP enthält Bestimmungen,⁴⁸ welche ähnlich verstanden werden können, also im Sinne einer Maßgeblichkeit allein der APE der Preislisten, soweit der vom Hauptverband bekanntgegebene Kassenpreis nicht überschritten wird. Keiner dieser beiden Preise berücksichtigt aber Nachlässe.

d. Zu den Hausapotheken im Besonderen

(1) Die Anwendung des § 3 AT auf die HAP bereitet zusätzliche schwierige Probleme. Sie entstehen vor allem daraus, dass HAP nicht direkt vom Großhandel beziehen dürfen, sondern nur von einer ÖAP. Das muss bei der Auslegung der AT berücksichtigt werden, schon weil es im ApothekenG steht. Fraglich ist dann aber schon, ob HAP einen eigenen APE haben oder nur jenen der ÖAP, von der sie beziehen. Der Wortlaut lässt beides offen. Dem vorher genannten Verbot entspricht wohl eher die zweite Deutung, weil man die HAP gerade bei der Preisbildung eben nicht wie ÖAP behandeln kann – es gibt ja zumindest nach der Vorstellung des G eine Handelsstufe mehr. Der APE der HAP wäre dann derselbe wie jener der Bezugs-ÖAP. Folgt man dem, dann würde sich der Höchstpreis, den eine HAP verlangen darf, aus dem AEP ihrer Bezugs-ÖAP und den Zuschlägen ergeben. Denn die Norm enthält keinen Hinweis darauf, dass bei dieser Konstellation der doppelte Zuschlag erlaubt wäre. ÖAP und HAP müssten sich den einheitlichen Zuschlag des Abs 2 also teilen. Es stehe hier dahin, inwieweit diese Regelung verfassungskonform wäre, wenn es tatsächlich eine zusätzliche Handelsstufe gäbe, und nicht nur den als ÖAP auftretenden Großhändler.

In der Folge stellt sich die Frage, wie Nachlässe an die HAP zu berücksichtigen sind. Da HAP und Bezugs-ÖAP sich den Höchstzuschlag des § 3 Abs 2 teilen müssen, bestehen wohl keine Bedenken, dass die HAP Nachlässe lukriert, die sie von der Bezugs-ÖAP bekommt. Der AEP bleibt dann ja gleich. In der Praxis werden die Rabatte und Nachlässe aber wohl von den Bezugs-ÖAP auf Rechnung und im Auftrag der Pharmaunternehmen gewährt.

⁴⁸ „Bezahlung § 21 (1) Die für Rechnung der Kassen abgegebenen Arzneyspezialitäten werden nach den Bestimmungen der Österreichischen Arzneitaxe bezahlt.

Die in § 3 Abs. 4 festgelegte Preisliste gilt im Verhältnis zwischen den Kassen und den hausapothekenführenden Ärzten wenn die darin enthaltenen Kassenpreise die vom Hauptverband bekanntgegebenen nicht überschreiten. Im Zweifel gelten die im Heilmittelverzeichnis angeführten Kassenpreise mit den für Hausapotheken in der Österreichischen Arzneitaxe vorgesehenen Modifikationen.

§ 3 (4): Unter Preisliste ist das Warenverzeichnis des Apothekerverlages mit den für Hausapotheken nach der Österreichischen Arzneitaxe vorgesehenen Modifikationen zu verstehen. Auf Länderebene können andere Preislisten vereinbart werden. Vorbehaltlich der Zustimmung des Hauptverbandes kann auch eine andere Preisliste hinsichtlich dieses Vertrages Anwendung finden.“

Rebhahn / Kietabl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 33

Solche Nachlässe beeinflussen real den AEP der Bezugs-ÖAP: sie gibt den Nachlass je nur weiter, trägt ihn aber nicht selbst. Dasselbe würde auch für Nachlässe gelten, die der Großhandel trägt. Den AEP verringern auch bei HAP alle jene Vergünstigungen, die einem bestimmtem Produkt zurechenbar sind. Naturalrabatte der Pharmaunternehmen (oder des Großhandels) direkt an HAP waren schon früher verboten (wegen der Bezugseinschränkung). Dennoch gewährte Naturalrabatte haben aber den AEP verringert.

(2) Eine andere Möglichkeit, die Auswirkung der Bezugsbeschränkung auf den APE der HAP zu bewältigen, wäre die These, dass § 3 Abs 1 und 2 gar nicht für HAP gilt, weil sie keinen APE im Sinne dieser Norm haben. § 3 AT würde die Preisbildung der HAP dann gar nicht beschränken. Dies überzeugt aber wenig, schon weil § 3 AT erkennbar davon ausgeht, dass er auch für HAP wirkt; überdies wäre das Fehlen jeder Preisregelung für HAP bei verpackten Ware völlig systemwidrig.

Aber selbst wenn man § 3 nicht anwendete, wäre noch immer Anlage A I Z 2b zu bedenken. § 3 Abs 2 AT verdrängt nach dem Wortlaut nur Anlage A I Z 2a, nicht auch Anlage A I Z 2b der AT (zu Z 2b vgl bereits oben C.4.c. in FN 41). Z 2b der Anlage könnte daher durchaus für die Waren des § 3 Abs 2 gelten. Diese Anwendung würde im Ergebnis wohl dem vorher Gesagten weitestgehend entsprechen. Nach Z 2b darf bei Abgabe durch eine HAP der Verkaufspreis nicht höher sein als jener Verkaufspreis, der in öffentlichen Apotheken verrechnet werden darf. Dies würde dann auch für begünstigte Bezieher gelten. Fraglich ist aber der nach Z 2b maßgebliche Referenzpreis ist. Z 2b verweist auf den Preis in öffentlichen Apotheken. In der Sache wird man Z 2b als Verweis auf den höchstzulässigen Preis jener ÖAP verstehen können und müssen, bei der die HAP selbst bezogen hat. Folgt man hingegen der unter (1) dargelegten Deutung, so erstreckt sich 2b der Anlage gerade nicht auf die von § 3 Abs 2 erfassten Waren, sondern nur auf andere (insb Zubereitungen). Anlage I A Z 2b ist aber neben § 3 Abs 2 durchaus relevant, wenn die HAP im Ausland zu einem höheren Einstandspreis einkaufen sollte als die öffentlichen Apotheken.

(3) Eine dritte Deutungsvariante zu § 3 wäre, dass die HAP einen eigenen AEP hat, der von dem der ÖAP abweichen kann, bei dem sie bezieht. Dann ist sie aber in Bezug auf § 3 so zu behandeln wie eine ÖAP. Ihr AEP verringert sich daher um Nachlässe unabhängig davon wer sie wirtschaftlich trägt, also auch wenn die Bezugs-ÖAP sie trägt.

Geht man davon aus, dass der APE konkret zu berechnen ist, so verringern auch bei HAP – nach allen drei Varianten – jedenfalls Nachlässe, welche auf Rechnung des Pharmaunternehmens erfolgen, den APE der HAP, und damit auch die Basis für die Berechnung des zulässigen Höchstpreises. IdR verringert sich dadurch auch der zulässige Höchstpreis, außer

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 34

die Senkung des APE führt zu einer Steigerung des Höchstaufschlages, welche die Senkung des APE ausgleicht.

5. Rechtsfolgen

Bei den Rechtsfolgen wird die hie vertretene Auslegung von Apothekeneinstandspreis iSd konkreten Beurteilung zugrunde gelegt. Folgt man hingegen – der wie gesagt jedenfalls bisher gut vertretbaren – abstrakten Beurteilung, so stellen sich die nachfolgenden Fragen zu den Rechtsfolgen überhaupt nicht.

a. Privatrechtliche Rechtsfolge

Privatrechtliche Rechtsfolge einer unzulässigen Preisforderung und Preisabrede ist bei Verträgen über eine Ware gem § 917a ABGB Anpassung des Vertrages bzw Teilnichtigkeit. Dies würde auch für Verstöße gegen die Arzneitaxe gelten, weil auch diese eine individual-schützende Norm ist. Wurde bereits zuviel bezahlt, so kann das Zuviel als nicht geschuldet grds zurückgefordert werden. Im vorliegenden Fall gibt es aber keine Verträge KVT - HAP, die teilnichtig sein könnten. Vielmehr legt die HAP Rechnung und der KVT bezahlt. Geschuldet kann auch in diesem Fall aber nur ein Preis sein, der den Höchstpreis nicht überschreitet. Hat die HAP zuviel in Rechnung gestellt, weil ihr Einstandspreis konkret geringer war, so kann der KVT das zuviel Gezahlte nach Bereicherungsrecht zurück verlangen, uzw gem § 1431 ABGB, falls der KVT nichts von der Überschreitung gewusst hat.

b. Verwaltungsstrafrecht

Gem § 41 Abs 1 ApothekenG begeht eine Verwaltungsübertretung, wer den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung (zB Arzneitaxe) zuwiderhandelt, wenn die Tat nicht mit gerichtlicher Strafe bedroht ist. Sie ist mit Geldstrafe bis zu 4 360 Euro zu bestrafen. Das Überschreiten der Höchstpreise ist danach also grds strafbar. Nach den allg Regeln ist Verschulden erforderlich; daran wird es in der Vergangenheit aus gleich zu nennenden Gründen gefehlt haben. Auch wenn § 5 Abs 1 VStG zum Ungehorsamsdelikt eingreift, ist Verschulden erforderlich, es wird nur widerleglich vermutet.

c. Gerichtliche Strafbarkeit einer Preisüberschreitung

Teil des Gutachtensauftrags ist auch die Beleuchtung der potentiellen strafrechtlichen

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 35

Folgen. Ansatzpunkt könnte nach dem bisher Gesagten allenfalls sein, dass die HAP Nachlässe nicht an den KVT weitergegeben hat und deshalb den nach der Arzneitaxe zulässigen Höchstpreis überschritten hat.

Dazu sind zwei *Vorbemerkungen* erforderlich. Zum einen kann die strafrechtliche Beurteilung hier nur eine näherungsweise sein, weil die für eine verlässliche Beurteilung erforderlichen Kenntnisse fehlen. Zum anderen sollte die Beurteilung primär zukunftsbezogen erfolgen. Für die Vergangenheit sollte die Überschreitung des nach der Arzneitaxe zulässigen Höchstpreises wegen Nichtweitergabe von Nachlässen bzw diese Nichtweitergabe selbst schon deshalb nicht zum Anlass strafrechtlicher Aktionen gemacht werden, weil die Rechtslage gerade in Bezug auf den Höchstpreis und die Nachlässe völlig unübersichtlich war. Auch die KV und die KVT selbst haben lange wenig dazu getan, den HAP hier Aufklärung über jene Rechtsauffassung zu geben, die heute aus ihrer Sicht besteht.

In Bezug auf konkrete Tatbestände denken manche in erster Linie an jene Straftatbestände, welche an ein besonderes Vertrauensverhältnis anknüpfen, also an § 153a (Geschenknahme durch Machthaber), § 153 StGB (Untreue) und § 10 UWG (Bestechung von Beauftragten). Daneben wird noch an § 146 (Betrug) gedacht. Nach den genannten Delikten des StGB wäre nur der Nehmer (Arzt) strafbar, nach § 10 UWG auch der Geber.

(1) In Bezug auf **§ 146 StGB** fehlt es bei einigen der oben genannten möglichen Handlungsweisen des Arztes mit HAP schon an der unrechtmäßigen Bereicherung. Dies gilt jedenfalls wenn der Arzt die Naturalrabatte unentgeltlich weitergibt, weil er sich dann nicht bereichert. Es gilt aber wohl auch wenn er nur einen Betrag in Höhe der Rezeptgebühr einnimmt. Diese Forderung ist wie dargelegt bei Fehlen eines Vertrages zum KVT für die HAP nicht rechtswidrig, weder im Verhältnis zum KVT noch gar zu den Patienten. Und der Arzt erhält dadurch vom KVT auch nicht mehr als wenn er keinen Rabatt erhalten hätte; er ist nicht auf Kosten des KVT bereichert oder gar unrechtmäßig bereichert. Betrug könnte daher allenfalls in Betracht kommen, wenn die HAP das Mittel trotz des Rabattes voll verrechnet, wobei die Unrechtmäßigkeit – bei Fehlen eines Einzelvertrages – nur aus dem Überschreiten des Höchstpreises folgen kann.

Überdies setzt der Tatbestand des § 146 StGB voraus, dass der Täter über Tatsachen täuscht und dadurch einen themagleichen Irrtum bei seinem Gegenüber hervorruft. Bei allen möglichen Handlungsweisen der HAP fehlt es mE schon an der Täuschung über Tatsachen. In Betracht käme nur die Täuschung über den konkret durch Nachlässe verringerten Apothekeninstandspreis. Voraussetzung dafür ist aber wohl, dass es sich bei den Nachlässen um eine für die Verrechnung mit dem KVT relevante Tatsache gehandelt hat. Die Relevanz kann sich

Rebhahn / Kietztaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 36

insb aus dem Verhalten des anderen ergeben, oder auch aus allgemeinen Erwägungen. Allg Erwägungen haben bis vor kurzem wohl nicht zur Relevanz für die Verrechnung geführt, weil es weitestverbreitete Auffassung zu sein schien, dass die die einheitlichen Preise der Preislisten (zwar nicht Festpreise) wohl aber Höchstbetragspreise seien oder der Höchstpreis sich jedenfalls nicht aus einer individuellen Kalkulation jeder einzelnen Apotheke ergebe; man meinte (und meint) vielmehr, dass sich der zulässige Höchstpreis aus einer für alle Apotheken einheitlichen Kalkulation ergebe. Diese Meinung schien (und scheint) nicht nur bei vielen Apotheken, sondern auch in der SV und den Pharmaunternehmen verbreitet. Auch Forderungen nach einer Änderung der Rechtslage in Bezug auf die Nachlässe hätten an der fehlenden objektiven Relevanz der Nachlässe für die Verrechnung noch nichts geändert, gerade weil sie von der Irrelevanz ausgehen. Überdies haben auch die KVT bis vor kurzem gegenüber den Ärzten mit HAP (oder den öff Apotheken) nie erkennbar darauf abgestellt, dass deren konkreter Einstandspreis für den Preis, den sie zu zahlen bereit sind, von Bedeutung wäre. Ja es ist anzunehmen, dass die KVT bislang wohl nicht einmal bereit gewesen wären, die Verrechnung eines Arzneimittels zu einem geringeren Preis als dem in der Preisliste angegebenen EK-Preis durchzuführen (vielleicht auch weil die EDV darauf nicht ausgelegt war). Es war also den HAP lange gar nicht erkennbar, dass es sich für den anderen – die KVT – beim Einstandspreis um eine für die Verrechnung subjektiv oder objektiv relevante Tatsache handelt. Dann konnten sie die KVT durch das Verschweigen der Nachlässe aber mE auch nicht täuschen.

Sollte man hier dennoch eine tatbestandsmäßige Täuschungshandlung bejahen, so wird am aber wohl jedenfalls einen Irrtum bei den KVT verneinen müssen. Ein Irrtum iSd § 146 StGB liegt nämlich dann nicht vor, wenn der Betreffende dem vorgetäuschten Umstand keine Bedeutung beimisst und sich daher auch gar keine entsprechenden Vorstellungen bildet.⁴⁹ Bisher gingen aber wohl auch die KVT davon aus, dass die Preislisten die auch rechtlich maßgeblichen Höchstpreise einheitlich enthalten. Daher hat für die KVT die Frage nach Rabatten und Nachlässen für die Verrechnung lange keine Relevanz gehabt. Und einen allfälligen tatbestandsrelevanten Irrtum der KVT hinsichtlich der Vorstellungen über den preisrechtlichen Begriff des APE hätten die HAP auch dann nicht herbeigeführt, wenn sie ihn teilten

(2) In Bezug auf die **§§ 153, 153a StGB und § 10 UWG** fehlt es derzeit idR schon an der erforderlichen Nahebeziehung zwischen Arzt mit HAP und KVT (Vertrauensstellung). Für § 153 und § 153a StGB ist jeweils eine „eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten“ erforderlich. Die Tatbestände der §§ 153,

⁴⁹ *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 146 Rz 98.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 37

153a setzen voraus, dass der Täter rechtlich wirksame Vertretungsmacht über fremdes Vermögen hat. Genau das ist aber bei HAP nicht der Fall. Und für § 10 UWG müsste der Arzt mit HAP Bediensteter oder Beauftragter des KVT sein. Oben wurde aber dargelegt, dass es derzeit nicht nur keinen Gesamtvertrag für HAP gibt, sondern dass es derzeit auch keine Einzelverträge zwischen KVT und Ärzten mit HAP in Bezug auf die HAP gibt. Ein kurativer Vertrag erstreckt sich nicht auch auf die HAP. Trifft diese Annahme zu, dann spricht dies entscheidend gegen die Anwendung eines der drei Delikte. Den Ärzten mit HAP kann dann nämlich nicht einmal durch Rechtsgeschäft die Befugnis eingeräumt worden sein, über das Vermögen des KVT (durch Inanspruchnahme der Verrechnungs“automatik“) zu verfügen (davon abgesehen würde diese Befugnis wohl auch bei Bestehen eines Einzelvertrages nach ASVG fehlen). Fehlt eine vertragliche Beziehung zum KVT in Bezug auf die HAP, dann kann der Arzt mit HAP aber auch nicht Beauftragter des KVT sein. Er ist dann vielmehr nichts anderes als ein Marktteilnehmer, der uU mehr verrechnet als er nach den Preisvorschriften darf. Auch die ständige faktische Geschäftsbeziehung zwischen HAP und KVT macht den Arzt noch nicht zum Beauftragten, weil daraus noch nicht folgt, dass der KVT dem Arzt mit HAP in Bezug auf die HAP eine Entscheidungsbefugnis anvertraut hat.

Auch aus einem Kurativvertrag mit dem Arzt mit HAP folgt nicht die erforderliche Nahebeziehung zwischen Arzt und KVT in Bezug auf die HAP und die bei deren Betrieb einzuhaltenden Höchstpreise. Der Kurativvertrag betrifft nur die Verschreibung, nicht aber das Überschreiten des Höchstpreises. Soweit die Verschreibung für sich genommen nicht angreifbar ist, berührt die Nichtweitergabe von Nachlässen nicht die Beziehung als Vertragsarzt zum KVT. Das ASVG hat die beiden Bereiche eben erkennbar getrennt, und daran ist bei der Frage festzuhalten, ob der Arzt mit HAP im Interesse des KVT zu handeln hat oder nicht. Fehlt es an einer Vertragsbeziehung zwischen Arzt mit HAP und KVT, so ist der Arzt mit HAP in Bezug auf die HAP nicht stärker verpflichtet die Interessen des KVT zu wahren und zu achten als ein Marktteilnehmer gegenüber einem beliebigen anderen Marktteilnehmer. Und die Tatsache, dass A faktisch der Hauptabnehmer von B ist, macht B noch nicht zum Beauftragten oder Machthaber des A. Darüber hinaus wäre bei allen drei Delikten weiter nach der Handlungsweise des Arztes mit HAP zu differenzieren; das soll nicht weiter verfolgt werden.

(3) Bei allen genannten Delikten fehlt mE weiters die **subjektive Tatseite**, selbst wenn die objektive erfüllt wäre. Die Strafbarkeit der Ärzte mit HAP, aber auch jene der Nachlassgewährenden könnte, soweit es um die bisher erörterten Fragen angeht, allein daran ansetzen, dass der Arzt mit HAP die mit Preisnachlass erhaltenen Medikamente zum vollen Kassenpreis dem KVT verrechnet, obwohl dies der Arzneitaxe widerspricht. Allerdings sind alle

Rebhahn / Kietaihl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 38

genannten Delikte Vorsatzdelikte. Da die Rechtslage zur Preisregelung durch die Arzneitaxe – in Bezug auf das Vorliegen von Höchstpreisen (und nicht Festpreisen) sowie insb die Bedeutung von Apothekeneinstandspreis und damit die Auswirkung von Preisnachlässen auf den Höchstpreis – jedenfalls sehr unklar war, wird es in der Vergangenheit stets am Vorsatz gefehlt haben. Es lag jedenfalls ein Verbotsirrtum vor, der in Anbetracht der weitgehend verbreiteten Auffassung, die Preise der Apothekenliste seien keine konkreten berechneten Höchstpreise (sondern Höchstbetragspreise oder abstrakt berechneten Höchstpreise oder gar Festpreise), bislang stets entschuldigbar war. Es war und ist auch Juristen kaum zumutbar, sich durch das Dickicht der legislativ äußerst mangelhaften und kaum verständlichen Regelungen zum Recht der Apotheken und der Preisbildung in Bezug auf Arzneimittel durchzuarbeiten. Diese scheinen – schon vor längerer Zeit – geradewegs mit dem Ziel formuliert worden zu sein, das wirklich Gemeinte möglichst zu verbergen. Man kann daher kaum jemand den Vorwurf machen, das wirklich Angeordnete – die Maßgeblichkeit des konkreten Einstandspreises einer konkreten Apotheke – bislang nicht erkannt zu haben. Durften die Ärzte mit HAP (und auch die Geber der Nachlässe) aber zumindest für strafrechtliche Belange bislang davon ausgehen, dass die Preise nach dem Preisrecht keine konkret zu berechnenden Höchstpreise sind, dann kann die Annahme oder Nichtweitergabe der Nachlässe kein vorsätzliches Handeln iSd Strafrechts begründen. Auch die Rechtsprechung anerkennt in vergleichbaren Fällen wie Judikaturänderungen, falschen Rechtsauskünften, behördlicher Duldung und ganz allgemein bei begründeten Zweifeln über die Rechtslage eine Berufung auf fehlendes Unrechtsbewusstsein.⁵⁰

(4) In Bezug auf eine **Strafbarkeit der Geber** der Nachlässe wird diese nur in § 10 UWG ausdrücklich vorgesehen; bei den anderen Delikten nach StGB käme allenfalls Mittäterschaft iSd § 12 StGB in Betracht, sofern das Verhalten des Arztes mit HAP strafbar ist. Eine Strafbarkeit des Gebers wegen Mittäterschaft wird aber schon daran scheitern, dass der unmittelbare Täter (also der Arzt mit HAP) kein objektiv strafbares Verhalten setzt. Wie bereits erörtert erfüllt die Nichtweitergabe von Rabatten in der Vergangenheit ja nicht einmal das Tatbild eines der in Betracht kommenden Delikte. Abgesehen davon kommt Mittäterschaft auch deshalb nicht in Betracht, weil die Ärzte mit HAP ganz verschiedene Möglichkeiten haben mit den Nachlässen umzugehen (insb bei Naturalrabatten), ohne dass der Geber darauf Einfluss hat.

6. Änderungsmaßnahmen

⁵⁰ Nw bei *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 146 Rz 240; *Kienapfel/Höpfel*, AT¹¹ 109 f.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 39

Der Wunsch der KV, dass Preisnachlässe an die Ärzte mit HAP auch zu einer Verbil-
digung der Preise für die KVT führen, wird im Grunde durch das geltende Recht bereits er-
füllt. Allerdings wurde die genaue Grundlage und Ableitung dieses Rechtsinhaltes bislang
wohl kaum gesehen – wohl auch nicht stets seitens der KV.

Als Änderungsmaßnahme kommt daher insb in Betracht, die geltende Rechtslage
deutlicher zum Ausdruck zu bringen als dies derzeit der Fall ist, und sie dabei allenfalls auch
zu konkretisieren, insb im Hinblick auf die zu berücksichtigenden Preisnachlässe. Als „klei-
ne“ Maßnahme wäre an eine Definition des Apothekeneinstandspreises in der Arzneitaxe zu
denken. Weiters könnte daran gedacht werden, die Information der KVT über die Einstands-
preise zu sichern. Als „große“ Maßnahme käme eine völlige Neufassung der Vorschriften
über die Preisbildung bei Arzneimitteln (einschließlich jener des EK) in Betracht. Die Defini-
tion des Apothekeneinstandspreises könnte etwa lauten: „Apothekeneinstandspreis ist der
Preis, der sich für eine bestimmte Arzneispezialität nach Abzug aller Preisnachlässe (insbe-
sondere Rabatte) und sonstiger Vergünstigungen ergibt, welche die Apotheke oder der haus-
apothekenführende Arzt vom Lieferanten oder einem Dritten in erkennbarem Zusammenhang
mit der Lieferung eines bestimmten Arzneimittels erhält.“

Eine gleichwertige Alternative dazu wäre der Abschluss von Verträgen der KVT mit
den HAP. Ein Gesamtvertrag dazu wäre zwar möglich, für den Abschluss von Einzelverträ-
gen aber nicht Bedingung. Die Verträge könnten insb die Pflicht zur Information über und die
Weitergabe von Preisnachlässen sowie Rechte zur Einsichtnahme in die Unterlagen zu den
Einstandspreisen regeln.

D. Zulässigkeit der Zugabe bzw Zuwendung

1. Grundsätzliches

Die bisherigen Ausführungen betrafen die Regeln zur Preisgestaltung für Arzneimittel,
die von HAP abgegeben werden. Dabei ging es um den Begriff des Apothekeneinstandsprei-
ses und hier insb darum, inwieweit sich Rabatte und sonstige produktbezogene Zuwendungen
auf die Höhe des Apothekeneinstandspreises auswirken.

Eine ganz andere Frage ist jene nach der Zulässigkeit produktbezogener Zuwendungen
als solcher. Darf der Lieferant solche Zuwendungen anbieten, versprechen oder gewähren,
und darf die HAP sie annehmen? Mit dieser Frage sind mehrere Rechtsgebiete angesprochen.
Konkret geht es um folgende Rechtsgebiete: Allgemeines Wettbewerbsrecht, Arzneimittel-
recht und ärztliches Berufsrecht.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 40

2. Allgemeines Wettbewerbsrecht

a. Zur Wettbewerbswidrigkeit

(1) Das Wettbewerbsrecht beschränkt (produktbezogene) Zuwendungen, um Preisverschleierung, Irreführung und Unsachlichkeit der Kaufentscheidung zu verhindern: Zugaben sind oft im Preis der Hauptware einkalkuliert, und der potentielle Käufer wird überdies veranlasst, die Ware nicht nach sachlichen Kriterien (Qualität, Preis), sondern im Hinblick auf die Zugabe auszuwählen („Anlockeffekt“ der Zugabe).

Vor diesem Hintergrund verbietet **§ 9a Abs 1 UWG** ganz allgemein das an Verbraucher oder Unternehmer gerichtete Anbieten, Ankündigen und Gewähren von Zugaben im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs. Abs 2 legt Ausnahmen von diesem allgemeinen Zugabeverbot fest und nimmt insb Warenproben, Geldrabatte und unter bestimmten Voraussetzungen auch Naturalrabatte vom Zugabeverbot nach Abs 1 aus. Aus den Ausnahmetatbeständen des Abs 2 ergibt sich, dass § 9a UWG von einem sehr weitem Zugabebegriff ausgeht, unter den grds neben Warenproben und Naturalrabatten auch Geldrabatte fallen. Rsp und Lehre charakterisieren den tatbestandsmäßigen Zugabebegriff wie folgt:⁵¹ Es kommen nur geldwerte Vorteile als Gegenstand der Zugabe in Betracht. Relevant sind auch Zugaben, die den Wert der Hauptleistung übersteigen. Die Zugabe muss neben der Hauptleistung unentgeltlich angeboten, versprochen oder gewährt werden, und mit der Hauptware in einem solchen Zusammenhang stehen, dass durch die Zugabe der Absatz der Hauptware gefördert wird. Es muss somit Produktbezogenheit vorliegen, und der Erwerb der Hauptsache muss Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Zugabe sein. Unentgeltlichkeit iSd § 9a UWG liegt auch dann vor, wenn die Unentgeltlichkeit der Zugabe durch Gesamtpreise (mit oder ohne Offenlegung des Einzelpreises) verschleiert wird. Auch Zuwendungen Dritter sind tatbestandsmäßig.

§ 9a UWG gilt auch für Zugaben an HAP, weil HAP Unternehmer sind und die Zugaben an HAP im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes erfolgen. Ausgehend vom eben erläuterten Zugabebegriff des § 9a UWG, sind folgende Zuwendungen an HAP tatbestandsmäßig, sofern Produktbezogenheit vorliegt: Naturalrabatte, Geldrabatte, Gutschriften und Gutscheine. „Studienreisen“ oder „Seminare“ zur Einführung eines Arzneimittels fallen nicht darunter. Wettbewerbsrechtlicher und gutachtensrelevanter Zugabebegriff decken sich daher.

⁵¹ Ausführlich mZn *Koppensteiner*, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht (1997) 551 ff.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 41

Wie bereits erwähnt sind bestimmte Zugaben vom Zugabeverbot nach § 9a Abs 1 UWG ausgenommen. Hier interessieren die Ausnahmen für Natural- und Geldrabatte: Naturalrabatte sind nach Abs 2 Z 6 zulässig, wenn sie in einer bestimmten oder lediglich in Bruchteilen zu berechnenden Menge der Hauptware bestehen. Der Grund für die Ausnahme vom allgemeinen Zugabenverbot liegt darin, dass solche Naturalrabatte keine Preisverschleierung bewirken können. Voraussetzung dafür ist aber, dass Hauptware und Zugabe vollkommen identisch sind, und der unter Berücksichtigung des Naturalrabattes auf die einzelne Wareneinheit entfallende Preis daher durch einfache Division ermittelt werden kann. Die Frage, ob Naturalrabatte im gleichen Ausmaß auch für Arzneimittellieferungen an HAP zulässig sind, ist seit dem durch die AMG-Novelle 2005 eingeführten Verbot der Gewährung von Naturalrabatten zwar unmittelbar nicht mehr relevant. Sie ist es aber dennoch Wert untersucht zu werden, weil aus ihrer Beantwortung wichtige Erkenntnisse dafür gewonnen werden können, ob und inwieweit die Regeln über Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Zugaben nach § 9a UWG auf Zugaben an HAP übertragen werden können.

Der OGH hat in mehreren Entscheidungen die Zulässigkeit von Naturalrabatten iSd § 9a Abs 2 Z UWG auch für Arzneimittel ausdrücklich bejaht.⁵² Allerdings ging es in diesen Entscheidungen immer nur um die Belieferung von ÖAP mit Arzneimitteln. Ausgangspunkt war die Frage, ob die Gewährung von Naturalrabatten an ÖAP gegen § 55 AMG (alt)⁵³ verstieß. Nach dieser Bestimmung war (und nach dem gleichlautenden § 55a ist) es im Rahmen der Verkaufsförderung für Arzneimittel verboten, den zur Verschreibung oder Abgabe berechtigten Personen eine Prämie, finanzielle oder materielle Vorteile zu gewähren, anzubieten oder zu versprechen, es sei denn, diese sind von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang. Diese Bestimmung dient der Umsetzung von RL 92/28/EWG über die Werbung für Humanarzneimittel und entspricht wortgleich Art 9 Abs 1 dieser RL. Nach dem OGH ist § 55 AMG dahingehend RL-konform auszulegen, dass nach nationalem (Wettbewerbs-)recht zulässige Rabatte nicht unter das Verbot fallen. Der Gerichtshof begründet dies damit, dass nach Art 9 Abs 4 RL in den Mitgliedstaaten bestehende Maßnahmen und Handelspraktiken hinsichtlich Preise, Gewinnspannen und Rabatten durch die RL unberührt bleiben. Nach UWG zulässige (Arzneimittel-)Naturalrabatte seien daher auch kein Verstoß gegen § 55 AMG. Inwieweit die RL tatsächlich eine Gleichschaltung von Arzneimittel- und allgemeinem Wettbewerbsrecht verlangt, braucht an dieser Stelle nicht weiter untersucht werden (dazu weiter unten). Der OGH hält jedenfalls auch Arzneimittelnatural-

⁵² OGH 4 Ob 250/98p, 4 Ob 273/99x, 4 Ob 346/98f, 4 Ob 236/98d.

⁵³ Nunmehr § 55a Abs 1 AMG.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 42

rabatte nur dann für unzulässig, wenn Hauptware und Zugabe nicht vollkommen identisch sind, und somit der unter Berücksichtigung der Zugabe maßgebliche Preis/Einheit nicht durch einfache Division errechnet werden kann. Allerdings ging es in diesen Entscheidungen immer um die Belieferung von ÖAP mit Arzneimitteln.

(2) Hinsichtlich der Zulässigkeit von Naturalrabatten an HAP hat sich der OGH noch nicht geäußert. Es ist daher fraglich, ob und inwieweit die Entscheidungen zu ÖAP auf HAP übertragen werden können. Übertragbar – wenn auch hinterfragungswürdig – ist wohl nur jene Aussage des OGH, wonach für die Zulässigkeit von Naturalrabatten (und wohl auch anderer Zugaben) im Arzneimittelhandel die allgemeinen Regeln des UWG maßgeblich sind. Dies muss dann konsequenterweise auch für jene Fälle gelten, in denen es um Naturalrabatte und andere Zugaben an HAP geht. Daraus folgt aber nur, dass auch Zugaben an HAP nach UWG zu beurteilen sind, nicht aber, dass das UWG für Zugaben an HAP auch die gleichen Zulässigkeitsgrenzen vorsieht wie für Zugaben an ÖAP. Ob dies der Fall ist und ob somit die Judikatur des OGH auch in diesem Punkt übertragbar ist, muss nach den Vorschriften des UWG beurteilt werden.

Es ist also zu fragen, ob die allgemeine Freistellung von nicht preisverschleiernenden Naturalrabatten nach § 9a Abs 2 Z 6 UWG auch für HAP gilt. Dabei wird es darauf ankommen, ob die Erwägungen, die ansonsten die Freistellung rechtfertigen, auch auf HAP zutreffen. Dies ist aus folgenden Gründen sehr fraglich: HAP entscheiden sowohl darüber, ob überhaupt eine Medikation erfolgt, als auch darüber, durch welche Arzneimittel eine allfällige Medikation erfolgt. Und wegen der *Personalunion zwischen Verordner und Abgeber* von Arzneimitteln bei der HAP ist eine Beeinflussung der Verschreibungsneigung sowie der Arzneimittelauswahl durch Naturalrabatte nicht ausgeschlossen. Bei Generika können Naturalrabatte jedenfalls die Art der Medikation beeinflussen, oft aber auch zur Medikation selbst motivieren. Anders als andere Unternehmer, die Naturalrabatte empfangen, trägt die HAP aber nicht die Kosten für die Hauptware. Diese trägt im Ergebnis die SV. Und die HAP trifft auch ein viel geringeres Absatzrisiko, weil sie ja selbst verschreibt. Zusätzlich trägt der Patient das Risiko einer Übermedikation oder einer nicht adäquaten Medikation. SV und Patient haben aber auf die Entscheidung der HAP keinen oder zumindest nur einen eingeschränkten Einfluss. Im Ergebnis hat die HAP als Empfänger des Naturalrabattes somit einen wirtschaftlichen Vorteil ohne zugleich Kosten oder eigenes Risiko zu tragen. Die Lage ist somit nicht jener bei Naturalrabatten an andere Unternehmer vergleichbar.

Sie entspricht vielmehr jener bei Zuwendungen an Auftragnehmer von Unterneh-

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 43

mern.⁵⁴ Unternehmer ist im hier zu beurteilenden Fall die SV und Auftragnehmer die HAP, die auf Kosten der SV Arzneimittel abgibt. Dabei geht es aber um ein ganz anderes Problem als jenes, welches die Zugabeverbote vor Augen haben. Die Zugabeverbote des § 9a UWG wollen ja lediglich Unternehmer und Verbraucher vor Preisverschleierungen und unsachlichen Kaufentscheidungen schützen. Insofern kann gesagt werden, dass § 9a UWG den hier zu beurteilenden Sachverhalt nicht abschließend regelt, sondern nur insoweit, als es um Preisverschleierung und Irreführung gegenüber der HAP geht. § 9a UWG sagt daher nur, dass Naturalrabatte iSd Abs 2 Z 6 an HAP nicht wegen Preisverschleierung unzulässig sind.

(3) Naturalrabatte könnten aber im Hinblick auf die oben angestellten Erwägungen durchaus aus anderen wettbewerbsrechtlichen Gründen unzulässig sein. Ansatzpunkt dafür könnte § 10 UWG sein, wonach es verboten ist, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Bediensteten oder Beauftragten eines fremden Unternehmens Geschenke oder andere Vorteile in Aussicht zu stellen oder zu gewähren, um durch unlauteres Verhalten des Zuwendungsempfängers bevorzugt zu werden. Unlauteres Verhalten des Zuwendungsempfängers liegt bereits dann vor, wenn allein oder zumindest teilweise wegen der Zuwendung bevorzugt werden soll.⁵⁵ § 10 UWG verfolgt mehrere Zwecke: Zum einen sollen die Konkurrenten des zuwendenden Unternehmers geschützt werden, die wegen dessen nicht allein durch Leistung legitimerter und daher wettbewerbsfremder Bevorzugung einen Nachteil erleiden. Zum anderen sollen aber auch die Kunden des Unternehmens geschützt werden, dessen Beauftragte Zuwendungen erhalten. Und schließlich soll ein Wettbewerb der Hersteller und Großhändler um die Gunst der Beauftragten ihrer Abnehmer verhindert werden.

All diese wettbewerbsrechtlichen Zielsetzungen sind aber auch dann angesprochen, wenn Naturalrabatte und sonstige Zugaben an HAP erfolgen. Eine unmittelbare Anwendung des § 10 UWG ist aber nicht möglich. Zwar ist auch die SV vom weiten Unternehmensbegriff des UWG erfasst. HAP sind aber weder Bedienstete noch Beauftragte der SV. Beauftragter eines Unternehmens ist nur, wer für das Unternehmen geschäftlich handeln oder auf betriebliche Entscheidungen Einfluss nehmen kann.⁵⁶ Eine solche Beauftragtenstellung könnte man allenfalls dann annehmen, wenn zwischen HAP und SV ein Gesamtvertragsverhältnis iSd § 349 ASVG bestünde oder ein Einzelvertragsverhältnis iSd § 338 ASVG. Dann wären HAP berechtigt auf Kosten der SV Arzneimittel abzugeben, und die SV wäre verpflichtet, der HAP die abgegebenen Arzneimittel zu vergüten. Derzeit bestehen aber weder ein Gesamtvertrag

⁵⁴ Ärzte mit HAP sind aber derzeit keine Auftragnehmer; dazu sogleich.

⁵⁵ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, 585.

⁵⁶ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, 584.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 44

noch Einzelvertragsverhältnisse zwischen HAP und SV.

Dennoch bestehen seit Jahren zumindest rein faktische Beziehungen zwischen HAP und SV, wonach die SV die von den HAP an Leistungsberechtigte abgegebene Arzneimitteln im Wesentlichen nach den für ÖAP geltenden Regeln bezahlt. Auf Grund dieser langjährigen faktischen Übung wurde ein gewisses gegenseitiges Vertrauen auf reibungslose Vergütung geschaffen, sodass man wohl immerhin ein privatrechtliches Grundverhältnis annehmen kann, dessen Hauptinhalt in gewissen Schutzpflichten besteht, das aber von jeder Seite alsbald beendet werden kann. In diesem rechtlichen Rahmen gibt eine HAP derzeit auf Kosten der SV Arzneimittel ab, ohne dass die KVT Einfluss darauf haben.

(4) Diese Lage fällt zwar nicht unter § 10 UWG, sie ist aber mit jener von Beauftragten iSd § 10 UWG doch vergleichbar, und man könnte daher Wettbewerbswidrigkeit nach § 1 UWG erwägen. § 1 UWG verbietet ganz allgemein Handlungen im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs, die gegen die guten Sitten verstoßen. Diese Generalklausel hat Lückenfüllungsfunktion. Sie ist ein Auffangtatbestand, auf den immer dann zurückgegriffen werden darf, wenn zwar kein Sondertatbestand erfüllt ist, die fehlenden Tatbestandsmerkmale aber durch andere gleichwertige ausgeglichen werden. Auch der OGH betont immer wieder, dass § 1 UWG insb jene Wettbewerbshandlungen erfassen soll, die eine andere wettbewerbsregelnde Norm zwar nicht formal verletzen, jedoch in ihrer Wirkung einer solchen gleichkommen.⁵⁷ Die Sondertatbestände des UWG umschreiben bloß Beispiele sittenwidrigen Verhaltens iSd § 1 UWG. Daher kann jedes Verhalten, das einer ausdrücklich verbotenen Wettbewerbshandlung ähnlich ist und inhaltlich zum gleichen verpönten Erfolg führt, als sittenwidrig iSd § 1 UWG qualifiziert werden.

Als *Zwischenergebnis* lässt sich somit folgendes festhalten: Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht sind Naturalrabatte an HAP sowohl nach § 9a UWG als auch zusätzlich nach § 1 UWG zu beurteilen. Nicht preisverschleiende Naturalrabatte an HAP verstoßen zwar nicht gegen § 9a UWG. Vor dem Hintergrund der Wertungen von § 10 UWG erscheint es aber durchaus vertretbar, solche Rabatte dem Tatbestand des § 1 UWG zu unterstellen.

(5) Nun bleibt noch zu prüfen, ob die bisherigen Überlegungen verallgemeinerbar sind und auch auf Geldrabatte und sonstige produktbezogene Zugaben übertragen werden können. Subsumiert man (auch nicht preisverschleiende) Naturalrabatte unter § 1 UWG, so muss man dies konsequenterweise auch hinsichtlich anderer Zugaben wie Geldrabatte, Gutschriften und ähnlichen tun. Sie können nämlich in gleicher Weise Ob und Art der Medikation durch HAP auf Kosten der SV beeinflussen. Ob andere Zugaben als Naturalrabatte daneben zusätzlich

⁵⁷ ÖBI 1990, 11; ÖBI 1990, 266; ÖBI 1996, 38; ÖBI 1979, 66.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 45

noch gegen § 9a UWG verstoßen, muss hingegen gesondert geprüft werden.

Geldrabatte sind seit Aufhebung des RabattG im Rahmen des § 9a Abs 2 Z 5 zulässig. Danach setzt die Zulässigkeit voraus, dass der Rabatt in einem bestimmten oder auf bestimmte Weise zu berechnenden Geldbetrag besteht und der Ware nicht beigelegt ist. Unklar ist, warum der Geldrabatt der Ware nicht beigelegt sein darf und welche Einschränkung sich daraus überhaupt ergeben soll. Übliche Preisnachlässe sind nämlich völlig unstrittig jedenfalls nach Z 5 zulässig, obwohl man hier durchaus sagen könnte, sie sind der Ware beigelegt. Daneben sind aber auch tatsächlich von der Hauptware getrennte Geldzugaben zulässig. Dabei kommt es auch nicht auf die Höhe des zugegebenen Geldbetrages an. Fraglich ist aber, ob nicht in Geld einlösbare Gutscheine, die nur zum Warenbezug berechtigen, auch unter Z 5 fallen. Der OGH hat die Zulässigkeit früher bejaht.⁵⁸ Später ging der Gerichtshof davon aus, dass solche Gutscheine keine Geldzugaben und wegen Preisverschleierung unzulässig sind.⁵⁹ Nach der wohl hL sollten auch solche Gutscheine unter Z 5 fallen, weil der Geldwert eines solchen Gutscheines jedenfalls bestimmt oder zumindest doch bestimmbar ist.⁶⁰ Vor diesem Hintergrund verstoßen typische Preisnachlässe an HAP nicht gegen § 9a UWG. Das Gleiche gilt für Geldbeträge oder in Geld einlösbare Gutschriften, die HAP unter der Bedingung des Arzneimittelbezuges gewährt werden. Gutscheine, die nicht in Geld einlösbar sind, sondern die HAP lediglich zum verbilligten Arzneimittelbezug berechtigen, sind hingegen - zumindest nach neuerer Rsp - nicht nach Z 5 freigestellt daher unzulässig iSd § 9a Abs 1 UWG. Es sei an dieser Stelle aber nochmals festgehalten, dass man - aus den gleichen Überlegungen wie bei an sich zulässigen Naturalrabatten - auch bei nach Z 5 zulässigen Geldrabatten und Gutschriften Wettbewerbswidrigkeit nach § 1 UWG erwägen könnte.

Der Vollständigkeit halber sei noch auf den kartellrechtlichen Aspekt von Rabatten und Zuwendungen an HAP hingewiesen. Anders als das UWG, das einen „fairen“ Wettbewerb erzwingen will, soll das KartG dafür sorgen, dass überhaupt Wettbewerb stattfindet. Aus kartellrechtlicher Sicht könnte das Gewähren und/oder die Annahme von Rabatten allenfalls wegen Missbrauches einer marktbeherrschenden Stellung verboten sein. Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung ist in § 4 Abs 1 KartG definiert. § 4 Abs 2 normiert die Vermutung, dass ab gewissen prozentuellen Marktanteilen marktbeherrschende Stellung besteht. Eine kartellrechtlich relevante marktbeherrschende Stellung könnte theoretisch sowohl auf Anbieter- als auch auf Nachfragerseite vorliegen, also sowohl auf Seiten des Arzneimittellie-

⁵⁸ ÖBl 1993, 111; ÖBl 1994, 168.

⁵⁹ ÖBl 1996, 126; wbl 1996, 211.

⁶⁰ *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, 567.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 46

feranten (Hersteller, Großhändler, allenfalls „hinter“ Großhändler stehende ÖAP) als auch auf Seiten der HAP. Bei HAP kann man eine marktbeherrschende Stellung stets ausschließen. Ob derzeit bei einzelnen Anbietern eine solche marktbeherrschende Stellung angenommen werden kann, kann nicht allgemein gesagt werden. Die Wahrscheinlichkeit dafür dürfte aber jedenfalls bei hier primär interessierenden Generikaherstellern eher gering sein,⁶¹ weshalb auf die in Frage kommenden Missbrauchstatbestände nur kurz hingewiesen werden soll. Sollte im Einzelfall eine marktbeherrschende Stellung bejaht werden können, so kämen in Bezug auf Rabatte und sonstige Zuwendungen insb folgende Missbrauchsverbote des § 5 Abs 1 KartG in Betracht: Erzwingung unangemessener Einkaufs- oder Verkaufspreise (Z 1; wäre hier nur relevant, wenn HAP marktbeherrschende Stellung hätte und damit Rabatte erzwingt, was wie gesagt nicht vorliegt); Benachteiligung von Vertragspartnern im Wettbewerb durch Anwendung unterschiedlicher Lieferbedingungen bei gleichwertigen Leistungen (1 Z 3 KartG; könnte relevant sein, wenn marktbeherrschender Lieferant Rabatte nur HAP gewährt, nicht aber ÖAP. Hier müsste man zusätzlich prüfen, ob HAP und ÖAP zueinander im Wettbewerb stehen); sachlich nicht gerechtfertigter Verkauf unter dem Einstandspreis (Z 5 KartG; könnte allenfalls relevant sein, wenn marktbeherrschender Großhändler oder ÖAP an HAP billiger weitergibt als sein Einkaufspreis beim Hersteller ist).

b. Rechtsfolgen

Verstöße gegen die §§ 1, 9a Abs 1 UWG können Unterlassungs- und/oder SE-Ansprüche auslösen. Inhaltlich richten sich die Unterlassungsansprüche darauf, dass der Anspruchsgegner die verbotene Handlung nicht (mehr) vornimmt. Zusätzlich sind Unterlassungsansprüche nach UWG auf Beseitigung des gesetzwidrigen Zustandes (§ 15 UWG) mög-

⁶¹ Die Abgrenzung des relevanten Marktes bereitet aber gerade bei Arzneimitteln Problem, va bei noch patentgeschützten Mitteln. Fraglich ist nämlich, inwieweit man auf die Wirkung und damit die Therapie abstellt: je mehr, desto kleiner ist der relevante Markt. Die EU-Kommission hat sich damit va bei der Fusionskontrolle befasst. Nach ihrer Praxis können Arzneimittel nach der "Anatomischen Therapieeinteilung" (ATC) unterteilt werden. Insb die dritte ATC-Ebene erlaube eine Zusammenstellung der Arzneimittel gemäß der therapeutischen Anzeige, d.h. dem Verwendungszweck und sei somit ein nützliches Hilfsmittel für eine Grobeinteilung der relevanten Märkte. Sie könnte aber in einigen Fällen zu eng und in anderen wiederum zu weit gefasst sein. Die Substituierbarkeit der Arzneimittel hängt letztlich von der Indikation ab, für die sie zugelassen sind oder verschrieben werden bzw. von ihrer Ersetzbarkeit aus der Sicht der Abnehmer von rezeptfreien Erzeugnissen. Bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln würde die Substituierbarkeit deshalb von der Auffassung der verschreibenden Ärzte abhängen, die ihre Entscheidung gewöhnlich auf wissenschaftliche Erkenntnisse über die Wirksamkeit und Ähnlichkeit der Arzneimittel stützen. Deshalb berücksichtigte die Kommission in diesem Fall, ob die in einer ATC-Klasse der dritten Ebene zusammengefassten Arzneimittel tatsächlich denselben Verwendungszweck haben, und ob Arzneimittel in anderen ATC-Klassen den gleichen Verwendungszweck und Wirkungsgrad haben.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 47

lich. Diese können durch EV gesichert werden, auch dann wenn die Voraussetzungen des § 381 EO nicht vorliegen (§ 24 UWG). Unterlassungsansprüche nach UWG setzen nach hL kein Verschulden voraus. Die Rsp ist uneinheitlich, tendiert aber eher zur Voraussetzung des Verschuldens. Aktiv legitimiert zur Geltendmachung von wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen sind nicht nur Mitbewerber des wettbewerbswidrig handelnden Unternehmers sowie WK, AK und ÖGB (§ 14 UWG), sondern jeder, der von einem tatbestandsmäßigen Verhalten unmittelbar betroffen ist. Fraglich ist, ob auch die KVT klagslegitimiert sind. Dafür könnte nur sprechen, dass die Gewährung von erheblichen Nachlässen eine Reduktion des FAP für den EK erschwert. Das ist aber wohl zuwenig für unmittelbare Betroffenheit. Passiv legitimiert ist jeder tatbestandsmäßig handelnde einschließlich Mittäter, Anstifter und Gehilfe. Hier wären dies jedenfalls die Großhändler, wenn sie die Nachlässe für die Produzenten abwickeln, oder diese selbst, wenn sie die Nachlässe geben. Fraglich ist die passive Legitimation der Produzenten im ersten Fall.

SE-Ansprüche nach UWG setzen grds Verschulden voraus. Auf eine Abgrenzung der Verschuldensformen kommt es jedoch nicht an, weil der zu ersetzende Schaden – anders als nach allgemeinem Zivilrecht – immer auch den entgangenen Gewinn umfasst. Strittig ist, ob auch andere Personen als Mitbewerber aktiv legitimiert sein können.⁶² Die neuere Auffassung scheint dies zu bejahen.

3. Arzneimittelrecht

a. Seit der AMG-Novelle 2005 verbietet § 55b AMG das Gewähren, Anbieten und Versprechen von Naturalrabatten an zur Verschreibung oder Abgabe berechnigte Personen, sofern es sich um Arzneimittel handelt, die im Erstattungskodex der SV enthalten sind. Vom Wortlaut dieses Verbotes sind somit Ärzte mit und ohne HAP sowie ÖAP erfasst. Nach einem Erlass des Ministeriums ist das Wort „oder“ in dieser Bestimmung allerdings als „und“ zu verstehen, sodass das Naturalrabattverbot nur für zu Verschreibung und Abgabe berechnigte Personen gilt. Danach wären nur Ärzte mit HAP vom Verbot erfasst. Auf die rechtliche Relevanz eines solchen Erlasses im Hinblick auf die Auslegung des Gesetzestextes braucht hier aber nicht eingegangen werden, weil hier ohnehin nur die Zulässigkeit von Zugaben an HAP untersucht werden soll. Und Naturalrabatte an HAP sind sowohl nach dem AMG als auch nach dem erwähnten Erlass verboten.

Aus arzneimittelrechtlicher Sicht stellt sich somit nur mehr die Frage nach der Zulässigkeit anderer Zugaben als Naturalrabatte an HAP. Die dafür einschlägige Regelung findet

⁶² Vgl *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, 766.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 48

sich seit der AMG-Novelle 2005 in § 55a Abs 1 AMG. Danach ist es im Rahmen der Verkaufsförderung für Arzneimittel verboten, den zu Verschreibung oder Abgabe berechtigten Personen eine Prämie, finanzielle oder materielle Vorteile zu gewähren, zu versprechen oder anzubieten, es sei denn, diese sind von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang. Diese Bestimmung entspricht wortgleich dem alten § 55 AMG sowie Art 9 Abs 1 der RL 92/28/EWG über die Werbung für Humanarzneimittel, die durch § 55 AMG umgesetzt wurde. Judikatur und europarechtliche Erwägungen zu § 55 AMG (alt) werden daher auch für den neuen § 55a AMG gelten. Wie bereits erwähnt hat der OGH zu § 55 AMG (alt) unter Berufung auf Art 9 Abs 1 der RL über Werbung für Humanarzneimittel vertreten, dass nach UWG zulässige Zugaben auch nach § 55 AMG (alt) zulässig sein müssen. Sollte der Gerichtshof an dieser Auffassung weiter festhalten, so richtet sich die Zulässigkeit von Zugaben an HAP auch nach der AMG-Novelle 2005 weiterhin nach dem UWG und es kann insoweit auf die Ausführungen zu Punkt D.2. verwiesen werden.

b. Es erscheint jedoch durchaus fraglich, ob die RL wirklich eine solche Gleichschaltung von Arzneimittelrecht und Wettbewerbsrecht verlangt. Zwar enthält Art 9 Abs 4 der RL einen Vorbehalt, wonach in den Mitgliedstaaten bestehende Maßnahmen und Handelspraktiken hinsichtlich Preisen, Gewinnspannen und Rabatten durch die RL unberührt bleiben. Dieser Vorbehalt könnte zwar so verstanden werden, dass die RL nach nationalem (Wettbewerbs-)recht erlaubte Zugaben nicht verbieten will. Der Vorbehalt wurde vom österr Gesetzgeber bei Umsetzung der RL aber gerade nicht ins nationale (Arzneimittel-)recht übernommen. Erst der OGH bringt den Vorbehalt über RL-konforme Auslegung wieder ins nationale Recht hinein. Dieser Ansatz erscheint verfehlt, weil er offenbar davon ausgeht, die RL verlange eine Gleichschaltung von Arzneimittelrecht und nationalem Wettbewerbsrecht. Gerade das ist aber nicht der Fall, weil der RL-Vorbehalt die Gleichschaltung allenfalls zulässt.

Aber selbst wenn man davon ausgeht die RL verlange eine solche Gleichschaltung, so kann dies nur insoweit gelten, als dadurch nicht die grundlegenden Zielsetzungen der RL unterlaufen würden. Die RL hält in ihren Erwägungsgründen ausdrücklich fest, dass die zur Verschreibung von Arzneimitteln berechtigten Personen ihre Aufgabe absolut objektiv erfüllen müssen und bestimmt daher auch in Art 9 Abs 4, dass diese Personen hinsichtlich der Verschreibung keinen direkten oder indirekten finanziellen Anreizen ausgesetzt werden dürfen. Gerade solche Anreize können aber durch die Gewährung von Natural- und Geldrabatten bei HAP bewirkt werden. Es liegt daher sehr nahe anzunehmen, dass § 55a Abs 1 AMG bei RL-konformer Auslegung die Gewährung von Natural- und Geldrabatten an HAP verbietet; und zwar unabhängig davon ob solche Rabatte nach allgemeinem nationalen Wettbewerbsrecht

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 49

zulässig sind oder nicht. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Wortlaut von § 55a Abs 1 AMG, der die Gewährung materieller Vorteile ja nur dann vom arzneimittelrechtlichen Zuwendungsverbot freistellt, wenn diese von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang sind. Beide Voraussetzungen liegen bei Natural- und Geldrabatten aber nicht vor. Erstens sind solche Rabatte oft nicht von geringem Wert, sondern übersteigen den Wert der Hauptleistung um mehr als 100 %. Und zweitens kann wohl nicht gesagt werden, dass Zuwendungen, die darauf abzielen das Verschreibungsverhalten zu beeinflussen, für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang sind.

Im Gegensatz zu HAP sind bei ÖAP die genannten Zuwendungen nur ein geringes Problem, weil die ÖAP nicht selbst verschreibt. Ein ähnliches Problem bestünde erst, wenn in Österreich eine aut idem Regelung gelten würde. Die ÖAP könnte dann zwar auch nicht darüber entscheiden, ob überhaupt eine Medikation erfolgen soll, sehr wohl aber in gewissen Umfang darüber, welches von mehreren wirkstoffgleichen Arzneimitteln abgegeben wird. Zurzeit ist die Lage zwischen ÖAP und HAP rechtlich nur bei nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln vergleichbar. Hier kann die Beratung der ÖAP sehr wohl durch finanzielle Anreize beeinflusst werden. Damit rechnen die Kunden aber wohl. Hier muss aber nicht weiter erörtert werden, ob die RL und somit auch das AMG Zugaben zu nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln verbieten, weil die Mittel vom Kunden selbst und nicht von der SV bezahlt werden.

4. Ärztliches Berufsrecht

a. Die Zulässigkeit von Natural- und Geldrabatten könnte auch aus arztrechtlicher Sicht fraglich sein. Aus diesem Blickwinkel geht es darum, ob sich solche Zuwendungen auf den Inhalt der ärztlichen Tätigkeit – insb auf die Verschreibungsneigung überhaupt und auf die Verschreibungsneigung für ein bestimmtes Arzneimittel – auswirken können. Eine solche Möglichkeit der Beeinflussung der ärztlichen Tätigkeit bei HAP kann wohl immer schon dann bejaht werden, wenn die Verwertung des Naturalrabattes oder einer anderen Zuwendung dem Arzt mit HAP finanzielle Vorteile bringt. Aus arztrechtlicher Sicht wird die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit produktbezogener Zuwendungen also damit zusammenhängen, ob solche Zuwendungen von der HAP an die SV weitergegeben werden müssen und auch tatsächlich weitergegeben werden.

Ergibt sich bereits aus preisrechtlichen Vorschriften oder allenfalls auch aus einem (Gesamt-)vertrag zwischen SV und HAP, dass Rabatte an die SV weitergegeben werden müssen, so ist deren Gewährung und Annahme aus arztrechtlicher Sicht wohl jedenfalls unbe-

Rebhahn / Kietzabl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 50

denklich. In diesem Fall kann die HAP aus einem Rabatt keinen wirtschaftlichen Vorteil ziehen, und es besteht somit auch keine Gefahr der Beeinflussung der Verschreibungsneigung.

b. Sollte man jedoch davon ausgehen, dass das Preisrecht keine Weitergabe von Rabatten an die SV verlangt, und besteht auch keine entsprechende (gesamt-)vertragliche Verpflichtung, so könnten sich aus arztrechtlicher Sicht durchaus Bedenken gegen Rabatte ergeben. Erster Ansatzpunkt dafür ist § 49 Abs 1 ÄrzteG, der ganz allgemein festlegt, nach welchen Kriterien die Krankenbehandlung durch den Arzt zu erfolgen hat. Nach dieser Vorschrift hat sich der Arzt bei der Krankenbehandlung ausschließlich an den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft und am Wohl des Patienten zu orientieren. Eine Orientierung des Arztes bei der Verschreibung von Arzneimitteln auch an eigenen wirtschaftlichen Vorteilen scheint dieser gesetzgeberischen Zielsetzung zu widersprechen. Dieser Deutung entspricht auch eine Entscheidung des OLG Köln, welches die Werbung eines Hörgeräteherstellers, dass die aktienrechtliche Beteiligung des Arztes am Unternehmen umso lukrativer würde, je häufiger sie Patienten zum Hörgerätekauf an das Unternehmen verwiesen, als Verleitung zum Verstoß gegen ärztliches Berufsrecht ansieht.⁶³ In Österreich gibt es soweit ersichtlich keine Entscheidungen zu § 49 Abs 1 ÄrzteG.

Weiters hat die Vollversammlung der ÖAK im Jahr 2004 einen ärztlichen Verhaltenskodex über das Verhalten von Ärzten gegenüber der Pharmaindustrie erlassen. Bereits in der Präambel wird festgehalten, dass die ärztliche Unabhängigkeit gegenüber der Pharmaindustrie eine der wichtigsten Grundvoraussetzungen für die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit ist. Und gemäß Punkt 2 Verhaltenskodex ist dem Arzt die Annahme selbst kleinster Geschenke verboten, sofern die Entgegennahme direkt oder indirekt von der Verschreibung eines Arzneimittels oder vom Erwerb eines Medizinproduktes durch einen Patienten, der über Empfehlung des Arztes erfolgt, abhängig gemacht wird. Diese standesrechtlichen RL sind keine bloßen Empfehlungen. Ihre Rechtsgrundlage ist nämlich §§ 118 iVm 122 ÄrzteG, wonach die ÖAK nähere Vorschriften über die Berufsausübung zu erlassen hat. Verstöße gegen diesen Verhaltenskodex sind somit gemäß § 136 Abs 1 ÄrzteG disziplinarrechtlich zu ahnden. Im Ergebnis kann der Verhaltenskodex somit als Durchführungsverordnung zum ÄrzteG angesehen werden.⁶⁴

Auch das Gemeinschaftsrecht verlangt Unabhängigkeit bei Ausübung der ärztlichen Tätigkeit. RL 92/28 EWG über die Werbung für Humanarzneimittel legt ausdrücklich fest,

⁶³ LG Köln 4. 11. 05, 6 U 46/05.

⁶⁴ Ebenso für andere von der ÖAK erlassenen RL *Aigner*, Berufsrecht in *Aigner* ua, Medizinrecht (2005) III/27.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 51

dass die zur Verschreibung von Arzneimitteln berechtigten Personen ihre Aufgabe absolut objektiv erfüllen müssen und daher hinsichtlich der Verschreibung keinen direkten oder indirekten finanziellen Anreizen ausgesetzt werden dürfen. Die Gewährung und Annahme von Prämien und andere finanziellen und materiellen Vorteilen im Zusammenhang mit der Verschreibung von Arzneimitteln ist verboten. Und auch die RL 2001/83/EG über die Schaffung eines Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel sagt ausdrücklich, dass die zur Verschreibung von Arzneimitteln berechtigten Personen ihre Aufgabe absolut objektiv und frei von direkten oder indirekten finanziellen Anreizen erfüllen müssen.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass sowohl nationales ärztliches Berufs- und Standesrecht sowie das Gemeinschaftsrecht absolute Unabhängigkeit und Objektivität des Arztes bei der Verschreibung von Arzneimitteln verlangen. Eine Beeinflussung des Arztes bei der Verschreibung durch eigene wirtschaftliche Vorteile ist damit grds unvereinbar.⁶⁵ Dem könnte man zwar entgegenhalten, dass auch der Arzt Unternehmer ist und daher auch seine Tätigkeit auf Gewinnerzielung ausgerichtet sein darf. Dies trifft aber nicht uneingeschränkt zu. Auf Grund der Besonderheiten der ärztlichen Tätigkeit unterliegt der Arzt in seinem unternehmerischen Handeln zahlreichen Beschränkungen. Diese betreffen oft nicht einmal den Inhalt der ärztlichen Tätigkeit selbst. So unterliegt der Arzt zB strengen Werbebeschränkungen, strengen Beschränkungen im Umgang mit den Medien sowie einem ausnahmslosen Provisionsverbot hinsichtlich der Zuweisung von Patienten. Diese Beschränkungen ergeben sich tlw unmittelbar aus dem ÄrzteG, tlw aus der von der ÖAK erlassenen disziplinarrechtlichen RL „Arzt und Öffentlichkeit“. Es kann somit festgehalten werden, dass der Arzt selbst in jenen Bereichen, die außerhalb der Krankenbehandlung liegen, viel strengeren Beschränkungen unterliegt als andere Unternehmer. Dort wo die ärztliche Tätigkeit unmittelbar betroffen ist, bestehen sogar noch strengere Schranken. Dies zeigen die weiter oben aufgeführten nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften, die unbedingte Objektivität bei der Verschreibung von Arzneimitteln verlangen. Aus der undifferenzierten Berufung auf die Unternehmereigenschaft des Arztes kann somit für die hier interessierende Frage nichts gewonnen werden. Der Arzt ist zwar Unternehmer, er darf die für den Unternehmer typischen eigenwirtschaftlichen Interessen aber nur innerhalb der engen berufs- und standesrechtlichen Regeln verfolgen.

Es bleibt somit zu klären, inwieweit sich die HAP von unternehmerischen Interessen leiten lassen darf. An sich gelten die bisher erörterten berufsrechtlichen Schranken auch für die HAP. Das gilt insb auch für die absolute Objektivität bei der Verschreibung von Arznei-

⁶⁵ In diese Richtung deutet auch die bereits erwähnte Entscheidung des LG Köln.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 52

mitteln. Allein aus der gesetzlichen Konzeption der HAP als Personalunion zwischen Verschreiber und Abgeber ergibt sich aber, dass der Gesetzgeber hier in gewissem Maß die Gefahr einer Beeinflussung bei der Verschreibung und Abgabe von Arzneimitteln durch eigenwirtschaftliche Interessen toleriert. HAP können nämlich niemals eine so große Bandbreite an verschiedenen Arzneimitteln mit gleichem Wirkstoff bereithalten wie eine ÖAP. Insofern trifft die HAP bereits zwangsläufig beim Arzneimittelkauf eine viel engere „Vorauswahl“ als die ÖAP ohne konkret zu wissen, welche konkreten Patienten mit welchen konkreten Krankheitsbildern sich in Behandlung begeben werden. Ärzte mit HAP werden also danach trachten, nach Möglichkeit die eingekauften Arzneimittel zu verschreiben und keine anderen. Außerdem sind Arzneimittel nur beschränkt haltbar; Ärzte mit HAP werden daher versuchen jene Arzneimittel zu verschreiben, bei denen das Ablaufdatum am nächsten ist. Und bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist es nicht auszuschließen, dass die Möglichkeit der Einkommenserhöhung durch Verschreibung und insb der Verschreibung vorrätiger Arzneimittel die Verschreibungsneigung erhöhen kann. All diese wirtschaftlichen Interessen hat zwar auch die ÖAP. Nur HAP können sie wegen der Personalunion zwischen Verschreiber und Abgeber aber auch tatsächlich verfolgen.

Diese dargelegte Verfolgung eigenwirtschaftlicher Interessen bei der HAP und deren Problematik sind notwendig mit der Personalunion zwischen Verschreiber und Abgeber verbunden, und der Gesetzgeber hat diese Personalunion in Form der HAP dennoch zugelassen und lässt sie noch immer zu. Dabei steigen die genannten Probleme mit der Zahl der potentiell hilfreichen Arzneimittel an, und sie sind daher heute viel größer als bei erstmaliger Zulassung der HAP durch den Gesetzgeber. Daraus ergibt sich aber, dass der Gesetzgeber jenes Ausmaß der Beeinflussung bei der Verschreibung von Arzneimitteln durch HAP, die sich allein und notwendig aus der Personalunion zwischen Verschreiber und Abgeber und unabhängig von allfälligen Rabatten und Zuwendungen ergibt, in Kauf genommen und für zulässig erachtet.⁶⁶

Daraus ergibt sich für die Zulässigkeit der Rabattgewährung an HAP Folgendes. Jene Rabatte, welche die wegen der Personalunion zwischen Verschreiber und Abgeber ohnehin bestehende Beeinflussung der Verschreibung von Arzneimitteln nicht vergrößern, sind nicht zu beanstanden. Kauft eine HAP etwa verschiedene Generika, und werden allgemein bei Generika Rabatte gewährt, so wird die Verschreibungsneigung durch einen üblichen Rabatt nicht

⁶⁶ Der Gesetzgeber hat sich in den letzten Jahren immer wieder mit den Voraussetzungen einer HAP befasst. Die ApothekenG-Novelle 2001 ist dabei sogar vom früheren Konzept der Subsidiarität der HAP gegenüber der ÖAP abgegangen und sieht die HAP als gleichwertige Versorgungsart (vgl VfGH G 13/05-14). Das G lässt damit die Interessenverflechtung der Ärzte mit HAP nicht nur als second best Lösung zu, sondern hat sie gleichsam zu einem Normalfall gemacht!

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 53

beeinflusst. Werden ihm jedoch für einzelne Generika besonders große Rabatte gewährt, so besteht eine weitergehende Beeinflussung, und dieser für diesen Arzt unübliche Rabatt wäre aus arztrechtlicher Sicht unzulässig. Das Gleiche gilt dann auch für alle anderen Arzneimittel und alle anderen Zuwendungen. Es kann daher gesagt werden, dass aus arztrechtlicher Sicht nur solche Rabatte und Zuwendungen zu beanstanden sind, welche eine solche Beeinflussung bei der Verschreibung von Arzneimitteln bewirken, die über jenes Ausmaß hinausgeht, das der Gesetzgeber mit der Entscheidung für die Zulässigkeit von HAP als Personalunion zwischen Verschreiber und Abgeber notwendig toleriert hat.

Weitere Einschränkungen können sich dann nur aus dem Preisrecht (und allenfalls aus dem Wettbewerbsrecht) ergeben. Geht man nämlich davon aus, dass der gesetzliche Begriff des APE iSd Arzneitaxe nicht nur für ÖAP gilt sondern auch für HAP, so müsste jeder Rabatt (unabhängig von seiner arztrechtlicher Zulässigkeit) an die SV weitergegeben werden. Nach dieser Sichtweise mindert jede produktbezogene Zuwendung den APE, und die Arzneitaxe legt in Form der gestaffelten Höchstzuschläge die Höhe jenes Gewinnes fest, der maximal aus der Abgabe eines Arzneimittels gezogen werden darf. Diese Verpflichtung zur Weitergabe produktbezogener Zuwendungen an die SV ergibt sich dann aber nicht aus dem Arztrecht sondern aus dem Preisrecht.

Aus arztrechtlicher Sicht sind hingegen nur jene produktbezogenen Zuwendungen zu beanstanden, welche die vom Gesetzgeber mit der gesetzlich als Personalunion konzipierten HAP notwendig verbundene Gefahr der Beeinflussung bei der Verschreibung wesentlich steigern. Sollten danach aus arztrechtlicher Sicht Rabatte zu beanstanden sein, so sind zwei Rechtsfolgen denkbar: Entweder es ist bereits die Annahme des Rabattes unzulässig, wenn und weil keine gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung zur Weitergabe an die SV besteht und daraus die Gefahr der Beeinflussung resultiert. Oder man setzt erst eine Stufe später an und sagt, dass die Rabattannahme jedenfalls zulässig und nur die Verwertung des Rabattes zum eigenen wirtschaftlichen Nutzen unzulässig ist. In diesem Fall würde sich aus dem Arztrecht die Verpflichtung zur Weitergabe des Rabattes an die SV ergeben; und zwar auch dann wenn dies das Preisrecht nicht verlangt.

5. Vertragspartnerrecht

Vorgaben für die Preisgestaltung jener, die Leistungen an Patienten der KV erbringen, können sich auch aus Verträgen mit den Leistungserbringern ergeben. Dies ist sogar die typische und vom G als normal angesehene Form der Einflussnahme.

Derzeit gibt es keine Gesamtverträge in Bezug auf die HAP und soweit zu sehen auch

Rebhahn / Kietzibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 54

keine Einzelträge. Und es gibt auch keine Abreden mit den Pharmaproduzenten in Bezug auf die FAP für den EK. Auch die Entscheidungen des HV über die Aufnahme in den EK enthalten, soweit bekannt, keine ausdrücklichen Aussagen zur Zulässigkeit von Preisnachlässen. Jedenfalls in Bezug auf Einzelverträge bzw die Bezahlung an die HAP nützt die SV damit die derzeit bestehenden Möglichkeiten für Versuche, die Preisgestaltung der HAP zu beeinflussen, nicht aus.

Als Änderungsmaßnahme ist der Abschluss eines Gesamtvertrages oder zumindest von Einzelverträgen mit den HAP zu nennen, in denen dann die Preisberechnung geregelt werden könnte.

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 55

E. Zusammenfassung

1. Thema sind die Preisnachlässe an Ärzte mit Hausapotheke (HAP). Es gibt derzeit keinen Gesamtvertrag mit den Ärzten in Bezug auf die HAP, und soweit bekannt auch keine (oder kaum) Einzelverträge mit den Ärzten in Bezug auf die HAP. Die Abgabe von Arzneimitteln auf Kosten der Krankenversicherung durch die HAP (Sachleistungserbringung) kann daher von jeder Seite jederzeit beendet werden. Und jede Seite kann – im Rahmen des rechtlich Zulässigen – ihre Preisvorstellungen durchzusetzen versuchen.

2. Die Vorschriften zur **Preisregelung** der Abgabe von Arzneimitteln in Apotheken – genauer die Arzneitaxe und das ApothekenG – sind (seit langem) nur sehr schwer verständlich und kaum durchschaubar. Insbesondere werden die zentralen Begriffe nicht definiert und die zentralen Aussagen eher verdeckt gelassen. Mit entsprechendem juristischem Aufwand lassen sich allerdings doch Aussagen zum genauen Norminhalt treffen.

Auszugehen ist davon, dass heute idR – anders als früher – weder der Fabrikabgabepreis noch der Apothekeneinstandspreis (APE) noch der Apothekenabgabepreis als solcher behördlich preisgeregelt sind. Für alle Arzneimittel gibt es vielmehr nur eine Regelung der zulässigen Aufschläge des Großhandels und der Apotheken; eine behördliche Regelung des FAP ist insb bei zu hohen Preisvorstellungen möglich und vielleicht auch zu erwarten. Dazu treten die Entscheidungen des Hauptverbandes über den Fabrikabgabepreis der Arzneimittel des Erstattungskodex, die auch eine behördliche Festsetzung eines Höchstbetragspreises speziell für Abgabe auf Rechnung der Sozialversicherung darstellen.

Für die Frage der Nachlässe an Öffentliche Apotheken (ÖAP) und HAP zentral ist § 3 Abs 1 und 2 Arzneitaxe. Die Norm sieht einen **Höchstpreis** für die Abgabe von Arzneimitteln in Apotheken vor, indem für bestimmte Apothekeneinstandspreise bestimmte Höchstaufschläge zugelassen werden. § 3 sieht also weder einen Höchstbetragspreis noch (wie der Wortlaut allein des § 3 vermuten lassen könnte) einen Festpreis vor.

Schwierig ist zu bestimmen, ob § 3 auf den **konkreten** Apothekeneinstandspreis der einzelnen Apotheke oder auf einen – wie immer bestimmten – allgemeineren, also **abstrakten Einstandspreis** verweist. Früher war auch der Apothekeneinstandspreis idR amtlich durch Bescheid des BM geregelt. In der Praxis scheint man die in der Preisliste des Apothekenverlages aufscheinenden Apothekeneinstandspreise noch immer als verbindliche oder doch notwendig einheitliche Preise zu sehen.

Für beide genannten Deutungen des Begriffes Apothekeneinstandspreis – abstrakt oder konkret – gibt es gut vertretbare Argumente. Die besseren Argumente sprechen aber heute

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 56

– deutlich – für ein **konkretes Verständnis**: *Der Apothekeneinstandspreis einer bestimmten Apotheke X hängt von deren konkreten produktbezogenen Kosten ab.* So wie bei anderen Fällen der Preisregelung, die auf Kosten abstellen, führen **Preisnachlässe** dann zu einer **Verringerung des Einstandspreises** und idR des vom Einstandspreis abhängigen Höchstpreises. Die Apotheken dürfen daher dann, wenn ihnen für ein Arzneimittel ein Nachlass gewährt wird, den Kunden nicht jenen Preis verrechnen, der ohne Nachlass der Höchstpreis ist.

Allerdings ist diese Rechtslage bislang so **schwierig zu erkennen**, dass die Praxis lange – vielleicht aus unterschiedlichen Gründen – von der Existenz einer anderen Ausprägung von Preisregelung ausging (Höchstbetragspreise wie in Anlage B der Arzneitaxe; Höchstpreise in Ableitung von durchschnittlichen Kosten wie beim Höchstaufschlag selbst; oder gar Festpreis). Jedenfalls deutete der Sprachgebrauch nicht in die richtige Richtung. Selbst der Gesamtvertrag des Hauptverbandes mit den öffentlichen Apotheken sieht die Verrechnung der Preise der Apothekenverlags-Preisliste vor, ohne die Möglichkeit eines geringeren Preises aufgrund von Preisnachlässen auch nur zu bedenken.

Allfällige Verletzungen des Preisrechts durch Nichtweitergabe von Nachlässen an die KVT waren daher, auch wenn man von der konkreten Beurteilung des APE ausgeht, jedenfalls in der Vergangenheit **kein strafbares Verhalten**. Es fehlt entweder schon an der Vertrauensbeziehung zwischen KVT und Ärzten mit HAP, oder aber aufgrund der undurchsichtigen Rechtslage an der Täuschung. In jedem Fall fehlte es bei den Ärzten mit HAP am Vorsatz.

3. Bei den preisrechtlichen Erwägungen geht um die Auswirkungen produktbezogener Zuwendungen auf den Apothekeneinstandspreis. Aus dem Blickwinkel des Wettbewerbsrechts, des Arzneimittelrechts und des ärztlichen Berufsrechts geht es hingegen um die Zulässigkeit produktbezogener Zuwendungen.

Aus **wettbewerbsrechtlicher** Sicht sind die hier interessierenden produktbezogenen Zuwendungen an HAP zunächst am Zugabeverbot des § 9a UWG zu messen. Danach sind Naturalrabatte nur dann zulässig, wenn die beigelegte Ware mit der Hauptware vollkommen identisch ist. Geldrabatte sind unbeschränkt zulässig. Nicht in Geld einlösbare Gutscheine, die bloß zum verbilligten Arzneimittelbezug berechtigen, sind nach der neueren Judikatur zu § 9a UWG wohl eher unzulässig. Aus rein zugaberechtlicher Sicht besteht somit kein Unterschied zwischen HAP, ÖAP und sonstigen Unternehmern. Wegen der besonderen Lage bei HAP (insb weil sie auf Kosten der SV abgibt, ohne dass SV darauf konkreten Einfluss hat) könnte man vor dem Hintergrund der Wertungen des § 10 UWG (Bestechung von Beauftragen) aber bei Zuwendungen an HAP Wettbewerbswidrigkeit nach § 1 UWG annehmen; und zwar auch

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 57

dann, wenn eine nach § 9a UWG zulässige Zugabe vorliegt.

Aus **arzneimittelrechtlicher** Sicht sind Naturalrabatte seit der AMG-Novelle 2005 jedenfalls verboten. Bei sonstigen produktbezogenen Zuwendungen an HAP (zB Geldrabatte) ist davon auszugehen, dass diese nach § 55a Abs 1 AMG verboten sind. Dafür spricht auch die RL-konforme Auslegung dieser Bestimmung.

Aus **arztrechtlicher** Sicht könnten produktbezogene Zuwendungen an HAP deshalb unzulässig sein, weil sie sich uU auf den Inhalt der ärztlichen Tätigkeit auswirken können (insb Beeinflussung der Verschreibungsneigung). Sowohl das nationale wie auch das gemeinschaftsrechtliche Arztrecht verpflichten den Arzt zu absoluter Objektivität und Unabhängigkeit bei Ausübung der ärztlichen Tätigkeit. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber durch die Konstruktion der HAP als Personalunion zwischen Verschreiber und Abgeber eine gewisse Gefahr der Beeinflussung bei der Verschreibung durch wirtschaftliche Eigeninteressen in Kauf genommen hat. Bei HAP kauft der Arzt im Vorhinein Arzneimittel auf eigene Kosten und hält diese auch auf eigenes Absatzrisiko vorrätig. Allein dadurch besteht unabhängig von Rabatten und anderen Zuwendungen die Gefahr, dass dieses Absatzrisiko die Verschreibungsneigung überhaupt sowie die Verschreibungsneigung in Richtung der vorrätigen Arzneimittel erhöht. Aus arztrechtlicher Sicht sind daher wohl nur solche Zuwendungen zu beanstanden, welche die vom Gesetzgeber mit der Entscheidung für die Zulässigkeit von HAP in Kauf genommene Gefahr der Beeinflussung wesentlich steigern.

4. Die geltende Rechtslage verpflichtet die HAP daher eigentlich schon, produktbezogene Preisnachlässe bei der Kalkulation ihres Höchstpreises zu berücksichtigen, was idR darauf hinausläufe, Nachlässe an die Abnehmer weiterzugeben. Gesetzgeber oder Ministerium könnten diese Rechtslage allerdings viel deutlicher zum Ausdruck bringen. Überdies könnten Hauptverband und/oder Krankenversicherungsträger Vereinbarungen mit den Ärzten mit HAP schließen, welche auch die Preisberechnung regeln. Schließlich könnte der Gesetzgeber die potentiellen Interessenkonflikte für verschreibende und gleichzeitig verkaufende Ärzte – im Arztrecht oder im Apothekenrecht – gezielt regeln; bisher hat er dies erstaunlicherweise unterlassen.

Rebhahn / Kietabl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 58

ANHANG: Texte von Normen

Preisgesetz

§ 3. (1) Für die nachstehenden Arzneimittel im Sinne des Arzneimittelgesetzes, BGBl. Nr. 185/1983, in der jeweils geltenden Fassung *können*, ausgenommen für die Abgabe in Apotheken, volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preise bestimmt werden, auch wenn die Voraussetzungen des § 2 nicht vorliegen:

1. Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen, die dazu bestimmt sind, für die Herstellung von Arzneimitteln verwendet zu werden,

2. Arzneispezialitäten, mit Ausnahme der homöopathischen, der apothekeneigenen und der radioaktiven Arzneispezialitäten sowie mit Ausnahme jener Arzneispezialitäten, die Fütterungsarzneimittel oder Fütterungsarzneimittel-Vormischungen sind,

3. Arzneimittel im Sinne des § 26 des Arzneimittelgesetzes.

§ 6. (1) Preise sind im Sinne dieses Bundesgesetzes volkswirtschaftlich gerechtfertigt, wenn sie sowohl den bei der Erzeugung und im Vertrieb oder bei der Erbringung der Leistung jeweils bestehenden volkswirtschaftlichen Verhältnissen als auch der jeweiligen wirtschaftlichen Lage der Verbraucher oder Leistungsempfänger bestmöglich entsprechen.

(2) Die Preise können als Höchst-, Fest- oder Mindestpreise bestimmt werden. Für ein Sachgut oder eine Leistung können für dieselbe Wirtschaftsstufe sowohl ein Höchst- als auch ein Mindestpreis bestimmt werden (Preisband).

(3) Die Preisbestimmung kann auch unter Bedingungen und Vorschreibung von Auflagen erfolgen.

PreistransparenzG 1992

§ 3. (1) Anträge auf Preiserhöhung für Arzneimittel für den menschlichen Gebrauch, die auf Grund des Preisgesetzes 1992, BGBl. Nr. 145, von Inhabern einer Genehmigung für das Inverkehrbringen von Arzneimitteln gestellt werden, sind zu begründen, wobei insbesondere Einzelheiten über jene Ereignisse anzuführen sind, die nach der letzten Preisbestimmung für das Arzneimittel eingetreten sind und nach Ansicht des Antragstellers die beantragte Preiserhöhung rechtfertigen. Ist der Antrag für eine Entscheidung ausreichend begründet, so hat die Behörde über den Antrag innerhalb von neunzig Tagen ab seinem Einlangen einen Bescheid zu erlassen. Anderenfalls hat sie dem Antragsteller unverzüglich mitzuteilen, welche zusätzlichen Einzelangaben erforderlich sind, und innerhalb von neunzig Tagen nach Erhalt dieser zusätzlichen Einzelangaben einen Bescheid zu erlassen.

(2) *Zu Fristverlängerung*

(3) Erght innerhalb der im Abs. 1 und 2 genannten Fristen keine Entscheidung, so ist der Antragsteller berechtigt, die beantragte Preiserhöhung vorzunehmen.

(4) Die Behörde hat wenigstens einmal jährlich in der „Mitteilung der Österreichischen Sanitätsverwaltung“ eine Liste der Arzneimittel für den menschlichen Gebrauch, für die während des Berichtszeitraums die Preise von der Behörde erhöht wurden, zusammen mit den neuen Preisen die für die betreffenden Arzneimittel verlangt werden können, bekanntzumachen.

§ 4. (1) Behörde im Sinne des § 3 ist der Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen. (2) Soweit § 3 für die Bestimmung von Preisen für Arzneimittel auf Grund von Anträgen nach dem Preisgesetz 1992 nicht eine abweichende Regelung trifft, gelten hiefür das Preisgesetz 1992 und das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, BGBl. Nr. 51.

Apothekengesetz

§ 7. Regelung des Betriebes - Arzneitaxe.

Insoweit die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht bereits Vorschriften über den Betrieb der Apotheken enthalten, hat die Regelung dieses Betriebes im Verordnungswege zu erfolgen. Hiezu gehört insbesondere die Erlassung von Vorschriften darüber, welche Artikel in einer Apotheke geführt werden dürfen und welche Artikel vorrätig gehalten werden müssen, ferner die Festsetzung des Maximalpreises für die vorbezeichneten Artikel und deren Verpackung sowie die Bestimmung des Maximalentgeltes für die im Betriebe der Apotheke geleisteten Arbeiten (Arzneitaxe).

Bei der Erlassung der Arzneitaxe ist auf die Anordnung entsprechender Nachlässe für den Bedarf der öffentlichen Armenversorgung, für den Bedarf von Kranken- und Humanitätsanstalten und Krankenkassen sowie für Personen, deren Armut durch ein behördliches Zeugnis bestätigt ist, Bedacht

Rebhahn / Kietaibl : Zu Preisnachlässen an hausapothekenführende Ärzte - 6.2.2006 59

zu nehmen.

Arzneitaxen-VO

Erstellung der Arzneitaxe

§ 1. (1) Die Bundesministerin/Der Bundesminister für Gesundheit und Frauen hat die Preise für die an den Verbraucher abzugebenden Arzneimittel ... sowie die Vergütungssätze für die bei der Herstellung der Arzneimittel in den Apotheken aufgewendeten Arbeiten nach den Bestimmungen der in Anlage A dieser Verordnung enthaltenen Grundsätze zu errechnen und als Anlage B zu dieser Verordnung mit der Bezeichnung "Österreichische Arzneitaxe" kundzumachen.

(2) Die Preise der Österreichischen Arzneitaxe sind Höchstpreise.

Aufschläge für begünstigte Bezieher

§ 3. (1) Die Apothekerinnen/Apotheker und hausapothekenführenden Ärztinnen/Ärzte haben dem Bund, den Ländern ... , den Trägern der Sozialversicherung und gemeinnützigen Krankenanstalten als begünstigte Bezieher nach Maßgabe des Abs. 2 abweichend von Anlage A I Z 2a einen ermäßigten Zuschlag auf den Apothekeneinstandspreis zu verrechnen.

(2) Werden Arzneyspezialitäten durch eine öffentliche Apotheke oder eine/einen hausapothekenführende/n Ärztin/Arzt abgegeben, so ist dem Apothekeneinstandspreis

1. bis zu 10,- Euro ein Zuschlag von 37 vH (= 37% Rohverdienst),
2. von 10,16 Euro bis 20,- Euro ein Zuschlag von 35 vH (= 25,9% Rohverdienst), ...
10. über 357,08 Euro ein Zuschlag von 3,9 vH (= 3,8% Rohverdienst)

hinzuzurechnen.

Beträgt der Apothekeneinstandspreis der Arzneyspezialitäten

11. 10,01 bis 10,15 Euro, so beträgt der Verkaufspreis 13,70 Euro,
12. 20,01 bis 20,45 Euro, so beträgt der Verkaufspreis 27,- Euro,
19. 350,01 bis 357,07 Euro, so beträgt der Verkaufspreis 371,- Euro.“

Anlage A

Z 2a „Werden Arzneimittel in einer zur Abgabe an die Verbraucher bestimmten fertigen Packung durch eine öffentliche Apotheke aus dem Handel bezogen und in dieser Packung abgegeben, so ist dem Apothekeneinstandspreis

- bis zu 7,29 Euro ein Zuschlag von 55% (= 35,5% Rohverdienst),
- von 7,59 Euro bis 15,70 Euro ein Zuschlag von 49% (= 32,9% Rohverdienst), ...
- und über 371,37 Euro ein Zuschlag von 12,5% (= 11,1% Rohverdienst), hinzuzurechnen.

Beträgt der Apothekeneinstandspreis der Arzneyspezialitäten

- 7,30 Euro bis 7,58 Euro, so beträgt der Verkaufspreis 11,30 Euro,

Apothekengesamtvertrag - Stammvertrag

Rechnungslegung und Bezahlung

§ 7. (1) Die Rechnungslegung der Apotheker und die Bezahlung über die Pharmazeutische Gehaltskasse für Österreich (§ 36 Gehaltskassengesetz – im folgenden Pharmazeutische Gehaltskasse genannt) wird in der Anlage IV geregelt.

(2) Die für Rechnung der Kassen abgegebenen Arzneien (§ 2 Abs. 2) sind nach den Bestimmungen der Österreichischen Arzneitaxe von der auf dem Rezept bezeichneten Kasse zu bezahlen.

(3) Für abgegebene Ärztemuster übernehmen die Kassen keine Kosten.

(4) Die für Rechnung der Kasse abgegebenen sonstigen Mittel, Heilbehelfe und Hilfsmittel sind nach der zwischen dem Hauptverband und der Österreichischen Apothekerkammer in den Anlagen II und III vereinbarten Preisbildung zu bezahlen.

(5) Die Preisliste des Österreichischen Apothekerverlages (Band I und II) gilt im Verhältnis zwischen Kassen und Apothekern, wenn die darin enthaltenen Kassenpreise die vom Hauptverband bekannt gegebenen nicht überschreiten.