

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

17.12.1997

Geschäftszahl

16Ok21/97

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr.Birgit Langer als Vorsitzende sowie die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr.Fidelis Bauer, Dkfm.Joachim Lamel, Dkfm.Alfred Reiter und Dr.Thomas Lachs in der Kartellrechtssache der Antragstellerin Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, *****, wider die Antragsgegnerinnen 1. Österreichische A*****- Verlagsgesellschaft mbH, *****, 2. Österreichischer A*****verband, *****, und 3. P*****verband *****, alle vertreten durch Schönherr, Barfuß, Torggler & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung nach § 8a KartG, infolge Rekurses der Antragsgegnerinnen gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellgericht vom 8.September 1997, GZ 25 Kt 138/95-15, den

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Text**Begründung:**

Der Zweitantragsgegner, die Interessensvertretung selbständiger Apotheker, und der Drittantragsgegner, die Organisation der angestellten Apotheker, gründeten kurz nach Ende des Zweiten Weltkrieges die Erstantragsgegnerin, eine GmbH, unter anderem deshalb, weil beide ein gemeinsames Organ herausgeben wollten. Die Geschäftsanteile der Erstantragsgegnerin werden zu je 50 % von dem Zweit- und dem Drittantragsgegner gehalten.

Die von der Erstantragsgegnerin ua herausgegebene österreichische Apothekerzeitung ist nicht nur Verbandsorgan der beiden genannten Verbände, sondern auch der österreichischen Apothekerkammer und der pharmazeutischen Gehaltskasse. Die Erstantragsgegnerin ist auch Herausgeberin der "Spezialitäten-Preisliste" Band 1, in der vor allem gesetzlich zulässige Höchstpreise für Arzneimittel veröffentlicht werden. Der Spezialitäten-Preisliste Band 1 ist die Preisliste Band 2 zugeordnet. Sie enthält die Verkaufspreise für Artikel aus dem sogenannten Apothekennebensortiment im engeren Sinn und für Hilfsmittel und Heilbehelfe; dieser Band 2 spielte im Verfahren 16 Ok 14/97, WBl 1997, 353 eine tragende Rolle. Die Apotheken bezahlten im Jahr 1996 für den Bezug der beiden Preislisten jeweils insgesamt S 6.840,--.

Auf dem Deckblatt "Spezialitäten-Preisliste" Band 1 ist das Wort "Preisliste" äußerst deutlich hervorgehoben. Nicht hervorgehoben befindet sich auf dem Deckblatt folgender Text: "Der vorliegende Band 1 der Spezialitäten-Preisliste beinhaltet die unter Berücksichtigung der Höchstpreise im Sinne des Preisgesetzes und der übrigen Preisvorschriften sowie der österreichischen Arzneitaxe 1962 in der jeweiligen Fassung für Apotheken und hausapothekenführenden Ärzten bekanntgegebenen Preisen. Sie sind grundsätzlich unverbindlich; ihr Überschreiten ist aber jedenfalls unzulässig."

Auf der Innenseite des hinteren Deckblattes der Preisliste 1 befindet sich eine Zeichenerklärung. Dort wird der Privatverkaufspreis - anders als in der Preisliste 2 - nicht als "unverbindlicher Richtpreis" erläutert.

Die Spezialitäten-Preisliste Band 1 beinhaltet in ihrem ersten Teil - bis Seite 155 der vorgelegten Ausgabe September 1996 - Angaben zu allen in Österreich im Handel befindlichen Medikamenten, sodann in einem weiteren Teil Angaben betreffend homöopathische Arzneimittel.

Die Erzeuger homöopathischer Arzneimittel geben der Erstantragsgegnerin den Apothekeneinkaufspreis oder den Fabriksabgabepreis bekannt. Es bestehen keine behördlich festgesetzten Preise - auch keine Höchstpreise - für homöopathische Arzneimittel ab Fabrik. Früher war es üblich, daß die Erstantragsgegnerin auf den Fabriksabgabepreis einen Aufschlag von 20 % setzte, um den in der Preisliste Band 1 veröffentlichen Apothekeneinstandspreis hinsichtlich homöopathischer Arzneimittel zu errechnen; zum Teil sind Apothekeneinstandspreise hinsichtlich homöopathischer Arzneimittel, die auf diese Weise errechnet wurden, noch in der Preisliste Band 1 enthalten. Zumeist ersuchen die Erzeuger homöopathischer Arzneimittel nun aber, zur Errechnung des Apothekeneinstandspreises (= Großhandelsverkaufspreises) die Verordnung über die Höchstaufschläge im Arzneimittelgroßhandel heranzuziehen. Die Erstantragsgegnerin entspricht dem Ersuchen der Erzeuger homöopathischer Arzneimittel. Die genannte Verordnung ("Staffelverordnung") sieht geringere Aufschläge als 20 % vor. Zur Errechnung der in der Preisliste für homöopathische Arzneimittel angegebenen Krankenkassenpreise ohne Mehrwertsteuer und Privatverkaufspreise zieht die Erstantragsgegnerin die Arzntaxe heran.

In einem weiteren Teil der Preisliste Band 1 (ab Seite 213), sind "homöopathische Preisansätze" veröffentlicht. Die hier aufzufindenden Preisansätze beziehen sich nicht auf konkrete Produkte, sondern auf dort genannte Produktgattungen, unter die im einzelnen verschiedene Produkte subsumiert werden können. Auf den Verpackungen der dazu gehörenden homöopathischen Arzneimittel sind die Gattungsbezeichnungen laut Preisliste aufgedruckt. Auch zu den Preisangaben in dem zuletzt genannten Teil der Preisliste bestehen keine bescheidmäßig festgesetzten Fabriksabgabepreise. Auf die Großhandelsverkaufspreise (= Apothekeneinkaufspreise), die sich aus den Angaben der Erzeuger ergeben, werden von der Erstantragsgegnerin Aufschläge unter Berücksichtigung der Arzntaxeverordnung vorgenommen, woraus sich die Krankenkassenpreise und die Privatverkaufspreise ergeben.

Die Apotheken verrechnen für die mit Preisliste 1 erfaßten homöopathischen Arzneimittel regelmäßig als "Privatverkaufspreis" die in der Preisliste 1 ausgewiesenen Preise (Preisansätze). Nur ganz ausnahmsweise werden die Produkte zu geringeren Preisen verkauft. Hinsichtlich der Preise besteht regelmäßig keine Verhandlungsbereitschaft gegenüber Privatkunden.

Mit Schriftsatz vom 8.4.1997 legte die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte die von der Erstantragsgegnerin herausgegebene Spezialitäten-Preisliste Band 1, Ausgabe September 1996, vor und beantragte gemäß § 8a KartG festzustellen, ob und inwieweit ein Sachverhalt vorliege, der dem KartG unterliege. Es erfolge über die Erstantragsgegnerin nicht nur eine Preisabsprache bezüglich der Fabriksabgabepreise zwischen Apothekern und Herstellern, sondern auch eine Preisabsprache zwischen Apothekern und Großhändlern über den Apothekeneinstandspreis. Die Erstantragsgegnerin sei als operative Gesellschaft des Zweit- und des Drittantragsgegners anzusehen. Deshalb sei die Preisliste den beiden Gesellschaftern der Erstantragsgegnerin, nämlich dem Zweit- und dem Drittantragsgegner zuzurechnen und als Mittel der Verhaltensabstimmung gegenüber ihren Mitgliedern einzustufen.

Die Antragsgegner geben zwar zu, daß im allgemeinen einheitliche Preise laut Preisliste 1 verrechnet würden, doch sei dies ein "natürliches Verhalten"; sie beantragten deshalb die Feststellung, daß die Herausgabe der Preisliste durch die Erstantragsgegnerin, auch soweit es sich um homöopathische Arzneimittelspezialitäten handle, kein dem KartellG unterliegender Sachverhalt sei. Der Feststellungsantrag gegen den Drittantragsgegner wäre zurückzuweisen; unverständlich sei, inwieweit dieser, der eine Organisation der angestellten Apotheker Österreichs sei, im Sinne des § 11 KartG tatbestandmäßig handeln können solle.

Das Erstgericht stellte fest, daß zwischen (allen oder nahezu allen) selbständigen österreichischen Apothekern eine Verhaltensabstimmung betreffend die Einhaltung einheitlicher Privatverkaufspreise hinsichtlich der in der Spezialitätenliste, Band 1, genannten homöopathischen Arzneimitteln sowie hinsichtlich der homöopathischen Arzneimittel, auf die die homöopathischen Preisansätze angewendet werden können, bestehe, wobei als Mittel der wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensabstimmung (§ 11 KartG) die von der Erstantragsgegnerin herausgegebene Spezialitäten-Preisliste, Band 1, diene.

Es kam in rechtlicher Hinsicht zusammengefaßt zum Ergebnis, daß auch Angehörige eines freien Berufes Unternehmer im Sinne des Kartellgesetzes und auf sie dessen Normen grundsätzlich anwendbar seien. Aufgrund

der mit der Preisliste vorgenommenen Verhaltensabstimmung der selbständigen Apotheker finde kein wirksamer Wettbewerb hinsichtlich der Privatverkaufspreise homöopathischer Arzneimittel statt. Dieses abgestimmte, den Wettbewerb tatsächlich erschwerende Verhalten sei als Verhaltenskartell gemäß § 11 Abs 1 KartG einzustufen. Die festgestellte nahezu lückenlose Gleichpreisigkeit der österreichischen Apotheken hinsichtlich der in der Preisliste 1 genannten Privatverkaufspreise beruhe auf keinem Zufall und sei keine nur marktbedingte Verhaltensweise, sondern lasse sich nur aus der übereinstimmenden Beachtung der Preisliste 1 erklären. Aufgrund einer jahrzehntelangen Erfahrung könnten die österreichischen Apotheker darauf vertrauen, daß alle - oder jedenfalls nahezu alle - österreichischen Apotheker die Preisliste praktisch lückenlos befolgten. Dieses Verständnis zeige sich auch in der Bezeichnung der Preise als "bekanntgegebene Preise".

Da die Geschäftsanteile an der Erstantragsgegnerin paritätisch (50:50) dem Zweitantragsgegner und dem Drittantragsgegner zugeordnet seien, sei davon auszugehen, daß der Zweit- und der Drittantragsgegner die Erstantragsgegnerin gemeinsam kontrollierten. Die Preisliste Band 1 sei demnach auch dem Zweit- und Drittantragsgegner zuzurechnen. Die Antragsgegner stellten die Mittel zum abgestimmten Verhalten unmittelbar oder mittelbar zur Verfügung und wirken damit an dem abgestimmten Verhalten der Apotheker mit.

Dagegen richtet sich der Rekurs der Antragsgegner wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den Spruch des angefochtenen Beschlusses dahingehend abzuändern, daß festgestellt werde, daß die Herausgabe der Preisliste Band 1 durch die Erstantragsgegnerin kein dem Kartellgesetz unterliegender Sachverhalt sei. Der Feststellungsantrag gegenüber dem Zweit- und dem Drittantragsgegner möge zurückgewiesen werden.

Die Antragstellerin beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Die Rekurswerber bringen zusammengefaßt vor, daß die nunmehr neuerlich - diesmal zu Band 1 - getroffene Feststellung durch § 8a KartG zumindest soweit nicht gedeckt sei, als die Spezialitäten-Preisliste Band 1 "als Mittel" einer (angeblichen) wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensabstimmung zwischen den Apothekern festgestellt werde. Die Feststellung, daß etwas ein Mittel für eine Verhaltensabstimmung Dritter sei, begründe keine kartellrechtlich relevante Feststellung, weil insofern kein Sachverhalt vorliege, der dem Kartellgesetz unterliege. Das Zurverfügungstellen eines "Mittels" sei per se kein Kartell und könne daher niemals - auch nicht unter dem Gesichtspunkt des § 18 Abs 3 KartG - zu einer Genehmigungspflicht (oder auch nur Genehmigbarkeit) führen. Der Beschluß stelle aufgrund von Vermutungen, ohne das konkrete iSd § 11 KartG tatbildmäßige Verhalten auch nur eines einzigen Apothekers ermittelt zu haben, ein Verhaltenskartell von (allen oder nahezu allen) selbständigen österreichischen Apothekern fest. Die Beobachtung "einer übereinstimmenden Beachtung der Preisliste 1" allein beweise, wenn man § 11 KartG ernst nähme, kein Verhaltenskartell. Im übrigen sei dies den Antragsgegnern gegenüber rechtlich unerheblich, weil jemand nicht Teilnehmer ("Mitwirkender") von allfälligen abgestimmten Verhalten von selbständig bleibenden Unternehmern sein könne, wenn er bloß "Mittel" für ein abgestimmtes Verhalten dritter Unternehmer zur Verfügung stelle. Es gäbe hier - anders als im Strafrecht - keine "Mittäterschaft" oder "Einheitstäterschaft"; es seien durch diese Entscheidung in das Kartellgesetz unzulässigerweise strafrechtliche Kategorien eingeführt worden. Die Anträge gegenüber dem Zweit- und insbesondere dem Drittantragsgegner seien zurückzuweisen; das Argument, die Preisliste sei auch diesen zuzurechnen, weil sie zu je 50 % an der Erstantragsgegnerin beteiligt seien und diese gemeinsam kontrollierten, verkenne (neuerlich) das Wesen der GmbH als juristische Person und übersehe überdies, daß jedenfalls der Drittantragsgegner nicht Unternehmer (auch keine Vereinigung von Unternehmern) sei und daher schon deshalb nicht dem KartG unterliege.

Diese Argumente, die sich bereits in dem - die Parallelentscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 23.6.1997, 16 Ok 14/97, WBl 1997, 353, kritisierenden - Artikel des Vertreters der Antragsgegner in eolex 1997, 776, finden, vermögen nicht zu überzeugen.

Ob ein übereinstimmendes Verhalten von Unternehmern als Verhaltenskartell zu beurteilen ist, kann mangels ausdrücklicher Vereinbarung in der Regel nur aus Indizien abgeleitet werden (Koppensteiner aaO 193); das Verhaltenskartell ist ein "Auffangtatbestand" (Koppensteiner aaO 190), wenn ein anderer kartellrechtlicher Tatbestand nicht greift.

Die von mehr als 1000 selbständigen Apothekern - unabhängig von den sonstigen marktbedingten Gegebenheiten - den Letztverbrauchern einheitlich, genau der Preisliste Band 1 entsprechend verrechneten Preise, für tausende verschiedene Artikel lassen sich weder durch "Zufall" noch durch "marktbedingtes

Verhalten" erklären. Auf dem vorliegenden Markt besteht kein Zwang zum "Mitziehen"; es ist kein Marktleader vorhanden, dessen Preisen man zwecks Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit folgen müßte (näheres zum Tatbestand des abgestimmten Verhaltens und seiner Abgrenzung zu einem rein "zufälligen" oder "marktbedingten" Verhalten Koppensteiner aaO 191 mwN). Wie das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, läßt diese einheitliche Preisgestaltung gegenüber den Letztverbrauchern unter den gegebenen Begleitumständen nur den Schluß darauf zu, daß die selbständigen Apotheker die zahllosen Artikel deshalb zum gleichen Preis verkaufen, weil sie sich vorher - mittels der Preisliste 1 - informiert haben, was ihre Kollegen hierfür verlangen werden und sie aufgrund jahrzehntelanger Erfahrung erwarten können, daß sich ihre Kollegen auch an diese Preise halten (Koppensteiner aaO 192).

Die Antragsgegner haben gar nicht ernstlich versucht und es ist ihnen auch nicht gelungen, diesen Anschein durch Nachweis eines plausiblen anderen Umstandes, der für die Gleichpreisigkeit ausschlaggebend gewesen sei, zu entkräften (Gugerbauer, Komm KartG 177; Koppensteiner aaO 193 f).

Als Mittel der "Fühlungnahme" bedienen sich die selbständigen Apotheker der Preisliste 1, die von der Erstantragsgegnerin mit Willen der Zweit- und Drittantragsgegner herausgegeben wird. Daß der für eine Abstimmung nötige Kontakt über Dritte ("Informanten") hergestellt werden kann, ist unstrittig (Koppensteiner, Wettbewerbsrecht³ 193; Langen/Bunte, Komm zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 25 GWB Rz 18) und entspricht der Praxis zu Art 85 EGV (Gleiss/Hirsch aaO Rz 97). Daß diese Dritten selbst Unternehmer (oder eine Vereinigung von Unternehmern) sein müßten, ist nicht erforderlich, sodaß daraus kein Einwand gegen die Einbeziehung des Drittantragsgegners abgeleitet werden kann.

Zwar hätte die antragstellende Amtspartei ihren Feststellungsantrag auch gegen alle (mehr als tausend!) selbständigen Apotheker richten können und dann hätte auch diesen gegenüber bindend festgestellt werden können, daß zwischen ihnen eine abgestimmte Verhaltensweise besteht, die § 11 KartG verwirklicht. Daß dies die antragstellende Amtspartei - offenbar aus Praktikabilitäts- und Kostengründen - unterlassen hat und sich mit dem gegen die drei Antragsgegner, die die Mittel zur Fühlungnahme zur Verfügung stellten bzw in zurechenbarer Weise zur Verfügung stellen ließen, gerichteten Feststellungsantrag begnügt hat, sodaß die vorliegende Entscheidung auch nur diesen gegenüber Rechtskraftwirkung entfalten kann, ändert nichts daran, daß ihnen gegenüber bindend festgestellt werden durfte, daß das aufeinander abgestimmte Verhalten der selbständigen Apotheker, zu deren "Fühlungnahme" untereinander sie diesen die Preisliste 1 zur Verfügung stellten bzw stellen ließen, ein Verhaltenskartell nach § 11 KartG darstellt. Es war nicht verfehlt neben der Erstantragsgegnerin auch die Zweit- und Drittantragsgegner in das Verfahren einzubeziehen und auch ihnen gegenüber bindend festzustellen, daß zwischen den selbständigen Apothekern eine Verhaltensabstimmung hinsichtlich der Einhaltung einheitlicher Privatverkaufspreise mittels der von der Erstantragsgegnerin herausgegebenen Preisliste besteht: Die Herausgabe der Preisliste durch die Erstantragsgegnerin entspricht festgestelltermaßen ihrem übereinstimmenden Willen, den sie als je 50 %ige Kapitaleigner der Erstantragsgegnerin, einer GmbH, infolge ihres Weisungsrechts (für alle Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß Gesellschaftsrecht⁵ 380) aufzwingen können, genauso wie sie der Erstantragsgegnerin die Herausgabe auch verbieten könnten. Damit ist ihnen zuzurechnen, daß sie die Mittel zur Fühlungnahme zur Verfügung stellen ließen und es treffen auch sie die sich aus § 18 Abs 3 KartG ergebenden Konsequenzen.

Richtig ist zwar, daß die Antragsgegner nicht für sich selbst erfolgreich um Genehmigung des zwischen den selbständigen Apothekern gepflogenen Verhaltenskartells ansuchen können. Wenn sich die selbständigen Apotheker mangels Rechtskraftwirkung der Entscheidung ihnen gegenüber nicht veranlaßt sehen, um kartellrechtliche Genehmigung ihres abgestimmten Verhaltens anzusuchen (so Barfuß, *ecolx* 1997, 779 aE), hat dies jedenfalls zur Folge, daß ihnen die Antragsgegner zukünftig nicht mehr rechtmäßig die Preislisten als Mittel ihrer Verhaltensabstimmung zur Verfügung stellen bzw stellen lassen können.