

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

50

BGB § 157 D

§ 3 Abs. 11 des Arzneilieferungsvertrages für
Nordrhein-Westfalen vom 20. Juni/4. Juli 1978 ist auf
reimportierte Arzneimittel deutscher Hersteller im
Verhältnis zu deren inländischen Originalpräparaten
weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar.

BGH, Urt. v. 4. Dezember 1986 - III ZR 95/84 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

50

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 95/84

URTEIL

Verkündet am:
4. Dezember 1986
F r e i t a g ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Apothekervereins N [REDACTED] e.V.,
P [REDACTED] straße [REDACTED], D [REDACTED] [REDACTED],
vertreten durch seinen Vorstand, die Apotheker
Horst E. N [REDACTED] und Dieter F [REDACTED], ebenda,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. den Verband der Ortskrankenkassen R [REDACTED],
Körperschaft des öffentlichen Rechts, K [REDACTED] straße [REDACTED],
D [REDACTED] [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Z [REDACTED], ebenda,
2. die Allgemeine Ortskrankenkasse D [REDACTED],
Körperschaft des öffentlichen Rechts,
K [REDACTED] straße [REDACTED], D [REDACTED] [REDACTED],
vertreten durch ihren Geschäftsführer Richter, ebenda,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

WI

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 1986 durch die Richter Kröner, Boujong, Dr. Engelhardt, Dr. Werp und Dr. Rinne

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 27. April 1984 aufgehoben und das Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 26. Oktober 1983 abgeändert:

- I. Es wird festgestellt, daß die Beklagten über die Geltungsdauer der zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung vom 1. März 1984 hinaus während des Bestehens des Arzneilieferungsvertrages nicht berechtigt sind,
 1. von den Mitgliedsapotheken des Klägers zu verlangen, sie müßten bis auf Ausnahmefälle auf eine Verschreibung, die ein Markenarzneimittel ohne ausdrücklichen Zusatz der Herstellerfirma nennt, statt der Originalpräparate preisgünstigere namensgleiche Präparate abgeben, die die Firma Eurim-Pharm oder ein anderer Importeur importiert hat, und/oder
 2. von den Mitgliedsapotheken des Klägers zu verlangen, sie dürften bis auf Ausnahmefälle nur auf der Basis des niedrigeren Preises des namensgleichen Importpräparates abrechnen, wenn auf eine Verschreibung, die ein Markenarzneimittel ohne ausdrücklichen Zusatz der Herstellerfirma nennt, das Originalpräparat abgegeben wurde.



II. Es wird festgestellt, daß die Beklagte zu 2) über die Geltungsdauer der zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung vom 1. März 1984 hinaus während des Bestehens des Arzneilieferungsvertrages nicht berechtigt ist,

1. den Mitgliedsapotheken des Klägers in ihrem Einzugsbereich Abrechnungsbeanstandungen zuzustellen, in denen anstelle des Preises des Originalpräparates der niedrigere Preis des namensgleichen Importpräparates berechnet wird, wenn auf eine Verschreibung, die ein Markenarzneimittel ohne ausdrücklichen Zusatz der Herstellerfirma nennt, das Originalpräparat abgegeben wurde, und/oder
2. Erstattungsbeträge, die auf der Basis des Originalpräparates berechnet wurden, zu kürzen, wenn auf eine Verschreibung, die ein Markenarzneimittel ohne ausdrücklichen Zusatz der Herstellerfirma nennt, das Originalpräparat und nicht das preisgünstigere namensgleiche Importpräparat abgegeben wurde.

III. Die Beklagten haben die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist die Berufsvereinigung der im Landesteil Nordrhein des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen niedergelassenen Apotheker; beklagt sind zu 1) der für das Rheinland zuständige Landesverband der Allgemeinen Ortskrankenkassen, zu 2) die Allgemeine Ortskrankenkasse Düsseldorf als die für diesen Raum zuständige Abrechnungsstelle.

Die Parteien streiten um die ordnungsgemäße Abrechnung bestimmter Arzneimittelaufgaben auf der Grundlage von § 3 Abs. 11 des Arzneilieferungsvertrages für Nordrhein-Westfalen vom 20. Juni/4. Juli 1978 (ALV). Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

"Werden Fertigarzneimittel, die bei gleicher Zusammensetzung, Stärke und Bezeichnung von verschiedenen Firmen hergestellt werden, ohne nähere Firmenbezeichnung verschrieben, so ist der Apotheker verpflichtet, das preiswerteste Arzneimittel abzugeben. Nur in besonders zu begründenden Ausnahmefällen kann hiervon abgewichen werden. Der Apotheker ist verpflichtet, auf dem Verordnungsblatt den Hersteller des abgegebenen Präparates und die Angabe mit seiner Unterschrift zu versehen."

§ 3 Abs. 11 ALV ist § 2 Nr. 5 d des Arzneilieferungsvertrages in der davor gültigen Fassung vom 15. Februar 1967 nachgebildet, der unstreitig in den Vertrag aufgenommen worden war, um die Abgabe sogenannter Generica - das sind Fertigarzneimittel gleicher Zusammensetzung, die von verschiedenen Unternehmen angefertigt und unter einer nicht geschützten internationalen Standardbezeichnung vertrieben werden - zu regeln.

Nach Ansicht der Beklagten gilt diese Vereinbarung aber auch für folgenden Sachverhalt: Die Firma E[REDACTED]-Pharm GmbH importiert vornehmlich aus EWG-Ländern mit staatlichen Höchstpreisbegrenzungen Fertigarzneien, die von den Herstellern im Ausland unter demselben Warenzeichen wie im Inland vertrieben werden, kennzeichnet sie entsprechend den Erfordernissen des deutschen Arzneimittelrechts, versieht sie erforderlichenfalls mit einem deutschsprachigen Beipackzettel und bietet sie auf dem inländischen Arzneimittelmarkt an. Seit dem 15. Januar 1983 gibt die Firma E[REDACTED]-Pharm die Preisvorteile, die sie infolge des Preisgefälles auf dem europäischen Arzneimittelmarkt aus dem Ankauf in sogenannten Billigländern zieht, an die inländischen Abnehmer weiter und bietet ihre importierten Fertigarzneimittel bis zu 15% unter den aus der sogenannten Lauer-Taxe ersichtlichen Apothekenabgabepreisen für die entsprechenden inländischen Erzeugnisse an. Seither verlangen die Beklagten von den durch den Kläger vertretenen Apothekern, daß sie bei ärztlichen Verordnungen ohne Zusatz des Herstellernamens die von der Firma E[REDACTED]-Pharm vertriebene preisgünstigere Importware abgeben bzw. nach deren Preisvorgaben abrechnen; für den Fall abweichender Abrechnung sind - von den in § 3 Abs. 11 ALV aufgeführten Ausnahmen abgesehen - Retaxationen (Rechnungsbeanstandungen) durch die Beklagte zu 2) als die zuständige Abrechnungsstelle angekündigt.

Dagegen wehrt sich der Kläger mit seiner vorliegenden negativen Feststellungsklage.

Die vorprozessual erfolglos gebliebenen Einigungsversuche der Parteien haben im Verlaufe des Rechtsstreits zum Abschluß einer am 1. März 1984 in Kraft getretenen detaillierten "Vereinbarung über die Abgabe und Berechnung importierter namensgleicher Fertigarzneimittel" geführt, von der indes der anhängige Rechtsstreit nach dem erklärten Willen der Beteiligten unberührt bleiben soll.

Der Kläger hält die Forderung der Beklagten nach obligatorischer Abgabe bzw. Abrechnung der preisgünstigeren Importpräparate anstelle der inländischen Fertigarzneimittel für unberechtigt, soweit sich diese nicht auf die Zusatzvereinbarung vom 1. März 1984 gründet. § 3 Abs. 11 ALV sei nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte, systematischem Zusammenhang und unter Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien auf diesen Sachverhalt weder unmittelbar noch im Wege ergänzender Vertragsauslegung anwendbar.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

- I. festzustellen, daß die Beklagten über die Geltungsdauer der zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung vom 1. März 1984 hinaus während des Bestehens des Arzneilieferungsvertrages nicht berechtigt sind,
 1. von seinen Mitgliedsapotheken zu verlangen, sie müßten bis auf Ausnahmefälle auf eine Verschreibung, die ein Markenarzneimittel ohne ausdrücklichen Zusatz der Herstellerfirma nennt, statt der Originalpräparate namensgleiche Präparate abgeben, die die Firma B-Pharm oder ein anderer Importeur importiert hat, und/oder

2. von seinen Mitgliedsapotheken zu verlangen, sie dürften bis auf Ausnahmefälle nur auf der Basis des Preises des namensgleichen Importpräparates abrechnen, wenn auf eine Verschreibung, die ein Markenarzneimittel ohne ausdrücklichen Zusatz der Herstellerfirma nennt, das Originalpräparat abgegeben werde,

II. festzustellen, daß die Beklagte zu 2) über die Geltungsdauer der zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung vom 1. März 1984 hinaus während des Bestehens des Arzneilieferungsvertrages nicht berechtigt ist,

1. seinen, des Klägers, Mitgliedsapotheken in ihrem Einzugsbereich Abrechnungsbeanstandungen zuzustellen, in denen anstelle des Preises des Originalpräparates der Preis des namensgleichen Importpräparates berechnet wird, wenn auf eine Verschreibung, die ein Markenarzneimittel ohne ausdrücklichen Zusatz der Herstellerfirma nennt, das Originalpräparat abgegeben wurde, und/oder
2. Erstattungsbeträge, die auf der Basis des Originalpräparates berechnet wurden, zu kürzen, wenn auf eine Verschreibung, die ein Markenarzneimittel ohne ausdrücklichen Zusatz der Herstellerfirma nennt, das Originalpräparat und nicht das namensgleiche Importpräparat wurde.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie halten § 3 Abs. 11 ALV für unmittelbar anwendbar; "Hersteller" sei nach der Begriffsbestimmung des § 4 Abs. 14 Arzneimittelgesetz (AMG), die im Rahmen des Arzneilieferungsvertrages ebenfalls gelte, auch derjenige, der - wie die Firma E-Pharm - Arzneimittel abpacke oder kennzeichne. Auch Sinn und Zweck der in § 3 Abs. 11 ALV getroffenen Regelung, die gesetzlichen Krankenkassen kostenmäßig zu entlasten, wenn gleichwertige Arzneimittel zu unterschiedlichen Preisen angeboten würden, gebiete deren Erstreckung auf die preisgünstigeren Importarzneimittel. Mindestens führe eine ergänzende Vertragsauslegung zu diesem Ergebnis.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seine zuletzt gestellten Klageanträge - mit den aus dem Urteilstenor ersichtlichen Klarstellungen - weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Für die Entscheidung des Rechtsstreits ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet, da er eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit betrifft (§ 13 GVG).

1. Ob eine Streitigkeit öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich, wenn - wie hier - eine ausdrückliche Rechtswegzuweisung des Gesetzgebers fehlt, nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (GmS, Beschl. v. 4. Juni 1974 - GmS-OGb 2/73,

BSGE 37, 292 = NJW 1974, 2087; BVerwG VersR 1976, 466, 467; GSZ - BGHZ 66, 229, 232; 67, 81, 84). Dieser Grundsatz bestimmt die Auslegung sowohl von § 13 GVG als auch von § 51 Abs. 1 SGG (BGHZ 89, 250, 251 f.).

Dabei kommt es regelmäßig darauf an, ob die Beteiligten zueinander in einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen und sich der Träger hoheitlicher Gewalt der besonderen Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient. Doch kann aus einem Gleichordnungsverhältnis noch nicht ohne weiteres auf eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit geschlossen werden, weil auch dem öffentlichen Recht eine gleichgeordnete Beziehung zwischen Berechtigtem und Verpflichteten nicht fremd ist. So liegt es im Wesen - auch des öffentlich-rechtlichen - Vertrages, daß sich die Vertragsparteien grundsätzlich gleichgeordnet gegenüberstehen. Für die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag kommt es daher auf dessen Gegenstand und Zweck an. Die Rechtsnatur des Vertrages bestimmt sich danach, ob der Vertragsgegenstand dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzurechnen ist (BSGE 35, 47, 50; 51, 126, 129; BVerwGE 22, 138, 140 f.; BGHZ 56, 365, 368; BGH JZ 1973, 420). Dabei ist für den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen einem Träger öffentlicher Verwaltung und einer Privatperson typisch, daß er an die Stelle einer sonst möglichen Regelung durch Verwaltungsakt tritt (vgl. § 54 Satz 2 VwVfG, § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB X).

3. Hiervon ausgehend hat der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes mit Beschluß vom 10. April 1986 (GmS-OGB 1/85 = BGHZ 97, 312) entschieden, daß für Klagen auf Zulassung zur Belieferung von Versicherten mit Heil- und Hilfsmitteln aufgrund eines Vertrages zwischen Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung oder ihren Verbänden mit Leistungserbringern der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben ist. Der Vertrag diene zwar, so hat der Gemeinsame Senat ausgeführt, der Erfüllung der dem Versicherungsträger obliegenden gesetzlichen Aufgabe, die Versicherten durch Naturalleistungen mit orthopädischen Heil- und Hilfsmitteln zu versorgen. Der Abschluß solcher Verträge sei in der Reichsversicherungsordnung vorgesehen. Daraus könne aber nicht auf einen öffentlich-rechtlichen Charakter des Vertrages geschlossen werden.

Auch der Umstand, daß der Leistungserbringer, der dem Versicherten ein Heil- oder Hilfsmittel aushändige, damit nicht nur eine vertragliche Verpflichtung gegenüber der Krankenkasse erfülle, sondern damit gleichzeitig bei der Erfüllung der dem Versicherungsträger gegenüber dem Versicherten obliegenden öffentlich-rechtlichen Versorgungsverpflichtung mitwirke, verleihe dem Beschaffungsgeschäft noch keinen öffentlich-rechtlichen Charakter. Das Beschaffungsgeschäft sei seiner Rechtsnatur nach von dem gesetzlichen Versicherungsverhältnis zu trennen. Die öffentliche Hand benötige zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben auch Waren und Leistungen, für deren Beschaffung ihr hoheitliche Mittel nicht zu Gebote stünden. Sie müsse sich daher in diesem Bereich nach den für jedermann geltenden Bestim-

mungen, also auf privatrechtlicher Ebene, versorgen. Anders als z. B. für die ärztliche Versorgung (§§ 368 ff. RVO) habe die RVO für die Versorgung der Versicherten mit Heil- und Hilfsmitteln keine Regelung getroffen und damit zum Ausdruck gebracht, daß sich die Beschaffung der erforderlichen Mittel für die Erfüllung der hoheitlichen Aufgaben - wie es auch sonst üblich sei - grundsätzlich nach den Regeln des Privatrechts vollziehen solle (vgl. hierzu auch BVerfGE 70, 1, 15 bis 21, 27, 31).

4. Diese Erwägungen, denen sich der Senat anschließt, müssen auch im Streitfall Platz greifen. Der Arzneilieferungsvertrag vom 20. Juni/4. Juli 1978 dient zwar der Erfüllung der dem Versicherungsträger obliegenden gesetzlichen Aufgabe, die Versicherten mit Arzneimitteln zu versorgen. Er ist aber einem Beschaffungsvertrag vergleichbar und daher ebenfalls dem Privatrecht zuzuordnen.

II.

In der Sache hat die Revision des Klägers Erfolg.

Unter Außerachtlassung der Zusatzvereinbarung der Parteien vom 1. März 1984, die nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist, fehlt es für die Ansprüche, deren sich die Beklagten gegenüber den Mitgliedern des Klägers berühmen, an einer rechtlichen Grundlage.

Entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts ergibt sich eine den gesetzlichen Krankenversicherern gegenüber bestehende Verpflichtung der Apotheker, bei ärztlicher Verordnung eines Markenarzneimittels ohne nähere Firmenbezeichnung das preisgünstigere Reimportpräparat der Firma E[REDACTED]-Pharm oder eines anderen Importeurs anstelle des Originalpräparates abzugeben bzw. auf dessen Preisniveau abzurechnen, nicht aus der unmittelbaren Anwendung des § 3 Abs. 11 ALV.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, Reimportpräparate und Originalerzeugnisse seien nicht nur - wie vom Wortlaut des § 3 Abs. 11 ALV vorausgesetzt - in Zusammensetzung, Stärke und Bezeichnung identisch, sie würden auch von verschiedenen Firmen hergestellt, da der Arzneimittelimporteur, der die eingeführten Fertigarzneimittel kennzeichne und mit einem deutschsprachigen Beipackzettel versehe, unter den Herstellerbegriff des § 4 Abs. 14 AMG falle und diese Begriffsbestimmung auch für die Auslegung des Arzneilieferungsvertrages gelte.

Das ergebe sich daraus, daß sämtliche Parteien des Arzneilieferungsvertrages auf dem Gebiete des Arzneimittelrechts sachkundig seien. Bei der Neufassung des Arzneilieferungsvertrages im Sommer 1978 hätten sie - wie der Kläger eingeräumt habe - die in der früheren Fassung enthaltenen arzneimittelrechtlichen Begriffe an die des am 1. Januar 1978 in Kraft getretenen Arzneimittelgesetzes vom 24. August 1976 (BGBl. I 2445 ff.) angepaßt, soweit Abweichungen erkannt worden seien. Auch wenn dabei der Begriff des "Herstellers" - wie die Beklagten eingeräumt hätten -

nicht konkret in die Überlegungen einbezogen und erörtert worden sei, so ergebe sich doch aus der Anpassung des Vertragstextes an die Terminologie des neugefaßten Arzneimittelgesetzes, daß auch hinsichtlich des Herstellerbegriffes künftig die Definition des § 4 Abs. 14 AMG maßgeblich sein sollte.

Diese Auslegung des § 3 Abs. 11 ALV wird von der Revision mit Erfolg bekämpft.

2. Das Revisionsgericht kann Inhalt und Reichweite des § 3 Abs. 11 ALV nachprüfen, ohne an die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts gebunden zu sein, weil es sich um eine typische, über den Bezirk eines Oberlandesgerichtes hinaus gültige Vereinbarung zwischen Vertretern berufsständischer Interessen handelt, durch die eine einheitliche Vertragsordnung für eine Vielzahl von Fällen geschaffen wird (vgl. etwa BGHZ 20, 385, 389; Senatsurteile BGHZ 47, 207, 215 /AGB/ und vom 30. Dezember 1957 - III ZR 154/56 = NJW 1958, 339, 340 /Kurssicherungsabkommen/; BGH Urteil vom 23. November 1983 - VIII ZR 197/82 = NJW 1984, 669 /Vertragsklausel gemäß Mustervertrag der Tierärztekammer Niedersachsen/).

3. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die unmittelbare Anwendung des § 3 Abs. 11 ALV scheide schon deswegen aus, weil beide Parteien übereinstimmend davon ausgingen, daß diese Bestimmung den die eingeführten Fertigarzneimittel lediglich kennzeichnenden Re-Importeur nicht erfasse.

Für die richterliche Auslegung einer unklaren oder mehrdeutigen vertraglichen Regelung ist allerdings kein Raum, wenn feststeht, daß die Vertragsschließenden mit einer bestimmten Formulierung eine übereinstimmende Vorstellung bestimmten Inhalts verbunden haben, der in dem Wortlaut der Erklärung nur unvollkommen Ausdruck gefunden hat (BGHZ 20, 109, 110; BGH Urteil vom 18. März 1975 - VI ZR 228/73 = LM BGB § 133 /D/ Nr. 7 m. w. Nachw.). Von einer derartigen Willensübereinstimmung der Parteien bei Vertragsschluß kann indes nicht ausgegangen werden. Nach der von den Parteien nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts haben die Parteien bei Abfassung des Arzneilieferungsvertrages von 1978 nicht konkret in ihre Überlegungen einbezogen und erörtert, wie der Begriff des "Herstellers" künftig zu interpretieren sei. Unstreitig ist darüber hinaus, daß die Parteien in jenem Zeitpunkt des erst nach Vertragsabschluß virulent gewordenen Problems der - im Vergleich zu Inlands-erzeugnissen - preisgünstigeren importierten Fertigarzneimittel nicht gedacht haben. Daraus folgt allerdings noch nicht, daß insoweit eine Vertragslücke vorliegt. Vielmehr ist zunächst durch Auslegung zu ermitteln, ob die getroffenen rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen den in Rede stehenden Sachverhalt mit umfassen (BGHZ 16, 71, 75 f.; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 3. Aufl. § 16, 4 S. 323).

4. Die Auslegung des Arzneilieferungsvertrages ergibt, daß dessen § 3 Abs. 11 die Abgabe reimportierter Arzneimittel desselben Produzenten, der sie auch im Inland verkauft, nicht regelt.

Auszugehen hat die Auslegung stets vom Wortlaut einer Erklärung (vgl. etwa BGH, Urteil vom 28. März 1962 - VIII ZR 250/61 = LM BGB § 133 /B/ Nr. 7; Senatsurteile vom 10. Juli 1969 - III ZR 237/65 = LM BGB § 157 /D/ Nr. 23 sowie vom 20. Juni 1974 - III ZR 44/72 -).

§ 3 Abs. 11 ALV betrifft Fertigarzneimittel, "die bei gleicher Zusammensetzung, Stärke und Bezeichnung von verschiedenen Firmen hergestellt" und zu unterschiedlichen Preisen auf dem Markt angeboten werden. Das trifft auf das Verhältnis der Original- zu den fraglichen Importpräparaten nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht zu, weil es sich bei diesen miteinander konkurrierenden Produkten - anders als bei im Ausland produzierten und dann in die Bundesrepublik importierten Arzneimitteln im Verhältnis zu im Inland hergestellten - um Medikamente eines einzigen Herstellers handelt. Wenn die Firma E-Pharm inländische Erzeugnisse aus dem Ausland reimportiert, ist sie nicht "Herstellerin" der Arzneimittel im herkömmlichen Sinne. Daß die Parteien den in § 3 Abs. 11 ALV verwandten Begriff des Herstellens übereinstimmend in dem vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichenden Sinne des § 4 Abs. 14 AMG gemeint haben, läßt sich weder aus der Vertragsurkunde noch aus außerhalb derselben liegenden Umständen entnehmen.

Das vom Berufungsgericht herangezogene Argument, die auf dem Gebiet des Arzneimittelrechts vorhandene Sachkunde der Parteien spreche schon dafür, daß sie Begriffe, die im Arzneimittelgesetz definiert seien, auch im dort umschriebenen Sinne verwendeten, überzeugt nicht.

Dieses Argument läßt unberücksichtigt, daß der Arzneilieferungsvertrag auch an anderer Stelle von "Herstellen" spricht und damit offensichtlich nicht das "Herstellen" des § 4 Abs. 14 AMG meint, worunter "das Gewinnen, das Anfertigen, das Zubereiten, das Be- oder Verarbeiten, das Umfüllen einschließlich Abfüllen, das Abpacken und das Kennzeichnen" zu verstehen sind. So ist in § 3 Abs. 9 ALV unter anderem bestimmt: "Für die Anfertigung ... von Arzneimitteln gelten ... die Bestimmungen des Arzneibuches ... Soweit das Arzneibuch keine Vorschriften über die Herstellung enthält, sind die Arzneimittel nach den allgemein anerkannten Regeln der pharmazeutischen Wissenschaft herzustellen ..."

Der Gesamtzusammenhang dieser Vorschrift läßt nach allgemeinem Sprachverständnis keine andere Deutung des Herstellens denn als Synonym für Anfertigen, Erzeugen zu, worauf schon das Landgericht zutreffend hingewiesen hat.

Hinzu kommt: § 3 Abs. 9 ALV entspricht sinngemäß § 6 Abs. 1 der Apothekenbetriebsordnung vom 7. August 1968 (BGBl. I 939), zuletzt geändert durch Verordnung vom 11. August 1980 (BGBl. I 1267) - ABO -. Die Entstehungsgeschichte dieser Rechtsverordnung läßt darauf schließen,

daß der Verordnungsgeber hier bewußt vom arzneimittelrechtlichen Herstellungsbegriff abgewichen ist und mindestens die Bearbeitungsvorgänge des Um- und Abfüllens wie die des Abpackens davon ausgenommen hat (vgl. Cyran/Luckenbach/Hügel, Apothekenbetriebsordnung, Stand 1. Juli 1984, § 2 Anm. 3, § 6 Anm. 6).

Daß die Parteien in § 3 Abs. 11 ALV den arzneimittelrechtlichen Herstellungsbegriff zugrundelegen wollten, läßt sich auch nicht daraus folgern, daß sie im Arzneilieferungsvertrag von 1967 verwandte Begriffe wie "Arzneispezialitäten" und "verordnet" nicht übernommen, sondern den Arzneilieferungsvertrag von 1978 insoweit an die Terminologie des geänderten Arzneimittelgesetzes, das von "Fertigarzneimitteln" und "verschrieben" spricht, angepaßt haben. Der bloße Austausch von Synonymen mit dem Ziel, vertragliche und gesetzliche Ausdrucksweise zu vereinheitlichen, erlaubt keinen Rückschluß darauf, daß die Parteien beibehaltene Formulierungen für die Zukunft mit einem neuen, vom gewöhnlichen Sprachgebrauch abweichenden Begriffsinhalt verstanden wissen wollten. Dafür nämlich, daß der Begriff des "Herstellens" in dem Arzneilieferungsvertrag von 1967 mit einer anderen als seiner herkömmlichen Bedeutung im Sinne des Anfertigens, Produzierens verwendet worden wäre, obwohl das Arzneimittelgesetz in seiner damals gültigen Fassung vom 16. Mai 1961 (BGBl. I 533) diesen Begriff in § 12 Abs. 2 ebenfalls abweichend definierte, sind Anhaltspunkte weder vorgetragen noch ohne weiteres ersichtlich. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Parteien insoweit mit der Neufassung des Arzneilieferungsvertrages von 1978 einen Sinnes-

wandel vollzogen hätten, findet in der Vertragsurkunde keine Stütze. Außerhalb derselben liegende Umstände, die eine derartige Schlußfolgerung zu tragen geeignet wären, sind von den Beklagten, die insoweit darlegungs- und beweispflichtig sind (BGHZ 20, 109, 111 f.; Senatsurteil vom 20. Juni 1974 - III ZR 44/72 -), nicht aufgezeigt worden.

Schließlich spricht gegen die Annahme, dem Wortlaut des § 3 Abs. 11 ALV lasse sich eine vertragliche Regelung der Reimportarzneimittelproblematik entnehmen, daß das Arzneimittelgesetz Importeur und Produzent nicht gleichstellt. Vielmehr enthalten die §§ 72 ff. AMG spezielle Regelungen über die Einfuhr von Arzneimitteln. Das Importieren als solches stellt auch nicht etwa einen vom "Herstellungs-" Begriff des § 4 Abs. 14 AMG erfaßten Vorgang dar. Nicht einmal dann, wenn der Importeur in Erfüllung arzneimittelrechtlicher Vorschriften (§ 9 Abs. 1 AMG) die Originalpackung mit seinem eigenen Firmennamen vorsieht, liegt darin ein Akt des "Herstellens", weil es sich nicht um ein "Kennzeichnen" im Sinne des § 4 Abs. 14 AMG handelt (Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelrechts BT-Drucks. 7/3060 S. 45; vgl. auch Sander/Scholl, Arzneimittelrecht Bd. I /Stand Mai 1984/ Erläuterung § 4 AMG Anm. 18; Kloesel/Cyran, Arzneimittelrecht /Stand 1. Juni 1984/ A 1.O. § 4 Anm. 34). "Herstellend" im Sinne dieser Vorschrift wird der Importeur nur tätig, wenn er die importierten Arzneimittel mit anderen in § 10 AMG vorgeschriebenen Angaben kennzeichnet, insbesondere, weil die Originalpackungen oder -behältnisse diese nicht in deutscher Sprache enthalten, oder wenn er einen ins Deutsche

übersetzten Beipackzettel einlegt; dann füllt er den weiten Herstellerbegriff des § 4 Abs. 14 AMG aus (vgl. BVerwG Beschluß vom 9. Oktober 1981 - 3 B 45/81 - sowie OVG NRW Urteil vom 19. Dezember 1980 - 13 A 2382/79 -, beide abgedruckt bei Kloesel/Cyran aaO Bd. V unter E 9. bzw. E 8., vgl. auch BGHZ 82, 152, 159).

Dieser weite Herstellerbegriff des Arzneimittelgesetzes erklärt sich aus der Zielsetzung, für die Sicherheit im Verkehr mit Arzneimitteln zu sorgen (§ 1 AMG). Unter diesem Blickwinkel begründet das Gesetz ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für jeden, der Arzneimittel zum Zweck der Abgabe an andere "herstellen" will (§ 13 AMG).

Eine vollkommen andere Zielsetzung verfolgt demgegenüber der Arzneilieferungsvertrag der Parteien, der regelt, wie und zu welchen Bedingungen die Anspruchsberechtigten der gesetzlichen Krankenkassen von den Apotheken mit Arzneimitteln auf Kosten der Versicherer beliefert werden. § 3 Abs. 11 ALV zielt unstreitig darauf ab, zugunsten der Träger der gesetzlichen Krankenversicherung den am Markt bestehenden Preiswettbewerb der Hersteller sogenannter Generica kostenmäßig auszunutzen. Auf diese Generica ist der Wortlaut der Abrede zugeschnitten. Bei ihnen handelt es sich um einheitlich bezeichnete gattungsgleiche Produkte verschiedener "Hersteller" im allgemein gebräuchlichen Wortsinn.

III.

Dem Arzneilieferungsvertrag kann auch nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung eine Verpflichtung der vom Kläger vertretenen Apotheker entnommen werden, im Regelfall das preisgünstigere Reimportarzneimittel abzugeben bzw. nur den dafür vorgeschriebenen Preis zu berechnen.

Dies kann das Revisionsgericht selbst feststellen, weil der der Auslegung zugrunde liegende Sachverhalt abschließend beurteilt werden kann (BGHZ 16, 71, 81; Senatsurteil vom 1. Februar 1982 - III ZR 100/80 = WM 1982, 545, 547).

Eine ergänzende Vertragsauslegung ist zulässig, wenn eine Vereinbarung der Parteien in einem regelungsbedürftigen Punkt fehlt. Dabei ist es unerheblich, aus welchem Grund die Parteien diesen Punkt offengelassen haben: Ob sie bewußt auf eine ins einzelne gehende Regelung verzichtet haben, ob die "Lücke" von Anfang an bestanden hat oder ob sie sich erst nachträglich als Folge des weiteren Verlaufs der Dinge ergeben hat. Bei einer erforderlichen Ergänzung des Vertragsinhalts ist darauf abzustellen, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall bedacht hätten (Senatsurteil BGHZ 84, 1, 7).

Es mag sein, daß der Fall der regelungsbedürftigen (und zwischen den Parteien streitigen) Reimportarzneimittel anderen eindeutig in § 3 Abs. 11 ALV geregelten Fällen, in denen Arzneimittel gleicher Zusammensetzung, Stärke und Bezeichnung auf dem Markt sind, so sehr vergleichbar ist, daß sich der Kläger seiner grundsätzlichen Einbeziehung in die Vorrangregelung dieser Bestimmung nach Treu und Glauben nicht entziehen kann. Dabei ist auch zu beachten, daß es im Verhältnis zwischen den Parteien vornehmlich um den angemessenen Ausgleich ihrer Interessen geht und die davon möglicherweise abweichenden wirtschaftlichen Interessen der Arzneimittelhersteller nicht zu berücksichtigen sind. Die im Fall der reimportierten Arzneimittel auftretenden Beschaffungsprobleme machen aber eine konkrete Beschreibung der Fälle erforderlich, in denen die Beschaffung dem Apotheker nicht mehr zugemutet werden kann. Das macht insbesondere die von den Parteien am 1. März 1984 geschlossene vorläufige Vereinbarung deutlich. Diese Beschreibung (Regelung) kann in unterschiedlicher Weise getroffen werden, wie die zwischen den Parteien vorläufig getroffene Vereinbarung vom 1. März 1984 und die für andere Gebiete der Bundesrepublik vereinbarten Regelungen dieses Fragenkreises zeigen. Kommen somit verschiedene rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht, so läßt sich nicht mit genügender Sicherheit feststellen, welche Regelung die Parteien verständigerweise getroffen hätten, wenn sie sich des Problems der Konkurrenz teurerer Originalpräparate und preiswerterer Reimportarzneimittel bei Abschluß des Arzneilieferungsvertrages bewußt gewesen wären. Unter diesen Umständen ist es dem Senat verwehrt, die Parteien durch ergänzende Vertragsauslegung auf

eine einzige von mehreren möglichen Problemlösungen festzulegen (BGHZ 54, 106, 115; 62, 83, 90; 90, 69, 80). Vielmehr muß es den Vertragsschließenden überlassen bleiben, durch eine ergänzende, ihre beiderseitigen Interessen angemessen ausgleichende Vereinbarung der Importarzneimittel in das bestehende Arzneimittelversorgungssystem einzubeziehen und die insoweit bestehende vertragliche Regelungslücke zu schließen.

IV.

1. Eine den Vorstellungen der Beklagten entsprechende richterliche Anpassung des Arzneilieferungsvertrages an die veränderten tatsächlichen Verhältnisse nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, deren Anwendung durch die Möglichkeit ergänzender Vertragsauslegung nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen wird (Senatsurteil vom 10. Juli 1969 - III ZR 238/68 = WM 1969, 1237, 1239 f.), kommt nicht in Betracht. Angesichts der überragenden Bedeutung, die im Vertragsrecht dem Grundsatz der Vertragstreue zukommt, ist die Berufung auf eine Erschütterung der Vertragsgrundlage nur ausnahmsweise zulässig, wenn dies zur Vermeidung eines untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden und damit der betroffenen Partei nach Treu und Glauben nicht zuzumutenden Ergebnisses unabweislich erscheint (Senat BGHZ 84, 1, 9 m. w. Nachw.); Senatsurteil vom 10. Juni 1985 - III ZR 63/84). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

2. Eine Aussetzung des Verfahrens zur Herbeiführung einer Entscheidung des Kartellsenats (§ 96 Abs. 2 GWB) ist nicht veranlaßt. Es bestehen keinerlei ernsthafte Zweifel daran, daß auf das Klagebegehren das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht anzuwenden ist (vgl. BGHZ 64, 342, 346).

3. Mithin müssen auf die Rechtsmittel des Klägers das Berufungsurteil aufgehoben und das landgerichtliche Urteil abgeändert werden. Der Klage ist zu entsprechen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Kröner

Boujong

Engelhardt

Werp

Rinne