

Für das Nachschlagewerk!

Für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: § 6 GewO; VO betr. den Verkehr mit Arzneimitteln (AMVO) vom 22. Oktober 1901 (RGBl S 380); § 1 UnlWG; Art 12 Abs 1 S 2, Art 19 Abs 2 GrundG; brit MEVO 78, amer MRG 56.

- Rechtssatz:
1. Die AMVO entbehrt weder der erforderlichen gesetzlichen Ermächtigung noch verstößt sie gegen das Grundgesetz oder gegen die Dekartellierungsgesetze.
 2. Ein Drogist, der unter Zuwiderhandlung gegen die AMVO apothekenpflichtige Arzneimittel an Verbraucher abgibt, verstößt gegen § 1 UnlWG.
 3. Ein Arzneimittelgroßhändler, der apothekenpflichtige Arzneimittel an Drogisten liefert, verstößt regelmäßig gegen § 1 UnlWG; ein solcher Verstoß wird durch die Vorschrift des § 3 AMVO nicht ausgeschlossen.

Aktenzeichen: I ZR 150/54

LG Köln

Urteil des BGH vom 16. November 1956

OLG Köln

I ZR 150/54

Verkündet
am 16. November 1956
Grunau, Justizober-
sekretär als Urkunds-
beamter der Geschäfts-
stelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Ti[REDACTED] & Co, Drogen- und Chemikaliengroß-
handlung in K[REDACTED], R[REDACTED],

Beklagten und Revisions-
klägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die I[REDACTED] z[REDACTED] A[REDACTED] d[REDACTED] u[REDACTED]
Ar[REDACTED] e V in Ki[REDACTED], H[REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED],
vertreten durch ihren Vorstand,

Klägerin und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 1956 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Wilde, Dr. Birnbach,
Dr. Christoph, Dr. Weiß und Dr. Nörr

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das
Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts in Köln vom 14. Juli 1954 wird auf
Kosten der Beklagten mit der Maßgabe zurück-
gewiesen, daß der Ausspruch des Urteils der

111

- 2 -

4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts
Köln vom 11. November 1953 unter I Nr 1 und 3
wie folgt gefaßt wird:

I. Der Beklagten wird bei Vermeidung einer vom
Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung
festzusetzenden Geldstrafe bis zum Betrage
von 1 000 DM untersagt, Drogisten als Einzel-
händler mit folgenden Erzeugnissen im Groß-
handel zu beliefern:

- 1.) mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln
gemäß Verzeichnissen B und C der Verord-
nung betr den Verkehr mit Arzneimitteln
vom 22. Oktober 1901 - RGBI I S 380 -
in der jeweils geltenden Fassung;
- 3.) mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln
gemäß Verzeichnis A der Verordnung betr
den Verkehr mit Arzneimitteln vom
22. Oktober 1901 - RGBI I S 380 - in der
jeweils geltenden Fassung, sofern das
jeweilige Mittel nach seiner allgemeinen
Zweckbestimmung nur zur Beseitigung oder
Linderung von Krankheiten bei Menschen
oder Tieren angewendet oder gebraucht
wird.

Dies gilt nicht, wenn der Drogist nachweist, daß
die von ihm beabsichtigte Abgabe der Arzneimit-
tel gesetzlich zulässig ist.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Beklagte beliefert im Rahmen ihres Großhandelsbetriebes neben vereinzelt Apotheken Drogerien mit Drogen und Chemikalien. Im Jahre 1951 hat sie an die Moseldrogerie Z [REDACTED] in T [REDACTED] mit Rechnung vom 8. Juni 1951 und an die Schloßdrogerie Dr. L [REDACTED] in W [REDACTED] mit Rechnungen vom 6. Juli und 28. September 1951 Lieferungen ausgeführt. Diese Lieferungen enthielten neben anderem Spalttabletten, Melabonkapseln, Aspirintabletten und Felsol. Darüber hinaus nimmt die Beklagte für sich das Recht in Anspruch, an Drogisten als Einzelhändler Zubereitungen liefern zu dürfen, die unter § 1 (Verzeichnis A) der Verordnung betreffend den Verkehr mit Arzneimitteln (AMVO) vom 22. Oktober 1901 (RGBl S 380) in der jetzt geltenden Fassung fallen, ferner solche unter §§ 2, 2 a (Verzeichnisse B und C) dieser Verordnung fallende Zubereitungen und Stoffe, die "massenweise fabrikmäßig von anerkannten pharmazeutischen Herstellerbetrieben als Markenartikel in fest verschlossenen Kleinpackungen auf Grund einer umfassenden, jedermann ansprechenden Werbung und bewährter Praxis zur Verwendung gegen vorübergehende Unpäßlichkeiten oder zur Vorbeugung gegen Schmerzen oder Unwohlsein auf den Markt gebracht werden" (im folgenden kurz als Arzneimittelfertigwaren bezeichnet).

Die Klägerin (I [REDACTED] z [REDACTED] A [REDACTED] d [REDACTED] u [REDACTED] Ar [REDACTED] e.V.) ist der Ansicht, die Beklagte handle unlauter, wenn sie an Einzelhändler Arzneimittel liefere, die diese nach §§ 1, 2, 2 a AMVO, § 367 Abs 1 Nr 3 StGB nicht verkaufen dürfen (apothekenpflichtige Arzneimittel). Auch stelle die AMVO ein Schutzgesetz zugunsten der Apotheker dar, die durch das Verhalten der Beklagten in ihren Rechten verletzt würden.

Unter Vorlage von Abtretungserklärungen verschiedener Apotheker und unter Berufung auf §§ 823, 1004 BGB, §§ 1, 13 UnlWG hat die Klägerin gegen die Beklagte Unterlassungsklage erhoben.

Die Beklagte hat ihren Klageabweisungsantrag wie folgt begründet:

Die Drogisten dürften die in Frage stehenden Arzneimittel verkaufen; denn die AMVO sei, soweit es sich um das Klagebegehren handle, durch die in § 6 Abs 2 GewO enthaltene Ermächtigung nicht gedeckt. Ferner verstoße die AMVO gegen Art 12 GrundG und gegen die Dekartellierungsgesetze. Auch sei sie veraltet und daher auf Arzneifer-tigwaren nicht mehr anzuwenden. Nach § 34 Abs 1 des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. Juni 1931 (PrGS S 77) sei sie spätestens nach 30 Jahren außer Kraft getreten. Keinesfalls seien in ihrer, der Beklag-ten, Person die Voraussetzungen des § 1 UnlWG gegeben; auch sei die Klägerin nicht befugt, die Interessen der "gesetzzestreuen" Drogisten oder der "gesetzzestreuen" Großhändler nach § 13 UnlWG wahrzunehmen. Da der Großhan-del nach § 3 AMVO den Vorschriften dieser Verordnung nicht unterliege, diese Bestimmung aber das Spezialge-setz darstelle, könne sie, die Beklagte, liefern, an wen sie wolle.

Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen statt-gegeben und, soweit es für den dritten Rechtszug noch von Bedeutung ist, folgendes Urteil erlassen:

Der Beklagten wird bei Vermeidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe bis zum Betrage von 1000 DM untersagt, Einzelhandelsgeschäfte und Einzelhandelskaufleute, insbesondere Drogisten, ausgenommen jedoch Apotheken, mit folgenden

Erzeugnissen im Großhandel zu beliefern:

1. mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln gemäß Verzeichnissen B und C....,
2.
3. mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln gemäß Verzeichnis A, sofern das jeweilige Mittel nach seiner allgemeinen Zweckbestimmung nur zur Beseitigung oder Linderung von Krankheiten bei Menschen oder Tieren angewendet oder gebraucht wird.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin als unbegründet zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Klageabweisung. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision bemängelt zunächst unter Berufung auf den Aufsatz von Schmölders im Reichsverwaltungsblatt 1950, 49 ff, 65 ff die Zulässigkeit des Rechtsweges. Die Revision meint, die Klägerin verlange die Untersagung eines Teiles des Gewerbebetriebes der Beklagten durch das ordentliche Gericht mit der Begründung, die Beklagte verstoße gegen die AMVO. Dieser Anspruch beinhalte jedoch ein rein öffentlichrechtliches Verhältnis, nämlich die Vornahme eines Eingriffs in den Gewerbebetrieb der Beklagten wegen Verletzung von gewerbepolizeilichen Ordnungsvorschriften. Bei besonders schwerwiegenden Verstößen, und nur in diesem Falle, könne die Ausübung des Gewerbes gemäß §§ 35 Abs 4, 40, 20, 21 GewO untersagt werden. Auch unterständen die Drogerien einer gewerblichen Aufsicht und einer Fachaufsicht durch Medizinalbehörden. Daneben sei kein Raum mehr für die Zulassung des Rechtsweges. Nur im Wege des öffentlichen Strafverfahrens oder des Verwaltungsverfahrens könne die Frage entschieden werden, ob ein Verstoß gegen die

AMVO vorliegt. In längeren Ausführungen verneint die Revision einerseits die Zulässigkeit der Unterlassungsklage neben dem öffentlichen Strafrechtsschutz, andererseits den schutzgesetzlichen Charakter der AMVO und des § 6 GewO; damit aber entfalle, so meint die Revision, auch die Zulässigkeit des Rechtsweges.

Der Rechtsweg ist zulässig.

Die Zulässigkeit des Rechtsweges ist ebenso wie die hiervon zu unterscheidende Frage des Rechtsschutzbedürfnisses in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen. Es besteht kein Anlaß zu der Annahme, das Berufungsgericht habe diese Prüfung nicht vorgenommen. Bei der klaren Rechtslage brauchte das Berufungsgericht mangels einer dahin gehenden Beanstandung der Beklagten in eine Erörterung über die Fragen der Zulässigkeit des Rechtsweges und des Rechtsschutzbedürfnisses nicht einzutreten. Der Revisionsangriff ist in jeder Richtung unbegründet. Maßgebend für die Zulässigkeit des Rechtsweges ist der Streitgegenstand, d.h. die von der Klägerin auf Grund des vorgetragenen Sachverhalts in Anspruch genommene Rechtsfolge. Die Klägerin behauptet ein wettbewerbsfremdes Verhalten der Beklagten, das sie darin sieht, daß diese unter Mißachtung öffentlich-rechtlicher Vorschriften mit anderen Großhändlern in Wettbewerb trete, ferner fremden Wettbewerb, nämlich den Wettbewerb der von ihr belieferten Drogerien, fördere, der nach der Meinung der Klägerin wider die guten Sitten verstoße. Weiter erblickt die Klägerin eine unerlaubte Handlung der Beklagten darin, daß diese gegen gesetzliche Vorschriften verstoße, die den Schutz der Apotheker bezweckten. Auf Grund dieses von ihr behaupteten Sachverhalts macht die Klägerin ihren Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte geltend. Zwar gehört die

Frage, ob die von der Beklagten belieferten Drogisten als Einzelhändler die fraglichen Arzneimittel nach den gesundheits- und gewerbepolizeilichen Vorschriften verkaufen dürfen, dem öffentlichen Recht an. Diese Frage ist aber nicht Gegenstand der in Rechtskraft erwachsenen Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits, sondern stellt sich lediglich als Vorfrage dar, von deren Entscheidung allerdings die Entscheidung des den Streitgegenstand bildenden privatrechtlichen Unterlassungsanspruches mit abhängt. Die Notwendigkeit der Stellungnahme zu öffentlich-rechtlichen Vorfragen, zu der das zur Entscheidung über den privatrechtlichen Anspruch angerufene Gericht befugt ist (vgl. BGH NJW 1951, 358), nimmt aber dem erhobenen Anspruch nicht seinen privatrechtlichen Charakter. Das gleiche gilt für die Frage, inwieweit die Beklagte Arzneimittel an Drogerien liefern darf, soweit diese Frage unter öffentlich-rechtlichen, insbesondere strafrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist. Über die privatrechtliche Natur des nach der Klagebegründung erhobenen Unterlassungsanspruches kann weder insoweit, als die Klage auf wettbewerbswidriges Verhalten der Beklagten gestützt ist, noch insoweit, als eine unerlaubte Handlung der Beklagten wegen Verstoßes gegen ein Schutzgesetz behauptet wird, ein Zweifel bestehen. Die Frage, ob das Verhalten der Beklagten tatsächlich gegen die guten Sitten im Wettbewerb oder gegen ein Schutzgesetz verstößt, ist für die Entscheidung der Zulässigkeit des Rechtsweges ohne Bedeutung; insoweit handelt es sich um die Begründetheit des erhobenen Anspruchs.

Schließlich kommt auch eine Erschleichung des Rechtsweges durch die Klägerin nicht in Betracht. Die Klägerin nimmt die Klage nicht zum Vorwand, um eine Frage,

die dem öffentlichen Recht angehört, durch den Zivilrichter entscheiden zu lassen; durch eine bloße Bezugnahme der Klägerin auf bürgerlich-rechtliche Bestimmungen würde der Rechtsweg für einen aus öffentlich-rechtlichen Verhältnissen hergeleiteten Anspruch allerdings nicht eröffnet werden. Stellt sich jedoch der Klageanspruch nach seiner tatsächlichen Begründung als Folge eines Sachverhalts dar, der nach den Grundzügen des bürgerlichen Rechtes für die Entstehung eines solchen Anspruches Raum läßt, so ist der Rechtsweg nach § 13 GVG eröffnet (RGZ 150, 174 [176]; BGHZ 5, 76 [82]). Daß es ernsthafter Prüfung und Erörterung bedarf, ob der Klägerin ein bürgerlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch zusteht, und die Möglichkeit eines solchen Anspruches nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen ist, steht außer Frage.

Die Berufung der Beklagten auf RGZ 70, 395 ff geht schon deshalb fehl, weil dort, wie das Reichsgericht ausdrücklich darlegt, die öffentlich-rechtliche Frage der Freiheit der streitigen Beförderungsart nicht Vorfrage, sondern eigentlicher Inhalt und Kern des Feststellungsantrages war, während im vorliegenden Fall die öffentlich-rechtliche Frage des Verkaufes von Apothekerwaren durch Drogisten nur eine der verschiedenen Fragen ist, zu denen Stellung genommen werden muß, um über die Begründetheit des Unterlassungsanspruches entscheiden zu können. Nicht ersichtlich ist, wie die von der Revision weiter angeführte Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 128, 134 [137 ff] die Auffassung der Revision stützen soll.

Mit den Ausführungen von Schmölders zur Frage des Rechtsschutzbedürfnisses für eine Unterlassungsklage bei Verletzungshandlungen, die mit öffentlicher Strafe

bedroht sind oder die Anlaß zu einem Einschreiten der Verwaltungsbehörde geben können, hat sich das Reichsgericht bereits in den ähnlich liegenden Fällen RGZ 128, 298 [307] = JW 1931, 1470, ferner JW 1931, 1473 befaßt. Der Senat tritt den Erwägungen des Reichsgerichts bei. Ergänzend ist lediglich zu bemerken, daß auch der VI. Zivilsenat des Reichsgerichts seinen früheren Standpunkt, bei Strafrechtsschutz sei die Unterlassungsklage ausgeschlossen, aufgegeben hat (RGZ 155, 92). Der Senat hat keinen Anlaß, zu dieser in der Rechtsprechung längst ausgetragenen Frage erneut eingehend Stellung zu nehmen. Auch in dem das Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz betreffenden Urteil vom 30. November 1954 - I ZR 147/53 - hat der Senat das Rechtsschutzinteresse bejaht, obgleich auch im Verwaltungsweg das vom dortigen Kläger mit seiner Unterlassungsklage verfolgte Ziel erreicht werden konnte (insoweit ist das Urteil in BGHZ 15, 315 nicht abgedruckt).

II. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt in erster Linie von der Entscheidung der Frage ab, ob Drogist als Einzelhändler die in Frage stehenden Arzneimittel (Zubereitungen nach Verzeichnis A als Heilmittel und Arzneifertigwaren, die unter die Verzeichnisse B und C fallen) feilhalten und verkaufen dürfen. Wäre nämlich diese Frage zu bejahen, so würde schon ein sittenwidriges Handeln des Einzelhändlers nicht vorliegen und damit auch ohne weiteres ein sittenwidriges Handeln der Beklagten bei Belieferung von Einzelhändlern ausscheiden. Daß der Verkauf der in Frage stehenden Arzneimittel durch Drogisten nach der AMVO verboten ist, steht außer Streit. Die Revision verneint jedoch die Rechtsgültigkeit der AMVO aus verschiedenen Gründen.

1. Gesetzliche Ermächtigung.

Die AMVO ist eine Rechtsverordnung, die der gesetzlichen Grundlage bedarf. Sie ist auf Grund der Vorschrift des § 6 Abs 2 GewO erlassen, wonach die durch das Gesetz ermächtigte Stelle (ursprünglich das Bundespräsidium, später der Kaiser, dann der Reichsminister des Innern im Einvernehmen mit dem Reichswirtschaftsminister) bestimmen sollte,

"welche Apothekerwaren dem freien Verkehr zu überlassen sind".

Das Reichsgericht (RGZ 128, 298 [301 - 305]) hat eingehend die Entstehungsgeschichte des § 6 Abs 2 GewO dargelegt und ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, nach der Entstehungsgeschichte könne nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber bei Erteilung der Ermächtigung zum Erlaß der AMVO von dem im übrigen der Gewerbeordnung zugrunde liegenden Grundsatz der Gewerbefreiheit ausgegangen sei; dieser Grundsatz habe vielmehr, soweit der Betrieb des Apothekergewerbes und der Verkauf von Arzneimitteln in Betracht komme, im Gesetz keine Anerkennung gefunden; der Gesetzgeber habe auf der Grundlage des bisherigen Zustandes der zum Erlaß der Verordnung ermächtigten Stelle die Entscheidung darüber überlassen, inwieweit die Rücksicht auf die dem Staat obliegende Sorge für die öffentliche Gesundheitspflege und die allgemeine Volkswohlfahrt es geboten erscheinen lasse, den Verkauf der Apothekerwaren wie bisher den Apotheken vorzubehalten, und inwieweit es hiernach zulässig erscheine, ihn dem freien Verkehr zu überlassen.

Die Revision erachtet die AMVO insoweit für nichtig, als sie den Verkauf der in den verschiedenen Verzeichnissen aufgeführten Gegenstände den Apotheken vorbehalte, einmal, weil sie die Ermächtigung überschreite, sodann,

weil sie eine der Landesgesetzgebung vorbehaltene Materie von Reichs wegen regelt. Dabei beruft sich die Revision auf Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, 10. Aufl, der auf S 117 f ausführt: "Soweit die kaiserliche Verordnung ein Apothekermonopol statuiert, ist sie von § 6 Abs 2 nicht gedeckt und kann deshalb das Landesrecht, dem die Regelung des Verkaufs der Arzneimittel in § 6 Abs 1 vorbehalten ist, von ihr abweichende Bestimmungen treffen."

Die Auffassung der Revision vermag der Senat nicht zu teilen. Das Reichsgericht hat bereits in der angeführten Entscheidung (S. 303) darauf hingewiesen, daß der Gesetzgeber der Gewerbeordnung von dem damals in Deutschland vorhandenen Zustand ausging, wonach der Verkauf der Apothekerwaren, soweit nicht Ausnahmen zugelassen waren, den Apotheken vorbehalten war. Diese Auffassung erscheint zutreffend. So war in § 456 des Allgemeinen Landrechts Teil II Titel 8 Abschnitt 6 bestimmt:

"Apotheker sind zur Zubereitung der Arzneimittel, in gleichem zum Verkauf derselben...ausschließend berechtigt."

§ 13 der preußischen Rev Apothekerordnung vom 12. Oktober 1801 (siehe Koch ALR 6. Ausgabe 3. Band S 889) bestätigte das Apothekerprivileg und nahm auf ein Verzeichnis von Arzneiwaren Bezug, mit denen die Drogisten und Materialisten handeln durften.

Das Reglement betreffend den Debit der Arzneiwaren vom 18. September/17. Oktober 1836 (PrGS 1837, 41), das durch das Reglement vom 29. Juli 1857 (PrGS 654) geändert wurde, behielt den Verkauf gewisser Präparate und den Detailhandel bestimmter anderer Arzneimittel ausschließlich den Apotheken vor. Ähnliche Bestimmungen galten in den übrigen Bundesstaaten. Hiernach bestand

also bereits vor Erlaß der Gewerbeordnung ein Apothekermopol für gewisse Arzneimittel und es wurde nicht erst ein solches Monopol durch die Gewerbeordnung neu eingeführt. Bei der Beratung des § 6 der Gewerbeordnung im Reichstag des Norddeutschen Bundes wurde der Bundeskanzler aufgefordert, einen Gesetzentwurf vorzulegen, durch welchen der Betrieb des Apothekergewerbes und der Verkauf von Arzneimitteln für das ganze Bundesgebiet einheitlich geregelt werden sollte, wobei die in der ursprünglichen Entschließung enthaltenen Worte "unter Absehung von jedem Nachweis des Bedürfnisses und der Lebensfähigkeit" (der Apotheken) wieder gestrichen worden waren (vgl Springfeld, Rechte und Pflichten der Drogi- sten und Geheimmittelhändler S 846 f und RGZ aaO S 302 f mit den Zitaten der stenographischen Berichte über die Reichstagsverhandlungen). Die Resolution war um diese Worte gekürzt worden, weil die Auffassungen darüber, ob im Apothekergewerbe eine Konkurrenz wünschenswert sei, auseinandergingen und die Erörterungen hierüber erst nach Einbringung des Gesetzentwurfs über den Betrieb des Apothekergewerbes und den Verkauf von Arzneimitteln stattfinden sollten (stenographische Berichte 1869 Bd 2 S 1055 f). § 6 Abs 1 der Gewerbeordnung nahm den Verkauf von Arzneimitteln von dem Grundsatz der Gewerbe- freiheit (§ 1 GewO) aus und beließ es grundsätzlich bei dem auf Landesrecht beruhenden Apothekermopol; eine Modifikation erfolgte nur in der Richtung, als nunmehr nach § 6 Abs 2 bundes- (reichs-) einheitlich durch Verordnung bestimmt werden sollte,

"welche Apothekerwaren dem freien Verkehr zu überlassen sind."

Nach dem Wortlaut der Ermächtigungsvorschrift war die Rechtslage also so, daß das Landesrecht, das Inhalt und Umfang des Apothekemonopols bestimmte, nicht solche Apothekerwaren dem Apothekemonopol unterwerfen konnte, die durch die nach der Ermächtigung vorgesehene Verordnung dem freien Verkehr zu überlassen waren; erst durch das Gesetz, dessen Entwurf der Bundeskanzler vorlegen sollte, sollte die bundes- (reichs-) einheitliche Regelung des Verkaufs der Arzneimittel erfolgen. Ein solches Gesetz wurde zwar nicht erlassen. Jedoch hat die auf Grund des § 6 Abs 2 GewO erlassene Verordnung vom 25. März 1872 (RGBl 85) ebenso wie die späteren an ihre Stelle getretenen Verordnungen vom 4. Januar 1875 (RGBl 5), vom 27. Januar 1890 (RGBl 9) und schließlich die AMVO unter Anlehnung an die in Preußen seit 1836 bestehende Regelung die dem freien Verkehr zu überlassenden Apothekerwaren nicht positiv, sondern negativ bestimmt, indem sie die nicht frei verkäuflichen Arzneimittel aufzählte und damit die nicht vorbehaltenen Arzneimittel dem freien Verkehr überließ. Diese Ausführung der Ermächtigungsvorschrift entspricht zwar nicht dem Wortlaut der erteilten Ermächtigung, wohl aber dem praktischen Bedürfnis und der Sicherheit des Rechtsverkehrs, da eine bloße Aufzählung der freigegebenen Arzneimittel die Frage, was überhaupt Arzneimittel sind und welche Arzneimittel hiernach den Apothekern vorbehalten sind, weitgehend ungeklärt gelassen hätte. Der Sinn der Ermächtigung geht dahin, daß von Bundes (Reichs) wegen die frei verkäuflichen Arzneimittel von den nicht frei verkäuflichen abgegrenzt werden sollten. Der Gesetzgeber hat in den folgenden Jahrzehnten trotz der wiederholt sich aufdrängenden Gelegenheit keinen Anlaß gefunden, der Ausführung, die seine Ermächtigung durch die negative statt

der positiven Bestimmung der Freigabe der Arzneimittel gefunden hat, zu widersprechen. So hat sich der Reichstag bereits in der Reichstagsverhandlung vom 2. April 1873 mit der ersten Verordnung vom 25. März 1872 befaßt, als er einen den Großhandel betreffenden Beschluß faßte, der dann in § 3 der zweiten Verordnung vom 4. Januar 1875 seinen Niederschlag fand (siehe darüber unten IV 3). Die Novelle 1882, durch die § 6 Abs 2 GewO seine jetzige Fassung erhielt, hat an die Stelle der Worte "wird bestimmen" (Futur) die Worte "wird bestimmt" (Präsens) gesetzt, weil bereits die Regelung durch die Kaiserliche Verordnung erfolgt war (Begründung der Novelle 1882 in den Drucksachen des Reichstags 1882/83 Bd 5 S 8). Hierdurch hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß die bereits erlassene VO sich im Rahmen der von ihm erteilten Ermächtigung hielt. Auch in den folgenden 70 Jahren hat der Gesetzgeber, der sich wiederholt mit der Gewerbeordnung zu befassen hatte, die Handhabung der von ihm erteilten Ermächtigung nicht beanstandet. Hiernach ist nach den besonderen Umständen des Falles davon auszugehen, daß die Art und Weise, die die Ausführung der Ermächtigungsvorschrift durch die Verordnung gefunden hat, sich im Rahmen der Ermächtigungsvorschrift hielt. Es liegt keine Überschreitung der Ermächtigungsbefugnis vor, sondern es handelt sich um eine sinnge-
mäßige, vom Gesetzgeber gebilligte Form der Ausführung gesetzlicher Ermächtigung. Die Rechtsprechung ist daher auch stets von der Gültigkeit der AMVO ausgegangen (vgl die zahlreichen, in der Entscheidungssammlung Marcetius, Arzneimittelrecht, 2. Aufl, abgedruckten Urteile zur AMVO). Von den Urteilen des Reichsgerichts mag außer den Entscheidungen RGZ 128, 298 und JW 1927, 2422, noch das Urteil vom 26. Juni 1934 - II 98/34 -

(GRUR 1934, 690) hervorgehoben werden, das ausdrücklich von dem der Beklagten (Drogerie) verbotenen Handel mit apothekenpflichtigen Waren spricht.

Die Revision ist weiter der Auffassung, die in § 6 Abs 2 GewO erteilte Ermächtigung sei hinfällig geworden, da sie den in Art 80 Abs 1 Satz 2 GrundG bestimmten Voraussetzungen nicht entspreche. Die Revision setzt sich damit in Gegensatz zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 2, 307 = NJW 1953, 1177), wonach der Fortbestand der Ermächtigung in einer Rechtsvorschrift aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages nicht davon abhängt, daß die Ermächtigung sich im Rahmen des Art 80 Abs 1 Satz 2 GrundG hält, sondern sich ausschließlich nach Art 129 Abs 3 GrundG beurteilt (vgl dazu Schmidt in NJW 1954, 249). Einer Stellungnahme zu dieser Frage bedarf es jedoch nicht. Denn die Fortgeltung der AMVO würde, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, nicht dadurch beseitigt worden sein, daß die in § 6 Abs 2 GewO enthaltene Ermächtigung nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes außer Kraft getreten wäre (BGHSt 5, 12 [147]). Selbst wenn die Ansicht der Revision, die Ermächtigung gelte heute nicht mehr, als richtig unterstellt wird, würde dies nicht zu dem Schluß berechtigen, die AMVO sei, da sie heute nicht mehr im Verordnungsweg geändert und ergänzt werden könne, hinfällig geworden. Die Änderung und Ergänzung müßte eben dann in Gesetzesform erfolgen.

2. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz.

a) Die Revision ist der Auffassung, die AMVO sei mit Art 12 Abs 1 Satz 2 GrundG nicht vereinbar, da sie nicht in der Form eines Gesetzes erlassen sei. Dem kann

nicht zugestimmt werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob der von der Revision bekämpften Ansicht des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs (BGHSt 5, 12 [22]; gl A BVerwG NJW 1956, 1531 [1532]), das Grundgesetz gewähre kein Grundrecht auf freie Ausübung des gewählten Berufes, beizupflichten ist, da die Gültigkeit der AMVO auch bei der Bejahung eines Grundrechtes der freien Berufsausübung nicht in Frage gestellt wird. Nach Art 123 Abs 1 GrundG gilt das Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages fort, soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht. Ein Widerspruch gegen das Grundgesetz liegt nur vor, soweit der materielle Gehalt dieses Rechtes mit dem Inhalt des Grundgesetzes in Widerspruch tritt. Dagegen ist die Frage, ob das fortgeltende Recht in formell gültiger Weise gesetzt wurde, allein nach den zur Zeit dieser Rechtssetzung geltenden Vorschriften zu beurteilen. Jedes rechtsetzende Organ kann bei der Prüfung der Frage seiner Rechtsetzungsbefugnis nur von der im Augenblick der Rechtsetzung geltenden Rechtslage ausgehen. Die Vorschrift, die das Grundgesetz für die Rechtsetzung in förmlicher Beziehung enthält, beziehen sich auf die Zukunft; es würde natürlicher Denkungsweise widersprechen, sie auf die Vergangenheit zurückzubeziehen und damit die formellen Erfordernisse für die Rechtsetzung unter Gesichtspunkten zu prüfen, die das rechtsetzende Organ bei seiner Rechtsetzung überhaupt nicht berücksichtigen konnte. Dies gilt nicht nur für die Angabe des die Einschränkung eines Grundrechtes enthaltenden Artikels (Art 19 Abs 1 Satz 2 GrundG; BVerfGE 2, 121 = NJW 1953, 497; BVerfG Beschluß vom 25. Mai 1956-1, BvR 190/55; BGHZ 5, 46 [54]), sondern für jedes Formerfordernis, unter dem das gesetzte Recht steht (vgl Gutachten des erkennenden Senats I VRG 11/52, BGHZ 9, 390 [398]).

b) Die Revision meint weiter, die AMVO verstoße auch materiell gegen die Bestimmungen der Art 12 Abs 1, 19 Abs 2 GrundG. Der Gesetzgeber dürfe, so führt die Revision aus, die Berufsausübung nur zur Abwehr von Gefahren regeln; wirtschaftspolitische Gründe, wie die Absatzsicherung für einen bestimmten Gewerbezweig, könnten ein die Berufsausübung beschränkendes Gesetz nicht rechtfertigen. Die AMVO sei, soweit sie den Verkauf nicht rezeptpflichtiger Arzneifertigwaren den Apotheken vorbehalte, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht zum Schutz der Bevölkerung vor Gefahren für die Gesundheit geeignet und erforderlich.

Auch dem kann nicht gefolgt werden. Geht man mit der Revision davon aus, daß das Recht auf freie Berufsausübung ein Grundrecht darstellt und daß die Frage der freien Verkäuflichkeit von Arzneimitteln entgegen der vom 5. Strafsenat (BGHSt 5, 23) vertretenen Auffassung nicht allein den Verkehr mit bestimmten Wirtschaftsgütern regelt, sondern die Berufsausübung unmittelbar betrifft, so würde der Verkauf von Arzneimitteln allerdings unter der Vorschrift des Art 19 Abs 2 GrundG stehen, wonach ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt auch durch das Gesetz nicht angetastet werden darf. Der Revision ist zuzugeben, daß diese Verfassungsvorschrift auf das vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes geltende Recht anzuwenden ist und ein solches Recht außer Kraft gesetzt hat, soweit es den Wesensgehalt eines Grundrechtes beeinträchtigt. Was unter dem Wesensgehalt eines Grundrechtes zu verstehen ist, ist streitig. Der erkennende Senat hat in seinem Gutachten I VRG 5/51 (BGHSt 4, 375 [377]) eine Verletzung eines Grundrechtes durch gesetzlichen Eingriff dann angenommen, wenn durch den Eingriff die wesensgemäße Geltung und Entfaltung des Grundrechtes stär-

ker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet. Dieser Auffassung ist das Bundesverwaltungsgericht entgegengetreten (NJW 1955, 763, 1773; 1956, 196). Ob ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werde, sei, so führt das Bundesverwaltungsgericht aus, nicht nach dem Zweck oder Grund der Beschränkung, sondern ausschließlich danach zu beurteilen, was nach der Beschränkung von dem Grundrecht überhaupt noch übrig bleibe; eine Prüfung in der Richtung, ob etwa der Eingriff in ein Grundrecht der Freiheit der Berufswahl nach dem sachlichen Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt geboten ist und eine zwingende Notwendigkeit darstellt, sei erst dann bedeutungsvoll, wenn vorher feststehe, daß das Grundrecht durch den Eingriff in seinem Wesensgehalt überhaupt angetastet werde. Es gehöre zwar zum Inbegriff der Grundrechte, daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürften, wenn dadurch die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet würden; denn das Grundrecht setze den Bestand der staatlichen Gemeinschaft voraus, durch die es gewährleistet sei. Solche Schranken seien dem Grundrecht immanent. Das bedeute aber nicht, daß jeder andere Eingriff das Grundrecht in seinem Wesensgehalt antaste.

Die Frage, ob ein Grundrecht durch einen gesetzlichen Eingriff in seinem Wesensgehalt angetastet wird, kann nur unter Berücksichtigung der Bedeutung und des Gewichtes des Grundrechtes beantwortet werden. Gehört das Grundrecht zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten, die die Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft bilden (Art 1 Abs 2 GrundG), so sind dem Eingriff des Gesetzgebers weit engere Grenzen gezogen,

als wenn es sich um Grundrechte handelt, denen der Gesetzgeber von seinem Standpunkt aus den besonderen Grundrechtsschutz verliehen hat. Der erkennende Senat hat bereits in seinem Gutachten I VRG 3/52 (BGHSt 4, 385 [390] = WuW 1953, 60; vgl auch I VRG 11/53 in BGHZ 11 Anhang S 34 [40 f]; darauf hingewiesen, daß das Grundrecht des Art 12 Abs 1, soweit es die freie Berufswahl und die Gewerbefreiheit verkünde, aus sich selbst heraus keineswegs übergesetzlichen Rang habe, sondern eine von mehreren möglichen Ordnungen der Wirtschaftsverfassung sei, die nur der Verfassungsgeber als solcher unter Verfassungsschutz gestellt habe. Bei solchen Grundrechten hat der Gesetzgeber einen weiteren Ermessensspielraum und der gerichtlichen Nachprüfung sind damit entsprechend engere Schranken gezogen. Gesetze können auch im Interesse einzelner Gruppen erlassen werden, sofern sie durch das öffentliche Interesse geboten sind und nicht willkürlich die schutzwürdigen Interessen anderer vernachlässigen (vgl BVerfG NJW 1954, 1235 hinsichtlich der Wirtschaftslenkungsmaßnahmen; BGHZ 15, 315 [317]).

Die AMVO hält sich im Rahmen des dem Gesetzgeber eingeräumten Ermessens. Zunächst rechtfertigen gesundheitspolizeiliche Gründe den Apothekerzwang auch der in der AMVO aufgeführten nicht rezeptpflichtigen Arzneifertigwaren. Zutreffend weist das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht darauf hin, daß dem Apotheker die Prüfung und Überwachung der Aufbewahrung und Verwendbarkeit der abzugebenden Arzneifertigwaren obliegt, wozu noch die Obliegenheit des Apothekers kommt, den Käufer über Anwendungs- und Wirkungsweise der Arzneimittel sachgemäß aufzuklären. Bei Freigabe des Verkaufes durch sonstige Einzelhändler würde diese Aufgabe Personen anvertraut werden, die - allgemein gesehen - weder die gleiche

Sachkunde noch Zuverlässigkeit wie die Apotheker besitzen und auch nicht den besonderen Überwachungsvorschriften unterliegen, denen die Apotheker unterworfen sind; bei der außerordentlich großen Zahl von Arzneifertigwaren sind für den Verkauf gründliche Vorkenntnisse insbesondere in der Chemie und Pharmakologie nicht zu entbehren, sollen eine unsachgemäße Anwendung der Mittel und die Gefahr von Verwechslungen vermieden werden. Der Apotheker ist für die Güte aller Arzneimittel verantwortlich, gleichgültig ob er sie bezogen oder selbst hergestellt hat (§ 28 der preußischen Apothekerbetriebsordnung vom 18. Februar 1902, Wilson-Blanke, Apotheken- und Arzneimittelrecht V BB 1). Ein weiterer möglicher gesundheitspolitischer Gesichtspunkt kann darin liegen, daß dem Gesetzgeber ein noch weitgehenderer Verbrauch von Arzneifertigwaren durch das Publikum, der mit der Ausdehnung auf sonstige Einzelhändler verbunden wäre, aus gesundheitlichen Gründen unerwünscht erscheint. Aber auch die Erhaltung eines leistungsfähigen Apothekerstandes mag ein Anliegen des Gesetzgebers sein, dem gesundheitspolitische Gründe und damit lebenswichtige Interessen der Allgemeinheit, nicht aber wirtschaftspolitische Erwägungen zugunsten eines einzelnen Berufsstandes zugrunde liegen. Der Apotheker erfüllt bei der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln eine Aufgabe der öffentlichen Gesundheitspflege (§ 1 der Reichsapothekerordnung vom 18. April 1937 [RGBI I, 457]), die mit besonderen, sonstige Einzelhändler nicht treffenden Aufwendungen und Pflichten verbunden ist. Der höhere Gesichtspunkt der Erhaltung eines für die Volksgesundheit lebenswichtigen Berufsstandes kann einen gesetzlichen Eingriff in die Berufsausübung rechtfertigen. Von ähnlichen Gesichtspunkten ist das Bundesverwaltungsgericht bei seiner Entscheidung über

die Gültigkeit des § 9 Abs 2 GüKG und des § 157 Abs 3 ZPO ausgegangen (NJW 1956, 723, 883). Ob solche Gefahren, die nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen sind, tatsächlich bestehen, hat nicht der Richter zu prüfen; die Prüfung und Berücksichtigung solcher Umstände liegen im Rahmen des dem Gesetzgeber eingeräumten Ermessensspielraumes. Andererseits werden Drogerien und sonstige Einzelhändler in ihrer Berufsausübung durch die Vorenthaltung apothekenpflichtiger Arzneimittel nicht so wesentlich beeinträchtigt, daß ihnen nicht ein genügend weites Betätigungsfeld für ihre Berufsausübung verbliebe. Die AMVO verstößt daher nicht gegen Art 12 Abs 1, 19 Abs 2 GrundG.

3. Verstoß gegen die Dekartellierungsgesetze.

Die Revision hält die AMVO auch nicht mit den Dekartellierungsgesetzen (britische Militärregierungsverordnung 78, amerikanisches Militärregierungs-gesetz 56) für vereinbar. Unter Berufung auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15. Juni 1951 - V ZR 86/50 - (WuW 1951, 128 [133] - NJW 1951, 836 [837]) und im Anschluß an das Gutachten von Möhring (BB 1954, 210) geht sie davon aus, daß die Dekartellierungsgesetze nicht nur auf Rechtsgeschäfte, sondern auch auf Gesetze anwendbar seien, die Wettbewerbsbeschränkungen enthalten. Wollte man, so meint die Revision, die AMVO als ein Gesetz ansehen, das aus gewerbe- und medizinalpolitischen Gründen eine Handelsbeschränkung bezwecke, so komme es darauf an, ob die Regelung unter Anwendung der Grundsätze der rule of reason als vernünftig angesehen werden könne. Dies sei aber zu verneinen, da sie in dem zur Zeit gültigen Umfang nicht aus einem das öffentliche Interesse an möglichst freiem Wettbewerb überwiegendem öffentlichen Interesse, z.B. der Volksgesundheit, heraus gerechtfertigt sei.

Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß der vorliegende Rechtsstreit keinen Anlaß gibt, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob etwa die Dekartellierungsgesetze Wettbewerbsbeschränkungen, die auf gesetzlicher Grundlage beruhen, allgemein aufgehoben haben. Wie auch die Revision nicht verkennt, sind jedenfalls nicht alle gesetzlichen Regelungen, die den freien Wettbewerb beschränken, aufgehoben. Bezweckt eine gesetzliche Regelung, wie die AMVO, den Schutz der Volksgesundheit, so wird sie von den Dekartellierungsgesetzen nicht deswegen berührt, weil sie zur Durchführung dieses Zweckes den freien Wettbewerb beschränkt hat. Besteht ferner ein überragendes öffentliches Interesse an der Erhaltung eines Berufsstandes, weil diesem Aufgaben der öffentlichen Gesundheitspflege obliegen, deren Erfüllung auf andere Weise nicht genügend gewährleistet ist, so kann die teilweise Ausschaltung des Wettbewerbs anderer Berufsgruppen dann nicht als unzulässige und ungerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden, wenn die wettbewerbliche Vorzugsstellung des begünstigten Berufsstandes sich auf sein eigentliches Sachgebiet beschränkt. Die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln ist von jeher das ureigentliche Arbeitsgebiet der Apotheker gewesen. Kann dieser Berufsstand für die öffentliche Gesundheitspflege nicht entbehrt werden, so muß er auch in seiner Existenz geschützt werden. Der Schutz der Gewerbe-freiheit steht nicht über dem Schutz der Volksgesundheit. Das galt schon zur Zeit des Erlasses der Gewerbeordnung; daran haben die Dekartellierungsgesetze nichts geändert. Auch hier ist es Sache des Gesetzgebers, die Voraussetzungen und Grenzen eines solchen Schutzes zu bestimmen. Zutreffend hat die Revision darauf hingewiesen, daß die im wesentlichen gleichen Gesichtspunkte, die für die Fra-

ge der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz eine Rolle spielen, auch für die Frage des Verstoßes gegen die Dekartellierungsgesetze gelten, sofern diese überhaupt auf gesetzliche Regelungen angewendet werden können. Diese Gesichtspunkte vermögen aber, wie unter 2 ausgeführt, die Schlußfolgerungen der Revision nicht zu tragen.

Für den vorliegenden Rechtsstreit ist es bedeutungslos, ob Absprachen, die eine Apothekervereinigung zur Sicherstellung des Apothekerzwangs für Arzneimittel trifft, nach den Dekartellierungsgesetzen verboten sind.

Wenn die Revision schließlich geltend macht, das Grundrecht der freien Berufsausübung und der Grundsatz der Gewerbefreiheit müßten zu einer einengenden Auslegung der AMVO führen, so braucht hierzu nicht Stellung genommen zu werden, da es sich in dem vorliegenden Rechtsstreit nicht um den Vertrieb einzelner Arzneimittel, sondern um die generelle Anwendung der AMVO handelt. Die von der Revision vertretene enge Auslegung kann jedenfalls nicht die Freistellung der Arzneifertigwaren im allgemeinen vom Apothekerzwang rechtfertigen.

4. Endlich vermag auch die erbetene Nachprüfung, ob die Arzneimittelverordnung nicht gemäß § 34 Abs 1 des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes (vgl auch § 26 des Gesetzes über die Organisation und Zuständigkeit der Polizei im Lande Nordrhein-Westfalen vom 11. August 1953, GVBl 330) 30 Jahre nach ihrem Erlass außer Kraft getreten sei, der Revision nicht zum Erfolg zu verhelfen. Ein Landesgesetz vermag Reichs- oder Bundesrecht nicht außer Kraft zu setzen. Im Bundesgebiet besteht keine entsprechende Vorschrift, die preußische Vorschrift bringt auch keinen allgemein verbindlichen, außerhalb ihres Geltungsbereiches geltenden Rechtsgedanken zum Ausdruck.

Es ist demnach verboten, Arzneimittel, die unter die AMVO fallen, im Einzelhandel außerhalb der Apotheken feilzuhalten und zu verkaufen. Dieses Verbot ist durch § 367 Abs 3 Nr 3 StGB auch unter Strafe gestellt.

III. Das Berufungsgericht begründet seine Auffassung, die Beklagte habe durch Lieferung apothekenpflichtiger Arzneimittel an Drogisten gegen § 1 UnlWG verstoßen, wie folgt:

Die Beklagte, die für sich und die Drogisten das Recht in Anspruch nehme, diese Arzneimittel ohne jede Einschränkung frei verkaufen zu können, gehe selbst davon aus, daß ihre Kunden die beanstandeten Lieferungen an die Verbraucher bereits veräußert hätten oder, soweit das noch nicht geschehen sein sollte, zu einer Veräußerung bereithielten, also feilhielten. Die Drogisten Z [REDACTED] und L [REDACTED] machten sich eines unlauteren Wettbewerbs nach § 1 UnlWG schuldig; denn ein Wettbewerbsverstoß liege immer vor, wenn der Handelnde sich bewußt zu Wettbewerbszwecken über ein Gesetz hinwegsetze. An diesem unlauteren Wettbewerb ihrer Kunden nehme die Beklagte durch ihre Lieferungen teil. Es sei in gleichem Maße verwerflich, seinen eigenen Wettbewerb auf wettbewerbsfremden Handlungen dritter Personen aufzubauen. Damit begehe die Beklagte eigenen unlauteren Wettbewerb.

Die Revision bekämpft diese Ansicht. Sie meint, das Berufungsgericht habe es an jeder positiven Feststellung fehlen lassen, daß die Abnehmer der Beklagten tatsächlich die gelieferten Gegenstände in einer gegen die AMVO verstoßenden Weise veräußert hätten. Auch stelle eine etwaige Verletzung der AMVO durch Drogisten keinen Verstoß gegen die guten Sitten, sondern lediglich eine Ordnungswidrigkeit dar. Die Beklagte nehme nicht am Wettbewerb ihrer Kunden teil, noch baue sie ihren eigenen Wettbewerb

auf dem unlauteren Wettbewerb ihrer Abnehmer auf.

Der Revisionsangriff ist nicht begründet. Der von der Revision vermißten Feststellung bedurfte es nicht. Die Beklagte hat für sich das Recht in Anspruch genommen, apothekenpflichtige Arzneimittel an Drogisten als Einzelhändler auch dann liefern zu dürfen, wenn diese die Arzneimittel im Einzelhandel an Verbraucher abgäben. Dies genügt, um das Rechtsschutzbedürfnis für die Unterlassungsklage zu bejahen.

Auch die Sittenwidrigkeit hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß angenommen. Zwar kann zugegeben werden, daß nicht in jeder Verletzung eines Gesetzes oder eines behördlichen Verbotes (RGZ 166, 315) eine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UnlWG liegen muß. Werden jedoch im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes dauernd und planmäßig Vorschriften verletzt, die aus Gründen der Volksgesundheit erlassen sind, so widerspricht dies regelmäßig den Anschauungen des verständigen durchschnittlichen Gewerbetreibenden. Dies gilt insbesondere auch bei einem Verstoß gegen die AMVO, die in Verfolgung ihres gesundheitspolitischen Hauptzweckes auch eine Regelung des Wettbewerbes nach sich zieht. Der gegenteiligen Auffassung des Reichsgerichts (RGZ 77, 217; JW 1927, 2423) vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Es ist nicht einzusehen, warum bei einer Zuwiderhandlung gegen die AMVO nur die gewerbepolizeiliche, dagegen nicht die gesundheitspolizeiliche Seite in Frage komme. Die AMVO dient in erster Linie gesundheitspolitischen und nicht gewerbepolizeilichen Zwecken. Darauf, ob alle Einzelheiten der Grenzregelung zwischen den Apotheken und den Einzelhändlern, insbesondere Drogerien, mit den Anschauungen und Bedürfnissen des Publikums schlechthin im Einklang

stehen, kann es nicht ankommen. Gewiß können die Anschauungen darüber auseinandergehen, ob bei einzelnen Arzneimitteln der Apothekerzwang gerechtfertigt ist. Dies zu regeln, ist aber Sache des Gesetzgebers. Die Ansicht, der Richter müsse hinsichtlich jedes einzelnen Arzneimittels prüfen, ob nach der Anschauung des Publikums der Apothekenzwang gerechtfertigt sei, ist unhaltbar. Es würde zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit und letzten Endes zu einer Beeinträchtigung, wenn nicht Vereitelung der gesundheitspolitisch notwendigen Maßnahmen führen, wenn jeweils für ein einzelnes Arzneimittel nach dem Grad seiner Wirkung, der Person des Herstellers, nach seiner Bekanntheit im Verkehr oder nach sonstigen Maßstäben vom Richter zu prüfen wäre, ob nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden etwa gerade dieses Arzneimittel vom Apothekerzwang hätte ausgenommen werden sollen. Vielmehr ist es unlauter, wenn ein Händler zur Vergrößerung seines Absatzes und Gewinnes sich planmäßig über eine im Interesse der Volksgesundheit geschaffene Gesamtordnung hinwegsetzt, dadurch auch mit einem Berufsstand, der lebenswichtige öffentliche Aufgaben zu erfüllen hat und dessen Existenzsicherung sich daher der Gesetzgeber im Rahmen dieser Gesamtordnung angelegen sein läßt, in einen verbotenen Wettbewerb tritt. Das an sich erlaubte Ziel der Absatz- und Gewinnsteigerung darf nicht mit Mitteln verfolgt werden, die eine planmäßige Verletzung von Vorschriften in sich schließen, die den Schutz der Allgemeinheit und der als schutzwürdig anerkannten Interessen eines Berufsstandes bezwecken (vgl. RZ 117, 16 [21 f]). Der Drogist, der apothekenpflichtige Arzneimittel an Verbraucher abgibt, verstößt daher nicht nur gegen § 367 Abs 1 Nr 3 StGB, sondern auch gegen § 1 UnlWG. Daran ändert auch nichts, wenn, wie die

Beklagte behauptet, die Mehrzahl aller Drogerien in großem oder kleinem Umfang diesem Mißbrauch folgen sollte. Es kann bei der Frage der Sittenwidrigkeit auch nicht auf die Anschauungen der Drogisten und auch nicht auf die Anschauungen der Apotheker ankommen; bei dem Widerstreit der Interessen dieser Berufsgruppen muß die Anschauung aller billig und gerecht Denkenden entscheiden (BGH GRUR 1955, 541 - Be-stattungswerbung).

Durch die Lieferung von apothekenpflichtigen Arzneimitteln an Drogisten, die diese Mittel ihrerseits an die Verbraucher wettbewerbswidrig verkaufen, fördert die Beklagte planmäßig den unlauteren Wettbewerb der Drogisten. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, der sich der Senat anschließt, daß eine Handlung, die geeignet ist, fremden Wettbewerb zu fördern, als Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs im Sinne des § 1 UnlWG anzusehen ist (z.B. RG GRUR 1930, 977; 1940, 223). Die fremde wettbewerbswidrige Handlung wird durch die Förderung zur eigenen wettbewerbswidrigen Handlung des Fördernden. Im übrigen fördert die Beklagte nicht nur fremden Wettbewerb, sondern handelt unmittelbar selbst wettbewerbswidrig, indem sie ihren eigenen Absatz dadurch zu vergrößern sucht, daß sie die Arzneimittel an Drogisten verkauft, die sie ihrerseits wettbewerbswidrig an Verbraucher abgeben; ein solcher Verkauf an Drogisten ist aber der Beklagten selbst verboten (siehe. IV).

Da die Beklagte den Apothekern gegenüber wettbewerbswidrige Handlungen vornimmt, die Klägerin nach ihrer Satzung aber unstreitig zur Wahrnehmung der Interessen der Apotheker berechtigt ist, bedarf die Frage, inwieweit das wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten auch gegenüber den Großhändlern und Drogisten, die das Gesetz beachten, der Klägerin eine Klagebefugnis einräumt, keiner Erörterung.

IV. Die Beklagte kann sich zur Rechtfertigung ihres Verhaltens, im Großhandel Drogerien mit apothekenpflichtigen Waren zu beliefern, auch nicht auf die Vorschrift des § 3 Satz 1 AMVO berufen. Diese lautet:

Der Großhandel (mit Arzneimitteln) unterliegt den vorstehenden Bestimmungen nicht.

1. Das Berufungsgericht führt hierzu aus: § 3 AMVO könne nicht dahin ausgelegt werden, daß hierdurch dem Großhandel ein ausdrückliches Recht erteilt werde, apothekenpflichtige Arzneimittel an jedermann, also auch an Einzelhändler, nach Belieben liefern zu können. Die Rechtsprechung zu dieser Frage sei zwar nicht einheitlich (vgl. Marcetius, Arzneimittelrecht 2. Aufl. S. 245 ff.). Anhand der Entstehungsgeschichte der AMVO weist das Berufungsgericht darauf hin, daß diese Verordnung sich nicht mit dem Großhandel befasse, sondern in § 3 gerade zum Ausdruck bringe, daß sie diesen nicht betreffen wolle. Aus dieser Bestimmung könnten daher keine selbständigen Freiheiten oder Rechte hergeleitet werden; sie sei nur dahin auszulegen, daß der Großhandel nicht den Apotheken vorbehalten sei. Es wäre miteinander unvereinbar, in §§ 1, 2 und 2 a die Einzelhändler, namentlich die Drogeristen, von dem Kleinhandel mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln gänzlich auszuschließen und dann gleichzeitig dem Großhandel das ausdrückliche Recht zu verleihen, an sie die Artikel zu liefern, die sie nicht einmal feilhalten dürften. Das ausschlaggebende Kriterium des Begriffes des Großhandels stelle der Verkauf an Wiederverkäufer dar. Der Großhandel sei auf dem Weg der Ware vom Hersteller zum Verbraucher lediglich ein Zwischenhändler und stehe daher im Gegensatz zum Einzelhändler, der die Ware dem Verbraucher unmittelbar zuführe. Der Einzelhandel sei kraft ausdrücklicher gesetzlicher

Vorschrift den Apotheken vorbehalten. Das binde auch den Großhändler, dem gegenüber der § 6 Abs 1 GewO gelte, wonach für den Verkauf von Arzneimitteln keine Gewerbefreiheit bestehe, sowie der § 6 Abs 2 GewO, der den Einzelhandel mit Arzneimitteln von der gesetzlichen Freigabeerklärung abhängig mache. Auch für den Großhändler dürfe der Weg vom Hersteller zum Verbraucher nur über die Apotheken als Einzelhändler führen. Der Großhändler sei daher in der Auswahl seiner Abnehmer nicht freigestellt, sondern auf den Handel mit berechtigten Wiederverkäufern, nämlich den Apotheken, beschränkt. Das Berufungsgericht hat allerdings diese Frage letzten Endes unentschieden gelassen, da die Drogerien apothekenpflichtige Arzneimittel nicht frei verkaufen dürften und die von der Beklagten ungeachtet dessen ausgeführten Lieferungen durch Förderung fremden wettbewerbswidrigen Verhaltens gegen § 1 UnlWG verstießen.

2. Demgegenüber beruft sich die Revision auf den Wortlaut des § 3 Abs 1 AMVO, der dem Großhandel das Recht gebe, zu liefern, an wen er wolle, auch an Drogisten, sofern es sich nur um Großhandelsgeschäfte handle; der Großhandel brauche sich auch nicht darum zu kümmern, an wen die Drogisten die Mittel ihrerseits verkauften. Dabei bedürfe es gar nicht der ausdrücklichen Verleihung eines solchen Rechtes, es genüge, daß durch keine Vorschrift eine solche Handlung verboten sei. Die Revision weist ebenfalls auf die bei Marcetius 2. Aufl S 245 ff abgedruckte Rechtsprechung hin und führt besonders das Urteil des Reichsgerichts in RGSt 56, 255 an, wo das Reichsgericht ausgeführt habe, daß die AMVO den Großhandel überhaupt nicht beschränke. Da der Großhandel schon immer frei gewesen sei, sei die Einschaltung des § 3 Abs 1 nicht zwecks Klarstellung geschehen - schon aus

dem Wortlaut feilhalten und verkaufen in §§ 1 und 2 ergebe sich, daß die AMVO nur auf den Kleinhandel anzuwenden sei -, der Gesetzgeber habe vielmehr mit § 3 noch etwas darüber Hinausgehendes zum Ausdruck bringen wollen; ein Verbot der Belieferung von Drogisten hätte in der Praxis Schwierigkeiten mit sich bringen können, da auch Drogerien Großhandel mit Arzneimitteln, z.B. durch Belieferung von Ärzten und Krankenhäusern, trieben und treiben dürften. Der Drogist habe so viele Möglichkeiten, die Mittel auf legalem Wege abzusetzen, daß nicht einmal eine Vermutung dafür spreche, daß er die Mittel im Einzelhandel verkaufen wolle. Für den Großhandel gelte das Prinzip der Gewerbefreiheit, zum mindesten aber sei für ihn die Landesgesetzgebung maßgebend; nach dem preußischen Apothekerreglement von 1836 sei aber schon damals der Großhandel von jeder Beschränkung frei gewesen.

3. Auch dieser Revisionsangriff kann keinen Erfolg haben. § 3 Satz 1 aaO hat, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, nur dem Zweck der Klarstellung gedient. Die erste AMVO vom 25. März 1872 (RGBl 85) enthielt lediglich zwei Paragraphen, die Bestimmungen über die Gegenstände enthielten, die ausschließlich in Apotheken verkauft werden durften. Anlässlich der Beratung über Petitionen von Drogistenvereinen in der Reichstags-sitzung vom 2. April 1873 (stenographische Berichte 1873 Bd 1 S 184 ff) hat der Berichterstatter beanstandet, daß aus der Verordnung nicht ersehen werden könne, ob sie sich auf den Großhandel oder lediglich auf den Kleinhandel beziehe, worauf der Bundeskommissar We [REDACTED] erklärte, daß der Großhandel zwischen Produzenten, Kaufleuten, Apothekern und Industriellen nicht berührt werde (im Kommissionsbericht [stenographische Berichte 1873 Bd 3 S 152] war ausgeführt, der § 2 beziehe sich lediglich

auf den Kleinhandel, nicht auf den Großhandel mit Arznei-
substanzen zwischen Produzenten, Fabrikanten, Kaufleuten
und Apothekern). Die Erklärung des Regierungsvertreters
entsprach der in den Ländern bestehenden Übung (vgl. z. B.
Nr 2 des preußischen Reglements vom 16. September/ 17. Okto-
ber 1836, PrGS 1837 S 41). Es wurde sodann ein Antrag
angenommen, die Petitionen der Reichsregierung zur Be-
rücksichtigung zu überweisen in dem Sinne, daß die Ver-
ordnung einer Revision u. a. dahin zu unterziehen sei,
das Privilegium der Apotheker in § 2 auf den Kleinver-
kehr mit dem Publikum mit gesundheitsgefährlichen Stoffen
zu Heilzwecken zu beschränken. In der zweiten AMVO vom
4. Januar 1875 (RGBl 5) wurde sodann § 3 eingefügt, der
bestimmte, daß auf den Großhandel mit Arzneimitteln die
Bestimmungen dieser Verordnung nicht Anwendung finden.

Wenn auch die AMVO auf den Großhandel keine Anwen-
dung findet, so ist damit aber nicht gesagt, daß der
Großhandel liefern könnte, an wen er wollte. Soweit in
der Rechtsprechung teilweise ein anderer Standpunkt ein-
genommen wurde, kann dem nicht zugestimmt werden. Zu-
treffend sieht das Berufungsgericht das wesentliche Merk-
mal des Arzneimittelgroßhandels darin, daß an einen Wieder-
verkäufer geliefert wird, so daß bei Lieferungen an
einen Verbraucher in der Regel Kleinhandel vorliegt.
Wenn demnach der Großhandel, regelmäßig also der Ver-
kauf an Wiederverkäufer, nicht den Bestimmungen der AMVO
unterliegt, also nicht den Apotheken vorbehalten ist,
so folgt hieraus noch nicht, daß ein Großhändler auch
von anderen einschränkenden gesetzlichen Bestimmungen,
z. B. wettbewerbsrechtlicher oder strafrechtlicher Natur,
nicht betroffen wird, sondern ohne weiteres an jeden
Wiederverkäufer liefern darf; vielmehr darf er die Arznei-

mittel nur an einen solchen Wiederverkäufer liefern, der sie selbst berechtigterweise an Dritte abgeben darf. Soweit dem Einzelhandel - außerhalb der Apotheken - der Verkauf an Verbraucher verboten ist, darf ein Großhändler nicht an einen Einzelhändler liefern, da eine solche Lieferung nur den Zweck haben könnte, dem Einzelhändler die Zuwiderhandlung gegen das Verbot zu ermöglichen. Nicht richtig ist, daß dem Großhandel die Lieferung an Ärzte und Krankenhäuser ohne weiteres offenstehe, da dem vielfach landesrechtliche Bestimmungen entgegenstehen. So bestimmt der hier einschlägige § 50 Abs 2 der preußischen Apothekenbetriebsordnung vom 18. Februar 1902 (vgl auch Runderlaß des Sozialministeriums von Nordrhein-Westfalen vom 12. Dezember 1949, Wilson-Blanke VI B g 1), daß für ärztliche Hausapotheken, für Dispensieranstalten in Krankenhäusern sowie für Krankenhausapotheken, die nicht unter Leitung eines approbierten Apothekers stehen, sämtliche Arzneimittel den Apotheken entnommen werden müssen, wobei die Apotheken des näheren bezeichnet sind. Gegen die Gültigkeit solcher landesrechtlicher Vorschriften bestehen auch heute jedenfalls insofern keine Bedenken, als für Krankenhausapotheken, die nicht Vollapotheken sind, sowie für ärztliche Hausapotheken die Bezugspflicht apothekenpflichtiger Arzneimittel aus einer öffentlichen Apotheke angeordnet ist. Damit ist die Möglichkeit, daß die von der Beklagten belieferten Drogerien die apothekenpflichtigen Arzneimittel auf legalem Wege absetzen, nur ganz ausnahmsweise gegeben. Da eine erlaubte Abgabe apothekenpflichtiger Arzneimittel durch Drogerien in der Praxis zu den seltenen

114

Ausnahmen rechnet, kann sich ein an eine Drogerie liefernder Großhändler auf diese mehr theoretische Möglichkeit nicht berufen, um dem Vorwurf zu entgehen, er fördere den ungesetzlichen Arzneimittelhandel der Drogerien. Er müßte sich in einem solchen Falle schon die Gewißheit verschaffen, daß die Drogerie die Arzneimittel in berechtigter Weise abgibt. Um jedoch auch solchen Ausnahmefällen gerecht zu werden, erschien es angezeigt, den Urteilspruch entsprechend klarzustellen:

Da die Beklagte ferner nur das Recht zur Belieferung von Drogisten, nicht auch von sonstigen Einzelhändlern, in Anspruch genommen hat, war der Urteilsausspruch entsprechend einzuschränken.

V. Zutreffend hat das Berufungsgericht dem Verwirkungseinwand, den die Beklagte unter Berufung auf ihren angeblich seit Jahrzehnten gleich gebliebenen Geschäftsbetrieb erhoben hat, nicht stattgegeben, da die AMVO nicht nur Interessen einzelner Mitbewerber, sondern Interessen der Allgemeinheit schützt. Die Revision meint, es komme darauf an, ob der Apothekenvorbehalt für die Arzneimittel, die die Beklagte an die Drogerien geliefert habe, aus Gründen des öffentlichen Interesses gerechtfertigt sei, was nach Ansicht der Revision nicht der Fall ist. Daß die AMVO im ganzen gesundheitspolitischen Zielen und damit dem öffentlichen Interesse dient, wurde bereits ausgeführt. Sache des Gesetzgebers und nicht des Richters ist es, darüber zu befinden, bei welchen einzelnen Arzneimitteln das öffentliche Interesse den Apothekervorbehalt rechtfertigt. Durch die Aufnahme von Arzneimitteln in die Verzeichnisse der AMVO hat der Gesetzgeber dieses öffent-

liche Interesse bejaht. Daran ist der Richter gebunden. Auf einen Besitzstand aber, der sich auf einen Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften, die im öffentlichen Interesse erlassen sind, aufbaut, kann sich die Beklagte nach Treu und Glauben nicht berufen.

VI. Da die Klage nach § 1 UnlWG begründet ist, kann dahingestellt bleiben, ob das Klagebegehren nicht auch auf Grund der aus der Verletzung der AMVO als Schutzgesetz nach § 823 Abs 2 BGB entstandenen, an die Klägerin abgetretenen Rechte von Apothekern gerechtfertigt ist. Desgleichen bedarf die Klage keiner Erörterung unter den rechtlichen Gesichtspunkten der §§ 823 Abs 1, 1004 BGB.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs 2 ZPO.

Wilde	Birnbach	Christoph
Weiß	Nörr	