

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

UWG § 1; ApothBetrO §§ 10 Abs. 3 und 11

Rezeptsammlung für Apotheker

Ein Apotheker, der Dritte - auch nur konkludent - veranlaßt, für ihn Rezepte zu sammeln, handelt berufswidrig und verstößt damit zugleich gegen § 1 UWG. Nach dieser Vorschrift kann ihm auch die Entgegennahme der auf seine Veranlassung für ihn gesammelten Rezepte in seinen Apothekenbetriebsräumen untersagt werden; § 10 Abs. 3 ApBO steht einem solchen Verbot nicht entgegen.

BGH, Urt. vom 11. Dezember 1981 - I ZR 150/79 - OLG Hamm
LG Münster

34

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 150/79

URTEIL

Verkündet am

11. Dezember 1981

Schwarz

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Apothekers Dr. Detlef L., B.-straße
R.,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

den Apotheker Werner H., M.-Apotheke, H.,
R.,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und
Dr. -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 1981
durch die Richter Alff, Dr. Zülch, Dr. Piper, Dr. Erd-
mann und Dr. Teplitzky

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird unter deren
Zurückweisung im übrigen das Urteil des 4. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Hamm vom 26. Ju-
ni 1979 im Kostenausspruch sowie insoweit auf-
gehoben, als es der Berufung des Beklagten gegen
das Verbot der absprachegemäßen Entgegennahme in
den Apothekenbetriebsräumen von dorthin gebrachten
Rezepten der im Urteilsausspruch des Landge-
richts näher bezeichneten Art stattgegeben hat.

Insoweit erhält unter Zurückweisung der Berufung
des Beklagten das Urteil der 1. Kammer für Han-
delssachen des Landgerichts Münster vom 8. Novem-
ber 1978 folgende Fassung:

Der Beklagte wird unter Androhung eines für jeden
Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzen-
den Ordnungsgeldes bis zu DM 500.000,-- oder einer
Ordnungshaft bis zu sechs Monaten verurteilt, es
zu unterlassen, gesammelte Rezepte betreffend die
Patienten des L[REDACTED]-Hospitals, R[REDACTED] des Alters-
heims M[REDACTED] ([REDACTED]) und des Rehabili-
tationszentrums M[REDACTED], R[REDACTED], von deren Leitern,
Mitarbeitern oder sonstwie beauftragten Personen



aufgrund einer Absprache zur Ausfertigung in den Betriebsräumen seiner Apotheke entgegenzunehmen oder entgegennehmen zu lassen, abgesehen von Notfällen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 1/4 und der Beklagte 3/4.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Jede der Parteien betreibt eine Apotheke in der Gemeinde R■■■■/M■■■■■■■■■■. Bis zur Eröffnung der Apotheke des Klägers im Ortsteil R■■■■-Bahnhof vor einigen Jahren war die Apotheke des Beklagten die einzige in dieser Gemeinde. In R■■■■ liegen das L■■■■-Hospital, das ein Alten- und Pflegeheim ist, ferner das Rehabilitationszentrum M■■■■■■■■■■, sowie schließlich die Kolonie M■■■■■■■■■■ (■■■■■■■■■■), ein Nichtseßhaftenheim mit Altersheim. In keinem der Heime ist ärztliches Personal angestellt. Die Heimbewohner werden von den in der Gemeinde ansässigen freipraktizierenden Ärzten ärztlich versorgt. Das L■■■■-Hospital befindet sich im Ortsteil G■■■■ R■■■■ und liegt nur wenige 100 m von der Apotheke des Beklagten entfernt. Der Ortsteil M■■■■■■■■■■, in dem sich die beiden anderen genannten Häuser befinden, ist von den Apotheken beider Parteien mehrere Kilometer entfernt; die Entfernung zur Apotheke des Klägers ist größer als die zur Apotheke des Beklagten. Die Apotheken der Parteien liegen ihrerseits mehrere Kilometer voneinander entfernt.

Früher sammelten wiederholt in den beiden in M [REDACTED] [REDACTED] gelegenen Heimen die dort behandelnden Ärzte die Rezepte der Patienten und brachten sie zur Apotheke des Beklagten oder ließen sie dorthin bringen. Nach Eröffnung seiner Apotheke wies der Kläger diese Ärzte darauf hin, daß das Einsammeln der Rezepte durch sie unzulässig sei. Daraufhin nahmen Ende 1977/Anfang 1978 die ortsansässigen Ärzte davon Abstand, von Patienten eingesammelte Rezepte persönlich bei dem Beklagten zur Ausfertigung abzuliefern oder aber vom Beklagten bzw. dessen Mitarbeitern oder Boten bei ihnen abholen zu lassen.

Dennoch wurden dem Beklagten weiterhin gesammelte Rezepte der Bewohner des Rehabilitationszentrums M [REDACTED] [REDACTED] und der Kolonie M [REDACTED] vorgelegt. Diese Rezepte wurde ihm entweder von Mitarbeitern der beiden Heime zur Belieferung überbracht oder aber von ihm selbst oder seinen Mitarbeitern in diesen beiden Heimen abgeholt. Dem Beklagten wurde von den Leitern der beiden in M [REDACTED] gelegenen Heime Zusammenstellungen der jeweiligen Heimbewohner, die keine Rezeptgebühren zu zahlen haben, ausgehändigt. Eine solche Liste ist dagegen dem Kläger, wie dieser behauptet, trotz seiner Bitte von den Heimleitungen nicht zur Verfügung gestellt worden.

Der Regierungspräsident in Münster erteilte dem Kläger durch Bescheid vom 28. Mai 1979 gem. § 11 der Apothekenbetriebsordnung (im folgenden: ApBO) die Erlaubnis, bis zum 30. Juni 1982 in R [REDACTED], Ortsteil M [REDACTED], eine Rezeptsammelstelle zu unterhalten. Der Kläger hat diese Sammelstelle bislang nicht eingerichtet. Der Beklagte hat um keine derartige Erlaubnis nachgesucht.

Der Kläger hat behauptet, in den drei Heimen würden die Rezepte nach wie vor aufgrund von Absprachen zwischen der jeweiligen Heimleitung und dem Beklagten gesammelt und letzterem gesammelt übergeben bzw. von ihm oder seinen Mitarbeitern abgeholt. Hierin hat der Kläger einen Verstoß gegen § 1 UWG in Verbindung mit § 11 des Apothekengesetzes (im folgenden: ApG) und § 11 ApBO gesehen.

Das Landgericht Münster hat den Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln verurteilt,

es zu unterlassen, gesammelte Rezepte betreffend die Patienten des L[REDACTED]-Hospitals R[REDACTED], des Altersheims M[REDACTED] ([REDACTED]) und des Rehabilitationszentrums M[REDACTED], R[REDACTED] von deren Leitern, Mitarbeitern oder sonstwie beauftragten Personen aufgrund einer Absprache zur Ausfertigung entgegenzunehmen oder entgegennehmen zu lassen, abgesehen von Notfällen.

Im Berufungsverfahren hat der Beklagte vorgetragen, daß die Sammlung der Rezepte in den Heimen auf Initiative der Heimverwaltungen bzw. Heimbewohner ohne entsprechende Absprache mit ihm erfolge. Die Rezeptsammlung sei aus der Sicht der Heimleitungen zweckmäßig. Darauf, daß die Rezepte nur bei ihm abgeliefert würden, habe er keinen Einfluß; es beruhe auf der verkehrsgünstigeren Lage seiner Apotheke.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat sich der Beklagte zu Protokoll verpflichtet, es zu unterlassen, Rezepte betreffend die Patienten des L[REDACTED] Hospitals R[REDACTED], des Altersheims M[REDACTED] ([REDACTED])

und/oder des Rehabilitationszentrums M■■■■■ selbst oder durch eigene Bedienstete oder sonst vom Beklagten oder seinen Bediensteten beauftragte Personen abzuholen oder abholen zu lassen. Außerdem hat er für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen dieses Versprechen dem Kläger die Zahlung einer Vertragsstrafe von 1.000,-- DM versprochen. Der Kläger hat diese Verpflichtungserklärung ohne Einschränkung angenommen, sein Klagebegehren aber unverändert weiterverfolgt.

Das Berufungsgericht hat unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter. Der Beklagte beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht hat den Klageantrag dahin ausgelegt, daß er von vornherein jede Art der Entgegennahme von Rezepten, die aufgrund von Absprachen gesammelt worden sind, unterbinden wollte und damit sowohl die Abholung von Rezepten durch den Beklagten oder seinem Mitarbeiter als auch die Entgegennahme in den Betriebsräumen umfaßte.

I. 1. Soweit die Klage demnach auf Unterlassung der Abholung der Rezepte gerichtet war, hat das Berufungsgericht sie mit der Begründung abgewiesen, daß mit der vom Kläger angenommenen Unterlassungsverpflichtungserklärung die Wiederholungsgefahr entfallen sei, da die wirksam versprochene Vertragsstrafe angemessen sei und der Kläger keine Umstände vorgetragen habe, aus denen sich

ausnahmsweise dennoch ein Interesse an der Erlangung eines Verbotstitels ergeben könnte.

2. Diese Beurteilung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß hinreichend strafbewehrte Unterlassungsvereinbarungen die im Wettbewerbsrecht grundsätzlich bestehende Vermutung der Wiederholungsgefahr entkräften und, solange nicht besondere Umstände für das Gegenteil sprechen, die Gefahr der Wiederholung der von der Unterlassungspflichtung erfaßten Handlungen entfallen lassen (vgl. BGH GRUR 1959, 544, 547 - Modenschau; GRUR 1970, 558, 559 - Sanatorium; GRUR 1978, 192, 193 - Hamburger Brauch -).

Den durch die einschränkungslose Aufrechterhaltung des Klageantrags auch nach Abschluß der Unterlassungsvereinbarung weiterverfolgten Teil der Klage, der auf Unterlassung auch der Abholung von gesammelten Rezepten gerichtet war, hat das Berufungsgericht demnach mit Recht abgewiesen.

II. 1. Die Abweisung im übrigen hat das Berufungsgericht wie folgt begründet:

Der von der Unterwerfungserklärung nicht erfaßte Teil des Klageantrages, der auf Unterlassung der Entgegennahme vorgesammelter und von Dritten in die Betriebsräume des Beklagten verbrachter Rezepte gerichtet sei, sei unbegründet. Dabei könne dahingestellt bleiben:

a) ob die nichtärztlichen Leiter der drei in Rede stehenden Heime und/oder die sonstigen Mitarbeiter dieser Heime, die auch während der Behandlung der Heimbewohner

durch die frei praktizierenden, in keinerlei vertraglichen Beziehungen zu den Heimen stehenden Ärzte, deren Weisungen nicht unterstellt gewesen seien, im Sinne des § 11 ApG vom 20. August 1960 zu den "anderen Personen, die sich mit der Behandlung von Krankheiten befassen" oder zu "den Personen und Institutionen des Gesundheitswesens" im Sinne des § 6 der Berufsordnung für Apotheker der Apothekerkammer Westfalen-Lippe vom 6. Dezember 1978 zählten, also auch nicht Partner von Absprachen über das Sammeln von Rezepten sein dürften;

b) ob in einer in den Apothekenbetriebsräumen erfolgten Entgegennahme abredegemäß von Dritten in Alten- und Pflegeheimen sowie Rehabilitationszentren gesammelter Rezepte eine Umgehung des in § 11 der ApBO festgelegten Bestimmungen über Rezeptsammelstellen zu sehen sei;

c) ob die vorgenannten Vorschriften wettbewerbsregelnden Charakter hätten, ob also Verstöße dagegen ohne weiteres Gegenstand eines Unterlassungsanspruchs nach § 1 UWG sein könnten;

d) ob der Beklagte mit den Heimleitern der beiden in M. gelegenen Heime oder maßgeblichen Personen des L.-Hospitals in R. das Sammeln der in den Räumen dieser Heime von den frei praktizierenden Ärzten ausgestellten Rezepte ausdrücklich oder schlüssig abgesprochen habe.

Denn auch bei Vorliegen all dieser Voraussetzungen sei der Beklagte nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet gewesen, die ihm - zumindest im stillschweigenden Einverständnis der Patienten - in den Apothekenbetriebsräumen

vorgelegte Rezepte entgegenzunehmen und die verordneten Arzneimittel abzugeben. Nach § 10 Abs. 3 der ApBO seien nämlich Verschreibungen u.a. von Personen, die zur Ausübung der Heilkunde berechtigt seien - hierzu zählten unzweifelhaft die in Reken ansässigen Ärzte -, unverzüglich auszuführen. Diese Bestimmung verfolge - zumindest vornehmlich - das Interesse des Patienten an einer unverzüglichen Arzneimittelabgabe durch jede im Geltungsbereich der ApBO liegende Apotheke. Diese der Sorge um die Gesundheit der Patienten entspringende, dem Gemeinwohl dienende, bereits vom Verordnungsgeber in keiner Weise eingeschränkte Regelung gehe dem privaten Interesse der einzelnen selbständigen Apotheker - hier des Klägers - daran, daß Mitbewerber - hier der Beklagte - aus ihnen aufgrund eventuell wettbewerbswidriger Absprachen mit Dritten vorgelegten Rezepten letztlich keinen wirtschaftlichen Vorteil zögen, eindeutig vor.

Die Frage, ob ein auf das Verbot von Absprachen über das Sammeln von Rezepten und/oder von Maßnahmen, die der Einhaltung oder Durchsetzung dieser Absprachen dienen sollten, gerichtetes Begehren des Klägers Aussicht auf Erfolg hätte, brauche vorliegend nicht beantwortet zu werden. Einen dahingehenden Antrag habe der Kläger trotz der im Verhandlungstermin erfolgten Erörterung der sich insbesondere aus § 10 Abs. 3 ApBO ergebenden Problematik nicht gestellt.

2. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht hat die Bedeutung der von ihm herangezogenen Bestimmung des § 10 Abs. 3 ApBO und insbesondere das Verhältnis dieser Bestimmung zu den Vorschriften des Apothekengesetzes und zu der speziellen Vorschrift des § 11 ApBO nicht richtig erkannt.

Wie der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 17. Oktober 1980 (GRUR 1981, 282 - Apothekenbotin -) bereits entschieden hat, sind die Vorschriften, die das Berufsbild des selbständigen Apothekers als des "Apothekers in seiner Apotheke" prägen, zwingendes Recht. Im einzelnen kann dazu auf die ausführliche Begründung jenes Urteils Bezug genommen werden. Ausnahmen vom gesetzlichen Verbot einer über die Betriebsräume der Apotheke hinausgreifenden Betätigung des Apothekers sind in §§ 10 Abs. 1 Satz 2 und 11 ApBO (letztere aufgrund der Ermächtigungsnorm des § 21 ApG) abschließend und ebenfalls zwingend geregelt; auch insoweit kann auf die Entscheidungsgründe des bereits zitierten Urteils verwiesen werden. Mit dem zwingenden Charakter und der a.a.O. ebenfalls betonten und näher ausgeführten Bedeutung dieser Regelung wäre es nicht vereinbar, wenn der Apotheker aufgrund der Vorschrift des § 10 Abs. 3 ApBO gehalten oder auch nur berechtigt wäre, auch solche Rezepte entgegenzunehmen, die - wie beispielsweise in dem dem zitierten BGH-Urteil zugrunde liegenden Fall - unter Verletzung der den Apothekenbetrieb auf die Betriebsräume beschränkenden Vorschriften gesammelt worden sind. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann es daher für die Beurteilung darauf ankommen, ob und inwieweit die Rezepte außerhalb der Apotheke in vorschriftswidriger Weise gesammelt worden sind (vgl. auch BGH a.a.O.).

Da die gesetzlichen Bestimmungen - wie dargelegt - den Zweck haben, jedwede Eigeninitiative des Apothekers zur Sammlung von Rezepten außerhalb der Betriebsräume zu unterbinden, sofern sie sich nicht in der durch § 11 ApBO strikt geregelten Form einer Sammelstelle erschöpft (vgl. auch - übereinstimmend - Pfeil-Pieck-Steinbach, Apothekenbetriebsordnung, § 11 Anm. 1), hat der Beklagte durch die vom Berufungsgericht unterstellte Absprache mit Heimleitern bzw. mit nicht

näher bezeichneten Personen im Ludgerus-Hospital über das Einsammeln von Rezepten für seine Apotheke gegen §§ 1, 6 und 7 ApG sowie § 11 ApBO verstoßen. Die Veranlassung oder gar Verpflichtung Dritter zum Einsammeln von Rezepten ist - wie der Bundesgerichtshof bereits a.a.O. entschieden hat - als Einsammelnlassen eine unzulässige Betätigung außerhalb der Betriebsräume.

Die vom Beklagten behaupteten Interessen der Heimsassen bzw. der Heimverwaltungen an der Sammlung der Rezepte zur Erleichterung der Arzneiversorgung können diese Betätigung nicht rechtfertigen. Der Gesetzgeber hat gerade zu dem Zweck einer ordnungsgemäßen Arzneimittellversorgung zwingend geregelt, daß die Rezeptsammlung außerhalb der Betriebsräume nur in der Form der Rezeptsammelstelle erfolgen darf (BGH GRUR 1981, 282 - Apothekenbotin -). Nach seinen Vorstellungen werden auch die Interessen behinderter und kranker Personen in dieser Form am sichersten gewahrt. Dem Beklagten ist es unbenommen, ebenso wie der Kläger die Erlaubnis zur Einrichtung und Unterhaltung einer Rezeptsammelstelle zu beantragen, um dadurch die Arzneimittelversorgung der Heime zu erleichtern. Sofern eine solche Sammelstelle für eine Apotheke allein wirtschaftlich nicht tragbar oder sinnvoll erscheinen sollte, haben die Parteien die aus dem Fall des BGH-Urteils Apothekenbotin (a.a.O.) ersichtliche Möglichkeit, eine solche Sammelstelle gemeinsam und nach Zeiträumen alternierend zu betreiben.

Da das verbotswidrige Verhalten des Beklagten dazu dienen soll, ihm einen - gerade auch im Hinblick auf die Möglichkeiten einer Sammelstelle erkennbaren - Wettbewerbsvorsprung vor dem Kläger zu erhalten, verstößt es zugleich gegen § 1 UWG. Schon aus diesem Grunde kann das Berufungsurteil insoweit keinen Bestand haben.

Einer Aufhebung und Zurückverweisung im Hinblick auf die lediglich unterstellte Absprache bedarf es nicht, da sich letztere aufgrund der vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen auch in der Revisionsinstanz feststellen läßt.

Der im Ausspruch des Landgerichts enthaltene Begriff der "Absprache" ist gleichbedeutend mit einer Vereinbarung oder Übereinkunft und sollte einschränkend zum Ausdruck bringen, daß nicht jede Entgegennahme von Rezepten, sondern nur eine solche untersagt sein sollte, die mit den im Antrag genannten Personen vereinbart und daher geeignet war, diese zur Rezeptsammlung zu veranlassen. Eine solche Vereinbarung braucht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht ausdrücklich getroffen zu werden; sie kann vielmehr aufgrund konkludenten Verhaltens zustande kommen. Ein solches Verhalten aber ergibt sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts.

Danach hat sich der Beklagte - der auch früher schon jahrelang Rezepte entgegengenommen hatte, die von den behandelnden Ärzten selbst in einer gegen deren Berufsordnung verstoßenden Weise (vgl. BGH GRUR 1981, 280 - Apothekenbegünstigung) - gesammelt worden waren -, den Rezeptesammlern in den Heimen gegenüber nicht nur passiv verhalten und gesammelte Rezepte in seiner Apotheke entgegengenommen, sondern wiederholt selbst die gesammelten Rezepte in den Heimen abgeholt oder von seinen Angestellten abholen lassen. Spätestens in diesem aktiven Mitwirken außerhalb seiner Apothekenräume mußten die Rezeptesammler - sofern diese nicht überhaupt von vornherein auf Veranlassung des Beklagten gehandelt hatten, was offenbleiben kann - die über eine bloß stillschweigende Duldung hinausgehende Veranlassung zur Fortsetzung des Sammelns für ihn sehen. Damit ist jedenfalls konkludent eine Vereinbarung

über die Sammlung und Entgegennahme von Rezepten zustande gekommen, die den Beklagten auch bei der Entgegennahme absprachegemäß gesammelter Rezepte als Mithandelnden bei der vorschriftswidrigen Rezeptsammlung erscheinen läßt, solange er letzterer nicht in geeigneter Weise entgegentritt.

Das Verhalten des Beklagten dient auch in dieser Form dazu, sich gegenüber dem Kläger einen sicheren Wettbewerbsvorsprung zu erhalten und verstößt daher gegen § 1 UWG.

Das Berufungsurteil ist deshalb teilweise aufzuheben und die Berufung des Beklagten gegen die Verurteilung durch das Landgericht insoweit zurückzuweisen, als diese sich auf das Verbot der Entgegennahme von in seine Betriebsräume gebrachten und außerhalb dieser Betriebsräume gesammelten Rezepte bezog.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO.

Alff

Zülch

Piper

Erdmann

Teplitzky