

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

2490 033

1. Gesetz: UWG § 1

Rechtssatz: Aus § 1 UWG läßt sich ein generelles Verbot der preislich differenzierenden Behandlung der Abnehmer der gleichen Wirtschaftsstufe nicht herleiten. Eine solche unterschiedliche Preisgestaltung kann jedoch dann eine wettbewerbswidrige Preisdiskriminierung i. S. des § 1 UWG darstellen, wenn besondere erschwerende Umstände hinzutreten.

2. Gesetz: GewO § 80 Abs. 1

Rechtssatz: Die Worte "freie Vereinbarungen" in § 80 Abs. 1 GewO sind nicht dahin auszulegen, daß dadurch die Entschließungsfreiheit des Apothekers auch gegenüber den von der preisgestaltenden Marktlage ausgehenden Einflüssen habe gesichert werden sollen.

3. Gesetz: Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz) vom 25. 11. 1933 (RGBl I 1011) § 1

Rechtssatz: a) Das Rabattgesetz ist rechtsgültig.
b) Eine preisliche Sonderbehandlung des Einzelhändlers (hier: des Apothekers) durch den Hersteller oder Großhändler unterfällt nicht den einschränkenden Bestimmungen des Rabattgesetzes. In solcher preislicher Sonderbehandlung kann auch für sich allein noch nicht eine rabattgesetzlich unzulässige Mitwirkung an etwaigen dadurch ermöglichten Rabattverstößen des Einzelhändlers erblickt werden.
c) Auch ein wegen Zugehörigkeit des Letztverbrauchers zu bestimmten Verbraucherkreisen eingeräumter Sonderpreis (§ 1 Abs. 2 RabG) setzt, um vom Geltungsbereich des Rabattgesetzes erfaßt zu werden, einen vom Unternehmer (Einzelhändler) angekündigten oder allgemein geforderten Normalpreis voraus.

Stichwort: Antibiotica.

Aktenzeichen: I ZR 158/56

Urt. des BGH v. 18. April 1958 OLG Schleswig-Holstein

Handwritten: 2490 033

I ZR 158/56

Verkündet
am 18. April 1958
Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der I. [REDACTED] z. Ab. [REDACTED] u. [REDACTED]
Ar. [REDACTED] e.V., K. [REDACTED], Ho. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. die Firma O.W.G. -- Ch. [REDACTED] GmbH in K. [REDACTED]-Ha. [REDACTED],
Ko. [REDACTED] weg [REDACTED],

2. die Firma H. [REDACTED] Ha. [REDACTED] f. [REDACTED] Ä. [REDACTED], Kr. [REDACTED]-
u. A. [REDACTED] GmbH in K. [REDACTED]-Ha. [REDACTED], Ko. [REDACTED] weg [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 25. März 1958
unter Mitwirkung der Bundesrichter Prof. Dr. h. c. Wilde,
Dr. Christoph, Dr. Weiß, Dr. Spreng und Dr. Löscher

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
6. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandes-
gerichts in Schleswig vom 11. Mai 1956 wird auf Kosten
der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist ein eingetragener Verein, dessen satzungsmäßiger Zweck es ist, den ungesetzlichen Handel mit Arzneimitteln zu verhindern. Die Beklagte zu 1 stellt Arzneimittel, insbesondere Antibiotica her, die sie vornehmlich durch die Beklagte zu 2 vertreiben läßt. Gesellschafter der Beklagten zu 1 sind die Eheleute Schur, der Ehemann Schur ist zugleich der alleinige Gesellschafter der Beklagten zu 2.

Die Klägerin hat behauptet, die Beklagten hätten verschiedene apothekenpflichtige Arzneimittel, vornehmlich Antibiotica aus der Gruppe der Penicilline, ohne Einschaltung einer Apotheke an Krankenanstalten ohne Vollapotheke geliefert. Über diese Direktgeschäfte hinaus schalteten sie, wie sich aus verschiedenen - im einzelnen näher bezeichneten - Vorfällen ergebe, laufend die örtlichen Apotheken bei der Belieferung von Krankenanstalten ohne Vollapotheken auch in anderer Weise aus. Sie nahmen durch ihre Vertreter mit solchen Krankenanstalten Verbindung auf und verhandelten wegen Lieferung ihrer Medikamente. Durch Gewährung von Geld- und Naturalrabatten sowie von Sonderpreisen setzten die Beklagten dann die von ihnen ausgewählten Apotheken in die Lage, die Lieferungen an die Krankenanstalten zu den mit diesen abgesprochenen Preisen zu tätigen. Die Einkaufspreise, die die Beklagten den ausgewählten Apotheken, vornehmlich Versandapotheken, zubilligten, lägen dabei erheblich unter den allgemein geforderten Großhandelspreisen und den eigenen Listenpreisen der Beklagten. Die Krankenanstalten könnten somit die Medikamente zu Preisen erwerben,



zu denen die von den Beklagten nicht eingeschalteten örtlichen Apotheken nicht einmal einkaufen könnten.

Die Klägerin ist nicht nur der Ansicht, daß die Direktgeschäfte der Beklagten angesichts des Apothekenzwanges (Arzneimittelverordnung von 1901 und Verordnung über den Verkehr mit Arzneimitteln, die der ärztlichen Verschreibungspflicht unterliegen, vom 13. März 1941) unzulässig seien, sondern sieht auch in der vorstehend geschilderten Art der Werbung und Belieferung von Krankenanstalten ohne Vollapotheken über Apotheken einen Verstoß gegen weitere gesetzliche Bestimmungen. Im Kern laufen die umfangreichen Ausführungen der Klägerin im Rechtsstreit insoweit auf folgendes Vorbringen hinaus:

a) im Hinblick auf die den Apotheken auferlegten Lasten und Pflichten (insbesondere Unterhaltung eines breiten Lagers von Arzneien, besondere Anforderungen an die Ausbildung des Personals, Nacht- und Sonntagsdienst, aut similia-Verbot, d. h. Verbot der Abgabe anderer statt der verschriebenen Arzneien) seien in der Deutschen Arzneitaxe die Preisspannen, die Apotheken auf die Einkaufspreise aufschlagen dürften, festgesetzt worden. Dabei sei damit gerechnet worden, daß die Apotheke auch an dem überwiegenden Geschäft mit industriellen Arzneifertigwaren teilnehme, insbesondere auch an der Belieferung der Ärzte und Krankenanstalten ohne Vollapotheke. Die Deutsche Arzneitaxe sei demnach ein Schutzgesetz im Interesse der Apotheker. Bei der Lieferung über eine Apotheke zu Preisen, die alle anderen Apotheken nicht halten könnten, würden die Beklagten mithin gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB verstoßen.

b) Das Handeln der Beklagten sei sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG, weil sie aus Wettbewerbsgründen bei den den Krankenanstalten angebotenen Lieferungen eine individuelle Preisdifferenzierung gegenüber den von ihnen ausgewählten Apotheken vornehmen und sich damit in Widerspruch zu ihren allgemein veröffentlichten Apotheken-Einkaufspreisen setzen würden. Auch könne es bei dem System der Beklagten, sich in jedem Einzelfall frei in der Bestimmung der Verkaufspreise für Krankenanstalten ohne Vollapotheke bewegen zu wollen, nicht zu einem am Markte gebildeten Großhandelspreise kommen, von dem die Arzneitaxe im Interesse der Verbraucher, zu denen auch die Krankenanstalten ohne Vollapotheke und andere Großverbraucher zu rechnen seien, ausgehe. Schließlich stellten auch die von den Beklagten gewährten Preisvergünstigungen eine Preisschleuderei schwersten Ausmaßes dar, bei der die Beklagten nicht einmal mehr ihre Kosten erzielen würden.

c) Des weiteren hält die Klägerin Verstöße gegen das Rabattgesetz für gegeben. Nach § 80 GewO und § 9 RabG dürfen zwar Sondernachlässe an Krankenanstalten gegeben werden, jedoch nur, soweit sie handelsüblich seien. Die Rabattsätze und Sonderpreise der Beklagten seien jedoch nicht handelsüblich. Wenn auch das Rabattgesetz nur für die Einzelhandelsstufe, also die Handelsbeziehungen zwischen Apotheken und Krankenanstalten ohne Vollapotheke gelte, so könnten die Beklagten jedoch als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen oder als mittelbare Täter gegen das Rabattgesetz verstoßen, wenn die abgebende Apotheke einen derartigen Verstoß begehe.

d) Das Vorgehen der Beklagten mit ihrer Bevorzugung einer Versandapotheke, die sie allein an ihrer radikalen

Preissenkung gegenüber den sonst geforderten Preisen teilnehmen lasse, sei auch, so meint die Klägerin schließlich noch, kartellrechtlich unzulässig.

Die Klägerin hat hiervon ausgehend in der ersten Instanz folgende Anträge gestellt:

- I. a) Den Beklagten wird verboten, Ärzten und Krankenanstalten ohne Vollapotheke apothekenpflichtige Arzneimittel zur unmittelbaren Lieferung oder im Eigenversand anzubieten, oder aus sonstigem Anlaß solche Arzneimittel Ärzten oder Krankenanstalten ohne Vollapotheke zu verkaufen oder in einer den Handelsverkehr ersetzenden Weise körperlich zu überlassen.
- I. b) Den Beklagten wird verboten, bei der Werbung und beim Anpreisen ihrer apothekenpflichtigen Arzneimittel in Krankenanstalten ohne Vollapotheke oder bei anderer Gelegenheit diesen Anstalten Einkaufspreise und Einkaufsbedingungen anzubieten oder einzuräumen, die von den veröffentlichten Listenpreisen der Beklagten abweichen, abgesehen von handelsüblichen Rabattsätzen, die die Apotheken gemäß Vereinbarung ihrer Verbände mit Krankenhausverbänden den Krankenanstalten einräumen, wobei der Apothekenrabatt als solcher von den Beklagten zu bezeichnen ist.
- I. c) Den Beklagten wird verboten, den Einkauf ihrer apothekenpflichtigen Arzneimittel zu den nach I b) verbotenen Preisen und Bedingungen Krankenanstalten ohne Vollapotheke

dadurch zu ermöglichen, daß sie einzelnen Apotheken Großhandelspreise gewähren, die von den veröffentlichten Listenpreisen und allgemein geforderten Großhandelspreisen der Beklagten abweichen.

I. d) Den Beklagten wird verboten, Krankenanstalten ohne Vollapotheke für den Fall des Bezuges der apothekenpflichtigen Arzneimittel der Beklagten über bestimmte einzelne Apotheken die Lieferung von Naturalrabatten an diese Krankenanstalten über solche bestimmten einzelnen Apotheken zu vermitteln oder zuzusichern.

II. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung wird den Beklagten eine Geldstrafe von DM 2 000,- angedroht.

Ferner hat die Klägerin gebeten, ihr die Veröffentlichungsbefugnis hinsichtlich des Urteils zuzuerkennen.

Die Beklagten haben den Klageanspruch gemäß Klageantrag I a) für den Fall, daß das Gericht die Klagebefugnis der Klägerin bejahe, unter Verwahrung gegen die Kostenpflicht anerkannt. Das Landgericht hat daraufhin insoweit Anerkennnisurteil unter Vorbehalt der Kostenentscheidung erlassen. Im übrigen haben die Beklagten beantragt, die Klage abzuweisen.

Zur Begründung dieses Antrages haben sie zunächst ausgeführt, die Klägerin sei nur insoweit klagebefugt, als sie Ansprüche auf das Gesetz gegen den unlauteren

Wettbewerb und das Rabattgesetz stütze, dagegen nicht, soweit sie die Verletzung eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB behauptete. Außerdem haben sie geltend gemacht, die Klage sei, soweit sie gegen die Beklagte zu 1 gerichtet sei, schon deshalb nicht begründet, weil diese Beklagte nur herstelle und mit dem Vertrieb der Erzeugnisse nichts zu tun habe. Den Absatz der Erzeugnisse überlasse diese Beklagte der Beklagten zu 2. In materiell-rechtlicher Hinsicht haben die Beklagten weiter ausgeführt, bei der Arzneitaxe handele es sich nicht um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, vielmehr nur um eine bloße Höchstpreisvorschrift. Unlauteres Verhalten habe ihnen gegenüber den Apotheken, ihren Kunden, fernegelegen. Es sei auch nicht richtig, daß eine oder bestimmte Apotheken bevorzugt worden seien. Die Werbung der Beklagten zu 2 habe sich im Rahmen des bei der Pharmazeutischen Industrie Üblichen gehalten. Die Werbung seitens der Hersteller erfolge zunächst durch deren wissenschaftliche Mitarbeiter, die versuchten, frei praktizierende Ärzte und Krankenhausärzte dazu zu bewegen, die betreffende Arznei zu verordnen. Wenn es gelinge, den Krankenhausarzt dafür zu gewinnen, daß er die Arznei als erfolgversprechend für die vorgesehene Therapie anerkenne, werde der Chefarzt den Verwaltungsleiter oder die Apothekenschwester anweisen, das Erzeugnis zu beziehen. Nun suche der wissenschaftliche Mitarbeiter oder der Vertreter die Verwaltung auf, um zu erfahren, von welcher Apotheke sie das Erzeugnis beziehen wolle. Hierbei werde naturgemäß über den Preis verhandelt. Dabei erwarte die Verwaltung, daß der werbende Hersteller die Preise der Mitbewerber halten könne. Wenn Apotheken von der Verwaltung benannt würden, setze sich der Vertreter mit diesen in Verbindung und erkläre dort, daß

das betreffende Krankenhaus das Erzeugnis verwenden wolle, wenn es zu dem mit dem Krankenhaus besprochenen Preis verkauft werde. Mit dem Apotheker werde daraufhin dessen Gewinnspanne ausgehandelt. Wenn der Apotheker glaube, auf der Höchstgewinnspanne der Arzneitaxe bestehen zu müssen, würden die Verhandlungen abgebrochen, da es genügend Apotheken gebe, die es vorzögen, auch mit geringerer Gewinnspanne tätig zu sein. Es treffe also nicht zu, daß die Beklagte zu 2 nur formal über einen ihr willfähigen Apotheker abrechne. Sie gestehe vielmehr jeder örtlichen Apotheke das Recht zu, die Belieferung zu den gewährten Sonderpreisen einschließlich einer Verdienstspanne zu übernehmen, die der geringsten von einem anderen Apotheker zugestandenen Verdienstspanne entspreche. Ihnen sei es, so haben die Beklagten weiter ausgeführt, nur um die eigene Behauptung im Klinikgeschäft gegenüber den eigenen Wettbewerbern zu tun. Gerade auf dem Gebiete der Antibiotica sei der Wettbewerb außerordentlich groß. Die Übererzeugung von Antibiotica in Deutschland habe im Laufe der letzten Jahre zu einer wesentlichen Herabsetzung der Preise geführt. Es sei auch nicht richtig, daß die Art ihrer Werbung zu einer Täuschung des Publikums führe. Sie, die Beklagten, hätten nicht etwa ihre Preise vorher heraufgesetzt, um dann einen verlockend erscheinenden Rabatt zu gewähren. Sie hielten ihre Listenpreise auch nicht nur zum Schein aufrecht, sondern diese seien weiterhin als ihre Großhandelspreise und Apothekeneinkaufspreise gültig und würden wegen der besonderen Wettbewerbslage im Klinikgeschäft und der geschilderten Übung der Mitbewerber nur in diesem Geschäft unterschritten, wo sich eigene Klinikpreise gebildet hätten. Die Beklagte zu 2 habe schließlich auch, so machen die Beklagten weiter geltend,

keine Vorschrift des Rabattgesetzes verletzt. Durch dieses Gesetz seien sie nicht gehindert, mit den Apotheken Preise unter der Apothekenpreisliste zu vereinbaren. Im Bereich des Klinikgeschäftes würden - von den heute infolge der Normalisierung der Verhältnisse praktisch erledigten Naturalrabatten abgesehen - keine Rabatte, sondern besondere Preise gewährt. Auch den Apotheken seien nach § 80 Abs. 2 Satz 2 GewO freie Vereinbarungen gestattet.

Allgemein haben die Beklagten noch ausgeführt, die Klageanträge liefen darauf hinaus, die Beklagte zu 2 zu zwingen, im Klinikgeschäft für ihre Präparate die gleichen Preise zu nennen, wie sie für die letztverbrauchenden Ärzte in Geltung seien, und das auch dann, wenn die Wettbewerber billiger seien. Der Beklagten zu 2 solle also der Wettbewerb mit ihrer Konkurrenz verboten werden. Damit aber würde ihr das gesamte Klinikgeschäft entzogen werden. Dementgegen müsse der Beklagten zu 2 das Recht zustehen, den Apotheken Preise zu gewähren, die es einerseits diesen ermöglichten, Lieferungen im Klinikgeschäft auszuführen und die es andererseits der Beklagten zu 2 erlaubten, mit den übrigen Herstellern Schritt zu halten.

Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Es hat den Beklagten verboten:

1. bestimmten einzelnen Apotheken Großhandelspreise zu gewähren, die von den veröffentlichten Listenpreisen und allgemein geforderten Großhandelspreisen der Beklagten abweichen, es sei denn, daß der gewährte Preis den Apotheken am Orte allgemein zugestanden wird.

2. Krankenanstalten ohne Vollapotheke die Lieferung von Naturalrabatten durch bestimmte einzelne Apotheken zu vermitteln oder zuzusichern, es sei denn, daß die Lieferung der Naturalrabatte auch durch andere Apotheken am Orte erfolgen kann.

Im übrigen hat es die Klage abgewiesen und die Kosten zu 6/7 den Beklagten, zu 1/7 der Klägerin auferlegt.

Mit der gegen dieses Urteil eingelegten Berufung haben die Beklagten beantragt, die Klage in vollem Umfange abzuweisen. Hilfsweise haben sie beantragt, die Verurteilung unter Abänderung der Kostenentscheidung auf folgendes Verbot an die Beklagte zu 2 zu beschränken:

der Beklagten zu 2 - evtl. den Beklagten - wird bei Meidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe verboten, die Belieferung von Krankenanstalten ohne Vollapotheke mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln zu besonderen, von ihren veröffentlichten Listenpreisen abweichenden Klinikpreisen davon abhängig zu machen, daß sich die Krankenanstalten dazu einer bestimmten einzelnen, von der - evtl. den - Beklagten empfohlenen Apotheke bedienen.

Die Klägerin hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Außerdem hat sie Anschlußberufung eingelegt und folgende Anträge gestellt:

1. Den Beklagten bei Vermeidung einer für jedes Zuwiderhandeln festgesetzten oder noch festzusetzenden Geldstrafe von DM 2 000,- ohne Einschränkung zu verbieten,
 - a) bestimmten einzelnen Apotheken Großhandelspreise für apothekenpflichtige Arzneimittel, die an Krankenanstalten ohne Vollapotheke oder an andere Großabnehmer weiter verkauft werden sollen, zu gewähren, die von den veröffentlichten Listenpreisen und den allgemein geforderten Großhandelspreisen der Beklagten abweichen,
 - b) bestimmten einzelnen Apotheken beim Bezug von apothekenpflichtigen Arzneimitteln, die an Krankenhäuser ohne Vollapotheke oder an andere Großabnehmer weiter verkauft werden sollen, einen Naturalrabatt zu gewähren, wenn dieser nicht in der veröffentlichten Preisliste der Beklagten vorgesehen und Krankenanstalten ohne Vollapotheke oder anderen Großabnehmern nicht allgemein zugestanden wird,
2. den Beklagten ferner bei Vermeidung einer für jedes Zuwiderhandeln festgesetzten oder noch festzusetzenden Geldstrafe von DM 2 000,- zu verbieten,
 - a) beim Anpreisen ihrer apothekenpflichtigen Arzneimittel, insbesondere beim Werben dafür, Krankenanstalten ohne Vollapotheke und anderen Großabnehmern solche von Apotheken einzu-

räumende Einkaufspreise oder Einkaufsbedingungen anzukündigen, die von den veröffentlichten Einkaufspreisen oder Einkaufsbedingungen der Beklagten abweichen, es sei denn, daß es sich um diejenigen Rabattsätze handelt, die die Apotheken gemäß den §§ 375, 376 RVO den Sozialversicherungsträgern und Ersatzkassen einräumen und den Krankenanstalten gewähren, wobei aber der Apothekenrabatt als solcher zu bezeichnen ist,

- b) jedenfalls aber bei der zu a) bezeichneten Anpreisung oder Werbung einzelne von ihr ausgewählte Apotheken als Lieferapotheken mit oder ohne Angabe der Konsumentenpreise zu empfehlen.

Die Beklagten haben beantragt, die Anschlußberufung zurückzuweisen.

Das Berufungsgericht hat unter Abänderung des Urteils des Landgerichts die Klage abgewiesen, soweit ihr nicht durch das Anerkenntnisurteil des Landgerichts stattgegeben worden ist. Die Anschlußberufung der Klägerin wurde zurückgewiesen. Die Kosten des ersten Rechtszuges wurden zu $\frac{1}{4}$ den Beklagten als Gesamtschuldner, die übrigen Kosten des Rechtsstreits wurden der Klägerin auferlegt.

Die Klägerin beantragt mit ihrer Revision die Zurückweisung der Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts mit der Maßgabe, daß die Urteilsformel die in dem Antrag der Anschlußberufung der Klägerin erbetene Fassung erhält. Die Beklagten bitten um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Im Streite stehen noch die Verkaufsgepflogenheiten der Beklagten beim Handel mit Kliniken ohne Vollapotheke und anderen Großabnehmern, bei dem Apotheken zwischengeschaltet sind, dagegen nicht mehr die von der Klägerin behaupteten Direktlieferungen der Beklagten an Kliniken. Insoweit ist der Rechtsstreit durch das Anerkenntnisurteil des Landgerichts erledigt.

I. Soweit die Klägerin ihre Unterlassungsansprüche auf Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und das Rabattgesetz stützt, ist sie gemäß § 13 Abs. 1 UWG, 12 RabG klageberechtigt. Diese Gesetzesbestimmungen haben zur Voraussetzung, daß der den Unterlassungsanspruch erhebende Verband satzungsgemäß gewerbliche Interessen fördert, und daß er als solcher in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen kann. Daß diese Voraussetzungen bei der Klägerin gegeben sind, hat der Senat bereits in einem anderen, von der Klägerin geführten Rechtsstreit entschieden (Urt. vom 12. Juli 1957 - GRUR 1957, 606 - Heiltee). Die weitere Frage, ob die Klägerin auf Grund ihrer Satzung aus dem Gesichtspunkt der sogenannten gewillkürten Prozeßstandschaft zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen auch insoweit berechtigt ist, als solche Ansprüche lediglich auf die §§ 823, 1004 BGB gestützt werden, kann auf sich beruhen.

II. Das Berufungsgericht hat zunächst festgestellt, daß die Beklagten für den Handel mit Kliniken ohne Vollapotheke Freise für ihre Präparate von den eingeschalteten Apotheken fordern, die erheblich unter den Apothekeneinkaufspreisen

nach den gedruckten Preislisten der Beklagten liegen. So haben die Beklagten z. B. nach den ohne Rechtsverstoß getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichtes einer Klinik in Göttingen Monocillin, Duocillin, Duocillin "SP" und Lucillin auf Grund handgeschriebener Zusätze in der Preisliste II/A 1952 der Beklagten zu 1 zum Preise von DM 2,85 je Mega oder Million Internationale Einheiten angeboten, während die gedruckten Apothekereinkaufspreise dieser Liste DM 5,70 bis 7,03 betrugen. Das in der Liste enthaltene Präparat Ambocillin wurde mit 50 % Naturalrabatt und somit im Ergebnis mit DM 2,04 je Flasche angeboten, während der gedruckte Apothekereinkaufspreis DM 3,67 betrug. Aus einer an die Beklagte zu 1 gerichteten Bestellkarte einer Apotheke in Riedenburg vom 16. September 1955 ergibt sich, daß an diese Apotheke für das Krankenhaus in Riedenburg 2 x 25 Ampullen Duocillin á 400 000 E für DM 1,95 je Mega geliefert wurden, während der Apothekereinkaufspreis nach der Preisliste I/G 1955 der Beklagten zu 1 DM 6,73 je Mega betrug.

Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, daß Krankenanstalten ohne Vollapotheke auch von anderen Arzneimittelherstellern Preise für Antibiotica verrechnet wurden, die unter den in den Preislisten der Beklagten angegebenen Apothekereinkaufspreisen lagen. Als Indiz hierfür hat das Berufungsgericht auf Preislisten verwiesen, die zwischen der Arbeitsgemeinschaft der Verbände der reichsgesetzlichen Krankenkassen in Niedersachsen und der Nordwestdeutschen Krankenhausgesellschaft (sog. Niedersachsenliste 1955) sowie zwischen der Hessischen Krankenhausgesellschaft und den Landesverbänden der Ortskrankenkassen

und ähnlichen Kassen vereinbart worden sind. Außerdem hat das Berufungsgericht an Hand verschiedener Einzelfälle festgestellt, daß die Beklagten bei ihrer Preisgestaltung nicht vereinzelt dastehen, daß vielmehr auch andere Hersteller von Antibiotica, darunter Firmen von Weltruf, im Klinikgeschäft für Antibiotica Preise berechnen, die ebenso wie die der Beklagten sehr erheblich unter den in den Grosso-Preislisten der betreffenden Firmen enthaltenen Apotheken-einkaufspreisen liegen.

III. Das Berufungsgericht hat zunächst geprüft, ob ein Verstoß der Beklagten gegen § 1 UWG vorliegt. Es meint insoweit einleitend, es liege auf der Hand, daß die unterschiedlichen Preise für Antibiotica, nämlich einerseits die verhältnismäßig niedrigen Preise bei der Abgabe seitens der angesprochenen Apotheke an die Kliniken und andererseits die doppelt so hohen oder noch höheren Preise beim Verkauf von Apotheken an Ärzte oder Privatpatienten, Unruhe und Mißverständnisse bei den betreffenden Kreisen hervorrufen könnten. Ärzte und andere Verbraucher seien geneigt, die Schuld an den nach ihrer Auffassung zu hohen Preisen den Apotheken zuzumessen, wenn sie von den doppelten Preisen erführen, ohne die Gründe dafür, nämlich die verschiedenen Einkaufspreise derselben Ware, zu kennen. Die Klägerin wolle den sicherlich unerwünschten Zwiespalt beim Absatz der Antibiotica durch eine Bindung der Beklagten an deren Listenpreise lösen. Damit halte sie den in diesen Listen von den Beklagten angegebenen Apothekenverkaufspreis für den eigentlichen und einzig richtigen Preis dieser Ware, die Preise bei der Abgabe an Kliniken dagegen für unzulässige Schleuderpreise. Grundsätzlich sei aber, so führt das Berufungs-

gericht weiter aus, der Großhändler und der Erzeuger bei der Preisbestimmung frei. Ob einer der wenigen Ausnahmefälle vorliege, bei denen von dieser Freiheit mißbräuchlich Gebrauch gemacht werde, hänge von der Vorfrage ab, ob nur der in den Listen der Beklagten gedruckte Preis oder ob auch ihr (niedrigerer) Preis für die Antibiotica beim Absatz an die bei den Kliniklieferungen eingeschalteten Apotheken als ein richtiger und zulässiger Preis anzusehen sei. Treffe letzteres zu, so könne ein Warenumsatz zu dem niedrigeren Preis nicht als Preisschleuderei angesehen werden.

Von der Erwägung ausgehend, daß ein Preis dann wirtschaftlich gerechtfertigt sei, wenn er sich auf dem freien Markt im Rahmen eines gesunden Leistungswettbewerbes aus Angebot und Nachfrage ergebe, prüft das Berufungsgericht, ob es sich bei den Klinikpreisen der Beklagten um solche Preise handele. Es gelangt zu dem Ergebnis, das seit Anfang 1952 bestehende starke Angebot von Antibiotica auf dem Weltmarkt, die aufkommende inländische Erzeugung und der verschärfte Druck derjenigen Abnehmer, die Kenntnis von dieser Entwicklung erhielten, hätten zunächst durch Gewährung außergewöhnlich hoher Naturalrabatte, die noch von den gedruckten Preislisten ausgegangen seien, zu geringeren Effektivpreisen und schließlich - unter Abkehr von dieser Regelung des Naturalrabattes - zu denjenigen Preisen geführt, die jetzt durchweg für die Antibiotica im Klinikgeschäft gefordert würden. Diese Klinikpreise seien daher, so meint das Berufungsgericht, echte im Kampf von Angebot und Nachfrage zustandegewordene Preise, die auch noch eine Deckung der Gestehungskosten der Beklagten zuließen. Im Verhalten der

Beklagten liege daher, soweit es sich um die Forderung der Klinikpreise handele, keine Preisschleuderei, auch sonst kein Verstoß gegen die guten Sitten und kein unlauterer Wettbewerb.

Der Revision, die die Frage, ob die Klinikpreise gerechtfertigt seien, nicht für entscheidend hält, ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht bei seinen Erörterungen, ob es sich bei dem Klinikpreis der Beklagten um einen "richtigen und zulässigen" Preis handelt und der Verkauf zu dem niedrigeren Klinikpreis als Preisschleuderei anzusehen ist, von einem unrichtigen Ausgangspunkt ausgegangen ist. Den Beklagten ist nicht vorgeworfen worden, ihre eigenen Mitbewerber, d. h. die übrigen Hersteller und Importeure von Antibiotica durch systematisches Preisschleudern, insbesondere durch Preisangebote, die den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht entsprechen, vom Markte zu verdrängen oder sich gefügig zu machen. Nach dem Vorbringen der Klägerin konnte es sich vielmehr zunächst nur um die Frage handeln, ob die Beklagten durch die Gewährung der sog. Klinikpreise an die in den Absatz an Krankenanstalten ohne Vollapotheke eingeschalteten Apotheken die übrigen Apotheken, deren Interessen die Klägerin wahrnimmt, sittenwidrig unterschiedlich behandelt (diskriminiert) haben. Die Fragestellung zur Lösung des Problems, wie das Verhalten der Beklagten zu beurteilen ist, mußte daher davon ausgehen, ob die Beklagten durch Unterbietung ihrer eigenen Preise in der Weise, daß sie einzelnen Apotheken Sonderpreise gewähren, gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbes verstoßen. Bei dieser Problemstellung aber konnte der Gesichtspunkt, ob es sich

bei dem Klinikpreis der Beklagten um einen marktgerechten Preis handelt, nicht von entscheidender Bedeutung sein.

Bei der Beantwortung der Frage, ob die unterschiedliche Preisgestaltung eines Unternehmens gegenüber Abnehmern der gleichen Abnehmergruppe einen Wettbewerbsverstoß darstellt, ist zunächst davon auszugehen, daß es - soweit nicht Sonderbestimmungen entgegenstehen - einem Unternehmen im Rahmen einer marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung grundsätzlich freisteht, seine Preisgestaltung in eigener Verantwortung vorzunehmen. Es ist ihm daher auch unbenommen, von seinen von ihm üblicherweise geforderten Preisen bestimmten Kunden gegenüber abzugehen und einzelnen Kunden Sonderpreise zu gewähren. Für den Einzelhandel bestehen insoweit allerdings Einschränkungen auf Grund des Rabattgesetzes. Für die einer Rabattbeschränkung nicht unterworfenen vorgelagerten Wirtschaftsstufen kann jedoch in einer preislich differenzierenden Behandlung der Abnehmer der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbes im Sinne des § 1 UWG generell noch nicht erblickt werden. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß eine unterschiedliche Preisgestaltung gegenüber den Abnehmern der gleichen Marktstufe schlechthin dem Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden widerspricht. Daher läßt sich ein generelles Verbot der Diskriminierung aus § 1 UWG nicht herleiten (so zutreffend Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bem. 145 zu § 1 UWG; Spengler, Preisschleuderei, Preisdiskriminierung und Wettbewerbsregeln, 1955, S. 15; Reimann, WRP 1955, 181 ff und NJW 1956, 333; Löffler/Thümel BB 1957, 1096; a. A. im Sinne einer extensiven Auslegung des § 1 UWG Summerer WuW 1955, 353 ff, 370, einschränkend jedoch

in WuW 1958, 30 ff). Die unterschiedliche preisliche Behandlung der Abnehmer kann jedoch - ebenso wie das Unterbieten der Konkurrenzpreise (vgl. BGH WuW 1955, 118, 122 - Händlererrabatt) dann einen Verstoß gegen § 1 UWG darstellen, wenn besondere erschwerende Begleitumstände hinzutreten. Wann dies der Fall ist, läßt sich nur im Einzelfall beurteilen. Ob solche erschwerenden Begleitumstände immer schon darin zu erblicken sind, daß der betreffende Unternehmer von den von ihm generell in Preislisten angekündigten Listenpreis abweicht, kann hier dahinstehen. Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat zwar in einer Entscheidung vom 17. Dezember 1952 (NJW 1953, 579 = WuW 1953, 103) ausgeführt, daß, wenn jemand seine Preise zwar festlege, von ihnen aber im einzelnen Falle willkürlich abweiche, die Preisgestaltung unklar und unwahr werde und deshalb ein lauterer Leistungswettbewerb nicht mehr vorliege. Er hat hierbei jedoch, worauf Reimann (WRP 1955, 181) zutreffend hingewiesen hat, ebenso wie der in der Entscheidung angezogene Aufsatz von Bußmann (MA 1951, 147) eindeutig auf die besonderen Verhältnisse im Anzeigewerbewesen abgestellt und ist von willkürlichen Abweichungen von einer festen, als verbindlich bezeichneten Preisliste ausgegangen. In dem hier zur Entscheidung stehenden Falle sind die Verhältnisse jedoch anders gelagert. Wie die Klägerin selbst zugegeben hat (Schriftsatz der Klägerin vom 9. Mai 1956 S. 5) ist den Apothekern bekannt, daß sich auf dem Gebiete der Antibiotica besondere Herstellerabgabepreise herausgebildet haben. Demnach entfällt hier eine Täuschung der nicht eingeschalteten Apotheker. Darüber hinaus ergeben die Feststellungen des Berufungsgerichtes zur Frage der Bildung der Klinikpreise, daß die Abweichungen von den in den Preislisten der Beklagten niedergelegten Großhandels- und Apothekenein-

kaufspreisen bzw. die zunächst übliche Gewährung sog. Naturalrabatte nicht auf Willkür der Beklagten beruhten, deren Sonderpreisgestaltung sich vielmehr im Konkurrenzkampf mit ihren eigenen Wettbewerbern zwingend ergeben hatte, und daß die unterschiedliche Preisbemessung auch von den übrigen maßgeblichen Mitbewerbern der Beklagten geübt worden ist. Bei solcher Lage der Verhältnisse aber kann die von den Beklagten geübte Differenzierung nicht als unlautere Preisdiskriminierung im Sinne des § 1 UWG gewertet werden.

Eine solche Preisdifferenzierung stellte aber auch keinen Verstoß gegen die Dekartellierungsvorschriften dar. Insbesondere bedeutete die Gewährung von besonderen Klinikpreisen an Apotheken durch die Beklagten keinen Verstoß gegen Art. V 9 c 4 des Gesetzes Nr. 56 der amerikanischen Militärregierung bzw. der Verordnung Nr. 78 der BritMilReg. Hiernach ist zwar die diskriminierende Behandlung von Abnehmern zum Zwecke der Ausschaltung oder Verhinderung des Wettbewerbes verboten. Es stellte jedoch nicht jede unterschiedliche Behandlung anderer eine unzulässige Diskriminierung dar, sondern nur eine solche, die lediglich zum Zwecke der Behinderung des freien Wettbewerbes erfolgte (BGHZ 19, 72, 81 - Gesangbuch). Davon kann jedenfalls dann nicht die Rede sein, wenn die Preisdifferenzierung durch vernünftige kaufmännische Erwägungen unter dem Zwange, sich im Wettbewerb mit den eigenen Mitbewerbern zu behaupten, veranlaßt worden ist und sich auch die übrigen maßgeblichen Mitbewerber in gleicher Weise verhalten haben. So aber liegt der Fall nach den ohne Rechtsverstoß getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichtes hier.

Die Revision sieht das Wettbewerbsfremde des Verhaltens der Beklagten weiter in dem Zwange, der nach ihrer Auffassung auf die Apotheken mit dem Ziele einer Senkung der Gewinnspannen, teilweise bis auf 10 %, ausgeübt wird. Sie sucht damit insbesondere den Antrag der Anschlußberufung unter 2 a, der im Ergebnis die Unterbindung der Preisgespräche mit den Krankenanstalten ohne Vollapotheke zum Ziele hat, zu begründen. Die Revision meint insoweit im wesentlichen, die Entschlußfreiheit der Apotheker werde vernichtet, wenn die Beklagten beim Anpreisen ihrer apothekenpflichtigen Arzneimittel bei den Krankenanstalten ohne Vollapotheke und anderen Großabnehmern Vorzugspreise der in die Belieferung einzuschaltenden Apotheken ankündigten. Die Krankenanstalt werde dann in ihrem eigenen Interesse genötigt, ihre Arzneimittel nur bei einem solchen Apotheker zu beziehen, der ihr solche Vorzugsbedingungen einräume, ohne Rücksicht darauf, ob der Apotheker wirtschaftlich zur Gewährung dieser Vorzugspreise in der Lage sei. Aus einer Zwangslage heraus opfere der Apotheker dann einen Teil der ihm zustehenden Handelsspanne. Das Verhalten der Beklagten stelle damit, so meint die Revision weiter, eine Verletzung von Vorschriften dar, die aus Gründen der Volksgesundheit erlassen worden seien. Diese Vorschriften sieht die Revision in § 80 GewO und der auf Grund dieser Bestimmung erlassenen Deutschen Arzneytaxe. Die Revision verkennt zwar nicht, daß die dadurch geschaffene Preisregelung für Arzneien mit ihrem höchstpreisartigen Charakter in erster Linie dem Schutze der Verbraucher dient. Sie meint jedoch, die Taxe diene zugleich auch der wirtschaftlichen Sicherung des Apothekengewerbes, dessen Bedeutung für die Volksgesundheit anerkannt sei. Insbesondere aber sei durch § 80 GewO die

freie EntschlieÙung des Apothekers, ob er eine Ermäßigung der Preise der Arzneitaxe gewähren wolle, ausdrücklich sichergestellt. Der Schutzzweck des Gesetzes, der in seiner unterschiedlichen Formulierung gegenüber § 79 GewO klar zum Ausdruck komme, mache daher, so meint die Revision, die Ausübung eines Druckes auf den Apotheker, seine Preise unter die Taxpreise herabzusetzen, grundsätzlich unstatthaft. Der einzelne Apotheker müsse selbst entscheiden können, ob eine solche Ermäßigung für ihn tragbar sei. Durch das planmäßige Verhalten der Beklagten aber werde der Apotheker in eine Zwangslage gebracht, die seine Entschlußfreiheit vernichte. Solches Verhalten aber sei sittenwidrig.

Die Revision kann jedoch auch mit diesem Vorbringen keinen Erfolg haben.

Es mag richtig sein, daß die auf Grund § 80 GewO von den Landesregierungen vereinbarte und in gewissen Zeitabständen revidierte Deutsche Arzneitaxe (vgl. hierzu Landmann/Rohmer/Eyermann/Fröhler, Gewerbeordnung, 11. Aufl. Anm. 1 a zu § 80, Peters WuW 1956, 656), die mit ihrem höchstpreisartigen Charakter den Verbraucher schützen soll, durch die Festlegung von Verdienstspannen zugleich auch - jedenfalls in der praktischen Handhabung - der Sicherung des Apothekengewerbes diene. Damit läßt sich jedoch ein Verstoß der Beklagten gegen § 1 UWG oder auch § 823 Abs. 2 bzw. § 826 BGB nicht begründen. Gemäß § 80 Abs. 1 GewO ist der Apotheker nicht gehindert, seine Preise unter die Taxpreise herabzusetzen, soweit nicht Bestimmungen des Rabattgesetzes entgegenstehen oder, was hier nicht der Fall ist,

die Taxpreise durch - zulässige - vertragliche Preisbindungen der zweiten Hand zu gebundenen Preisen geworden sind. Die Vorschrift ist, wie sich aus den Reichstagsverhandlungen (Stenogr. Berichte 1869 I 482) ergibt, vom Reichstag im Interesse des die Arzneimittel verbrauchenden Publikums in den Entwurf eingeführt worden. Es sollte damit den Apothekern die Möglichkeit gewährt werden, insbesondere den Krankenanstalten und anderen größeren Abnehmern zu verbilligten Preisen zu liefern (vgl. auch Landmann usw. aaO Anm. 3 zu § 80 GewO). Wenn in dieser Vorschrift von "freien Vereinbarungen" die Rede ist, sollte damit gesagt sein, daß es dem eigenen Ermessen des Apothekers überlassen sei, ob er sich zu einer Ermäßigung seiner Gewinnspanne verstehen wolle. Er handelt jedoch auch dann im Rahmen seines freien Ermessens, wenn er gegenüber einer gegebenen Nachfragesituation aus kaufmännischen Erwägungen Sonderzugeständnisse macht und den von der preisgestaltenden Marktlage ausgehenden Einflüssen nachgibt. Wenn die Revision meint, der Apotheker habe durch die besondere Formulierung des § 80 Abs. 1 GewO, d. h. durch die Bezeichnung der Vereinbarung als einer "freien" in besonderer Weise gegen wirtschaftlichen "Druck" gesichert werden sollen, kann dem nicht zugestimmt werden. Mit dem Ausdruck "freie Vereinbarung" sollte nur die Freiheit, von der Taxe abzugehen, betont werden, mehr sollte damit nicht gesagt sein. Dafür spricht auch nicht die von der Revision erwähnte etwas andere Fassung des § 79 GewO. Wenn dort davon die Rede ist, daß die in den §§ 73 - 78 GewO genannten Gewerbetreibenden berechtigt sind, die festgestellten Preise und Taxen zu ermäßigen, während in § 80 Abs. 1 GewO die Ermäßigung der Taxen durch "freie Vereinbarungen" für zu-

lässig erklärt wird, konnte dies lediglich, wie dies in der Tat auch geschehen ist (vgl. Landmann usw. aaO, Peters WuW 1956, 662), zu Zweifeln Anlaß geben, ob die Apotheker nur auf Grund von Individualvereinbarungen mit einzelnen Abnehmern billiger verkaufen durften, oder ob die Vorschrift sie berechtigte, ihre Arzneimittel oder bestimmte Arzneimittel an die Verbraucher überhaupt billiger abzugeben. Davon, daß die erwähnte Wendung in § 80 Abs. 1 GewO dahin auszulegen sei, der Apotheker habe dadurch jeder Beeinflussung bei der Gestaltung seiner Verdienstspanne entzogen werden sollen, kann jedoch keine Rede sein.

Der Revision ist jedoch zuzugeben, daß sich im Hinblick darauf, daß auf dem Gebiete des Handels mit Arzneimitteln der freie Wettbewerb im Bereiche der letzten Absatzstufe weitgehend eingeschränkt ist, die Frage stellen kann, ob sich Preisgespräche der Hersteller mit Letztverbrauchern mit den sich daraus für die einzuschaltenden Apotheken mehr oder weniger zwangsläufig ergebenden Folgen als Verstoß gegen die guten Wettbewerbssitten darstellen. Da der Absatzweg bei apothekenpflichtigen Arzneimitteln über Apotheken gesetzlich vorgeschrieben ist (vgl. hierzu auch BGHZ 22, 167, 185 - Arzneimittelgroßhandel), eine bestimmte Preisgestaltung - wenn auch nicht im Sinne einer gesetzlichen Zusicherung der Spannen - besteht und der Gesetzgeber sich im Rahmen der so getroffenen Gesamtordnung auch die Existenzsicherung des lebenswichtigen Aufgaben erfüllenden Apothekerstandes hat angelegen sein lassen (vgl. BGHZ aaO S. 181), ließe sich unter Umständen die Auffassung vertreten, daß wegen dieser Sonderstellung des Apothekers Preisgespräche

und Einflußnahmen der gekennzeichneten Art dann nicht mehr als im Rahmen einer legitimen Absatzbemühung liegend angesehen werden könnten, wenn eine Gefährdung der Sonderstellung des Apothekers ernsthaft zu besorgen wäre. Davon kann indessen hier schon deshalb nicht die Rede sein, weil die von der Klägerin beanstandeten Praktiken nicht zur allgemeinen Praxis geworden sind, sich vielmehr nach dem Sachvortrag der Klägerin auf das Gebiet der Antibiotica beschränkt haben. Beim Absatz von Antibiotica aber handelt es sich nur um einen verhältnismäßig kleinen Sektor des Klinikgeschäftes der Apotheken, so daß von einer ernsthaften Gefährdung der Apotheken nicht gut die Rede sein kann, jedenfalls aber die einschlägigen Behauptungen der Klägerin näherer Substantiierung bedurft hätten. Überdies lassen die vom Berufungsgericht eingeholten Auskünfte verschiedener pharmazeutischer Fabriken und des Bundesverbandes der Pharmazeutischen Industrie erkennen, daß sich die durch den Preissturz bei Antibiotica hervorgerufenen Praktiken auf diesem Sondermarkte allmählich wieder normalisiert haben.

IV. Das Berufungsgericht ist - jedenfalls im Ergebnis - mit Recht der Auffassung, daß sich die von der Klägerin geltend gemachten Unterlassungsansprüche auch nicht auf das Rabattgesetz vom 25. November 1933 (RGBl. I 1011) stützen lassen. Die von der Revision dagegen erhobenen Angriffe sind nicht begründet.

Das Rabattgesetz ist nach nunmehr übereinstimmender Auffassung von Rechtslehre und Rechtsprechung (vgl. u. a. Michel/Weber, Das Rabattgesetz, 2. Aufl. § 1 Vorbem. 2 ff,

Reimer/Krieger, Zugabe- und Rabattrecht, § 1 RabattG Vorbem., Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 7. Aufl. Üb. 8 vor § 1 RabattG, Godin/Hoth, Wettbewerbsrecht Vorbem. 2 vor § 1 RabattG und die dort jeweils angeführte Rechtsprechung), der sich der erkennende Senat anschließt, auch heute noch rechtsgültig. Als jüngeres Gesetz geht es der in § 80 Abs. 1 GewO getroffenen Regelung vor und schränkt damit, soweit seine Voraussetzungen gegeben sind, insoweit die in § 80 Abs. 1 GewO geschaffene Möglichkeit der Ermäßigung der Taxpreise ein. Entgegen der Meinung der Revision erfaßt das Rabattgesetz jedoch nicht den Absatz der Beklagten an Apotheken. Das Gesetz gilt nach der ausdrücklichen Bestimmung seines § 1 Abs. 1 nur für den Geschäftsverkehr mit Waren des täglichen Bedarfs im Einzelverkauf an den letzten Verbraucher, Es ist damit auf die letzte Wirtschaftsstufe beschränkt, die Beziehungen zwischen Hersteller und Groß- bzw. Kleinhändler werden durch die Bestimmungen des Gesetzes grundsätzlich nicht betroffen. Eine preisliche Sonderbehandlung des Einzelhandels (Apothekers) durch den Hersteller oder Großhändler unterfällt daher nicht den einschränkenden Bestimmungen des Rabattgesetzes. In solcher preislicher Sonderbehandlung kann auch für sich allein noch nicht, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, eine rabattgesetzlich unzulässige Mitwirkung an etwaigen Rabattverstößen des Einzelhändlers erblickt werden. Auch Ankündigungen des Herstellers gegenüber Letztverbrauchern über Letztverbraucherpreise oder Preisnachlässe des Einzelhändlers stellen keine rechtserheblichen Handlungen im Sinne des Rabattgesetzes dar. Solche Handlungen sind nur insoweit rechtserheblich im Sinne des § 1 RabattG,

als sie von einem Unternehmer herrühren, der dem Letztverbraucher auf eigene Rechnung Waren des täglichen Bedarfs verkauft, oder als dieser Unternehmer erkennbar zum Ausdruck bringt, daß er die Ankündigungen des Herstellers auch als die seinen gelten lasse. Von einer Preisankündigung durch den Veräußerungsgeschäfte mit dem letzten Verbraucher tätigen Unternehmer kann nur dann gesprochen werden, wenn dieser selbst eine Tätigkeit entwickelt, die für die Allgemeinheit den Schluß rechtfertigt, daß er bereit sei, die Ware zu dem betreffenden Preise zu verkaufen (RGZ 150, 271, 276).

Wenn das Berufungsgericht jedoch in diesem Zusammenhang die weitergehende Auffassung zu vertreten scheint, es sei mit der im Rabattgesetz für den Handel mit dem Letztverbraucher getroffenen Sonderregelung schlechthin unvereinbar, dem Großhändler eine Mitwirkung bei Verletzungen dieses Gesetzes durch den Einzelhändler vorzuwerfen, kann dem in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Der Revision ist zuzugeben, daß Verletzer im Sinne des Rabattgesetzes auch der Anstifter oder Gehilfe des den Rabatt ankündigenden oder gewährenden Einzelhändlers sein kann. Ob indessen eine Anstiftung der Beklagten in der von der Klägerin behaupteten Einwirkung auf die in die Kliniklieferungen eingeschalteten Apotheken erblickt werden könnte, kann hier dahinstehen, weil - wie noch darzulegen sein wird - der von dem Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen Rabattverstoß der Apotheker ergibt und Verfahrensrügen von der Revision insoweit nicht erhoben sind. Dabei kann offen

bleiben, ob die Klägerin mit ihren Klageanträgen überhaupt die Unterlassung von Handlungen begehrt hat, die gegen das Rabattgesetz verstoßen. Es kann auch auf sich beruhen, ob die Kliniken Letztverbraucher im Sinne des § 1 Abs. 1 RabattG sind oder ob dafür nur die Patienten in Frage kommen, denen die Arzneimittel in Rechnung gestellt werden.

Nach § 1 Abs. 2 RabattG ist für die Feststellung eines Preisnachlasses maßgebend, daß der Unternehmer der letzten Handelsstufe Preisnachlässe (Rabatte) ankündigt oder gewährt, die von seinem angekündigten oder allgemein geforderten Normalpreis abweichen. Dadurch, daß er lediglich billiger als seine Konkurrenten verkauft, verstößt er noch nicht gegen das Rabattgesetz. Sinn und Zweck dieses Gesetzes ist nicht, allgemein gebundene Preise herbeizuführen, sondern den Unternehmer an seine eigenen Normalpreise zu binden (so zutreffend OLG Koblenz NJW 1951, 661). Preisnachlässe, mögen sie in Geldrabatten in prozentualer Form oder in der Form des Warenrabattes (Naturalrabattes) oder in der Form von Sonderpreisen gegenüber einzelnen Käufern schlechthin oder auch Angehörigen bestimmter Verbraucherkreise, Berufe, Vereine oder Gesellschaften (§ 1 Abs. 2 RabattG) bestehen, müssen daher, um vom Geltungsbereich des Rabattgesetzes erfaßt zu werden, gegenüber dem eigenen Normalpreis gewährt sein. Nur wenn ein solcher Normalpreis festgestellt werden kann, ist von dem Unternehmer eine Norm gesetzt, die er zu beachten hat (Godin/Hoth aaO Bem. 22 zu § 1 RabattG), nur dann kann die vom Rabattgesetz geforderte Beziehung zwischen dem Allgemeinpreis und der Preisherabsetzung bestehen

und von einem Preisnachlaß im Sinne des Rabattgesetzes die Rede sein. Dies gilt auch für den Sonderpreis, der wegen der Zugehörigkeit zu bestimmten Verbraucherkreisen gewährt wird; auch ein solcher Sonderpreis setzt einen Normalpreis voraus (vgl. Reimer/Krieger aaO Bem. 6 zu § 1 und Bem. 1 zu § 9 RabattG, Godin/Hoth aaO Bem. 27 zu § 1 RabattG). Eine Feststellung dahingehend, daß die Apotheker, auf die die Beklagten nach der Behauptung der Klägerin im Sinne einer Anstiftung zum Rabattverstoß eingewirkt haben, bestimmte Normalpreise für Antibiotica angekündigt oder allgemein gefordert haben, hat das Berufungsgericht indessen nicht getroffen. Die Revision hat insoweit auch keine Verfahrensrügen erhoben. Ein Verstoß gegen das Rabattgesetz seitens der eingeschalteten Apotheker und damit der Beklagten als Anstifter oder Gehilfen kann daher bei dem hier gegebenen Sachverhalt schon wegen der fehlenden Feststellung eines von den betreffenden Apothekern angekündigten oder allgemein geforderten Normalpreises nicht festgestellt werden, ohne daß noch geprüft zu werden braucht, ob die betreffenden Apotheken die Ausnahmebestimmungen des § 9 Ziff. 1 und 2 RabattG (Verwerter- bzw. Großverbrauchernachlaß) für sich hätten in Anspruch nehmen können.

V. Die von der Klägerin geltend gemachten Unterlassungsansprüche entbehren daher der Begründung. Dies hat auch von dem Antrag 2 b der Anschlußberufung zu gelten, mit dem die Klägerin begehrt, die Beklagten zu verurteilen, es beim Werben bei Krankenanstalten ohne Vollapotheke und anderen Großabnehmern zu unterlassen, einzelne von

ihr ausgewählte Apotheken als Lieferapotheken mit oder ohne Angabe der Konsumentenpreise zu empfehlen. Ein solches Verhalten könnte allenfalls dann als unlauter angesprochen werden, wenn damit ein Druck auf die Krankenanstalten zur Wahl einer bestimmten Apotheke ausgeübt oder auch von allen Apotheken der Bundesrepublik nur eine oder doch nur wenige bestimmte Apotheken begünstigt würden. Dafür ist aber nichts dargetan. Das Berufungsgericht ist im Gegenteil ohne Rechtsverstoß zu dem Schlusse gelangt (Berufungsurteil S. 41), es sei nicht festzustellen, daß die Beklagten irgendwelche Apotheken vom Bezug zu den niedrigeren Preisen im Klinikgeschäft ausschließen.

Nach alledem trifft das angefochtene Urteil zu. Die Revision war daher zurückzuweisen, ohne daß noch auf die Frage eingegangen zu werden brauchte, ob die Beklagte zu 1 mit dem Vertriebe der Erzeugnisse zu tun hat, wofür allerdings sprechen dürfte, daß die überreichten Preislisten solche dieser Beklagten sind und auch die zu den Akten überreichten Bestellkarten an diese Beklagte gerichtet sind.

Die Kostenentscheidung beruht auf
§ 97 ZPO.

Wilde	Christoph	Weiß
Spreng	Löscher	