

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 217/91

Verkündet am:
28. Oktober 1993
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Apotheker Günther M [REDACTED], Mü [REDACTED] Straße [REDACTED], D [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

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

g e g e n

Apotheker Jürgen R [REDACTED], S [REDACTED] Straße [REDACTED], D [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Piper und die Richter Dr. Teplitzky, Dr. Mees, Prof. Dr. Ullmann und Starck

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 2. Mai 1991 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Kläger, der, wie der Beklagte, in Dachau eine Apotheke betreibt, nimmt diesen mit der am 27. Juli 1988 erhobenen Klage wegen wettbewerbswidriger Rezeptsammlung und Entgegennahme gesammelter Rezepte auf Unterlassung in Anspruch.

Der Kläger hat behauptet, der Beklagte hole gemäß einer Vereinbarung mit dem Caritas-Altenheim Marienstift in D [REDACTED] dort bei bettlägerigen und anderen Heimbewohnern gesammelte Rezepte ab und liefere die verordneten Medikamente an das Heim aus. Auslieferungen erfolgten auch auf telefonische Bestellung, wobei die eingesammelten Rezepte bei der Auslieferung entgegengenommen würden. In gleicher Weise verfare der Beklagte auch beim Friedrich-Me [REDACTED]-Haus.

Der Beklagte ist dem entgegengetreten und hat sich u.a. auf Verjährung berufen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

In der Berufungsinstanz hat der Kläger zuletzt beantragt,

dem Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln gemäß § 890 ZPO zu verbieten,



Rezepte betreffend die Patienten und/oder Bewohner von Altenheimen, insbesondere des Caritas-Altenheims Marienstift, D[REDACTED], S[REDACTED]straße, von deren Leitern, Mitarbeitern oder sonstwie beauftragten Personen aufgrund einer Absprache zur Ausfertigung entgegenzunehmen oder entgegennehmen zu lassen, abgesehen von Notfällen.

Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Unterlassungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Nach der Rechtsprechung liege wegen Verstoßes gegen die zwingenden Vorschriften des Gesetzes über das Apothekenwesen und der Apothekenbetriebsordnung ein nach § 1 UWG wettbewerbswidriges Verhalten vor, wenn ein Apotheker aufgrund einer auch konkludent erfolgten Absprache außerhalb seiner genehmigten Apothekenbetriebsräume ärztliche Verschreibungen entgegennehme, um die verordneten Arzneimittel auszuliefern. Der Kläger habe ein derartiges Verhalten des Beklagten in nicht verjährter Zeit jedoch nicht bewiesen. Offensichtlich habe ein Schreiben des Bevollmächtigten des Klägers vom 23. De-

zember 1987 an das Altenheim dazu geführt, daß im Jahre 1988 die beanstandeten Handlungen vermutlich aufgrund einer veränderten Haltung der Heimleitung nicht mehr möglich gewesen seien, so daß auch unter dem Gesichtspunkt einer drohenden Begehungsgefahr mit einem Verstoß des Beklagten gegen die in Frage stehenden Vorschriften nicht mehr zu rechnen sei.

II. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht aufgrund des Sachvortrags des Klägers geprüft, ob der Beklagte im Marienstift gesammelte Rezepte vereinbarungsgemäß dort abgeholt und die verschriebenen Medikamente geliefert hat. Ein derartiges Verhalten widerspricht, wie der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 17. Oktober 1980 (I ZR 8/79, GRUR 1981, 282 - Apothekenbotin) ausgeführt hat, dem Berufsbild des vom Gesetzgeber zugrunde gelegten "Apothekers in seiner Apotheke", d.h. des selbständigen Apothekers, der seine Apotheke persönlich und in eigener Verantwortung leitet (§§ 1, 6, 7 ApG).

2. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die von den Zeuginnen H., Sc. und K. bekundeten Vorgänge, daß bis 1987 (Zeugin H.: bis 1986) Angestellte des Beklagten im Marienstift gesammelte Rezepte abgeholt und die Auslieferung der Medikamente veranlaßt hätten, nicht als Wettbewerbsverstöße zugrunde gelegt werden könnten. Insoweit sei im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits Verjährung eingetreten gewesen (§ 21 Abs. 1 UWG), weil der Kläger, wie ein Schreiben seines Bevollmächtigten vom

23. Dezember 1987, in dem diese Vorgänge angesprochen worden seien, zeige, bereits damals Kenntnis von dem Sachverhalt gehabt habe.

Das beanstandet die Revision und macht geltend, aus dem Schreiben selbst ergebe sich, daß die für den Beginn der Verjährung maßgebliche Kenntnis von den mit der Klage angegriffenen Handlungen nicht gegeben gewesen sei. Die Rüge hat Erfolg.

Das Berufungsgericht hat dem in Rede stehenden Schreiben entnommen, daß damals die darin beschriebenen und als wettbewerbswidrig beanstandeten Verhaltensweisen dem Kläger bekannt waren. Dieser Beurteilung kann nicht beigetreten werden.

Die hier in Frage stehende Kenntnis i.S. von § 21 Abs. 1 UWG setzt voraus, daß der Verletzte Kenntnis von den Tatsachen hat, die den Verletzungserfolg begründen, ohne daß es auf vollständige Kenntnis aller Einzelheiten ankommt. Danach beginnt die Verjährungsfrist dann zu laufen, wenn die Tatsachen so vollständig und sicher bekannt sind, daß sie einen einigermaßen sicheren Klageerfolg versprechen (BGH, Urt. v. 19.5.1988 - I ZR 170/86, GRUR 1988, 832, 834 = WRP 1988, 663 - Benzinwerbung). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist aus dem Schreiben vom 23. Dezember 1987 nicht mit der erforderlichen Sicherheit entnehmbar. Bei seiner Würdigung hat das Berufungsgericht unberücksichtigt gelassen, daß es sich bei den in Frage stehenden Tatsachen um solche handelt, die nicht im unmittelbaren Wahrnehmungsbereich des Klägers eingetreten sind, so daß er von ihnen nicht ohne weiteres

Kenntnis bekommen konnte. Der Kläger mußte demnach, um hinreichend sichere Kenntnis zu erlangen, Ermittlungen anstellen, die angesichts seiner Konkurrentenstellung gegenüber dem Beklagten und der Tatsache, daß er gegenüber dem Träger des Marienstiftes bereits wegen der Angelegenheit vorstellig geworden war, mit Schwierigkeiten verbunden waren. Über die bloße Kenntnis der Tatsachen hinaus mußte er auch, um in einem etwaigen Rechtsstreit bestehen zu können, Zeugen ermitteln, von denen er annehmen konnte, daß sie über die Vorgänge unterrichtet waren. Daß all dies im Zeitpunkt des Schreibens vom 23. Dezember 1987 erfolgt war, ergibt sich aus diesem Schreiben nicht, zumal dieses auch, worauf die Revision zutreffend abhebt, sehr zurückhaltend formuliert war. Die dem Kläger bekannten Indiztatsachen, daß Rezepte von Bewohnern des Marienstiftes praktisch gar nicht in seiner Apotheke vorgelegt wurden, ließen einen einigermaßen sicheren Rückschluß darauf, daß der Beklagte sich die Rezepte in wettbewerbswidriger Weise beschafft haben könnte, nicht zu, da auch Sachverhaltsgestaltungen denkbar sind, bei denen von einem derartigen Verhalten des Beklagten nicht ausgegangen werden konnte. Demnach kann auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht davon ausgegangen werden, daß der Kläger bereits Ende Dezember 1987 Kenntnis der Tatsachen hatte, so daß auch die Verjährungsfrist in diesem Zeitpunkt noch nicht zu laufen begonnen hatte.

3. Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe mit seiner Annahme, das Schreiben des Bevollmächtigten des Klägers vom 23. Dezember 1987 habe zu einer Änderung der bis dahin üblichen Handhabung der Sammlung und Überlassung der

Rezepte an den Beklagten geführt, den Beibringungsgrundsatz verletzt, weil der Kläger das im Prozeßverlauf niemals konkret vorgetragen habe, kann dem allerdings nicht beigetreten werden. Das Berufungsgericht hat seine Annahme auf die Bekundung der Zeugin Sc[REDACTED] gestützt, aufgrund einer Anweisung der Heimleitung habe eine Änderung der Handhabung dahin stattgefunden, daß die Rezepte gesammelt zur Pforte und von dort durch Heimpersonal zur Apotheke gebracht werden sollten. Ein Verfahrensfehler kann hierin nicht gesehen werden, da davon ausgegangen werden muß, daß sich der Kläger diese ihm günstige Bekundung der Zeugin jedenfalls hilfsweise zu eigen gemacht hat.

4. Das Berufungsgericht ist des weiteren davon ausgegangen, daß ein Abholen gesammelter Rezepte im Marienstift durch den Beklagten in nicht verjährter Zeit nicht bewiesen sei. Das beanstandet die Revision als rechtsfehlerhaft, weil eine zutreffende Würdigung der vorliegenden Zeugenaussagen ergebe, daß der Beklagte noch im Jahr 1988 gesammelte Rezepte im Marienstift habe abholen lassen, so daß auch aus diesem Grund die Annahme der Verjährung nicht gerechtfertigt sei. Dem ist beizutreten.

Aus den Aussagen der Zeuginnen Sc[REDACTED], Sch[REDACTED] und H[REDACTED] ergibt sich, daß noch im Lauf des Jahres 1988 Rezepte für Bewohner des Marienstiftes gesammelt und in die Apotheke des Beklagten gebracht wurden. Zwar ist die Aussage der Zeugin Scurk bezüglich der zeitlichen Einordnung der von ihr geschilderten Vorgänge nicht ohne weiteres ergiebig, was jedoch angesichts der Dauer ihrer Beschäftigung im Marienstift von 1986 bis 1990 nicht auffällig erscheint. Darüber hinaus

hat die Zeugin Sch[REDACTED], die überhaupt erst seit dem Jahr 1988 im Marienstift tätig war, bekundet, daß noch zur Zeit ihrer Tätigkeit Rezepte gesammelt und zur Apotheke des Beklagten gebracht wurden. Auch die Zeugin H[REDACTED] hat ausgesagt, daß noch im Jahr 1988 Rezepte gesammelt und von einer Angestellten des Beklagten abgeholt wurden. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts kann aus der Tatsache, daß die Zeugin hierfür keinen bestimmten Tag hat benennen können, nicht gefolgert werden, daß ihre Aussage nicht geeignet sei, ein Rezeptsammeln noch im Jahr 1988 zu beweisen. Denn gerade bei häufiger Wiederholung von Vorgängen ist es nur natürlich, daß ein Zeuge keine Erinnerung an einen einzelnen konkreten Vorfall hat. Auch die Tatsache, daß die Zeugin H[REDACTED] die Zeugin A[REDACTED], die als Abholerin der Rezepte in Betracht kommt, nicht wiedererkannt hat, kann Zweifel an der Richtigkeit ihrer Aussage nicht rechtfertigen. Die Zeugin A[REDACTED] hat selbst bekundet, daß sie ihr Aussehen stark verändert habe, so daß das Nicht-Wiedererkennen eine einfache Erklärung findet. Die Beurteilung durch das Berufungsgericht muß deshalb als erfahrungswidrig angesehen werden.

5. Die Revision rügt als verfahrensfehlerhaft, daß das Berufungsgericht vom Kläger benannte weitere Zeugen für das behauptete Abholen von im Marienstift gesammelten Rezepten durch Angestellte des Beklagten nicht vernommen habe. Diese Rüge, die - entgegen der Ansicht der Revisionserwidmung - ordnungsgemäß erhoben ist, weil die von den Zeugen zu bekundenden Tatsachen genau bezeichnet worden sind, greift durch.

Der Kläger hatte in den Schriftsätzen vom 15. November 1989 (GA 86, 87) und vom 18. Juli 1990 (GA 169) die Zeuginnen Schlüter, Hornung, Poschet, Brucher, Metz, Neumann, Fehre und Tholl zum Beweis für seine vorerwähnte Behauptung benannt. Für seine Behauptung, der Beklagte sei in gleicher Weise bei dem Friedrich-M[REDACTED]-Haus verfahren, hatte der Kläger in der Berufungsbegründung vom 5. Juli 1989 (GA 62) über den vom Berufungsgericht vernommenen Zeugen M[REDACTED] und die Zeugin Ra[REDACTED] hinaus noch die Vernehmung der Zeuginnen P[REDACTED], G[REDACTED], St[REDACTED] und Ma[REDACTED] beantragt. Gründe, die das Absehen von der Vernehmung der genannten Zeugen rechtfertigen könnten, hat das Berufungsgericht nicht angeführt, sie sind auch sonst nicht ersichtlich. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, daß die zugrunde gelegten tatsächlichen Behauptungen des Klägers nicht hinreichend substantiiert seien.

III. Bei seiner erneuten Entscheidung wird das Berufungsgericht - sofern es darauf ankommt - auch zu prüfen haben, ob nicht bereits im Sammeln von Rezepten im Marienstift und dem Überbringen dieser Rezepte durch Beauftragte des Heims in die Apotheke des Beklagten ein wettbewerbswidriges Verhalten des Beklagten zu sehen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 11.12.1981 - I ZR 150/79, GRUR 1982, 313, 315 - Rezeptsammlung für Apotheker) ist in dem Verhalten eines Apothekers, der früher schon jahrelang Rezepte entgegengenommen hatte, die von einem Dritten gesammelt worden waren und die er nicht nur passiv in seiner Apotheke entgegengenommen, sondern selbst oder durch von ihm Beauftragte im Heim hatte abholen lassen, ein Verstoß gegen die das Berufsbild des selbständigen Apothekers bestimmenden

gesetzlichen Bestimmungen zu sehen, wenn der Apotheker weiterhin gesammelte Rezepte in seiner Apotheke entgegennimmt, weil in einem derartigen Fall über eine bloß stillschweigende Duldung hinaus eine Veranlassung zur Fortsetzung des Rezeptsammelns gesehen werden muß und hierin jedenfalls konkludent eine Vereinbarung über die Sammlung und Entgegennahme von Rezepten zustande gekommen sein kann.

IV. Danach war auf die Revision des Klägers das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Piper

Teplitzky

Mees

Ullmann

Starck