

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : nein

UWG § 1;

ApothG § 14 Abs. 4 und 5

Klinikpackung

Der Hersteller eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels handelt nicht wettbewerbswidrig, wenn er auf den zu Anstaltspackungen für den Klinikbedarf gebündelten Einzelpackungen, mit denen er ausschließlich Krankenhausapotheken und krankenhausversorgende Apotheken beliefert, den Aufdruck anbringt "Teil einer Klinikpackung - Einzelverkauf unzulässig".

BGH, Urt. v. 12. Oktober 1989 - I ZR 228/87 - Hanseatisches
Oberlandesgericht
Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 228/87

URTEIL

Verkündet am:
12. Oktober 1989
Welte
Justizsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

G. P[REDACTED]-B[REDACTED] GmbH & Co., Chemisch-Pharmazeutische Fabrik,
vertreten durch die B[REDACTED] GmbH, diese vertreten durch den
Geschäftsführer Arthur B[REDACTED], K[REDACTED] Straße [REDACTED], H[REDACTED]-
[REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

M[REDACTED] Ph[REDACTED] Großhandlung, vertreten durch den Ge-
schäftsführer Jürgen He[REDACTED], Ö[REDACTED] Weg [REDACTED], L[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Oktober 1989 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Erdmann, Dr. Teplitzky, Dr. Ullmann und Nobbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 12. November 1987 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 15, vom 4. März 1987 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Rechtsmittelinstanzen werden der Klägerin auferlegt.

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 Klägerin ist ein pharmazeutisches Großhandelsunternehmen. Die Beklagte stellt Arzneimittel her, die sie an Krankenhausapotheken, krankenhausversorgende Apotheken und an pharmazeutische Großhändler vertreibt.

Zu den von der Beklagten hergestellten Arzneimitteln gehört auch das verschreibungspflichtige Fertigarzneimittel "Ni[REDACTED]-Spray". Soweit dieses Arzneimittel von der Beklagten für den Klinikbedarf gedacht ist, gibt sie es in Großpackungen (Anstaltspackungen) ab und beliefert damit nur Krankenhausapotheken und krankenhausversorgende Apotheken. Bei den Anstaltspackungen handelt es sich um durch eine Plastikhülle zusammengehaltene Bündel von zehn Einzelpackungen. Diese Einzelpackungen enthalten - anders als die von der Beklagten für den Verkauf in öffentlichen Apotheken abgegebenen - den Aufdruck "Teil einer Klinikpackung - Einzelverkauf unzulässig". Der Preis, den die Beklagte für die Anstaltspackungen fordert, liegt deutlich unter dem Preis, den sie den von ihr belieferten Großhändlern in Rechnung stellt.

Die Klägerin verschafft sich das Arzneimittel "Ni[REDACTED]-[REDACTED]-Spray" über Krankenhausapotheken und krankenhausversorgende Apotheken zu niedrigeren Preisen, als die Beklagte sie ihr gewährt. Dadurch gelingt es ihr, beim Weiterverkauf an öffentliche Apotheken andere Anbieter zu unterbieten. In dieser Praxis fühlt sie sich durch den Aufdruck "Teil einer Klinikpackung - Einzelverkauf unzulässig" behindert und nimmt die Beklagte insoweit auf Unterlassung in Anspruch.

Die Klägerin hat vorgebracht, die Beklagte versuche, über den beanstandeten Aufdruck im Ergebnis eine Preis- und Vertriebsbindung durchzusetzen. Dies sei unzulässig, da eine rechtfertigende Grundlage für eine solche Bindung nicht bestehe. Der Aufdruck behindere sie - die Klägerin - in ihrem Wettbewerb, weil er es ihr praktisch unmöglich mache, das Arzneimittel der Beklagten erfolgreich abzusetzen.

Die Klägerin hat beantragt,

der Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu untersagen,

Einzelpackungen ihres Arzneimittels "Ni[REDACTED]
[REDACTED]-Spray" (Rg. Nr. [REDACTED]-2) mit dem Aufdruck oder einer Einstanzung des Inhalts "Einzelverkauf unzulässig" mit oder ohne der beigefügten Angabe "Teil einer Klinikpackung" zu versehen und/oder solchermaßen markierte Packungen in den Verkehr zu bringen.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Sie hat die Ansicht vertreten, daß der beanstandete Aufdruck zulässig sei. Der doppelspurige Vertrieb, den sie praktiziere, entspreche nicht nur herkömmlicher Übung, sondern sei auch durch das neuere Arzneimittel- und Apothekenrecht sanktioniert. Nach der Arzneimittelpreisverordnung gelte das staatliche Preisregulierungssystem nicht für Krankenhausware, die allgemein billiger angeboten werde.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt (Urteil abgedruckt in GRUR 1988, 387 ff).

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat das beanstandete Verhalten der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der wettbewerbswidrigen Behinderung als unlauter im Sinne des § 1 UWG angesehen, weil die Behinderung mit Hilfe eines die Kunden der Klägerin abschreckenden Hinweises erfolge, der falsch sei. Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt: Es treffe nicht zu, daß der einzelhandelsmäßige Verkauf von Einzelpackungen des Arzneimittels "Ni-XXXXXXXXXX-Spray", die aus Anstaltpackungen stammen, verboten oder sonst rechtswidrig wäre. Die Beklagte könne sich nicht mit Erfolg auf ein bestehendes oder im Aufbau befindliches Vertriebsbindungssystem berufen, da sie insoweit nicht genügend vorgetragen habe. Auch aus den Vorschriften des § 14 Abs. 4 und 5 ApothG sei nicht zu entnehmen, daß Krankenhausapotheken und krankenhäuserversorgende Apotheken nur an Krankenhäuser abgeben dürften. Ebenso wenig ergebe sich aus § 28 AMG oder der Arzneimittelpreisverordnung, daß der hier umstrittene Einzelverkauf unzulässig sei. Schließlich sei auch weder der Vorwurf des Schleichbezuges noch der weitere Vorwurf der Beklagten gerechtfertigt,

die im Einzelverkauf abgegebenen Teile der von ihr vertriebenen Anstaltspackungen könnten von der Beklagten nur durch Betrug (§ 263 StGB) erworben worden sein.

Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Wiederherstellung des die Klage abweisenden landgerichtlichen Urteils.

II. 1. Die Annahme des Berufungsgerichts, der geltend gemachte Unterlassungsanspruch sei unter dem Gesichtspunkt der wettbewerbswidrigen Behinderung nach § 1 UWG begründet, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Der beanstandete Aufdruck "Einzelverkauf unzulässig" behindert die Klägerin zwar in dem Absatz des Arzneimittels "Ni-[REDACTED]-Spray", da er die Vorstellung erweckt, der einzelhandelsmäßige Verkauf sei illegal; er ist daher geeignet, die Kunden der Klägerin von einem Ankauf abzuhalten. Indessen ist - wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat - nicht jede Behinderung eines Mitbewerbers ohne weiteres auch wettbewerbswidrig. Es müssen vielmehr Umstände hinzutreten, die das beanstandete Verhalten unlauter machen (vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 15. Aufl., § 1 Rdn. 181; v. Gamm, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Kap. 30 Rdn. 1). Daran fehlt es hier. Mit dem Berufungsgericht kann davon ausgegangen werden, daß es als ein die Unlauterkeit begründender Umstand anzusehen wäre, wenn der beanstandete Aufdruck inhaltlich unrichtig wäre oder jedenfalls zu einer wettbewerbsrechtlich nicht schutzwürdigen Beschränkung des Vertriebsweges für einen Teil der Arzneimittel führen würde (vgl. auch BGHZ 104, 185, 191 - Entfernung von Kontrollnummern I). Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden.

2. Die vom Berufungsgericht vertretene Ansicht, der einzelhandelsmäßige Verkauf von - den Anstaltspackungen entnommenen - Einzelpackungen des in Frage stehenden Arzneimittels sei weder verboten noch sonst rechtswidrig, ist nicht frei von Rechtsfehlern.

Zwar ergibt sich die Unzulässigkeit des Einzelverkaufs außerhalb von Krankenhäusern nicht aus einer vertraglichen Vertriebsbindung. Das Berufungsgericht hat insoweit rechtsfehlerfrei festgestellt, daß die Beklagte hinsichtlich der Belieferung der Krankenhausapotheken und der krankenhausversorgenden Apotheken mit Arzneimitteln kein lückenloses Vertriebsbindungssystem aufgebaut hat. Der von der Beklagten praktizierte Vertriebsweg mit unterschiedlichen Preisen für den Klinikbedarf einerseits und für die Versorgung - über die von der Beklagten belieferten Großhändler - außerhalb von Krankenhäusern andererseits entspricht jedoch der gesetzlichen Regelung mit der Anerkennung des Krankenhausprivilegs, nach der die Krankenhausapotheken seit jeher deutlich unter den für die öffentlichen Apotheken geltenden Bezugspreisen beliefert werden (vgl. § 1 Abs. 3 Nr. 1 AMPPreisV), die von der Beklagten mit Anstaltspackungen belieferten Krankenhausapotheken und krankenhausversorgenden Apotheken ihrerseits aber nicht berechtigt sind, diese Packungen außerhalb von Krankenhäusern zum Zwecke des Einzelverkaufs zu veräußern (§ 14 Abs. 4, 5 ApothG).

3. Die abweichende Auffassung des Berufungsgerichts läßt sich weder mit dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck der für die Krankenhausapotheken getroffenen Regelung vereinbaren. Die Krankenhausapotheke wird vom Träger eines Krankenhauses betrieben und kann für die Versorgung weiterer Kran-

kenhäuser desselben oder eines anderen Trägers mit Arzneimitteln zuständig sein (§ 14 Abs. 1 und 2 ApothG). Sie darf nach § 14 Abs. 4 Satz 1 ApothG nur Krankenhäuser versorgen, und zwar auch nur solche, für die sie zuständig ist. Dabei dürfen nach § 14 Abs. 4 Satz 2 ApothG Arzneimittel von der Krankenhausapotheke "nur an die einzelnen Stationen und andere Teileinheiten zur Versorgung von Personen, die in das Krankenhaus stationär oder teilstationär aufgenommen worden sind, sowie an Personen abgegeben werden, die im Krankenhaus beschäftigt sind". Die Versorgung anderer Krankenhäuser und die Abgabe an andere als die in § 14 Abs. 4 Satz 2 ApothG bezeichneten Stellen oder Personen ist als Ordnungswidrigkeit zu ahnden (§ 25 Abs. 1 Nr. 3 ApothG).

Die Annahme des Berufungsgerichts, § 14 Abs. 4 ApothG regele nur das Verhältnis der Krankenhausapotheken zu dem jeweils zu versorgenden Krankenhaus und besage nicht, daß diese ihre Arzneimittel nur an Krankenhäuser abgeben dürften, findet im Wortlaut des Gesetzes keine Stütze (vgl. auch Pfeil/Pieck/Blume, Apothekenbetriebsordnung, 5. Aufl., § 1 Anm. 6). Sie wird aber auch dem Gesetzeszweck nicht gerecht. Dieser besteht nicht nur darin im öffentlichen Interesse die Arzneimittelversorgung und die Arzneimittelsicherheit im Bereich der Krankenhäuser zu verbessern, sondern auch darin, durch die Beschränkungen der Abgabe von Arzneimitteln durch Krankenhausapotheken eine nicht vertretbare Verzerrung des Verhältnisses zwischen öffentlicher Apotheke und Krankenhausapotheke zu vermeiden (BT-Drucks. 8/1812; Begründung, Besonderer Teil, S. 8). Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Krankenhausapotheken machten durch eine Belieferung der öffentlichen Apotheken zum Zwecke des Weiterverkaufs diesen

keine Konkurrenz, berücksichtigt die Wettbewerbssituation auf dem Arzneimittelmarkt nur unzureichend (vgl. auch Pfeil/Pieck/Blume aaO § 1 Anm. 6). Wie die Beklagte unwidersprochen vorgetragen hat, nehmen die Krankenhäuser seit jeher eine Sonderstellung bei der Belieferung mit Arzneimitteln ein, indem sie von den Arzneimittelherstellern in der Regel deutlich preisgünstiger beliefert werden. Dem tragen die Bestimmungen des § 78 Arzneimittelgesetzes (AMG) und die aufgrund der in ihr enthaltenen gesetzlichen Ermächtigung ergangene Arzneimittelpreisverordnung Rechnung. Die darin vorgesehene Preis- und Preisspannenregelung, deren Ziel die Schaffung einheitlicher Endverkaufspreise sowie die Verfolgung des Interesses der Verbraucher an einer Senkung des Arzneimittelpreisniveaus ist (vgl. BGH, Urt. v. 22.2.1984 - I ZR 13/82, GRUR 1984, 748, 749 - Apothekerspannen), gilt nur für Arzneimittel, die im Großhandel, in Apotheken oder von Tierärzten im Wiederverkauf abgegeben werden (vgl. § 78 Abs. 1 AMG, § 1 Abs. 1 AMPreisV). Die Krankenhausapotheken sind von der Regelung ausdrücklich ausgenommen (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 AMPreisV). Das in der Praxis übliche Krankenhausprivileg, das eine Versorgung der Krankenhäuser zu Preisen unterhalb der Apothekenabgabepreise im Einzelhandel an Endverbraucher ermöglicht, sollte mithin nicht angetastet werden (vgl. auch Begr. zur AMPreisV, II. Bes. Teil, zu § 1 Nr. 3, abgedruckt bei Kloesel/Cyran, Arzneimittelrecht, Bd. IV unter M 34).

Dieses Preisgefüge würde in verschiedener Hinsicht gestört, falls die Krankenhausapotheken berechtigt wären, die für den Krankenhausbedarf verbilligt bezogenen Arzneimittel zum Zwecke des Wiederverkaufs zu veräußern. Ein solches Ver-

halten würde nicht nur das von der Rechtsordnung anerkannte Krankenhausprivileg gefährden, sondern auch in den Wettbewerb der öffentlichen Apotheken untereinander eingreifen. Die Revision weist zu Recht darauf hin, daß die Wettbewerbssituation derjenigen öffentlichen Apotheken, die ihre Arzneimittel über den vom Hersteller belieferten Großhändler beziehen, erheblich ungünstiger ist als die derjenigen öffentlichen Apotheken, die sich - mit Hilfe der Klägerin - ihren Bedarf aus den Vorräten der Krankenhausapotheken bzw. der krankenhausversorgenden Apotheken beschaffen. Letztere erzielen, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht und womit die Klägerin auch wirbt, eine größere Gewinnspanne. Selbst wenn diese Apotheken die Preisvorteile teilweise an den Endverbraucher weitergeben sollten, wofür sich den Akten allerdings keine Anhaltspunkte entnehmen lassen, würde dies ebenfalls die Wettbewerbsfähigkeit der übrigen öffentlichen Apotheken beeinflussen, die die Arzneimittel über den vom Hersteller belieferten Großhandel beziehen und beim Weiterverkauf an die gesetzlich vorgeschriebenen Spannen gebunden sind. Dies würde zugleich dem gesetzgeberischen Ziel des § 78 AMG, nämlich der Schaffung einheitlicher Apotheken-Endverkaufspreise, zuwiderlaufen.

Ein Weiterverkauf der den Krankenhausapotheken verbilligt gelieferten Klinikpackungen außerhalb des Krankenhauses würde danach unter Verstoß gegen § 14 Abs. 4, 5 ApothG zu einer Wettbewerbsverzerrung auf dem Arzneimittelmarkt führen. Der von der Beklagten auf den Einzelpackungen ihres Arzneimittels angebrachte Aufdruck "Einzelverkauf unzulässig" entspricht mithin der Rechtslage und ist daher wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden.

4. Diese Rechtslage ist auch im Falle des Weiterverkaufs durch krankenhausversorgende Apotheken gegeben (ebenso OVG für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein, Urt. v. 10.7.1989 - 10 M 6/89 - für den Verkauf an Einzelverbraucher; a.A. OLG Stuttgart, WRP 1985, 54 ff). Bei diesen Apotheken handelt es sich anders als bei den Krankenhausapotheken um öffentliche Apotheken, die zusätzlich zu ihrer Aufgabe, die Allgemeinheit mit Arzneimitteln zu versorgen, das Recht erworben haben, eines oder mehrere Krankenhäuser zu versorgen (§ 14 Abs. 5 ApothG). Der Gesetzgeber hat sie hinsichtlich der Versorgung der Krankenhäuser mit Arzneimitteln weitgehend den Krankenhausapotheken gleichgestellt (§ 14 Abs. 5 Satz 4 ApothG). Nach der Amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf sollen "die gleichen Kriterien, die für die Belieferung von Krankenhäusern mit Arzneimitteln durch Krankenhausapotheken anzuwenden sind, auch für die Belieferung von Krankenhäusern durch öffentliche Apotheken gelten" (BT-Drucks. 8/1812, Begründung, Besonderer Teil, S. 8). Beide dürfen bei der Belieferung von Arzneimitteln durch pharmazeutische Hersteller nicht unterschiedlich behandelt werden (vgl. Pfeil/Pieck/Blume, Apothekenbetriebsordnung, 5. Aufl., § 1 Anm. 3). Eine unterschiedliche Behandlung wäre auch sachlich nicht gerechtfertigt. Sie würde - insoweit gelten hier die vorstehenden Ausführungen unter II. 2. und 3. entsprechend - nicht nur das von der Rechtsordnung anerkannte Krankenhausprivileg gefährden, sondern auch in den Wettbewerb der öffentlichen Apotheken untereinander eingreifen. Die danach gebotene Gleichstellung bedeutet, daß auch die krankenhausversorgenden Apotheken die für den Klinikbedarf bestimmten Anstaltspackungen nicht zum Zwecke des Einzelverkaufs außerhalb der Krankenhäuser abgeben dürfen.

5. Gibt der beanstandete Aufdruck die Rechtslage nach alledem zutreffend wieder, so scheidet auch ein Unterlassungsanspruch wegen wettbewerbswidriger Irreführung nach § 3 UWG aus.

III. Die Klage erweist sich daher als unbegründet, so daß das landgerichtliche Urteil wiederherzustellen ist. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

v. Gamm

Erdmann

Teplitzky

Ullmann

Nobbe