

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 80/88

URTEIL

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

in dem Rechtsstreit

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

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und
-

g e g e n

M Pharmazeutische Großhandlung GmbH, vertreten durch den
Geschäftsführer Jürgen Her, Ö Weg,
L,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. und
v. -

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 Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 19. Februar 1988 aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Ulm (Donau) vom 19. Juni 1987 geändert.

Die Beklagte wird unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgelds bis zu 500.000,-- DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, diese zu vollziehen an ihrem Geschäftsführer, verurteilt, es zu unterlassen,

Arzneimittel der Klägerin mit einem Aufkleber zu versehen, der den Originalaufdruck "Teil einer Klinikpackung - Einzelverkauf unzulässig" abdeckt und derart veränderte Packungen mit dem vorgenannten Arzneimittel in Verkehr zu bringen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt Arzneimittel her, die sie an Krankenhausapotheken, krankenhausversorgende Apotheken und pharmazeutische Großhändler vertreibt. Die Beklagte ist ein pharmazeutisches Großhandelsunternehmen. Sie hat eine Erlaubnis nach § 13 AMG zur Herstellung von Arzneimitteln, die beschränkt ist auf das Umfüllen einschließlich des Abfüllens, das Abpacken und das Kennzeichnen.

Zu den von der Klägerin hergestellten Arzneimitteln gehört auch das verschreibungspflichtige Fertigarzneimittel "Nitrolingual-Spray". Die Klägerin ist Inhaberin des Warenzeichens "Nitrolingual". Soweit dieses Arzneimittel von der Klägerin 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 Klägerin für den Verkauf in öffentlichen Apotheken abgegebenen - den Aufdruck "Teil einer Klinikpackung - Einzelverkauf unzulässig". Der Preis, den die Klägerin für die Anstaltspackungen fordert, liegt deutlich unter dem Preis, den sie den von ihr belieferten Großhändlern in Rechnung stellt.

Die Beklagte hat sich Anstaltspackungen des Arzneimittels "Nitrolingual-Spray" über Krankenhausapotheken und krankenhausversorgende Apotheken zum Zwecke des Weiterverkaufs an öffentliche Apotheken verschafft. Vor einem Weiter-



verkauf überklebt sie den auf den Einzelpackungen enthaltenen Aufdruck der Klägerin "Teil einer Klinikpackung - Einzelverkauf unzulässig" mit einem Aufkleber, der folgenden Text enthält:

"Verschreibungspflichtig Reg.Nr. N 556-2
Hersteller: G. P. - B. GmbH & Co.
D- H.
Kennzeichnung dieser Packung:
MPA, D- L."

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, das Vorgehen der Beklagten verstoße gegen § 14 ApothG, gegen § 10 AMG, gegen die Arzneimittelpreisverordnung und verletze außerdem auch ihr Warenzeichen.

Sie hat beantragt,

der Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu untersagen,

Arzneimittel der Klägerin mit einem Aufkleber zu versehen, der den Originalaufdruck "Teil einer Klinikpackung, Einzelverkauf unzulässig" abdeckt und derart veränderte Packungen mit dem vorgenannten Arzneimittel in Verkehr zu bringen.

Hilfsweise,

Arzneimittel der Klägerin, die für den Klinikgebrauch bestimmt und entsprechend gekennzeichnet sind, mit Hinweisen zu versehen, die die Beklagte als Vertreiberin oder "Kennzeichnerin" aus-

weisen und derart veränderte Packungen in den Verkehr zu bringen,

weiter hilfsweise für den Fall, daß den bisherigen Anträgen nicht stattgegeben wird,

das Arzneimittel "Nitrolingual-Spray" der Klägerin in Faltschachteln mit dem Aufdruck und/oder Aufkleber

Hersteller: G. P. [REDACTED] B. [REDACTED] GmbH & Co.

D- [REDACTED] H. [REDACTED]

Kennzeichnung dieser Packung:

MPA, D- [REDACTED] L. [REDACTED]

anzubieten, feilzuhalten und/oder zu vertreiben, wenn das Behältnis und die Packungsbeilage nicht ebenfalls die korrekte Angabe des Namens oder der Firma des pharmazeutischen Unternehmers und seine Anschrift tragen.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Sie hat die Ansicht vertreten, zur Anbringung des Aufklebers berechtigt zu sein, weil der überklebte Aufdruck der Klägerin rechtlich unzulässig sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat der Klägerin sowohl wettbewerbsrechtliche als auch warenzeichenrechtliche Ansprüche versagt und dazu ausgeführt: Die Abgabe von Anstaltspackungen durch Krankenhausapotheken und krankenhausversorgende Apotheken an die Beklagte verstoße nicht gegen § 14 Abs. 4 ApothG. Der Einzelverkauf von Teilen der Anstaltspackung widerspreche auch nicht den Regelungen der Arzneimittelverordnung und des Arzneimittelgesetzes. Warenzeichenrechtliche Ansprüche nach §§ 25, 26 WZG scheiterten daran, daß die Angaben in dem überklebten Aufdruck inhaltlich falsch seien und zudem nichts mit dem Zeichen selbst, der Herkunft der Ware und ihrer Beschaffenheit zu tun hätten. In der Aufrechterhaltung derartiger Angaben läge ein Mißbrauch des Zeichenrechts.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

II. 1. Entgegen der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung ist die Klage unter dem Gesichtspunkt der wettbewerbswidrigen Behinderung nach § 1 UWG begründet.

Das beanstandete Überkleben des Aufdrucks "Teil einer Klinikpackung - Einzelverkauf unzulässig" behindert die Klägerin in dem Vertrieb des Arzneimittels "Nitrolingual-Spray" über den Großhandel, da die Beklagte einen Teil des Bedarfs über die von der Klägerin verbilligt abgegebenen Anstaltspackungen deckt. Indessen ist nicht jede Behinderung eines

Mitbewerbers 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). Solche Umstände liegen hier vor. Sie sind darin zu sehen, daß die Beklagte einen Packungsaufdruck überklebt hat, der inhaltlich richtig ist und zu dessen Anbringung die Klägerin auch berechtigt ist. Zwar führt der Aufdruck zu einer Beschränkung des Vertriebsweges für einen Teil der Arzneimittel. Dagegen bestehen jedoch dann keine Bedenken, wenn diese Beschränkung wettbewerbsrechtlich schutzwürdig ist (vgl. BGHZ 104, 185, 191 - Entfernung von Kontrollnummern I). Das ist vorliegend der Fall.

2. Die vom Berufungsgericht vertretene Ansicht, die Abgabe von Klinikpackungen durch Krankenhausapotheken und krankenhausversorgende Apotheken an die Beklagte sei rechtlich zulässig, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Der von der Klägerin 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 der gesetzlichen Regelung mit der Anerkennung des Krankenhausprivilegs, nach der die Krankenhausapotheken seit jeher deutlich unter den für öffentliche Apotheken geltenden Bezugspreisen beliefert werden (vgl. § 1 Abs. 3 Nr. 1 AMPreisV), die von der Klägerin mit Anstaltspackungen belieferten Krankenhausapotheken und krankenhausversorgenden Apotheken ihrerseits aber nicht berechtigt

sind, diese Packungen außerhalb des Krankenhauses 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 Krankenhäuser 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 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 Arzneimittel durch Krankenhausapotheken eine nicht vertretbare Verzerrung des Verhältnisses zwischen öffentlicher Apotheke und Krankenhausapothekenzu 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 Klägerin 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 Endver-

braucher ermöglicht, sollte mithin nicht angetastet werden (vgl. auch Amtl. 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 Verhalten 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 Beklagten - ihren Bedarf aus den Vorräten der Krankenhausapotheken bzw. der krankenhausversorgenden Apotheken beschaffen. Letztere erzielen, womit die Beklagte 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 Klägerin auf den Einzelpackungen ihres Arzneimittels angebrachte Aufdruck "Einzelverkauf unzulässig" entspricht mithin der Rechtslage und ist daher wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Beklagte war daher zum Überkleben des Aufdrucks nicht berechtigt.

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, aaO, § 1 Anm. 3).

Eine unterschiedliche Behandlung wäre auch sachlich nicht gerechtfertigt. Sie würde - insoweit gelten hier die vorstehenden Ausführungen unter II. 2. a 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.

III. Die Revision hat nach alledem Erfolg und führt zur Verurteilung nach dem Hauptantrag der Klage. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

v. Gamm

Erdmann

Teplitzky

Ullmann

Nobbe