

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

UWG § 1; ApothG §§ 1, 6, 7, 10, 21; ApothBetrO § 11

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die Entgegennahme von ärztlichen Verschreibungen außerhalb der genehmigten Apothekenbetriebsräume zum Zwecke der Lieferung der verordneten Arzneimittel zulässig ist.

BGH, Urt. v. 17. Oktober 1980 - I ZR 8/79 - OLG Frankfurt

LG Gießen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 8/79

URTEIL

Verkündet am

17. Oktober 1980
Köhler,
Justizsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma R. [REDACTED] Apotheke, Inhaber: Apotheker D. [REDACTED]
S. [REDACTED], F. [REDACTED] Straße [REDACTED], H. [REDACTED]/O. [REDACTED]

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Firma A. [REDACTED] Apotheke, Inhaber: Apotheker Jürgen M. [REDACTED]
F. [REDACTED] Straße [REDACTED] H. [REDACTED]/O. [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Professor
Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Alff, Dr. Piper, Dr. Erdmann und Dr. Teplitzky

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 2. November 1978 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien betreiben Apotheken in H- / O-, zu deren wirtschaftlichem Einzugsgebiet auch der Ortsteil N-G- einer benachbarten Großgemeinde gehört, in dem es keine Apotheke gibt.

Bis November 1976 unterhielt jede der beiden Apotheken in N-G- fünf Rezeptsammelkästen. Alle zehn Kästen wurden von der bei der Beklagten als Apothekenbotin angestellten Loni B- bedient. Frau B- wohnt in N-G- und ist dort allgemein bekannt; vom damaligen Inhaber der Klägerin erhielt sie für ihre Rezeptsammeltätigkeit eine provisionsähnliche Vergütung.



Der neue Inhaber der Klägerin nahm seit Oktober 1976 die Dienste von Frau B. nicht mehr in Anspruch; am 30. November 1976 ließ er sich vom Regierungspräsidenten bestätigen, daß die Parteien in N.-G. gemeinsam eine Rezeptsammelstelle in einem zu vereinbarenden wechselweisen Turnus unterhalten dürften. Die Parteien vereinbarten, daß in der Nähe der Praxis der einzigen in N.-G. ansässigen Ärztin ein gemeinsamer Rezeptsammelkasten angebracht wurde, der in wöchentlichem Wechsel von der jeweils nachtdienstbereiten Apotheke bedient werden sollte. Die bisher vorhandenen Rezeptsammelkästen wurden entfernt.

Die Klägerin hat vorgetragen, seit Bestehen des gemeinsamen Rezeptsammelkastens sei dieser in ihren Dienstwochen meist leer; höchstens ein oder zwei Rezepte fänden sich täglich darin. Die Beklagte habe mit der Ärztin abgesprochen, daß diese die von ihr ausgestellten Rezepte in ihrer Praxis sammle und sie durch Frau B. der Beklagten zur Einlösung übermittle. Frau B. hole die Rezepte täglich in der Arztpraxis ab und bringe sie zur Beklagten; sie liefere die verordneten Medikamente den in N.-G. wohnenden Patienten persönlich ab; Medikamente für auswärtige Patienten lege sie in der Arztpraxis zur Abholung nieder. Frau B. nehme mit Billigung der Beklagten auch bei anderen Gelegenheiten Rezepte und Bestellungen über rezeptfreie Arzneimittel an und besorge sie von der Beklagten. Dieses Verhalten sei wettbewerbs- und berufsrechtlich unzulässig; der ihr entstandene Schaden sei mit mindestens 18.000,-- DM zu beziffern.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Unterlassung und zur Zahlung von Schadensersatz zu verurteilen und der Klägerin die Veröffentlichung des auf Unterlassung lautenden Teils des Urteils zu gestatten.

Die Beklagte hat das Bestehen einer Absprache mit der Ärztin bestritten. Frau B. [REDACTED] habe in N. [REDACTED]-G. [REDACTED] einen sehr großen Verwandten- und Bekanntenkreis, der sie regelmäßig darum bitte, anfallende Rezepte zu besorgen. Frau Becker besorge auch täglich den Praxisbedarf der Ärztin; wenn sie dabei auch Rezepte von Patienten mitnehme, so geschehe dies ausschließlich auf Bitten der Patienten, denen sie bekannt sei und die wüßten, daß sie nur für die Beklagte tätig sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil eine Absprache zwischen der Ärztin und der Beklagten nicht bewiesen sei; im übrigen sei es wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Beklagte aus dem Umstand, daß ihre Angestellte in N. [REDACTED]-G. [REDACTED] besonders bekannt und angesehen sei, wirtschaftlichen Nutzen ziehe.

Das Oberlandesgericht hat unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils

- I. der Beklagten untersagt,
 - während der Zeiträume, in denen die Klägerin die gemeinsame Rezeptsammelstelle der Parteien in N. [REDACTED]-G. [REDACTED], F. [REDACTED]straße [REDACTED] turnusmäßig bedient - abgesehen von Notfällen -
 - a) ärztliche Rezepte aus der Praxis von Frau Dr. Hu. [REDACTED]-Be. [REDACTED] durch Angestellte oder beauftragte Dritte abholen zu lassen und/oder von Frau Dr. Hu. [REDACTED]-Be. [REDACTED] entgegenzunehmen, oder entgegennehmen zu lassen,
 - b) in N. [REDACTED]-G. [REDACTED] durch Angestellte oder beauftragte Dritte ärztliche Rezepte entgegenzunehmen oder entgegennehmen zu lassen.

II. die Klägerin ermächtigt, auf Kosten der Beklagten im Anzeigenteil des Nachrichtenblattes "Amtliches Verkündungsorgan für die Stadt H[REDACTED] und die Gemeinde (F[REDACTED])" innerhalb einer Frist von einem Monat nach Rechtskraft dieses Urteils Nr. I des Urteilssatzes ohne die Ordnungsmittellandrohung in der Größe von (höchstens) einer Viertel Seite in normalen Drucktypen einmal und ohne weitere Zusätze als den Hinweis auf das erkennende Gericht, das Datum der Entscheidung und die Parteien dieses Rechtsstreits zu veröffentlichen.

Wegen des Schadensersatzanspruchs hat das Berufungsgericht den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Gießen zurückverwiesen.

Gegen dieses Urteil (veröffentlicht in WRP 79, 130 ff und Pharm. Zt. 79, 605) richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen, klageabweisenden Urteils begehrt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts verstößt die Beklagte gegen zwingende Vorschriften des Apothekenrechts und damit zugleich gegen § 1 UWG, indem sie es zulasse, daß in der Arztpraxis Dr. Hu[REDACTED]-Be[REDACTED] gesammelte Rezepte von ihrer Angestellten B[REDACTED] in die Apothekenräume zwecks Belieferung verbracht würden (BU 12) und daß ferner dieselbe Angestellte an beliebiger Stelle in N[REDACTED]-G[REDACTED] von beliebigen Personen

Rezepte zur Besorgung entgegennehme (BU 13). Der Wettbewerb zwischen Apotheken solle sich nach der gesetzlichen Regelung nur in den genehmigten Räumen vollziehen, um Übersteigerungen zu verhindern; die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen (§ 10 Abs. 1 S. 2 ApBO: Auslieferung von verordneten Arzneimitteln durch Boten; und § 11 ApBO: Einrichtung von Rezeptsammelstellen) seien abschließend; die Entgegennahme von Rezepten außerhalb der Betriebsräume sei vom Gesetz auf die Möglichkeit zur Unterhaltung einer Rezeptsammelstelle im Sinne des § 11 ApBO beschränkt. Jedes Unterlaufen der hierzu ergangenen Vorschriften z.B. durch Einsatz von Angestellten, die Rezepte als "mobile Rezeptsammelstelle" entgegennähmen, verstoße gegen zwingendes Apothekenrecht (BU 13) und damit zugleich gegen § 1 UWG.

II. Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, daß die Tätigkeit des Apothekers sich nur in den in der Erlaubnisurkunde bezeichneten Räumen (§ 1 Abs. 3 ApG) zu vollziehen habe, ausgenommen die Fälle der §§ 10 Abs. 1 Satz 2 und 11 ApBO, und daß es sich insoweit um zwingendes Recht handle.

Berufsbild für den selbständigen Apotheker ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers der "Apotheker in seiner Apotheke", d.h. der selbständige Apotheker, der seine Apotheke persönlich und in eigener Verantwortung leitet (§§ 1, 6, 7 ApG), und der wegen der Bedeutung gesundheitspolitischer Erwägungen insbesondere im Interesse einer geordneten Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gewissen Beschränkungen in

der Ausübung seines Berufes verfassungsrechtlich zulässigerweise unterliegt (vgl. dazu BVerfGE 17, 232, 239 ff = NJW 64, 1067 m.w.N.). Aus §§ 1, 6, 7 ApG ergibt sich, daß dem Apotheker die Ausübung seines Berufs nur innerhalb der in der Erlaubnisurkunde bezeichneten Räume gestattet ist (BVerwGE 56, 186, 188, insoweit nicht in NJW 79, 611 abgedruckt, dazu BVerwGE 45, 331). Nach § 1 Abs. 2 ApG ist der Betrieb einer Apotheke erlaubnispflichtig, nach § 1 Abs. 3 ApG gilt die Erlaubnis nur für die in der Erlaubnisurkunde bezeichneten Räume; der Betrieb einer Apotheke außerhalb dieser Räume ist unzulässig und verboten; zu einem solchen raumbundenen Betrieb gehört auch das Einsammeln von Rezepten zwecks Lieferung der verordneten Arzneimittel. Die Bedeutung der in der Erlaubnisurkunde bezeichneten Räume für den Betrieb der Apotheke ergibt sich ferner aus § 6 ApG, wonach die Apotheke erst eröffnet werden darf, wenn die Behörde bescheinigt hat, daß die Apotheke, d.h. die Räumlichkeiten mit Einrichtung, den gesetzlichen Anforderungen entspricht (Abnahme), schließlich verpflichtet nach § 7 ApG die Erlaubnis zur persönlichen Leitung in eigener Verantwortung. Persönliche Leitung der Apotheke in behördlich überprüften und genehmigten Räumen zwecks Sicherung der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung ist zwingende gesetzliche Regelung; der gesundheitspolitische Zweck rechtfertigt die Beschränkung der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit des Apothekers (vgl. BVerfG aaO S. 1070). In diesen die Berufsausübung beschränkenden Bereich gehört auch das Heranschaffen von Rezepten zum Zwecke der Belieferung.

Das gesetzliche Verbot des Apothekenbetriebs außerhalb der genehmigten Betriebsräume ist durch § 21 ApG dahin modifiziert, daß in einer als Rechtsverordnung zu erlassenden Apothekenbetriebsordnung Vorschriften u.a. über Rezeptsammelstellen und Arzneiabgabe außerhalb der Apothekenbetriebsräume

erlassen werden können. Der § 11 ApBO ist durch diese Ermächtigung gedeckt; aus § 21 ApG in Verbindung mit § 1 Abs. 3 ApG ergibt sich, daß § 11 ApBO als Verbotsnorm mit Erlaubnisvorbehalt zu gestalten war; den Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG ist damit genügt (BVerwGE 56, 186, 191). Nach § 11 Abs. 1 ApBO ist die Erlaubnis, Rezeptsammelstellen zu unterhalten, zu erteilen, wenn zur ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung von abgelegenen Orten oder Ortschaften ohne Apotheken eine Rezeptsammelstelle erforderlich ist. Zu einer Rezeptsammelstelle gehört nicht nur die Anbringung einer Vorrichtung, die zur Aufnahme der schriftlichen Bestellungen und Rezepte dient; vielmehr rechnen zu ihr auch Vorkehrungen, die im Interesse der gebotenen eiligen Belieferung der Besteller liegen, wie eines Abhol- und Transportdienstes durch eine geeignete Person. Es bedarf demnach sachlicher und persönlicher Mittel, die vom Apotheker zu einer Organisation zusammengesetzt werden, die als solche erst ein reibungsloses Funktionieren gewährleistet (vgl. BGHZ 34, 188, 190 - Rezeptsammelstelle). Die Erlaubnis für einen solchen Einsatz dient dem gesundheitspolitischen Zweck einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung durch die vorhandenen Apotheken (vgl. BVerwGE 56, 188, 192; BVerfG v. 19.2.75 - NJW 75, 1455, 1456).

Diese gesetzlichen Regelungen sind zwingend.

2. Es kann dahingestellt bleiben, ob ein Verstoß gegen diese Regelungen über die Tätigkeit des Apothekers und über die Einrichtung und Bedienung von Rezeptsammelstellen schlechthin wettbewerbswidrig ist. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Regierungspräsident den Parteien gestattet, in N- -G- gemeinsam eine Rezeptsammelstelle

zu errichten und nach einem zwischen ihnen zu vereinbarenden Turnus zu unterhalten; das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, daß die Parteien vereinbart haben, in der Nähe der einzigen Arztpraxis des Ortes einen gemeinsamen Rezeptsammelkasten anzubringen, der im wöchentlichen Wechsel von der jeweils nachtdienstbereiten Apotheke bedient werden sollte. Die Verletzung einer so umgrenzten Erlaubnis, die hinsichtlich der Bedienung der Rezeptsammelstelle gleichzeitig eine Regelung des Wettbewerbs der Parteien enthält, ist jedenfalls dann wettbewerbswidrig, wenn sich eine Partei dadurch, wie auch im Streitfall, einen Vorsprung vor ihrem Mitbewerber verschafft.

3. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist eine Absprache zwischen der Ärztin Dr. Hu[REDACTED]-Be[REDACTED] und der Beklagten über das Sammeln von ärztlichen Verschreibungen nicht bewiesen. Das Berufungsgericht sieht aber als erwiesen an, es sei seit langem so gehandhabt worden und geschehe auch heute noch, daß Rezepte, die für die Beklagte bestimmt seien, in der Praxis gesammelt und dann von Frau Be[REDACTED] abgeholt würden. Dies geschehe, wenn die Patienten den Wunsch äußerten, das Rezept solle von der Beklagten besorgt werden. Ließen Patienten ihr Rezept einfach zurück, ohne einen besonderen Wunsch zu äußern, so würden sie darauf aufmerksam gemacht, daß es von der Beklagten besorgt werde. Wünsche ein Patient, daß sein Rezept von der Klägerin besorgt werde, so werde er auf den Rezeptsammelkasten verwiesen. Dieses Verfahren, so führt das Berufungsgericht weiter aus, könne nach den Umständen der Beklagten nicht unbekannt geblieben sein, da sie auf diese Weise auch dann, wenn sie die Rezeptsammelstelle nicht zu bedienen gehabt habe, eine erhebliche Zahl von Rezepten aus N[REDACTED]-G[REDACTED] erhalten habe. Die Beklagte lasse dies also zumindest stillschweigend zu und dulde damit dieses Verfahren. Darüber hinaus nehme die Beklagte das Recht in

Anspruch, daß ihre Angestellte B. zu beliebiger Zeit von beliebigen Personen in N. - r - G. Rezepte zur Versorgung entgegennehmen dürfe; dies geschehe nach der Bekundung der Zeugin B. tatsächlich auch.

Das Berufungsgericht hat zutreffend in diesem rechtsfehlerfrei festgestellten Verhalten einen Verstoß gegen die Vorschriften des Apothekengesetzes und der Apothekenbetriebsordnung über die Einrichtung von Rezeptsammelstellen und über die Beschränkung der Tätigkeit des Apothekers auf die genehmigten Betriebsräume gesehen. Denn das Einsammeln oder das Einsammelnlassen von Rezepten in der beschriebenen Weise ist eine unzulässige Betätigung außerhalb der Betriebsräume, die dem Apotheker zwingend verboten ist; einzige und eng auszulegende Ausnahme ist die Bedienung einer genehmigten Rezeptsammelstelle; der Apotheker darf nicht dulden, daß seine Angestellten oder sonst mit ihm in irgendeiner Weise verbundene Personen für ihn Rezepte sammeln und ihm zur Belieferung übergeben. Mit Recht hat das Berufungsgericht dargelegt, daß der Grundsatz der erlaubten Nachbarschaftshilfe zurücktreten müsse, wenn der Helfer ausdrücklich zu diesem Zweck eingesetzt sei und seine Tätigkeit entgeltlich und gewerbsmäßig ausübe. Soweit es sich um Arzneimittel für die ärztliche Praxis handelt, ist der Arzt selbst der Besteller und kann daher den Apotheker um Abholung der erforderlichen Verschreibungen und um Belieferung bitten.

Das Berufungsgericht brauchte auch entgegen der Auffassung der Revision die Beweise für die Behauptung nicht zu erheben, die Beklagte habe Frau B. verboten, während der Dienstwochen der Klägerin Rezepte von Patienten auch über die Ärztin entgegenzunehmen und Frau B. habe sich auch entsprechend verhalten. Denn nach den Feststellungen des

Berufungsgerichts hat sich die Beklagte des Rechts zur Entgegennahme von Verschreibungen in anderer Weise als durch Bedienung der genehmigten Rezeptsammelstelle ausdrücklich berührt.

Dabei hat die Beklagte auch in den Wochen gegen das Verbot der Betätigung des Apothekers außerhalb der genehmigten Betriebsräume verstoßen, in denen sie Nachtdienstbereitschaft und damit nach der genehmigten Regelung die Bedienung der Rezeptsammelstelle übernommen hatte. Denn die Ausnahme vom gesetzlichen Verbot geht nur dahin, daß die Rezeptsammelstelle in der vorgesehenen Weise bedient werden darf, nicht aber dürfen die Rezepte in irgendeiner beliebigen Weise in den Besitz der beliefernden Apotheker gebracht werden. Das ergibt sich, wie bereits dargelegt, aus dem im Apothekergesetz verankerten Grundsatz, der in der ins einzelne gehenden Regelung einer ausnahmsweise gestatteten Durchbrechung in § 11 ApBO bestätigt wird: Keine Rezeptsammelstellen in Gewerbebetrieben oder bei Angehörigen der Heilberufe (§ 11 Abs. 2 ApBO); Sammlung in verschlossenem Behälter mit vorgeschriebener Aufschrift (§ 11 Abs. 3 ApBO); Verpackung und Lieferung der Arzneimittel (§ 11 Abs. 4 ApBO); Widerruf der Erlaubnis bei Wegfall der Erforderlichkeit zur ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung (§ 11 Abs. 5 ApBO).

Durch diese zwingend durch Gesetz angeordnete Beschränkung der Berufsausübung des Apothekers wird entgegen der Auffassung der Revision das Recht des Patienten auf freie Wahl der Apotheke nicht eingeschränkt; er kann persönlich oder durch eine von ihm beauftragte Person die verordneten Arzneimittel in der Apotheke seiner Wahl erwerben. Nur die Tätigkeit des Apothekers ist auf seine genehmigten Betriebs-

räume und auf die gesetzgemäße Bedienung einer genehmigten Rezeptsammelstelle beschränkt. Er darf daher nicht, um der Bequemlichkeit des Publikums zu dienen, Veranstaltungen außerhalb dieses Rahmens treffen; dazu gehört auch, durch von ihm beauftragte oder bei ihm beschäftigte Personen Rezepte zwecks Belieferung einsammeln zu lassen oder ein solches Einsammeln zu dulden.

III. Da das Berufungsurteil auch im übrigen keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten erkennen läßt, war die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

v. Gamm

Alff

Piper

Erdmann

Teplitzky