

OLG Hamm, Urteil vom 12. Mai 2015

Aktenzeichen: 4 U 53/15

Leitsatz

1. Der Senat lässt dahinstehen, ob die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil vom 13.03.2008 - 3 C 27/07), die Regelungen in § 24 ApoBetrO seien für die Entgegennahme von Arzneimittelbestellungen im Versandhandel nicht einschlägig, nach der zwischenzeitlichen Änderung der ApoBetrO durch die Vierte Verordnung zur Änderung der ApoBetrO vom 05.06.2012 noch Geltung beanspruchen kann.

2. § 24 ApoBetrO in seiner derzeit geltenden Fassung ist jedenfalls insoweit anwendbar, als durch eine Rezeptsammelstelle die Bestellung verschreibungspflichtiger Arzneimittel ermöglicht wird, die sodann vom Kunden in der (Präsenz-)Apotheke abgeholt oder - als Alternative zu dieser Abholung - an den Kunden durch Boten der Apotheke ausgeliefert werden sollen.

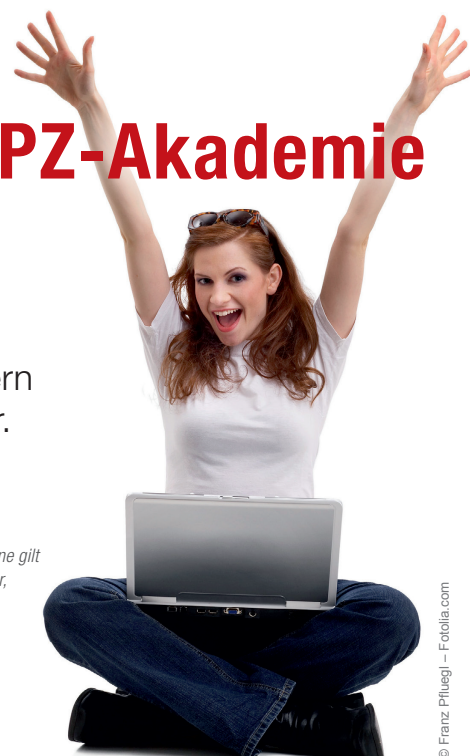
Online punkten mit der PZ-Akademie

www.pz-akademie.de

Testen Sie mit dem zertifizierten Online-Angebot der Pharmazeutischen Zeitung Ihr Wissen. Sichern Sie sich bis zu zehn Fortbildungspunkte pro Jahr.

Jetzt kostenlos online testen!

Die PZ-Akademie bietet Ihnen jährlich zehn interaktive Lektionen an. Die Mitgliedschaft in der PZ-Akademie online gilt jeweils für ein Kalenderjahr und verlängert sich automatisch um ein weiteres Jahr, wenn nicht bis 31.12., 24 Uhr, online gekündigt wurde. Die Jahresgebühr beträgt unabhängig vom Eintrittsdatum 41,- Euro. Nach der Online-Anmeldung wird dem Teilnehmer eine Rechnung übersandt.



Aus den Gründen

Die Verfügungsklägerin betreibt – jeweils unter der Bezeichnung "Die X-Apotheke" – zwei in I gelegene Apotheken, eine Apotheke in S sowie eine weitere Apotheke in Z.

Die Verfügungsbeklagte betreibt die "Y-Apotheke" sowie zwei weitere in I gelegene Apotheken. Die Verfügungsbeklagte verfügt seit dem Jahre 2006 über eine Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln.

Die Verfügungsbeklagte stellte zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt vor dem 19.12.2014 im Eingangsbereich des Supermarktes "W" im Einvernehmen mit dem Betreiber des Supermarktes eine etwa mannshohe Werbetafel auf. Die Tafel ist mit einem Logo der "Y-Apotheken" sowie u.a. den Aufschriften "Hier können Sie Ihr Rezept einwerfen" und "Rezept im Umschlag bitte hier einwerfen" versehen. Potentielle Kunden der Verfügungsbeklagten haben über diese Tafel die Möglichkeit, Bestellungen für verschreibungspflichtige Medikamente, aber auch für sonstige Artikel aus dem Sortiment der Verfügungsbeklagten aufzugeben. In die Werbetafel sind zu diesem Zweck zunächst mehrere Regalfächer integriert, in denen sich Briefumschläge sowie Bestellscheine befinden. Will der Kunde eine Bestellung aufgeben, muss er einen Bestellschein ausfüllen, diesen (bei verschreibungspflichtigen Medikamenten zusammen mit dem ärztlichen Rezept) in einen Briefumschlag stecken und den Umschlag sodann in einen an der Tafel aufgehängten Briefkasten einwerfen. Auf dem Bestellschein kann der Kunde angeben, ob er die bestellten Produkte selbst in der Apotheke der Verfügungsbeklagten abholen will oder ob die bestellten Produkte an eine von ihm anzugebende Lieferadresse ausgeliefert werden sollen. Wählt der Kunde die zweite Möglichkeit, werden die bestellten Produkte durch einen Boten der Apotheke an die angegebene Adresse ausgeliefert. Die Verfügungsbeklagte bewirbt die Tafel u.a. mittels eines Werbeflyers. Darüber hinaus weisen Aufkleber an den Kassen des Supermarktes "W" auf die im Eingangsbereich des Marktes aufgestellte Tafel hin.

Die Verfügungsklägerin erhielt durch eine Zeitungsveröffentlichung/Zeitungsanzeige kurz vor dem 19.12.2014 Kenntnis von der vorbeschriebenen Werbetafel der Verfügungsbeklagten im Supermarkt "W" und mahnte die Verfügungsbeklagte daraufhin ab. Die Verfügungsbeklagte wies die Abmahnung zurück.

Die Verfügungsklägerin hat daraufhin beim Landgericht Bochum den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt. Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht Bochum den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Verfügungsklägerin mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung.

Die - zulässige - Berufung ist begründet. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig und begründet.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist auch begründet.

Es besteht auch ein Verfügungsanspruch. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch findet seine Grundlage in § 8 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 11 UWG iVm § 24 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 ApoBetrO.

a) Bei der Aufstellung der (Werbe-)Tafel im Eingangsbereich des Supermarktes handelt es sich um eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

b) Die den potentiellen Kunden mit dieser Tafel eingeräumte Bestellmöglichkeit verstößt gegen § 24 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 ApoBetrO.

Bei den Regelungen in § 24 Abs. 1 und Abs. 2 ApoBetrO handelt es sich um Marktverhaltensregelungen iSd § 4 Nr. 11 UWG (OLG Saarbrücken, Urteil vom 25.09.2013 - 1 U 42/13). Die Anwendung von § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 24 ApoBetrO begegnet keinen europarechtlichen Bedenken, weil es sich beim Beruf des Apothekers um einen "reglementierten Beruf" nach Art. 3 Abs. 8 iVm Art. 2 lit. I) der Richtlinie 2005/29/EG (UGP-Richtlinie) handelt.

Bei der hier in Rede stehenden Einrichtung in dem Supermarkt handelt es sich um eine Rezeptsammelstelle iSd § 24 Abs. 1 Satz 1 ApoBetrO. § 24 Abs. 1 Satz 1 ApoBetrO definiert eine Rezeptsammelstelle als "Einrichtung zum Sammeln von Verschreibungen". Die Werbetafel und der daran angebrachte Briefkasten dienen unstreitig dem Sammeln von Verschreibungen. Dass damit auch Bestellscheine für andere Produkte gesammelt werden können, ist unschädlich. Denn § 24 Abs. 1 Satz 1 ApoBetrO lässt sich nicht entnehmen, dass eine Rezeptsammelstelle nur dann vorliegt, wenn die Einrichtung ausschließlich dem Sammeln von Verschreibungen dient.

Soweit die Verfügungsbeklagte die Auffassung vertritt, es handele sich nicht um eine Rezeptsammelstelle, sondern um eine "Pick-Up-Stelle", verkennt sie die hierzu im Apothekenrecht entwickelten Begrifflichkeiten. Der Begriff "Pick-Up-Stelle" taucht weder im Apothekengesetz (ApoG) noch in der ApoBetrO auf. Er wird allerdings zur Vereinfachung der Sachverhaltsdarstellung (d.h. zur schlagwortartigen Beschreibung) in einigen apothekenrechtlichen Gerichtsentscheidungen gebraucht, z.B. im Urteil des BVerwG vom 13.03.2008 (Pharm.Ztg 2008, 1598) und im Beschluss des VGH Kassel vom 15.03.2012 - 7 B 371/12. Diese Gerichte sehen die Besonderheit einer "Pick-Up-Stelle" allerdings gerade darin, dass dort Medikamente abgeholt werden können. Abholen können die Kunden die bei der Verfügungsbeklagten bestellten Produkte allerdings im Supermarkt unstreitig nicht. Es handelt sich hier also gerade nicht um eine "Pick-Up-Stelle" im Sinne der apothekenrechtlichen Rechtsprechung.

Der Betrieb dieser Rezeptsammelstelle verstößt zum einen gegen § 24 Abs. 1 Satz 1 ApoBetrO, weil die Verfügungsbeklagte unstreitig über keine behördliche Erlaubnis für die Unterhaltung einer Rezeptsammelstelle verfügt. Zum anderen verstößt der Betrieb gegen § 24 Abs. 2 ApoBetrO, weil die Sammelstelle in einem Gewerbebetrieb aufgestellt ist. Ein Supermarkt ist ein Gewerbebetrieb im Sinne des § 24 Abs. 2 ApoBetrO (Pfeil/Pieck, Apothekenbetriebsordnung, Stand: 10. Ergänzungslieferung 2013, § 24 Rdnr. 27).

§ 24 ApoBetrO ist auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

(1) Dem Wortlaut von § 24 ApoBetrO lässt sich keine Einschränkung seines Anwendungsbereiches, insbesondere keine Einschränkung seines Anwendungsbereiches auf bestimmte Formen der Übergabe oder Lieferung bestellter Arzneimittel, entnehmen.

(2) Ohne Erfolg beruft sich die Verfügungsbeklagte auf die Erwägungen in dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13.03.2008 (a.a.O). Das BVerwG hat in den Entscheidungsgründen dieses Urteils ausgeführt, die Regelungen in § 24 ApoBetrO seien für die Entgegennahme von Arzneimittelbestellungen im Versandhandel nicht einschlägig.

(a) Die vorgenannte Entscheidung des BVerwG ist zu § 24 ApoBetrO in der vom 25.08.1994 bis zum 11.06.2012 geltenden Fassung (im Folgenden: § 24 ApoBetrO a.F.) ergangen. § 24 ApoBetrO a.F. hatte folgenden Wortlaut:

"§ 24 Rezeptsammelstellen

(1) 1Einrichtungen zum Sammeln von Verschreibungen (Rezeptsammelstellen) dürfen nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde unterhalten werden. 2Die Erlaubnis ist dem Inhaber einer Apotheke auf Antrag zu erteilen, wenn zur ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung von abgelegenen Orten oder Ortsteilen ohne Apotheken eine Rezeptsammelstelle erforderlich ist. 3Die Erlaubnis ist zu befristen und darf die Dauer von drei Jahren nicht überschreiten. 4Eine wiederholte Erteilung ist zulässig.

(2) Rezeptsammelstellen dürfen nicht in Gewerbebetrieben oder bei Angehörigen der Heilberufe unterhalten werden.

(3) 1Die Verschreibungen müssen in einem verschlossenen Behälter gesammelt werden. 2Auf dem Behälter müssen deutlich sichtbar der Name und die Anschrift der Apotheke sowie die Abholzeiten angegeben werden. 3Ferner ist auf oder unmittelbar neben dem Behälter ein deutlicher Hinweis darauf anzubringen, daß die Verschreibung mit Namen, Vornamen, Wohnort, Straße und Hausnummer des Empfängers zu versehen ist. 4Der Behälter muss zu den auf ihm angegebenen Zeiten durch einen Boten, der zum Personal der Apotheke gehören muss, geleert oder abgeholt werden.

(4) 1Die Arzneimittel sind in der Apotheke für jeden Empfänger getrennt zu verpacken und jeweils mit dessen Namen und Anschrift zu versehen. 2Sie sind, sofern sie nicht abgeholt werden, dem Empfänger in zuverlässiger Weise auszuliefern."

Das BVerwG hat in der vorgenannten Entscheidung hierzu Folgendes ausgeführt:

"(...) Das vom Verwaltungsgericht herangezogene Verbot des Betriebs von Rezeptsammelstellen in § 24 ApoBetrO kann die Untersagung ebenfalls nicht rechtfertigen. Nach dieser Vorschrift dürfen Einrichtungen zum Sammeln von Verschreibungen (Rezeptsammelstellen) nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde unterhalten werden. Die Erlaubnis ist dem Inhaber einer Apotheke auf Antrag zu erteilen, wenn zur ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung von abgelegenen Orten oder Ortsteilen ohne Apotheken eine Rezeptsammelstelle erforderlich ist. Rezeptsammelstellen dürfen nicht in Gewerbebetrieben oder bei Angehörigen der Heilberufe unterhalten werden.

Diese Regelung ist für die Entgegennahme von Arzneimittelbestellungen im Versandhandel nicht einschlägig. Sie geht von der räumlichen Bindung der Arzneimittelabgabe an die Apotheke aus. Fehlt sie wie beim Versandhandel, so ist die daran anknüpfende Bestimmung nicht anzuwenden. Sammelbesteller sind seit jeher ein typisches Element des Versandhandels. Wenn der Gesetzgeber daher den Versandhandel mit Arzneimitteln zulässt, so umfasst dies auch die Möglichkeit, Bestellungen einzusammeln und gebündelt an die Versandapotheke zu übersenden. (...)"

Insbesondere die Formulierung, die Vorschrift "gehe von der räumlichen Bindung der Arzneimittelabgabe an die Apotheke aus", macht hierbei deutlich, dass das BVerwG eine systematische Auslegung der ApoBetrO, also eine Auslegung nach dem Regelungszusammenhang der Verordnung, vorgenommen hat.

Es ist bereits fraglich, ob die Auffassung des BVerwG nach der Änderung des § 24 ApoBetrO durch die Vierte Verordnung zur Änderung der Apothekenbetriebsordnung vom 05.06.2012 (BGBl. 2012 I, S. 1254) – durch diese Änderungsverordnung hat § 24 ApoBetrO seinen derzeitigen Wortlaut erhalten – überhaupt noch Geltung beanspruchen kann. Denn der Verordnungsgeber hat bei der Neufassung des § 24 ApoBetrO in Kenntnis der vorgenannten Entscheidung des BVerwG keine der Auffassung des BVerwG entsprechende Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift in deren Wortlaut aufgenommen, was dafür sprechen mag, dass der Verordnungsgeber auch keine solche Einschränkung des Anwendungsbereiches (mehr) vorsehen wollte.

Dies kann aber letztlich dahinstehen. Denn auch nach den Auslegungsgesichtspunkten des BVerwG ist § 24 ApoBetrO auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt anwendbar. Der Verordnungsgeber hat nämlich den Bereich, auf den § 24 ApoBetrO – jedenfalls – anwendbar ist, durch die Neufassung des Wortlautes indirekt benannt, indem er in § 24 Abs. 4 Satz 2 ApoBetrO bestimmt hat, dass die bestellten Arzneimittel entweder in der Apotheke abgeholt werden müssen oder im Wege der Botenzustellung nach § 17 Abs. 2 ApoBetrO – also durch (eigene) Boten der Apotheke – ausgeliefert werden müssen. Damit hat der Verordnungsgeber im Ergebnis klargestellt, dass § 24 ApoBetrO jedenfalls insoweit anwendbar sein soll, als durch die Sammelstelle die Bestellung verschreibungspflichtiger Arzneimittel ermöglicht wird, die sodann vom Kunden in der (Präsenz-)Apotheke abgeholt oder – als Alternative zur Abholung in der Apotheke – an den Kunden durch einen Boten der Apotheke ausgeliefert werden sollen. Oder anders – in der Formulierung des BVerwG – ausgedrückt: die Vorschrift geht in ihrer derzeit gültigen Fassung von der Arzneimittelabgabe in der Apotheke bzw. – als Alternative hierzu – durch eigene Boten der Apotheke aus und ist folglich auf diesen Bereich anwendbar.

Genau in diesen Anwendungsbereich des § 24 ApoBetrO fällt die von der Verfügungsbeklagten in dem Supermarkt unterhaltene Rezeptsammelstelle. Nach dem Konzept der Verfügungsbeklagten sollen die über diese Sammelstelle bestellten Arzneimittel entweder in der (Präsenz-)Apotheke der Verfügungsbeklagten abgeholt oder – als Alternative zu dieser Abholung – durch eigene Boten der Apotheke überbracht werden.

Dabei kann dahinstehen, ob § 24 Abs. 4 Satz 2 ApoBetrO, indem er auf § 17 Abs. 2 ApoBetrO verweist, nur solche Botenzustellungen erfassen und dadurch in den Anwendungsbereich des § 24 ApoBetrO einbeziehen will, die nach § 17 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 ApoBetrO ohne eine Erlaubnis nach § 11a ApoG (Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln) zulässig sind, also – in den Worten des § 17 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 ApoBetrO – "im Einzelfall" erfolgen. Denn es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die von der Verfügungsbeklagten angebotenen Botenzustellungen über den "Einzelfall" im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 ApoBetrO hinausgehen. Zur Annahme eines "Einzelfalles" ist es nicht erforderlich, dass besondere Gründe für eine Botenzustellung vorliegen, z.B. eine Bettlägerigkeit des Patienten oder eine Nachlieferung wegen fehlender Vorrätigkeit des Arzneimittels in der Apotheke (Pfeil/Pieck, a.a.O., § 17 Rdnr. 197). Vielmehr darf der Apotheker in jedem einzelnen Fall, in dem der Patient wünscht, das Arzneimittel durch einen Boten zugestellt zu bekommen, eine solche Zustellung vornehmen (Pfeil/Pieck, a.a.O.). Eine Grenze wird (lediglich) dort gezogen, wo die Botenzustellung im Vergleich zum sonstigen (Präsenz-)Apothekenbetrieb zu einer weiteren "Regelversorgungsform" wird (Pfeil/Pieck, a.a.O.). Dass dies im Betrieb der Verfügungsbeklagten (zahlenmäßig) der Fall ist, ist nicht ersichtlich. Der bloße Hinweis der Verfügungsbeklagten auf die Möglichkeit der Botenzustellung in den hier in Rede stehenden Bestellscheinen als solcher macht die Botenzustellung jedenfalls nicht zu einer "Regelversorgungsform".

Der Wettbewerbsverstoß der Verfügungsbeklagten ist spürbar im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG. Die Einrichtung der Rezeptsammelstelle ist geeignet, den Umsatz der Verfügungsbeklagten zum Nachteil anderer Apotheker in nicht unwesentlichem Umfang zu steigern.