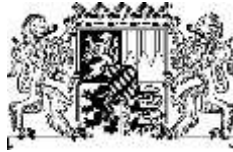


Amtsgericht München

Az.: 158 C 8825/16



IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

gegen

wegen Forderung

erlässt das Amtsgericht München durch den Richter am 05.09.2016 auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26.08.2016 folgendes

Endurteil

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 155,63 € nebst Zinsen in Höhe von 4 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 85,43 € seit 20.07.2015 zu zahlen.
2. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beschluss

Der Streitwert wird auf unter 500,00 € festgesetzt.

(abgekürzt nach § 313a Abs. 1 ZPO)

Entscheidungsgründe

Gemäß § 495a ZPO bestimmt das Gericht das Verfahren nach billigem Ermessen. Innerhalb dieses Entscheidungsrahmens berücksichtigt das Gericht grundsätzlich den gesamten Akteninhalt.

(A.)

Die zulässige Klage ist demnach begründet.

(I.)

Ein Anspruch auf Zahlung von 85,43 € folgt hier aus §§ 651, 433 Abs. 2 BGB.

(1.)

Bei einem Vertrag über die Herstellung arzneimittelhaltiger Cremes nach Rezept handelt es sich um einen Vertrag über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen, auf den nach Maßgabe von § 651 S. 1 BGB grundsätzlich Kaufrecht Anwendung findet. Eine Verpflichtung zur Lieferung im Sinne der Vorschrift ist dabei bereits dann anzunehmen, wenn die herzustellenden Sachen - wie hier - nach der vertraglichen Vereinbarung dem Besteller zur Abholung bereitgestellt werden (*Sprau*, in Palandt (Hrsg.): 75. A. 2016, § 651 Rn. 2). Ob es sich um vertretbare oder unvertretbare Sachen handelt, ist dabei unmaßgeblich.

(2.)

Ein Vertragsschluss zwischen den Parteien - Beauftragung der Klägerin im April 2015 - ist ferner unstreitig. Zwar mag mit Blick auf die gesetzlichen Bindungen, denen der Apotheker hinsichtlich der Herstellung und Abgabe von Arzneimitteln unterliegt, auch in Erwägung zu ziehen sein, dass ein solcher Vertrag lediglich unter der - konkludenten - Bedingung geschlossen wurde, dass die gewählte Wirkstoffkombination und -konzentration nach der vom Apotheker gemäß § 7 Abs. 1b ApBetrO durchzuführende Plausibilitätsprüfung unbedenklich erscheint. Dies dürfte aber in aller Regel nicht anzunehmen sein. Eine solch konkludente Bedingung wird nämlich allenfalls dann der Interessenlage und dem nach dem objektiven Empfängerhorizont zu ermittelnden Parteiwillen entsprechen, wenn aus Sicht der Parteien erkennbar Zweifel daran bestehen, ob das rezeptierte Arzneimittel überhaupt abgegeben werden darf. Dies ist aber regelmäßig - und so auch hier - dann nicht der Fall, wenn für ein rezeptpflichtiges Medikament eine ärztliche Verordnung im Sinne des § 48 AMG vorgelegt werden kann, weil dann die gesetzlichen Voraussetzungen für die Abgabe und Herstellung des Medikaments grundsätzlich vorliegen und regelmäßig davon auszugehen ist, dass die Wirkstoffkonzentration und -zusammensetzung durch den verordnenden Arzt auf ihre medizinische Vertretbarkeit überprüft wurde. Die Auftragserteilung durch den Patienten wird im Regelfall also prinzipiell als unbedingte zu verstehen sein, weil es dem Patienten im Normalfall darauf ankommen wird, das verschriebene Medikament zeitnah anwenden zu können und auf seine Lieferung einen entsprechenden Anspruch zu erwerben. Auch aus Sicht des Apothekers kann im Falle der Vorlage einer ärztlichen Verordnung in Anbetracht der vorstehenden Erwägungen regelmäßig davon ausgegangen werden, dass das rezeptierte Medikament so hergestellt werden darf und soll. Zwar sieht § 7 Abs. 1b ApBetrO vor, dass im Falle von Rezepturarzneimitteln vor der Herstellung vom Apotheker unter pharmazeutischen Gesichtspunkten eine Plausibilitätsprüfung durchzuführen ist. Die Entscheidung darüber, ob das

Medikament so hergestellt werden soll, bleibt nach Maßgabe der einschlägigen Vorschriften jedoch auch bei Durchführung einer solchen Plausibilitätsprüfung grundsätzlich beim behandelnden Arzt. Dem Apotheker obliegt es nach Maßgabe von § 7 Abs. 1 ApBetrO lediglich, seine Bedenken anzumelden und etwaige Unklarheiten zu beseitigen. Erst dann darf mit der Herstellung des Medikaments begonnen werden. Die Entscheidung darüber, ob die nach § 48 AMG maßgebliche Verschreibung geändert werden darf, trägt weiter der behandelnde Arzt.

(3.)

Dem solchermaßen dem Grunde nach gegebenen Anspruch stehen keine mängelbedingten Einwendungen bzw. Einreden entgegen; insbesondere ist die Beklagte durch Ablehnung der Abnahme der gegenständlichen Creme nicht wirksam vom Vertrag gemäß § 437 Nr. 2 BGB i.V.m. § 323 Abs. 1 BGB zurückgetreten.

Die wirksame Ausübung eines Rücktritts setzt insofern voraus, dass die zu liefernde Sache mangelhaft im Sinne des § 434 BGB war.

(a.)

Die von der Klägerin hergestellte Creme war indessen nicht mangelhaft im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Zwar wies die von der Klägerin hergestellte Creme im Gegensatz zur ursprünglich rezeptierten Zusammensetzung lediglich einen fünfprozentigen statt zehnprozentigen Progesteronanteil auf.

(aa.)

Es ist insofern aber davon auszugehen, dass mit der Auftragserteilung - mangels ausdrücklich anderweitigen geäußerten Willens seitens der Beklagten - von den Parteien lediglich eine Beschaffenheitsvereinbarung dahingehend getroffen wurde, ein Arzneimittel herzustellen, welches hinsichtlich Zusammensetzung und Inhaltsstoffen diejenigen Eigenschaften ausweist, die sich aus der ärztlichen Verschreibung ergeben. Wird die ursprünglich vom Arzt ausgegebene Verschreibung nachträglich auf dessen eindeutig bekundeten Willen hin abgeändert - etwa weil sie einen erkennbaren Irrtum enthält oder sich aus pharmazeutischer Sicht sonstige Bedenken im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 4 ApBetrO ergeben haben, welche einer Herstellung entgegenstehen - so bildet die solchermaßen abgeänderte Rezeptur den Inhalt der Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB.

Wird die Herstellung eines verschreibungspflichtigen Medikaments in Auftrag gegeben, geht der nach dem objektiven Empfängerhorizont unter Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien zu ermittelnde Wille des Käufers (§§ 133, 157 BGB) nämlich regelmäßig dahin, dass das Medikament in der vom Arzt verordneten Zusammensetzung hergestellt wird. Die insofern durch Vorlage des Rezepts erfolgende konkludente Bezugnahme auf dessen Inhalt genügt (*Faust*, in Bamberger/Roth

(Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar BGB, 40. Edition (Stand 01.08.2014), § 434 Rn. 4). An der genauen auf dem ursprünglichen Rezept vermerkten Zusammensetzung hat der Patient dagegen in der Regel kein Interesse; deren medizinische Notwendigkeit, medizinische oder pharmazeutische Bedenklichkeit oder Unbedenklichkeit erschließen sich dem den Auftrag erteilenden Patienten regelmäßig nicht. Sein aus objektiver Sicht erkennbarer Wille und das dafür auch maßgebliche, erkennbare Interesse wird in der Regel nur dahin gehen, ein Medikament zu erhalten, das nach der Einschätzung des behandelnden Arztes aus medizinischer Sicht geeignet ist, den erwünschten Behandlungserfolg sicherzustellen und in Anbetracht dessen pharmazeutisch und medizinisch unbedenklich erscheint. Daraus folgt, dass die Verordnung nach Rücksprache mit dem behandelnden Arzt mit dessen Willen auch noch nach Abschluss des Vertrages über die Herstellung des Arzneimittels geändert werden kann - etwa weil Tippfehler vorhanden sind, oder die Rezeptur nach der gemäß § 7 Abs. 1b ApBetrO vorzunehmenden Plausibilitätsprüfung pharmazeutisch, etwa wegen eines erhöhten Risikos von Nebenwirkungen, bedenklich erscheint (arg. e § 7 Abs. 1 und 1b i.V.m. § 17 Abs. 5 S. 3 ApBetrO) und dass die solchermaßen geänderte Verschreibung für den vertraglichen Leistungsinhalt maßgeblich ist.

(bb.)

Die gegenständliche Verschreibung wurde vorliegend auch im Einverständnis, also mit dem Willen der behandelnden Ärztin dahingehend abgeändert, dass die Creme lediglich in einer fünfprozentigen Progesteronkonzentration hergestellt werden sollte und dies entsprechend - wie gemäß § 17 Abs. 5 S. 3 ApBetrO erforderlich (dazu *Weber*, in ders. (Hrsg.): BtmG, 4. Auflage 2013, § 48 AMG Rn. 28) - auf der als Anlage K1 vorgelegten Verschreibung vermerkt. Darauf, dass die Herabsetzung der Konzentration ggfls. aus Sicht des behandelnden Arztes und in medizinischer Hinsicht nicht zwingend erforderlich war, sowie darauf ob diese Ansicht so gegenüber dem Apotheker geäußert wird, kommt es nach Auffassung des Gerichts dann nicht mehr an. Auch einen ausdrücklichen Vorbehalt dahingehend, dass die Klägerin vor einer Änderung der Rezeptur erst Rücksprache mit der Beklagten halten sollte, hat die behandelnde Ärztin nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung des Gerichts nicht formuliert.

Die vom Gericht vernommenen Zeuginnen Dr. und haben insofern übereinstimmend bekundet, die Zeugin Frau Dr. habe sich nach Hinweis auf das Ergebnis der Plausibilitätsprüfung und darauf, dass eine zehnprozentige Progesteronkonzentration aus pharmazeutischer Sicht bedenklich erscheint, mit der Herabsetzung auf 5% einverstanden erklärt. Darin kam nach Auffassung des Gerichts der Wille der behandelnden Ärztin hinreichend deutlich zum Ausdruck, den von Seiten des Apothekers an ihn herangetragenen pharmazeutischen Bedenken Rechnung zu tragen und die ursprüngliche Verschreibung entsprechend konkludent zu ändern. Dass die Zeugin Dr. als behandelnde Ärztin eine 10%-ige Konzentration aus medizinischer Sicht ebenfalls für vertretbar hielt, ist insofern unerheblich. Denn auf einem zehnprozentigen Progesteronanteil hat die Zeugin Dr. nach eigenem Bekunden ausdrücklich nicht bestanden. Die Zeugin Dr. ging ferner nach eigenem Bekunden selbst

nach dem Telefonat davon aus, das Medikament werde nunmehr in fünfprozentiger Progesteronkonzentration hergestellt.

Auch einen weitergehenden Vorbehalt dahingehend, zunächst Rücksprache mit der Patientin zu halten, hat die Zeugin Dr. zur Überzeugung des Gerichts nicht formuliert. Die Zeugin Dr. hat insofern lediglich bekundet, sie sei sich nicht sicher, ob sie der Zeugin gegenüber auch zum Ausdruck gebracht habe, sie solle erst mit der Beklagten Rücksprache halten, davon sei sie jedenfalls ausgegangen. Ein solcher - lediglich innerer und für den Empfänger nicht erkennbarer Vorbehalt wäre indessen aus rechtlicher Sicht unbeachtlich.

Die Zeugin hat hingegen ausdrücklich bekundet, dass ein Vorbehalt dahingehend, dass das Rezept erst nach Rücksprache mit der Beklagten geändert werden dürfte, ihr gegenüber nicht geäußert worden sei. Die Einlassungen der Zeugin sind in diesem Punkt nach Auffassung des Gerichts auch glaubhaft, denn es erscheint nach den Einlassungen der Zeugin Dr. plausibel, dass ein solcher Vorbehalt nicht ausdrücklich von ihr formuliert wurde, weil sie nach eigenem Bekunden davon ausging, die Apotheke werde noch einmal Rücksprache mit der Beklagten halten. Die Zeugin Dr. bekundete diesbezüglich ferner, dass sie selbst grundsätzlich davon ausging, dass das Medikament in fünfprozentiger Progesteronkonzentration hergestellt werde, wengleich dies nicht dem ausdrücklichen Willen der Patientin entsprach. Hätte sie hingegen der Zeugin gegenüber bewusst und ausdrücklich einen Vorbehalt dahingehend formuliert, eine Änderung der Rezeptur komme nur im Einverständnis mit der Beklagten in Betracht, wäre die von ihr im Zuge der Einvernahme geäußerte grundsätzliche Annahme, die Creme werde nun mit fünfprozentiger Konzentration hergestellt, nicht naheliegend gewesen. Auch fertigte die Zeugin nach dem Telefonat nach eigenem Bekunden in Rücksprache mit der Klägerin die auf dem als Anlage K1 vorgelegten Rezept befindliche Notiz „nach ärztl. Rücksprache 5% bereits hochdosiert genug“ an. Auch aus dieser ist ein solcher Vorbehalt nicht ersichtlich.

Die Einlassungen der Zeuginnen sind insoweit in sich widerspruchsfrei und glaubhaft. An der Glaubwürdigkeit der Zeuginnen hat das Gericht keine Zweifel.

(b.)

Die Einrede des § 320 Abs. 1 BGB bzw. § 273 BGB hat die Beklagte nicht erhoben. Sie hat lediglich erklärt, die gegenständliche Progesteron-Creme nicht abnehmen zu wollen. Es ist insofern antragsgemäß und nicht lediglich Zug um Zug zu verurteilen.

(II.)

Die Entscheidung über die Nebenforderungen folgt aus §§ 280 Abs. 1, 2, 286 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Beklagte wurde durch Mahnung zum 20.07.2015 in Verzug gesetzt. Die Beklagte ist mit Schreiben der Klägerin vom 07.07.2015 unter Fristsetzung bis 20.07.2015 zur Zahlung aufgefordert worden. Der Verzugsschaden umfasst auch die in Höhe von 70,20 € geltend gemachten Auslagen für die

Inanspruchnahme vorgerichtlichen anwaltlichen Beistands nach Verzugseintritt bis zur Höhe von 1,3 Gebührensätzen nach RVG Anl. 1 VV Nr. 2300 zzgl. Auslagen nach RVG Anl. 1 VV Nr. 7002.

(B.)

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 11, 713 ZPO

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen die Entscheidung kann das Rechtsmittel der Berufung eingelegt werden. Die Berufung ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 600 Euro übersteigt oder das Gericht des ersten Rechtszuges die Berufung im Urteil zugelassen hat.

Die Berufung ist binnen einer Notfrist von **einem Monat** bei dem

Landgericht München I
Prielmayerstraße 7
80335 München

einzulegen.

Die Frist beginnt mit der Zustellung der vollständigen Entscheidung, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung der Entscheidung.

Die Berufung muss mit Schriftsatz durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt eingelegt werden. Die Berufungsschrift muss die Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung und die Erklärung enthalten, dass Berufung eingelegt werde.

Die Berufung muss binnen zwei Monaten mit Anwaltsschriftsatz begründet werden. Auch diese Frist beginnt mit der Zustellung der vollständigen Entscheidung.

Gegen die Entscheidung, mit der der Streitwert festgesetzt worden ist, kann Beschwerde eingelegt werden, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200 Euro übersteigt oder das Gericht die Beschwerde zugelassen hat.

Die Beschwerde ist binnen **sechs Monaten** bei dem

Amtsgericht München
Pacellistraße 5
80333 München

einzulegen.

Die Frist beginnt mit Eintreten der Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache oder der anderweitigen Erledigung des Verfahrens. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf der sechsmonatigen Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. Im Fall der formlosen Mitteilung gilt der Beschluss mit dem dritten Tage nach Aufgabe zur Post als bekannt gemacht.

Die Beschwerde ist schriftlich einzulegen oder durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle des genannten Gerichts. Sie kann auch vor der Geschäftsstelle jedes Amtsgerichts zu Protokoll erklärt werden; die Frist ist jedoch nur gewahrt, wenn das Protokoll rechtzeitig bei dem oben genannten Gericht eingeht. Eine anwaltliche Mitwirkung ist nicht vorgeschrieben.