

# TE OGH 1990/4/26 80b510/90

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.04.1990

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Kropfitsch als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber, Dr. Schwarz, Dr. Graf und Dr. Jelinek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei Mag.pharm. Fawzi El N\*\*\*, Apotheker, Hauptstraße 9, 2293 Marchegg, vertreten durch Dr. Richard Wandl, Rechtsanwalt in St.Pölten, wider die beklagte Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei Mag.pharm. Gudrun M\*\*\*, Apothekerin, Mauthausgasse 2, 3430 Tulln, vertreten durch Dr. Johannes Stieldorf, Rechtsanwalt in Wien, wegen einstweiliger Verfügung (Streitwert S 350.000), infolge Revisionsrekurses der gefährdeten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 14. November 1989, GZ 18 R 242/89-61, womit der Beschluß des Landesgerichtes St. Pölten vom 30.August 1989, GZ 4 Cg 113/88-57, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 12.983,40 (einschließlich S 2.163,90 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Der Kläger schloß mit der Beklagten am 10.8.1981 einen Vertrag über die Errichtung einer atypischen stillen Gesellschaft ab 1.9.1981 zum Zweck der Errichtung und des Betriebes der St.Florians-Apotheke in Tulln. Danach sollte die Beklagte die Konzession einbringen, im übrigen aber die Stellung einer unselbständigen verantwortlichen Leiterin der Apotheke einnehmen, während der Kläger als "atypischer Stiller" das Sachvermögen (Betriebs- und Geschäftsausstattung) einbringen und den nach Abrechnung der Geschäftsführerentlohnung der Beklagten verbleibenden Gesellschaftserfolg allein erhalten sollte. Die nach außen allein vertretungs- und zeichnungsberechtigte Beklagte sollte bei über den laufenden Apothekenbetrieb hinausgehenden, in einem Beispielskatalog erfaßten Maßnahmen der Geschäftsführung an die Zustimmung des Klägers gebunden sein, außerdem über ihre Konzession nicht frei, sondern nur zugunsten und im Interesse des Klägers oder eines von diesem namhaft gemachten Dritten Verfügungsberechtigt sein. Im Falle der Auflösung der Gesellschaft sollte der Kläger das Unternehmen der Gesellschaft unter Ausschluß der Abwicklung allein fortführen. Die Rechtswirksamkeit dieser Vereinbarung sollte durch die Rechtskraft der Konzessionserteilung an die Beklagte aufschiebend bedingt sein. In einer Zusatzvereinbarung der Streitteile vom 12.12.1981 über den Zweck ihrer Vereinbarung vom 10.8.1981 wurde festgehalten, daß die Errichtung und der Betrieb der St.Florians-Apotheke in Tulln auf ausschließliche Rechnung und Gefahr (Risiko) des Klägers erfolge,

während die Beklagte, die ausschließlich in wirtschaftlich unselbständiger Stellung weisungsgebunden sei, am Vermögen und Erfolg der Gesellschaft keinen Anteil habe; Unternehmer des Betriebes sei ausschließlich der Kläger, die Beklagte solle den Betrieb als seine Treuhänderin führen.

Der Zweck dieser Vereinbarungen war die Umgehung des den Kläger, der bereits Inhaber einer Apothekenkonzession in Marchegg war, treffenden Kumulierungsverbotes gemäß § 2 ApG. Durch Täuschung der Konzessionsbehörde mit der Vorlage eines zwischen den Parteien geschlossenen Scheinvertrages über eine - tatsächlich nicht beabsichtigte und bewirkte - Eigentumsübertragung am Unternehmen erlangte die Beklagte schließlich mit Bescheid vom 24.2.1982 die beantragte Konzession. Als zwischen den Parteien Streit über die Führung des Unternehmens und die Abgrenzung der durch die dargestellten Abmachungen festgelegten jeweiligen Rechte aufkam und die Konzessionsbehörde (durch die Beklagte) Kenntnis von den wahren Vorgängen und Vereinbarungen (Scheinverträgen) erlangte, ordnete diese mit Bescheid vom 20.8.1986 die Wiederaufnahme des seinerzeitigen Konzessionsverfahrens an (eine Berufung des Klägers gegen diesen Bescheid wies das Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz mit Bescheid vom 30.6.1986 in Verneinung einer Parteistellung des Klägers zurück). Die Bezirkshauptmannschaft Tulln bewilligte sodann die Fortführung der Apotheke gemäß § 19a ApG und bestellte die Beklagte zur - vom Kläger zu entlohnenden - verantwortlichen Leiterin. Auch dagegen berief der Kläger erfolglos.

In der Folge wurde der Konzessionsantrag (der Beklagten) im wiederaufgenommenen Verfahren rechtskräftig abgewiesen, der Beklagten jedoch über ihren Antrag mit Bescheid vom 9.3.1988 die Konzession zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Tulln mit der Betriebsstätte in der Nachbarliegenschaft Langenlebarndstraße 3 und dem gleichen Sprengel erteilt. Im vorliegenden, seit 8.2.1984 behängenden Rechtsstreit begehrt der Kläger nach mehrfachen Modifikationen und Ausdehnungen seines Klagebegehrens neben verschiedenen Feststellungen, Unterlassungs- und Leistungsbefehlen an die Beklagte zuletzt (mit Schriftsatz vom 9.8.1989 = ON 54 AS 259 ff die Verurteilung der Beklagten,

die ihr mit Bescheid des Landeshauptmanns von Niederösterreich vom 9.3.1988 erteilte Konzession zum Betrieb einer Apotheke in Tulln.....unter der Bedingung zurückzulegen, daß ihm oder einem von ihm namhaft gemachten Pharmazeuten die Konzession zum Betrieb dieser Apotheke unter Aufrechterhaltung des bisherigen Standortes erteilt werde,

in eventu die ihr erteilte Konzession zum 1.1.1994 unter der gleichen Bedingung wie oben zurückzulegen und ihm das Unternehmen St.Florians-Apotheke in Tulln samt allem Zubehör und allen Bestandteilen ebenfalls zum 1.1.1994 zu übergeben,

in eventu die Errichtung und den Betrieb einer neuen Apotheke im angeführten neuen Standort zu unterlassen. Dieses Begehren bewertete er mit S 350.000.

Zur Sicherung dieses Haupt- und zweifachen Eventualklagebegehrens beantragte der Kläger die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Beklagten vorläufig (bis zur rechtskräftigen Entscheidung des zu sichernden Klagebegehrens) verboten werde, die ihr auf Grund der erteilten Konzession zustehenden Rechte auszuüben. Die Beklagte treffe aus dem vom Kläger mittlerweile aufgelösten Vertrag vom 10.8.1981 eine Treupflicht, alles zu unterlassen, was den Betrieb des Apothekenunternehmens durch den Kläger allein oder gemeinsam mit einem anderen konzessionsfähigen Pharmazeuten in einer den nunmehrigen Bestimmungen (auf Grund der ApG-Novelle 1984) entsprechenden Rechtsform vereitle oder erschwere. Dies entspringe einer (nach-)vertraglichen Nebenpflicht zwischen redlichen und loyal denkenden Vertragspartnern sowie dem Grundsatz von Treu und Glauben. Im übrigen sei der Abschluß von Treuhandverträgen nach den Bestimmungen vor der ApG-Novelle 1984 zulässig und üblich gewesen. Durch die Vorgangsweise der Beklagten drohe dem Kläger, der keine Konzession für sein bestehendes Unternehmen erlangen könne, die Schließung seines Apothekenunternehmens in Tulln und ein Schaden in Höhe von mindestens 14 Mio S.

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Sowohl aus den Nachwirkungen der Vereinbarung der Streitteile vom 10.8.1981, als auch aus der gegenwärtigen Stellung der Beklagten als verantwortliche Apothekenleiterin lasse sich ein Anspruch des Klägers auf Unterlassung des Betriebes eines Konkurrenzunternehmens (durch die Beklagte) in unmittelbarer Nachbarschaft ableiten. Durch das erlassene Verbot erfolge auch kein Eingriff in verwaltungsbehördliche Maßnahmen, weil die Beklagte aus der Konzessionserteilung keine Betriebspflicht treffe. Die Beklagte habe überdies am Scheitern des ursprünglichen Vertragswerkes und der seinerzeit damit widerrechtlich

erlangten Konzession in einer ihr durchaus als Verschulden zuzurechnenden Weise mitgewirkt. Sie könne sich daher nicht einfach damit befreien, daß der Vertrag nie rechtswirksam zustande gekommen sei. Sie habe Treuepflichten auch außerhalb des zeitlichen Wirkungsbereiches des Vertrages, weil der Kläger diesen Vertrag ihr gegenüber durch die Übergabe des Betriebes teilweise erfüllt habe. Die Beklagte habe auch an der Herstellung einer gesetzmäßigen, von der Konzessionsbehörde allenfalls akzeptierten Betriebsart der dem Kläger gehörigen Apotheke nicht mitgewirkt; auf eine weit über die seinerzeitigen Vereinbarungen hinausgehende wirtschaftliche Besserstellung habe sie jedoch keinen Anspruch.

Das Gericht zweiter Instanz wies den Sicherungsantrag mangels Anspruchsbescheinigung ab. Die im Vertragswerk der Streitteile vorgesehene Bedingung der Konzessionserteilung an die Beklagte sei durch die nachträgliche rückwirkende Abweisung des Konzessionsantrages weggefallen. Die Beklagte könne durch den letztlich fehlgeschlagenen geschäftlichen Kontakt mit dem Kläger nicht gezwungen werden, den vom Kläger gewünschten Vertragszweck trotz Wegfalls der Vertragsbedingung doch noch erreichbar zu machen. Das Verhalten der Beklagten durch Offenlegung der Treuhand und der Scheinverträge gegenüber der Konzessionsbehörde, aber auch im Zusammenhang mit dem Scheitern von zur Sanierung der Konzessionserteilung geführten Vergleichsverhandlungen mit dem Kläger könne allenfalls (hier nicht geltend gemachte) Schadenersatzansprüche rechtfertigen, nicht aber eine dem Kläger zustehende Beschränkung ihrer Rechte aus der erlangten neuen Konzession. Im übrigen könnte das begehrte Verbot an die Beklagte, über die Rechte aus der ihr erteilten Konzession zu verfügen, zu einem irreversiblen Zustand führen, so daß der Sicherungsantrag zu weit gehe. Aus der Stellung der Beklagten als verantwortliche Leiterin der Apotheke lasse sich der Sicherungsantrag auch nicht begründen, weil diese auf die von der Behörde im öffentlichen Interesse bewilligte Fortführung der - rechtlich als Unternehmen des Klägers für die Behörde nicht existenten - St.Florians-Apotheke zurückzuführen sei. Den Revisionsrekurs erklärte das Gericht zweiter Instanz für zulässig.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs des Klägers ist zulässig, weil zur Frage der Nachwirkung von wegen Gesetzeswidrigkeit ungültigen Verträgen, von Umgehungs- und Scheingeschäften Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht vorliegt. Er ist jedoch nicht berechtigt. Gemäß § 2 ApG RGBI 1907/5 darf niemand mehr als eine Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke besitzen oder den Betrieb von mehr als einer öffentlichen Apotheke selbst führen. Die Gesetzesmaterialien (1912 der Blg AbgH 17.Session 1903) begründen das Kumulierungsverbot mit der schwerwiegenden persönlichen Verantwortung, die der Leiter einer Apotheke trägt; außerdem widerspreche die Kumulierung dem Prinzip des persönlichen Charakters der Konzession; dadurch werde der Inhaber einer Apothekenkonzession nicht für alle Zeiten von der Möglichkeit ausgeschlossen, sich um ein einträglicheres Unternehmen umzusehen, weil er seine Apotheke aufgeben und sich um die Berechtigung zum Betrieb einer anderen Apotheke bewerben könne.

Gemäß § 3 Abs 7 ApG ist von der Erlangung der Berechtigung zum Betrieb einer neu zu errichtenden Apotheke ausgeschlossen, wer schon im Besitz einer Apothekenkonzession ist.

§ 12 ApG (idF der ApG-Nov 1984, BGBl 502) normiert:

(Abs 1) Die Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke ist ein persönliches Betriebsrecht und darf auf andere nicht übertragen werden. Der Apothekenbetrieb hat, soweit im folgenden nichts anderes bestimmt ist, in der Rechtsform eines Einzelunternehmens des Konzessionsinhabers zu erfolgen. (Abs 2) Die Errichtung und der Betrieb einer öffentlichen Apotheke in der Rechtsform einer Personengesellschaft nach handels- und sonstigen zivilrechtlichen Vorschriften ist nur zulässig, wenn zur Gewährleistung ausreichender rechtlicher und wirtschaftlicher Verfügungsmacht im Apothekenunternehmen der Konzessionsinhaber

1. Gesellschafter mit ausschließlicher Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, insbesondere allein berechtigt ist, sämtliche für die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung notwendigen Maßnahmen durchzuführen, und

2. über eine Beteiligung am gesamten Apothekenunternehmen von mehr als der Hälfte verfügt. Dieser Bestimmung wird auch entsprochen, wenn der Konzessionsinhaber über eine wesentliche Beteiligung am gesamten Apothekenunternehmen von mindestens einem Viertel verfügt sowie berechtigt und verpflichtet ist, seine Beteiligung entweder durch Übergang von Todes wegen oder längstens innerhalb von zehn Jahren durch Übergang unter Lebenden auf insgesamt mehr als die Hälfte des gesamten Apothekenunternehmens zu erhöhen.....

(Abs 3) Die Errichtung und der Betrieb einer öffentlichen Apotheke in der Rechtsform einer juristischen Person oder einer Kommanditgesellschaft mit einer juristischen Person als persönlich haftende Gesellschafterin sowie die Erteilung einer Prokura sind unzulässig, ebenso die Errichtung und der Betrieb einer öffentlichen Apotheke in der Rechtsform einer stillen Gesellschaft, wenn die im Abs 2 geforderten Voraussetzungen nicht gegeben sind. (Abs 4) Vereinbarungen jeder Art über Errichtung und Betrieb einer öffentlichen Apotheke gemäß Abs 2 sowie Änderungen solcher Vereinbarungen bedürfen der Genehmigung durch den Landeshauptmann. Vor der Entscheidung ist die Österreichische Apothekerkammer zu hören. Entsprechen Änderungen oder Vereinbarungen derselben nicht den in Abs 2 geforderten Voraussetzungen, so hat der Landeshauptmann die Genehmigung zu versagen. Den Abs 1 bis 3 widersprechende Erklärungen, Vereinbarungen oder Beschlüsse jeder Art sowie Treuhandverträge sind für die Vertragspartner rechtsunwirksam. (Abs 5) Bestehende Vereinbarungen gemäß Abs 4 können vom Landeshauptmann jederzeit von Amts wegen oder auf Antrag der Österreichischen Apothekerkammer oder eines Vertragsteiles nachgeprüft werden. Liegen die Konzessionsvoraussetzungen gemäß Abs 1 bis 3 nicht mehr vor, hat der Landeshauptmann gemäß § 19 Abs 2 ApG vorzugehen.

(Anmerkung: Gemäß Art III Abs 1 der ApG-Novelle 1984 ist auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens (1.1.1985) bestehenden Personengesellschaften § 12 Abs 2 Z 2 erst beim nächsten Wechsel des Konzessionsinhabers anzuwenden.)

Gemäß § 19 Abs 2 ApG ist die Konzession zu entziehen, wenn.....

2. die im § 12 Abs 1 bis 3 bezeichneten Konzessionsvoraussetzungen nicht vorliegen oder
3. die Konzession entgegen der Vorschrift des § 2 erteilt wurde und der gesetzwidrige Zustand fortbesteht.

Gemäß § 19 a Abs 2 ApG kann die Behörde, falls die Aufrechterhaltung des Betriebes einer ohne Konzession betriebenen Apotheke mit Rücksicht auf den Bedarf der Bevölkerung erforderlich ist, den Inhaber dieser Apotheke oder auf dessen Rechnung einen verantwortlichen Leiter mit der Fortführung des Betriebes für einen angemessenen Zeitraum betrauen.

Die Erläuterungen zur ApG-Novelle 1984 (395 BlgNR 16.GP 12 ff) bezeichnen ua als Schwerpunkt des Gesetzentwurfes die Stärkung der Stellung des Konzessionärs einer Apotheke durch Verpflichtung zu einer verstärkten wirtschaftlichen Beteiligung am Apothekenunternehmen, das in der Rechtsform einer Personengesellschaft geführt werde, und damit die Beseitigung betriebsfremder Einflüsse; durch die Neufassung des § 12 soll die rechtliche und wirtschaftliche alleinige Verfügungsmacht des Konzessionärs im Apothekenunternehmen abgesichert werden, die auf keine Weise beschränkt werden dürfe. Im Sinne der Durchsetzung des persönlichen Charakters der Konzession zum Betrieb einer Apotheke soll die Betriebsführung in Form einer juristischen Person ausgeschlossen werden. Aus wirtschaftlichen Gründen soll aber eine zeitlich begrenzte stufenweise Heranführung an die Mehrheitsbeteiligung (bei Personengesellschaften) ermöglicht werden, wodurch vor allem angestellten Pharmazeuten der Erwerb einer eigenen Apotheke erleichtert wird. Die Vereinbarungen über den Gesellschaftsabschluß und deren Änderungen sollen zur Sicherung der Stellung des Konzessionärs im Sinne der vorstehenden Ausführungen der behördlichen Genehmigung unterliegen. Nebenabreden sollen unzulässig sein, um gewisse Arten von Nebenvereinbarungen wie zB Treuhandverträge von vorneherein auszuschließen.

Der von den Parteien dem seinerzeitigen Vertrag unterstellte Zweck der Umgehung des Kumulierungsverbotes gemäß § 2 ApG, dessen Übertretung gemäß § 19 Abs 2 Z 3 ApG zur Konzessionsentziehung führen muß, bewirkt, daß die zur Vertragsbedingung gemachte Konzessionserteilung an die Beklagte nicht eintreten konnte bzw nachträglich wieder wegfallen mußte, so daß für die Parteien ein gültiger Vertrag nicht zustande kam, wie das Gericht zweiter Instanz zutreffend erkannte. Gemäß § 879 Abs 1 ABGB ist ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig. Bei Verstößen gegen Gesetze, die dem Schutz der öffentlichen Ordnung dienen, ist die Rechtsfolge der Nichtigkeit eine absolute. Sie ist von Amts wegen wahrzunehmen und hat die Nichtigkeit des gesamten (Umgehungs-)Geschäftes zur Folge. Auf die Nichtigkeit kann sich dann auch der Vertragspartner berufen, der diese beim Vertragsabschluß gekannt hat, weil anders der Zweck solcher Verbotsnormen kaum zu erreichen wäre (SZ 52/52; JBl 1988, 35 mwH). Nach herrschender Ansicht ist § 877 ABGB auf alle ungültigen Geschäfte anzuwenden (Rummel in Rummel2 Rz 2 zu § 877

mwH). Die Partner eines solchen Geschäftes haben bei der Rückabwicklung alles zurückzustellen, was sie aus einem solchen Vertrag zu ihrem Vorteil erlangt haben. Mangels eigenen Regelungsinhaltes des § 877 ABGB richten sich die Rechtsfolgen nach Konditionenrecht.

Diese Rechtsdarlegungen bedeuten im vorliegenden Fall, daß dem Kläger auf die von der Beklagten erlangte (neue) Konzession und deren Verwendbarkeit keinerlei Ansprüche, auch nicht solche aus irgendwelchen nachwirkenden Vertragspflichten zustehen, weil außer der Rückabwicklung Nachwirkungen eines von Anfang an ungültigen und nichtigen Vertrages nicht bestehen. Solche wurden von der Rechtsprechung bisher nur im Gefolge der Abwicklung gültiger Rechtsgeschäfte anerkannt (siehe JBI 1987, 782 mwH; EvBl 1987/50 = JBI 1987, 102 uam). Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß zwischen gesetzwidrig mit Umgehungs- und Scheinverträgen zur Täuschung von Behörden vorgehenden "Vertragsparteien" nach Aufkommen und Scheitern der geplanten Absichten von nachwirkenden Treuepflichten, dem anderen bei der Verwirklichung des seinerzeitigen Vertragszweckes nicht (durch Konkurrenz) im Wege zu stehen oder diesen dabei gar zu unterstützen, nicht die Rede sein kann. Jedenfalls den durch die beantragte einstweilige Verfügung zu sichernden Anspruch hat der Kläger im vorliegenden Fall nicht bescheinigt, so daß sein auf die Sperre der von der Beklagten erlangten neuen Konzession abzielender Sicherungsantrag erfolglos bleibt.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 ZPO iVm§ 402 EO; dabei ist von einer Bewertung des Sicherungsantrages auszugehen, die dem zu sichernden Anspruch (S 350.000) entspricht (§ 13 Abs 1 lit a RATG).

**Anmerkung**

E21024

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1990:0080OB00510.9.0426.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19900426\_OGH0002\_0080OB00510\_9000000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)