
Datum: 28.10.2014
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-20 U 159/13
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2014:1028.I20U159.13.00

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 03.07.2013 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 7.500,- € abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe

1

I.

2

Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

3

Durch dieses hat das Landgericht der Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt, für apothekenunübliche Waren, die weder unmittelbar noch mittelbar der Gesundheit dienen oder diese fördern, zu werben und/oder diese ankündigungsgemäß abzugeben wie nachstehend für eine Umhängekühltasche, ein Reisenähset und/oder ein Alu-Stabfeuerzeug wiedergegeben:

4

- Darstellung aus technischen Gründen nicht möglich -

5

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, die genannten Produkte erfüllten nicht die Voraussetzungen einer apothekenüblichen Ware im Sinne von § 1a Abs. 10 Nr. 2 ApBetrO, da sie der Gesundheit von Menschen und Tieren nicht unmittelbar dienen

6

oder diese förderten. Ein Nebengeschäft im Sinne von § 21 Abs. 2 Nr. 8 ApoG liege nicht vor, da – anders als in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall „Kompressionsstrümpfe (GRUR 2001, 352) – kein Bezug zu einem – zulässigen – Hauptgeschäft gegeben sei. Der Wettbewerbsverstoß sei auch relevant.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der Berufung und macht geltend, § 1a Abs. 10 Nr. 2 ApBetrO sei auf die streitgegenständliche Werbung nicht anzuwenden, da diese, was unstreitig ist, im Juni 2011 (Reisenähset), im August 2011 (Umhängekühltasche) und Februar 2012 (Stabfeuerzeug) geschaltet worden ist und deshalb der zu diesem Zeitpunkt geltende § 25 ApBetrO in der Fassung bis zum 11.06.2012 einschlägig sei. Den danach zulässigen mittelbaren Gesundheitsbezug wiesen die streitgegenständlichen Waren auf, was von der Beklagten unter Wiederholung ihres diesbezüglichen erstinstanzlichen Vorbringens im Einzelnen ausgeführt wird. Jedenfalls handele es sich um zulässige Nebengeschäfte, die ohnehin keine spürbaren Auswirkungen auf die Mitbewerber hätten.

Die Beklagte beantragt, 8

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage auf Kosten der Klägerin abzuweisen, 9

hilfsweise, 10

das angefochtene Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen. 11

Der Kläger beantragt, 12

die Berufung zurückzuweisen. 13

Er verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens als jedenfalls im Ergebnis richtig und macht unter Bezugnahme auf seine diesbezüglichen Ausführungen in der Klageschrift insbesondere geltend, die beworbenen Produkte wiesen auch keinen mittelbaren Gesundheitsbezug auf. 14

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 15

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. 16

Die Klage ist zwar nicht nach § 8 Abs. 3, § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 2 Abs. 4, § 1a Abs. 10 ApBetrO jetziger Fassung begründet, aber gemäß § 8 Abs. 3, § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 2 Abs. 4, § 1a Abs. 10 ApBetrO in der Fassung bis zum 11.06.2012. Diese Normen stellen eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG dar (BGH GRUR 2014, 1013 Rn. 13 – Original Bach-Blüten). 17

Da die streitgegenständliche Werbung vor Juni 2012 veröffentlicht worden ist, sind auf sie die zu diesem Zeitpunkt geltenden Normen anzuwenden. Auch gemessen daran, war die Werbung rechtsverletzend. Gemäß § 2 Abs. 4 ApBetrO in der Fassung bis zum 11.06.2012 durfte der Apothekenleiter neben Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten die in § 25 genannten Waren nur in einem Umfang anbieten oder feilhalten, der den 18

ordnungsgemäßen Betrieb der Apotheke und den Vorrang des Arzneimittelversorgungsauftrages nicht beeinträchtigte. Dies beinhaltet zwei Voraussetzungen: Zum einen durften nur Waren im Sinne von § 25 ApBetrO a.F. angeboten oder feilgehalten werden. Zum anderen durfte dieses Anbieten den ordnungsgemäßen Betrieb der Apotheke nicht beeinträchtigen. Bereits die zuerst genannte Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Zwar erscheint § 25 ApBetrO a.F. mit seiner Vorgabe in Nummer 2 auf erste Sicht großzügiger als § 1a Abs. 10 Nr. 2 ApBetrO n.F., weil danach zu den apothekenüblichen Waren auch solche Mittel, Gegenstände und Informationsträger zählten, die der Gesundheit von Menschen und Tieren nur mittelbar dienen oder diese fördern, während nunmehr ein unmittelbares Dienen oder Fördern verlangt wird. Andererseits war auch nach § 25 Nr. 2 ApBetrO a.F. ein – wie auch immer gearteter – Gesundheitsbezug erforderlich, was belegt, dass der Gesetzgeber auch mit dieser Regelung einer Ausuferung des Warensortiments entgegenwirken wollte, was er mit der Neureglung in § 1a Abs. 10 ApBetrO jetziger Fassung fortgesetzt hat (so auch BVerwG NJW 2014, 1030 Rdnr. 13 Absatz 2 m.w.N.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes mussten die Gegenstände und Mittel im Sinne von § 25 Nr. 2 ApBetrO a.F. über ihre Tauglichkeit in gesundheitlicher Hinsicht hinaus mit einer gesundheitlichen Zweckbestimmung angeboten werden (vgl. BGH GRUR 2014, 1013 Rn. 15 – Original Bach-Blüten). Lebensmittel mussten, um gemäß § 25 Nr. 2 ApBetrO a.F. in Apotheken abgegeben werden zu können, einen über die allgemeinen Ernährungszwecke hinausgehenden besonderen Gesundheitsbezug aufweisen (vgl. BGH a.a.O.). Ein diesen Anforderungen genügender Bezug ist bei den streitgegenständlichen Produkten auch unter Berücksichtigung der Argumentation der Beklagten nicht gegeben. Im Einzelnen:

Dass in der Umhängekühltasche beförderbare Getränke eine Dehydration vermeiden können, ist schon deshalb unbeachtlich, da dann jedes Getränk und Nahrungsmittel unter dem Gesichtspunkt der Lebenserhaltung unter den Begriff der apothekenüblichen Waren fallen würde, was nach dem Gesagten nicht der Fall sein kann. Dass mittels des in der Umhängekühltasche mitgeführten Getränks Medikamente eingenommen werden können, ist zwar richtig, aber nicht naheliegend. Zudem hat die Beklagte diese Einsatzmöglichkeit der Umhängekühltasche ebensowenig beworben wie die von ihr in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat angesprochene Möglichkeit, in der Flasche der Umhängekühltasche kein Getränk, sondern ein – kühlungsbedürftiges – Medikament unterzubringen, welche aus der Sicht des angesprochenen Durchschnittsverbrauchers wegen der engen Öffnung ebenfalls fern liegt. Wäre diese Argumentation der Beklagten zutreffend, müsste im Übrigen jedem Kühl- und Isoliermittel ein Gesundheitsbezug im Sinne von § 25 Nr. 2 ApBetrO a.F. zugesprochen werden. Dass dies vom Gesetzgeber nicht gewollt ist, ist offenkundig. 19

Auch dem Reisenähset fehlt ein greifbarer Gesundheitsbezug. Dass hiermit Verbände geschlossen werden können, ist zutreffend, stellt aber eine fernliegende Möglichkeit dar. In der Regel wird das Ende einer Mullbinde bei Fehlen einer Verschlussklammer entweder in den gewickelten Verband eingeklemmt oder geknotet. Noch fernliegender ist die von der Beklagten in den Raum gestellte Möglichkeit, hiermit Verbände zu nähen. Dass ein Nähen von Wunden mittels des Reisenähsets schon wegen der fehlenden Desinfektion der darin enthaltenen Utensilien fernliegend ist, versteht sich von selbst. 20

Welche der Gesundheit dienliche Wärmequelle mittels des Stabfeuerzeugs wo gezündet werde soll, teilt die Beklagte nicht mit und ist auch ansonsten nicht ersichtlich. Jedenfalls fehlt es an der Greifbarkeit eines solchen Gesundheitsbezuges. Greifbar ist lediglich der auch in der streitgegenständlichen Werbung allein benannte Aspekt der Gemütlichkeit, die durch eine mittels des Stabfeuerzeugs gezündete Kerze herbeigeführt wird. 21

Ein „Placebo-Effekt“, also eine wissenschaftlich nicht begründbare, aber empirisch belegte positive Veränderung des subjektiven Befindens und von objektiv messbaren körperlichen Funktionen, wie sie zum Beispiel bei Bachblüten-Präparaten beobachtet werden kann (siehe hierzu: BGH a.a.O.), kommt keinem der streitgegenständlichen Produkte zu. 22

Aus dem eingangs Gesagten folgt, dass entgegen der Ansicht der Beklagten unerheblich ist, ob das Angebot der streitgegenständlichen Produkte den ordnungsgemäßen Betrieb ihrer Apotheke beeinträchtigt hat oder nicht. 23

Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht auch das Vorliegen eines zulässigen Nebengeschäfts im Sinne von § 21 Abs. 2 Nr. 8 ApoG verneint. Diese Norm grenzt das Warengeschäft (Abgabe von Arzneimitteln und apothekenüblicher Waren) vom Nebengeschäft ab, was ausschließt, unter den Begriff des Nebengeschäfts die Abgabe „apothekenunüblicher“ Waren zu subsumieren (so auch BVerwG a.a.O. Rdnr. 19 m.w.N.; a.A. OLG Oldenburg NJW-RR 2008, 290). Eine andere Beurteilung rechtfertigen weder die Entscheidung „Kompressionsstrümpfe“ des Bundesgerichtshofes (NJW 2001, 3411) noch das Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG. In der genannten Entscheidung hat der Bundesgerichtshof die Erbringung einer speziellen Dienstleistung als zulässiges Nebengeschäft im Sinne von § 21 Abs. 2 Nr. 8 ApoG angesehen, was mit der Abgabe anderer als apothekenüblicher Waren nicht zu vergleichen ist. Das Verbot einer solchen Abgabe verletzt die Beklagte auch nicht in ihrer Berufsfreiheit. Die Berufsausübungsfreiheit wird nicht schrankenlos gewährt, sondern kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden, Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Beschränkung des Warensortiments in einer Apotheke entspricht vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls und wahrt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Geschützt wird das Vertrauen der Kunden, in der Apotheke nur Erzeugnisse angeboten zu bekommen, denen ein nachvollziehbarer gesundheitlicher Nutzen zugeschrieben wird. Dem kaufmännischen Interesse des Apothekers an einer gewissen Ausweitung des Warensortiments über das Kerngeschäft hinaus trägt der Katalog des § 25 ApBetrO a.F. bzw. jetzt § 1a Abs. 10 ApBetrO n.F. angemessene Rechnung (vgl. BVerwG a.a.O. Rdnr. 20 m.w.N.). 24

Schließlich ist der Verstoß der Beklagten geeignet, den Wettbewerb spürbar zu beeinträchtigen, § 3 Abs. 1 UWG. Letzteres ist immer schon dann der Fall, wenn die Beeinträchtigung nicht bloß theoretisch möglich ist, sondern tatsächlich eintritt oder eintreten kann, was eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts erfordert (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl., § 3 Rdnr. 119). Die streitgegenständliche Werbung zielt darauf ab, Kunden in die Apotheke der Beklagte zu locken, die dann außer einer Umhängekühltasche, einem Reisenähset oder einem Stabfeuerzeug auch andere Waren bei der Beklagten kaufen. Das stellt eine Beeinträchtigung der Mitbewerber dar. 25

Die durch die Schaltung der streitgegenständlichen Werbung begründete Wiederholungsgefahr ist nicht entfallen. Die Beklagte hat sich nicht nur mit dem Vorliegen eines mittelbaren Gesundheitsbezuges der streitgegenständlichen Produkte verteidigt, sondern unter anderem auch noch mit dem Vorliegen zulässiger Nebengeschäfte, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Beklagte allein wegen der die Anforderungen an den Gesundheitsbezug verschärfenden Änderung der ApBetrO das beanstandete Vorgehen in der Zukunft unterlassen wird. Eine entsprechende Erklärung hat sie auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht abgegeben, obwohl die Frage des Wegfalls der Wiederholungsgefahr bei zwischenzeitlicher Änderung der Gesetzeslage darin angesprochen worden ist. 26

III. 27

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.	28
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.	29
Anlass, die Revision zuzulassen, besteht nicht. Vorliegend stellen sich keine entscheidungserheblichen Rechtsfragen, deren Beantwortung durch den Bundesgerichtshof zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich wäre.	30
Streitwert für die Berufungsinstanz: 15.000,- € (entsprechend der erstinstanzlichen, von keiner Partei angegriffenen Festsetzung)	31
