

29

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

ApBetrO 1987 § 25; UWG § 1

Ernährungsbroschüre

Die Abgabe einer kleineren Broschüre mit Ernährungsregeln durch Apotheken verstößt nicht gegen § 25 Apothekenbetriebsordnung.

BGH, Urt. v. 30. März 1988 - I ZR 17/86 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

29

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 17/86

URTEIL

Verkündet am:
30. März 1988
Kalus
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

P [REDACTED] Verlags GmbH, vertreten durch ihre Geschäfts-
führerin Marianne K [REDACTED], Am G [REDACTED]weg [REDACTED], S [REDACTED]-
J [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.,
F [REDACTED], vertreten durch das geschäftsführende
Präsidiumsmitglied Dr. Marcel Ki [REDACTED], L [REDACTED]-
straße [REDACTED], Bad H [REDACTED] v.d.H.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WII

29

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. März 1988 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Merkel, Dr. Piper, Dr. Teplitzky und Dr. Scholz-Hoppe

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 12. Dezember 1985 aufgehoben und das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 15, vom 27. Februar 1985 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Beklagte betreibt einen Verlag, der Werbematerial für Apotheker herstellt. Im Herbst 1983 hatte sie begonnen, bei Apothekern für den Vertrieb eines "Lexikons der Nahrungsmittel" zu werben.

Bei diesem "Lexikon" handelt es sich um eine Broschüre im DIN-A4-Format mit 64 Seiten Umfang. Sie trägt den Untertitel "Das Handbuch für die ausgewogene und gesunde Ernährung. Für Gesundheitsbewußte und Personen mit Übergewicht, Blutfett- oder Hochdruckstörungen, für Gichtkranke und Diabetiker". Die Broschüre besteht im wesentlichen aus einer Aufstellung der einzelnen Lebensmittel mit den Angaben über ihre Brennwerte, ihre Zusammensetzung und ihre Eignung bei den genannten Krankheiten. Außerdem enthält die Broschüre Ernährungsregeln, und zwar allgemeiner Art sowie bezogen auf die betreffenden Krankheiten, eine Reihe von Diät-Rezepten sowie eine Übersicht über die Vitamine.

Der Abgabepreis der Beklagten für das "Lexikon" soll je nach Bestellmenge 3,52 DM bis 4,40 DM pro Stück betragen. In der Einführungswerbung weist die Beklagte darauf hin, daß die Apotheker die durch den Bezug entstehenden Kosten über eine entsprechende Schutzgebühr decken könnten.

Die Klägerin sieht in diesem Anbieten des "Lexikons" an Apotheker ein wettbewerbswidriges Auffordern zur Verletzung eines Gesetzes, nämlich der Apothekenbetriebsordnung, und hat Unterlassungsklage erhoben.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, es zu unterlassen,

für den Verkauf des "Lexikons der Nahrungsmittel" gegenüber Apothekern zu werben mit der Empfehlung,

a) dieses gegen Erhebung einer Schutzgebühr an Apothekenkunden abzugeben

und/oder

b) für dessen Abgabe an Apothekenkunden zu werben,

und/oder

von dem "Lexikon der Nahrungsmittel" an den einzelnen Apotheker mehr als 5 Exemplare abzugeben.

Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Empfehlung der Beklagten an die Apotheker, das "Lexikon der Nahrungsmittel" gegen Entgelt an Kunden abzugeben und die Übergabe des hierzu erforderlichen Materials seien unlauter im Sinne von § 1 UWG; denn damit würden die Apotheker aufgefordert, gegen § 12 der Apothekenbetriebsordnung vom 7. August 1968 zu verstoßen. Nach dieser Bestimmung dürften in Apotheken neben Arzneimitteln nur die einzeln aufgelisteten Artikel

abgegeben werden; das "Lexikon der Nahrungsmittel" lasse sich keiner der genannten Gruppen zuordnen. Es beständen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Gültigkeit dieser Bestimmung und ihre Anwendung auf die hier betroffene Broschüre.

II. Die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidungen und zur Abweisung der Klage.

Die Frage, ob die Beklagte durch das Anbieten des "Lexikons der Nahrungsmittel" zwecks Weiterverkaufs in Apotheken die Apotheker zu einem Gesetzesverstoß auffordert und damit selbst gegen § 1 UWG verstößt, hängt davon ab, ob die Apothekenbetriebsordnung die entgeltliche Abgabe dieser Broschüre in Apotheken verbietet. Bei der Prüfung dieser Frage ist nicht mehr von der vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Apothekenbetriebsordnung vom 7. August 1968, sondern von der zwischenzeitlich in Kraft getretenen Apothekenbetriebsordnung vom 9. Februar 1987 (BGBl. I S. 547 - ApBetrO n.F.) auszugehen; denn da mit der Klage ein in die Zukunft gerichteter Unterlassungsanspruch geltend gemacht wird, ist die künftig geltende, also die neue Apothekenbetriebsordnung maßgeblich.

Die neue Apothekenbetriebsordnung steht der Abgabe der streitigen Broschüre in Apotheken nicht entgegen. Diese wird insbesondere nicht durch § 25 ApBetrO n.F. verboten, wonach - wie bisher - in Apotheken neben Arzneimitteln nur das apothekenübliche Randsortiment bestehend aus den dort aufgezählten Waren abgegeben werden darf. Die hier vorliegende

Ernährungsbroschüre ist vielmehr dem zulässigen Randsortiment zuzurechnen, wobei sie in die Gruppe der "Mittel und Gegenstände zur Kranken- und Säuglingspflege" im Sinne von § 25 Nr. 2 ApBetrO n.F. einzuordnen ist.

Dieser Einordnung steht nicht entgegen, daß es sich bei der Broschüre nicht um eine arzneimittelartige Ware handelt. Der § 25 Abs. 2 ApBetrO n.F. führt Waren auf, die "neben Arzneimitteln" in Apotheken verkauft werden dürfen. Er betrifft also gerade Waren, die keine Arzneimittel sind, sondern anderen Warengruppen angehören. Dementsprechend umfaßt seine Aufzählung Gegenstände verschiedenster Art und reicht über ärztliche Instrumente, Laboratoriumsbedarf, Körperpflegemittel, diätetische Lebensmittel bis zu Pflanzenschutzmitteln. Folglich lassen sich auch der Gruppe "Mittel und Gegenstände zur Krankenpflege" Waren zuordnen, die nicht arzneimittelartig sind, sondern im weiteren Sinne der Krankenpflege dienen. Als ein derartiges Mittel ist die hier betroffene Broschüre anzusehen; denn sie dient neben der Gesundheitsvorsorge der sachgerechten Ernährung bei bestimmten Krankheiten wie Übergewicht, Blutfett- und Hochdruckstörungen, Gicht und Diabetes.

Die Zurechnung dieser Ernährungsbroschüre zu dem apothekenüblichen Randsortiment entspricht auch dem System des § 25 ApBetrO n.F.; denn mit dem dort aufgeführten Katalog soll zwar einerseits das Randsortiment beschränkt werden, andererseits sollen aber Mittel und Gegenstände der Gesundheitsvorsorge und der Körperpflege sowie Waren, für die der Apotheker besonders sachkundig ist und die mit der Arzneimittelabgabe in Zusammenhang stehen, einbezogen werden.

So gehören nach § 25 Nr. 5 und 6 ApBetrO n.F. auch diätetische und bestimmte andere Lebensmittel, die einer gesunden Ernährung dienen, dazu. In diesen Sachzusammenhang der gesunden Ernährung und Diät fällt die hier betroffene Ernährungsbroschüre, so daß es sachgerecht ist, sie ebenfalls dem apothekenüblichen Randsortiment zuzurechnen. Hinzu kommt, daß es ohnehin bereits üblich ist, daß die Apotheker Kundenzeitschriften mit Ratschlägen zur Gesundheitsvorsorge, insbesondere zur gesunden Ernährung, als Werbegaben verteilen. Das Bild des Apothekenangebots wird somit durch die hier betroffene Broschüre nicht entscheidend verändert.

Für diese Auslegung spricht auch der Sinn und Zweck des § 25 ApBetrO n.F. Die Regelung soll verhindern, daß der Apotheker durch ein zu weitgehendes Nebensortiment in der Erfüllung seiner Hauptaufgabe, die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen, beeinträchtigt wird. Die Einschränkung erfaßt daher von ihrer Zwecksetzung her solche Waren, von denen eine derartige Gefahr ausgeht. Eine darüber hinausgehende Beschränkung des Apothekers wäre ein den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzender Eingriff in das Recht der freien Berufsausübung. Es ist nicht anzunehmen, daß ein solcher unzulässiger Eingriff, der zur Ungültigkeit der Regelung führen würde, beabsichtigt ist. Vielmehr ist diese Bestimmung zur Erhaltung ihrer Gültigkeit restriktiv dahin auszulegen, daß sie das Randsortiment nur insoweit beschränkt, wie es zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung durch die Apotheker geboten ist (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.2.1986 - 3 C 21/85, NJW 1986, 2388, 2390).

Hinsichtlich der hier betroffenen Broschüre ist nicht dargetan, daß durch ihre Abgabe in Apotheken die Apotheker in der Erfüllung ihrer Hauptaufgabe beeinträchtigt würden. Es ist vielmehr zu erwarten, daß die Apotheker diese bunt und ansprechend aufgemachte, stark bebilderte Broschüre zu geringem Preis nebenher abgeben werden, um damit eine Werbewirkung zu erreichen. Hierauf zielt auch die Beklagte in ihrer Werbung an die Apotheker ab. In jedem Fall ist nach der Lebenserfahrung nicht damit zu rechnen, daß durch den Verkauf dieser Broschüre in den Apotheken dort die ordnungsgemäße Arzneimittelabgabe beeinträchtigt wird.

Demnach ist die Abgabe der Broschüre durch die Apotheker nicht zu beanstanden, und das Anbieten der Broschüre an Apotheker zum Weiterverkauf in den Apotheken stellt keine Aufforderung zu einer Gesetzesverletzung dar.

III. Im Ergebnis war daher unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidungen die Klage abzuweisen.

Unter Einbeziehung der Kostenentscheidung des Landgerichts, durch die der Klägerin bereits rechtskräftig 1/20 der Kosten des ersten Rechtszuges auferlegt worden ist, sind der Klägerin die gesamten Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen (§ 91 ZPO).

v. Gamm

Merkel

Piper

Teplitzky

Scholz-Hoppe