

Abschrift

UA 14457-3

VERBRAUCHERZENTRALE

Bundesverband

22. Nov. 2018

EINGEGANGEN



Kopie an Mdt. Stellgn.	Kopie an Mdt. Kenntnln.
EINGEGANGEN	
zdA	WV:
15. NOV. 2018	
[REDACTED]	

Kammergericht

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:

5 U 185/17

16 O 389/16 Landgericht Berlin

verkündet am :

09.11.2018

[REDACTED], Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle des
Kammergerichts Berlin

In dem Rechtsstreit

DocMorris N.V.,
vertreten d. d. Vorstandsvorsitzenden Olaf Heinrich, d.
Vorstand Prof. Dr. Christian Franken, Max Müller und
Michael Veigel,
Avantisallee 152, 6422 RA Heerlen,
Niederlande,

Beklagte und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

g e g e n

Bundesverband der Verbraucherzentralen und
Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale
Bundesverband e. V.,
vertreten d. d. Vorstand Klaus Müller,
Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin,

Kläger und Berufungsbeklagter,

- Prozessbevollmächtigter:

[REDACTED]

hat der 5. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Eißholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 09.11.2018 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht [REDACTED], die Richterin am Kammergericht [REDACTED] und den Richter am Kammergericht [REDACTED]

f ü r R e c h t e r k a n n t :

- I.
Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der Zivilkammer 16 des Landgerichts Berlin vom 21. November 2017 - 16 O 389/16 – wird zurückgewiesen.
- II.
Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz zu tragen.
- III.
Dieses und das erstinstanzliche Urteil sind vorläufig vollstreckbar.
- IV.
Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

A.

Gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil (nachfolgend: "LGU" nebst Seitenzahl des Urteilsumdrucks) mit den folgenden Ergänzungen Bezug genommen:

Der Kläger hat beantragt, zu erkennen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, diese zu vollziehen am Vorstand der Beklagten, zu unterlassen,
 - a) im Rahmen geschäftlicher Handlungen auf der Internetseite www.docmorris.de gegenüber Verbrauchern Vertragsabschlüsse über den Versand von Arzneimitteln anzubieten bzw. anbieten zu lassen, ohne den Hinweis zu erteilen, dass der Kunde als Voraussetzung für die Arzneimittelbelieferung mit seiner Bestellung eine Telefonnummer anzugeben hat, unter der er durch pharmazeutisches Personal der Apotheke auch mittels Einrichtungen der Telekommunikation ohne zusätzliche Gebühren beraten wird und
 - b) nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge mit Verbrauchern über die Lieferung von Arzneimittel einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:
[6. Ausschluss des Widerrufsrechts

[Das Widerrufsrecht besteht, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, u.a. nicht bei folgenden Verträgen:

Verträge zur Lieferung von Waren, die schnell verderben können oder deren Verfallsdatum schnell überschritten würde.

Verträge zur Lieferung versiegelter Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde.

Verträge zur Lieferung von Waren, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist oder die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind.]

Hierzu gehören auch Arzneimittel. Da wir nicht überprüfen können, ob nach der Lieferung ein sachgemäßer Umgang mit den Medikamenten gewährleistet war, kommen diese nicht mehr in den Handel und werden zu Ihrer Sicherheit entsorgt. Aus diesem Grund ist bei Arzneimitteln die Widerrufsmöglichkeit ausgeschlossen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 200 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14. Januar 2017 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat die Beklagte klageantragsgemäß auf lauterkeitsrechtlicher Grundlage zur Unterlassung und Zahlung verurteilt (LGU 2).

Die Beklagte hat gegen das Urteil form- und fristgerecht Berufung eingelegt und diese form- und fristgerecht begründet. Die Beklagte setzt sich in einzelnen Punkten mit dem angefochtenen Urteil auseinander, wiederholt, präzisiert und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Berlin vom 21. November 2017 zum gerichtlichen Aktenzeichen 16 O 389/16 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt die Entscheidung des Landgerichts und wiederholt und vertieft hierzu sein erstinstanzliches Vorbringen..

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den in beiden Instanzen vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

B.

Die - zulässige - Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht auf lauterkeitsrechtlicher Grundlage zur Unterlassung und Abmahnkostenerstattung verurteilt.

I.

Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte nach den Regeln der Brüssel-Ia-VO hat das Landgericht zutreffend angenommen (LGU 4) und steht zwischen den Parteien auch nicht in Streit. Gleiches gilt für die Annahme der Sachbefugnis des Klägers nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG (LGU 5) und der grundsätzlichen Anwendbarkeit deutschen Sachrechts nach den Regeln der Rom-II-VO (LGU 4 f.).

II.

Zu Recht hat das Landgericht einen Unterlassungsanspruch des Klägers gegen die Beklagte wegen nicht ordnungsgemäß eingeholter Kundentelefonnummer angenommen (LGU 5-7). Die Beurteilung, dass letzteres einen Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1, §§ 3, 3a UWG i.V. mit § 17 Abs. 2a Satz 1 Nr. 7 ApBetrO auslöst, entspricht einhelliger Rechtsprechung (OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.02.2018 – 4 U 87/17 – juris-Rn. 43-53; LG Dessau-Roßlau, Urt. v. 08.02.2017 – 3 O 42/16; LG Stuttgart, Urt. v. 23.02.2017 – 44 O 6/17 – juris-Rn. 19-35). Gleiches gilt für die Annahme des Unterlassungsanspruchs wegen der Klausel zum generell ausgeschlossenen Widerrufsrecht gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1, §§ 3, 3a UWG i.V. mit §§ 355, 312g, 307 BGB (LGU 7 f.), was gleichfalls einhelliger obergerichtlicher Rechtsprechung zur aktuellen Rechtslage entspricht (OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.02.2018 – 4 U 87/17 – juris-Rn. 54-61; OLG Naumburg, Urt. v. 22.06.2017 – 9 U 17/17 – juris-Rn. 37-53). Dem schließt sich der Senat an. Die Berufungsbegründung ändert daran nichts. Deren Argumente sind bereits nahezu umfassend widerlegt durch die zutreffenden Ausführungen in der hier angefochtenen Entscheidung und den vorstehend angeführten, beiden Parteien hinlänglich bekannten Judikaten. Der Senat stimmt dem allen einschränkungslos zu und verweist – zwecks Vermeidung von Wiederholungen – insgesamt darauf. Mit Blick auf die Berufungsangriffe ist ergänzend lediglich das Folgende auszuführen:

1.

Entgegen der Berufung ist die in den Niederlanden ansässige Beklagte „eine Apotheke mit Erlaubnis zum Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel gemäß § 11a des Apothekengesetzes“ i.S. von § 17 Abs. 2a Satz 1 Nr. 7 ApBetrO. Dass die Niederlande in der Mitgliedstaaten-Übersicht nach § 73 Abs. 1 Satz 3 AMG stehen ändert daran nichts. Das bescheinigt nur die Erfüllung der von § 11a ApoG geforderten Standards, befreit aber nicht von der Einhaltung weiterer inländischer Versandhandelsvorschriften wie der hier in Rede stehenden. Denn nach § 73 Abs. 1 Nr. 1a AMG muss die (sonach zunächst einmal nur „dem Grunde nach“ erlaubte) Einfuhr deutschen

Vorschriften zum Versandhandel genügen (zutreffend LG Stuttgart, Urt. v. 23.02.2017 – 44 O 6/17 KfH, juris-Rn. 29). Entsprechendes gilt für das von der Berufung angeführte EU-Versandhandelsapothekenlogo.

2.

Zu Unrecht hält die Berufung die auf die Beklagte anwendbare Regelung des § 17 Abs. 2a Satz 1 Nr. 7 ApBetrO für einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Europäische Warenverkehrsfreiheit. Auch hierzu hat bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt (LGU 6; ebenso das dort zitierte Landgericht Stuttgart). Die Telefonnummernpflicht gilt für die Beklagte gleichermaßen wie für inländische Versandhandelsapotheken. Dass sie für inländische Präsenzapotheken nicht gilt, findet seine sachliche Berechtigung in dem Umstand, dass dort eine insoweit ggf. notwendige (unerfragte) Beratung beim Warenerwerb unmittelbar vor Ort möglich ist.

3.

Entgegen dem Berufungsvorbringen ist der hier in Rede stehende Verstoß auch geeignet, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen, § 3a UWG, und zwar schon deshalb, weil bei Verstößen gegen Vorschriften die - wie hier - dem Schutz der Gesundheit der Verbraucher dienen, die Spürbarkeit zu vermuten und nur - wie hier aber nicht - ganz ausnahmsweise zu verneinen ist (siehe nur Senat Magazindienst 2018, 824, 827; Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., Rn. 1.102 m.w.N.).

4.

Der generelle Ausschluss des Widerrufsrechts rechtfertigt sich nicht durch den Ausnahmekatalog des § 312g Abs. 2 BGB:

Ob – wie die Berufung meint - verschriebene Fertigarzneimittel i.S. von Nr. 1 „eindeutig auf die persönlichen Verhältnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind“, erscheint schon sehr zweifelhaft; sonstige Fertigarzneimittel sind es jedenfalls nicht, das behauptet auch die Berufung nicht.

Arzneimittel sind keine Waren, die generell und stets i.S. von Nr. 2 „schnell verderben“ können. Die Annahme eines „rechtlichen Verderbens“ erscheint als eine – interessengeleitete – semantische Kunstkonstruktion, die aber dem Gesetzeswortlaut und dem erkennbaren Gesetzgeberwillen, ein generelles Widerrufs Ausschlussrecht hier gerade nicht herzugeben, ersichtlich zuwiderläuft.

Die Ausnahme der Versiegelungsentfernung i.S. von Nr. 3 kann gegebenenfalls je nach Einzelfall eingreifen, muss es aber jedenfalls nicht stets und immer, sodass auch dies den von der Beklagten praktizierten generellen Widerrufsabschluss nicht rechtfertigt.

Wegen allen diesbezüglichen weiteren Berufungsvorbringens zum Widerrufsabschluss wird nochmals explizit auf alle - zutreffenden - Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung und in den bereits angeführten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Karlsruhe und Naumburg verwiesen. Ob die gesetzliche Regelung hierzu (wie auch zur Telefonnummerinforderung), so wie sie getroffen worden ist, zweckmäßig oder gar begrüßenswert erscheint, unterliegt nicht der Beurteilung der Gerichte.

III.

Nach allem war auch die Abmahnung berechtigt, weshalb das Landgericht dem Kläger zutreffend einen diesbezüglichen Erstattungsanspruch aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zugesprochen hat, was die Berufung auch nicht gesondert angreift.

C.

Die Entscheidung zu den Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, diejenige zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 713 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen (ebenso OLG Karlsruhe, Ur. v. 09.02.2018 – 4 U 87/17 – juris-Rn. 64 f.; OLG Naumburg, Ur. v. 22.06.2017 – 9 U 17/17 – juris-Rn. 57-65).