

Verkauf von Weihnachtsartikeln in Apotheke zulässiges Nebengeschäft

Leitsatz:

Der Verkauf geringwertiger Weihnachtsartikel in einer Apotheke ist ein zulässiges Nebengeschäft im Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 8 ApoG, das als Werbemaßnahme jedenfalls im Licht der wertsetzenden Bedeutung des Art. 12 Abs. 1 GG erlaubt ist. Überdies liegt allenfalls eine unerhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor (§ 3 UWG).

Oberlandesgericht Oldenburg

Urteil vom 22.11.2007

Az.: 1 U 49/07

In dem Rechtsstreit

...

- Beklagte und Berufungsklägerin –
- Prozessbevollmächtigte: ... –

g e g e n

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.

- Klägerin und Berufungsbeklagte –
- Prozessbevollmächtigte: ... –

hat der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts ... und die Richter am Oberlandesgericht ... und ... auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 2007

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 30.5.2007 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg geändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Klägerin, ein bundesweit tätiger Wettbewerbsverband gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG, nimmt die Beklagte auf Unterlassung wegen eines angeblichen Wettbewerbsverstoßes in Anspruch.

Die Beklagte betreibt in ... eine Apotheke. Sie verkaufte in ihrer Apotheke zur Advents bzw. Vorweihnachtszeit 2006 einige Weihnachtsartikel wie Filzengel, Organza Tischdecken, Engel aus Metall, Keramiknikoläuse, Drahtweihnachtsbäume, Tee und Windlichter, verschiedene Holzfiguren, Metallsterne, Plüschtiere und ähnliche weihnachtliche Dekorationsartikel. Sie warb hierfür neben anderen Artikeln (apothekenüblichen Waren) in einem Prospekt, der als Anlage K 1 der Klageschrift vorgelegt worden ist.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass der Vertrieb der weihnachtlichen Dekorationsartikel in der Apotheke der Beklagten und die Werbung hierfür gegen § 25 der Apothekenbetriebsordnung (ApBetrO) verstoße und darin gleichzeitig, weil § 25 ApBetrO einen Wettbewerbsbezug habe, ein Wettbewerbsverstoß nach § 4 Nr. 11 UWG liege.

Sie hat die Beklagte nach erfolglos gebliebener Abmahnung mit der Klage auf Unterlassung sowie auf Aufwendungsersatz (Abmahnkosten nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG) in Höhe von 189 € in Anspruch genommen.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten und hat Klageabweisung beantragt.

Sie hat gemeint, der Vertrieb der beanstandeten Waren in der Apotheke sei nach seinem Umfang ein Nebengeschäft im Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 8 des Apothekengesetzes. Der Verordnungsgeber habe von der in dieser Vorschrift enthaltenen Ermächtigung nur insoweit Gebrauch gemacht, als er in § 25 ApBetrO die apothekenüblichen Waren definiert habe. dagegen seien Regelungen zur Beschränkung von Nebengeschäften in Apotheken nicht getroffen worden, so dass insoweit keine Einschränkungen in der beruflichen Betätigung der Apotheker bestünden. Danach liege kein Verstoß gegen berufsrechtliche Regelungen und gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften vor.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Beklagte antragsgemäß verurteilt, es künftig zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken im Rahmen des Apothekenbetriebs Filzengel und/oder Organzab Tischdecken und/oder Engel aus Metall und/oder Keramik Nikolause und/oder Drahtbäume und/oder Türschilder und/oder Tee und Windlichter und/oder Holzfiguren und/oder Metallsterne und/oder Kinderdecken und/oder Plüschtiere mit Rasseln zu bewerben, wie nachfolgend (in Anlage K 1 der Klageschrift) aufgeführt, oder zu verkaufen. Es hat weiterhin die Beklagte zur Zahlung des Aufwendungsersatzes von 189 € nebst Zinsen verurteilt und hinsichtlich der ausgeurteilten Unterlassungsverpflichtung Ordnungsmittel angedroht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des vom Landgericht zu Grunde gelegten Sachverhalts und der Begründung dieser Entscheidung wird auf das am 30.5.2007 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg Bezug genommen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit der Berufung. Zur Begründung ihres Rechtsmittels trägt sie im Wesentlichen vor:

Das Landgericht habe bereits zu Unrecht angenommen, dass die Vorschriften der ApBetrO und insbesondere § 25 ApBetrO einen Wettbewerbsbezug im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG hätten. Der fehlende Wettbewerbsbezug der genannten Vorschrift folge bereits aus einer auch nach Änderung des UWG aktuell gebliebenen Entscheidung des BGH vom 21.9.2000 (NJW 2001, 3411). Auch aus einer zwischenzeitlichen Änderung des § 25 ApBetrO ergebe sich nichts anderes. Im Gegenteil enthalte die nunmehr geltende Fassung des § 25 ApBetrO eine weniger weitgehende Beschränkung der Betätigungsfreiheit des Apothekers. Während § 25 ApBetrO a.F. ausdrücklich geregelt habe, welche Waren neben Arzneimitteln in Apotheken „nur“ vertrieben werden durften, beschränke sich die nunmehrige Fassung des § 25 ApBetrO darauf, apothekenübliche Waren festzulegen, ohne zusätzlich zu regeln, dass „nur“ diese Waren in Apotheken vertrieben werden dürften.

Das Landgericht habe auch zu Unrecht einen Verstoß gegen § 25 ApBetrO angenommen. Der Verordnungsgeber habe sich darauf beschränkt, in der ApBetrO einen Katalog apothekenüblicher Waren festzulegen. die in der Apotheke zulässigen Nebengeschäfte seien dadurch nicht geregelt worden. Es bestünden insgesamt keine apothekenrechtlichen Bestimmungen, die die Möglichkeit des Apothekers, Nebengeschäfte vorzunehmen, ausdrücklich einschränkten. Von der in § 21 Abs. 2 Nr. 8 Apothekengesetz vorgesehenen Ermächtigung, Nebengeschäfte des Apothekers zu regeln, habe der Verordnungsgeber keinen Gebrauch gemacht.

Es sei auch nicht erkennbar, dass – wie für einen Wettbewerbsverstoß nach § 3 UWG erforderlich sei – der Verkauf der hier relevanten weihnachtlichen Dekorationsartikel und die Werbung hierfür geeignet seien, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Der Verkauf dieser Artikel sei für die Beklagte umsatzmäßig und für den Gewinn völlig bedeutungslos gewesen. der Verkauf

solcher Artikel sei aus vorweihnachtlichem Anlass typischerweise im Zusammenhang mit dem Vertrieb von apothekenüblichen Waren erfolgt.

Schließlich habe das Landgericht bei Auslegung und Anwendung der §§ 3, 4 Nr. 11 UWG und des § 25 ApBetrO den verfassungsrechtlichen Vorgaben und insbesondere dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG nicht hinreichend Rechnung getragen. Die Beschränkungen in § 25 ApBetrO hätten den Zweck, zu verhindern, dass der Apotheker durch ein zu weitgehendes Nebensortiment in der Erfüllung seiner Hauptaufgabe, die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen, in einer ins Gewicht fallenden Weise beeinträchtigt werde. Eine Beschränkung, die von ihrer Zwecksetzung her auch solche Waren umfasse, von denen eine derartige Beeinträchtigung des Apothekenbetriebs nicht ausgehe, sei nicht erforderlich und unverhältnismäßig. Sie verstoße dann gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Letzteres sei auch hier anzunehmen. Von einer Beeinträchtigung der dargestellten Hauptaufgabe des Apothekers könne nämlich keine Rede sein, wenn – wie hier – Weihnachtsdekurationsartikel zu einem geringen Preis zusammen mit unstreitig apothekenüblichen Waren beworben und zum Verkauf angeboten würden und der auf diese Dekorationsartikel bezogene Umsatz in keiner Weise ins Gewicht falle.

Zu dem durch den Verkauf der Dekorationsartikel erzielten Umsatz und Gewinn hat die Beklagte nach entsprechender Auflage des Senats konkret vorgetragen. Insoweit wird Bezug genommen auf den Schriftsatz der Beklagten vom 10.10. 2007.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil des Landgerichts Oldenburg abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung des Landgerichts und führt dazu im einzelnen aus, dass § 25 ApBetrO sehr wohl einen Wettbewerbsbezug habe und auch für Waren gelte, die im Nebensortiment vertrieben würden.

Es müsse auch von einem ins Gewicht fallenden Wettbewerbsverstoß nach § 3 UWG ausgegangen werden. es sei hier nämlich wissentlich und systematisch gegen § 25 ApBetrO verstoßen worden, was eine Nachahmungsgefahr begründe und eine Sogwirkung bei Mitbewerbern befürchten lasse.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Der Senat hat Beweis durch Zeugenvernehmung erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der Senatssitzung vom 8.11.2007 Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und auch begründet.

Mangels eines nach § 3 UWG relevanten Wettbewerbsverstoßes ist der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch und der Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten nicht gerechtfertigt.

1. Der mit der Klage geltend gemachte Unterlassungsanspruch scheidet allerdings nicht – wie die Beklagte meint – bereits an der fehlenden Klagebefugnis der Klägerin.

Die Klägerin ist seit Jahren ein in der Rechtsprechung anerkannter Wettbewerbsverband nach § 8 Abs. 3 Nr. 2. UWG, dem auf Grund seiner Mitgliederstruktur eine bundesweite umfassende Klagebefugnis zukommt (vgl. dazu BGH GRUR 1995, 122 – Laienwerbung für Augenoptiker. Hefermehl/Köhler, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., Einl. UWG Rn. 2.29).

Mitglieder der Klägerin sind alle IHK der Bundesrepublik, die

bereits einzeln eine umfassende Klagebefugnis nach § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG haben.

Ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs.1 UWG in Verbindung mit §§ 2 Abs. 4, 25 ApBetrO, der hier allein in Betracht kommt, scheidet auch nicht von vornherein daran, dass den oben genannten Vorschriften der ApBetrO kein wettbewerbsrechtlicher Bezug i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG zukommt, sie nämlich nicht dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Bei den hier relevanten Vorschriften der ApBetrO stehen Gesichtspunkte des Gesundheitsschutzes und insbesondere die ordnungsgemäße Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln und der Zweck, den Vorrang dieses Versorgungsauftrags abzusichern, im Vordergrund. Insoweit ist anzunehmen, dass der Schutz der Verbraucher vor Nachteilen bei der effektiven Arzneimittelversorgung wesentliches Regelungsziel ist. Die den Verkauf in Apotheken regelnden, hier relevanten Vorschriften dienen damit zumindest auch dem Schutz der Verbraucher als Marktteilnehmer (vgl. § 2 Abs.1 Nr. 2 UWG). Überdies dürfte es auch darum gehen, insoweit gleiche Rahmen und Wettbewerbsbedingungen für konkurrierende Apotheker zu schaffen. Im Hinblick darauf sind die genannten Vorschriften der ApBetrO auch als Marktverhaltensregelungen einzuordnen, die dem Interesse von Marktteilnehmern (Verbrauchern, konkurrierenden Apothekern) dienen (im Ergebnis ebenso HarteBavendamm/HenningBodewig/v.Jagow, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 60. MKUWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 UWG Rn. 131. Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., § 4 Nr. 11 UWG Rn. 11/208, 11/215 f.).

Aus der von der Beklagten herangezogenen Entscheidung des BGH vom 21.9.2000 (NJW 2001, 3411) ergibt sich letztlich nichts anderes. Wenn der BGH den genannten Vorschriften (in der damaligen Fassung) keinen Wettbewerbsbezug zugebilligt hätte, hätten sich die umfangreichen Ausführungen zur Auslegung und Anwendbarkeit des § 25 Nr. 2 ApBetrO a.F., die den Schwerpunkt der Entscheidung bilden, von vornherein erübrigt und der BGH

hätte sogleich unter Aufhebung des Berufungsurteils das den wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch abweisende Urteil des Landgerichts wiederherstellen können. Letztlich kann dies jedoch alles dahingestellt bleiben. der Senat sieht von einer weiteren Vertiefung der Begründung ab, weil es darauf nicht entscheidend ankommt.

Der Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs.1 UWG scheitert hier jedenfalls daran, dass ein relevanter Verstoß gegen §§ 2 Abs. 4, 25 ApBetrO nicht festzustellen ist und jedenfalls auch eine ins Gewicht fallende, nicht unerhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zum Nachteil anderer Marktteilnehmer, wie sie nach § 3 UWG erforderlich ist, im vorliegenden Fall fehlt.

Bei verfassungskonformer Auslegung der §§ 2 Abs. 4, 25 ApBetrO in Verbindung mit der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage des § 21 Abs. 2 Nr. 8 Apothekengesetz ist bei der hier vorliegenden Art, dem Umfang, der saisonalen Begrenzung und der untergeordneten Funktion der beanstandeten Verkäufe und der darauf bezogenen Werbung ein relevanter Verstoß gegen die genannten Vorschriften der Verordnung nicht festzustellen.

Maßgebend ist hier die ApBetrO in der neuen, seit dem 1.1.2004 geltenden Fassung. Danach ist in § 25 ApBetrO nur noch definiert, was apothekenübliche Waren sind. Die Vorschrift besagt nichts darüber, ob und in welchem Umfang Nebengeschäfte mit anderen Produkten oder Dienstleistungen getätigt werden dürfen.

Die Regelung des § 25 ApBetrO ist zwar im Zusammenhang mit § 2 Abs. 4 ApBetrO zu sehen. Danach darf der Apothekenleiter neben Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten die in § 25 ApBetrO genannten Waren nur in einem Umfang anbieten oder feilhalten, der den ordnungsgemäßen Betrieb der Apotheke und den Vorrang des Arzneimittelversorgungsauftrags nicht beeinträchtigt. Nach dem Wortlaut dieser Verordnungsregelung wird dadurch nur der Umfang des Angebots der in § 25 ApBetrO

genannten apothekenüblichen Waren reglementiert und beschränkt. Zu den in § 25 ApBetrO aufgeführten apothekenüblichen Waren gehören die hier relevanten weihnachtlichen Dekorationsartikel unzweifelhaft nicht.

Eine Reglementierung zulässiger Nebengeschäfte von Apothekern ist aus den genannten Vorschriften nicht zu entnehmen.

Wenn die Ermächtigungsnorm des § 21 Abs. 2 Nr. 8 Apothekengesetz apothekenübliche Waren und daneben Nebengeschäfte nennt, die zum Gegenstand einer Verordnungsregelung gemacht werden können, dann muss davon ausgegangen werden, dass der Verordnungsgeber diese Begriffsbildung auch in der Verordnung übernimmt und den Begriff des Nebengeschäfts nennt, wenn er hierzu Regelungen treffen will.

Eine Regelung über Nebengeschäfte und darauf bezogene Einschränkungen sind – soweit ersichtlich ist – in der ApBetrO jedoch nicht getroffen worden. Auch der BGH geht in der bereits zitierten Entscheidung vom 21.9.2000 davon aus, dass der Verordnungsgeber von der Ermächtigung in § 21 Abs. 2 Nr. 8 Apothekengesetz, in einer ApBetrO Regelungen über die apothekenüblichen Waren und die Nebengeschäfte zu treffen, nur insoweit Gebrauch gemacht hat, als er das Inverkehrbringen apothekenüblicher Waren geregelt hat. Zutreffend führt der BGH sodann aus, dass aus dem Fehlen von Bestimmungen über die Nebengeschäfte nicht geschlossen werden kann, dass dem Apotheker solche generell untersagt sind, sondern dass vielmehr im Gegenteil das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG es gebietet, Nebengeschäfte, die nicht verboten sind, als erlaubt anzusehen (vgl. BGH NJW 2001, 3411, 3413).

Der hier vorliegende Verkauf weihnachtlicher Dekorationsartikel und die Einbeziehung dieser Verkäufe in die Werbung sind den nicht verbotenen, sondern erlaubten Nebengeschäften einer Apotheke zuzuordnen.

Dabei kann der Senat die grundsätzliche Frage offen lassen, ob ein Apotheker über in der ApBetrO nicht reglementierte, zulässige Nebengeschäfte eine Möglichkeit hat, sein Warensortiment über apothekenübliche Waren hinaus auf andere Waren in einer wirtschaftlich relevanten, ins Gewicht fallenden Weise auszuweiten, worüber die Parteien streiten. Der Ordnungswidrigkeitstatbestand in § 34 Nr. 2 l) ApBetrO, wonach ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 25 ApBetrO in Verbindung mit § 2 Abs. 2 S. 2 und 3 ApBetrO andere als die dort bezeichneten Waren in den Verkehr bringt oder bringen lässt, dürfte darauf hindeuten, dass der Verordnungsgeber, auch wenn er dies in den in Bezug genommenen Vorschriften nicht, zumindest nicht eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, wohl die Vorstellung gehabt hat, dass der Verkauf von Waren, die nicht zu den Arzneimitteln, apothekenpflichtigen Medizinprodukten oder zur apothekenüblichen Waren gehören, grundsätzlich verboten sein soll. Ob dieser Vorstellung des Verordnungsgebers trotz des objektiv begrenzten Regelungsinhalts der §§ 2, 25 ApBetrO zu folgen ist, kann dahingestellt bleiben.

In den vorliegenden Verkäufen kann jedenfalls nicht eine für den Regelungszweck der genannten Normen relevante, irgendwie wirtschaftlich ins Gewicht fallende Ausweitung des Warensortiments auf apothekenfremde Waren gesehen werden. Dafür spricht bereits der für Verkauf und Werbung begrenzte Zeitraum, die Beschränkung auf die Vorweihnachtszeit und der gemessen an dem übrigen Umsatz der Apotheke bedeutungslose, nicht erhebliche Umsatz der Dekorationsartikel aus dem unteren bzw. untersten Preissegment. Dem Vertrieb dieser Artikel kam hier nach Einschätzung des Senats keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung mit einem auch wettbewerbsrechtlich relevanten Gewicht zu. Als weiterer wesentlicher, wohl entscheidender Gesichtspunkt ist zu berücksichtigen, dass das Angebot der Dekorationsartikel in Verbindung mit einer vorweihnachtlichen Werbung für die Apotheke sowie für die dort zulässigerweise angebotenen Apothekenwaren und die

weihnachtliche Ausgestaltung der Apotheke selbst zu sehen ist. Werbung und Verkauf der hier relevanten weihnachtlichen Dekorationsartikel waren nicht unmittelbar auf Umsatz und Gewinnerzielung durch diese Produkte angelegt, sondern hatten werbende, absatzfördernde Hilfsfunktionen beim nach §§ 2 Abs. 4, 25 ApBetrO unzweifelhaft zulässigen Weihnachtsgeschäft der Apotheke. Nach den Umständen ging es im Wesentlichen darum, mit den Dekorationsartikeln – wie mit einer unveräußerlichen Advents bzw. Weihnachtsdekoration in den Verkaufsräumen der Apotheke – vorweihnachtliche Stimmung zu verbreiten, um dadurch in der Vorweihnachtszeit das unbestritten zulässige Geschäft mit apothekenüblichen Artikeln zu fördern.

Dies verdeutlicht bereits die beanstandete Werbebroschüre, in der nicht isoliert bzw. auf einer Seite konzentriert für die weihnachtlichen Dekorationsartikel geworben worden ist, sondern in der die Weihnachtsartikel jeweils neben Gesundheitsartikeln und sonstige apothekenüblichen Waren gestellt worden sind. Auch im Verkaufsraum der Apotheke selbst kam den Weihnachtsartikeln – wie von der Beklagten persönlich und der Zeugin A... glaubhaft bekundet worden ist – keine hervorgehobene eigenständige Rolle zu, sondern diese wurden lediglich in einem Regal und einer „Verkaufssäule“ neben anderer Apothekenware zur Selbstbedienung der Kundschaft bereit gehalten. Nach den plausiblen und letztlich glaubhaft erscheinenden Angaben der Beklagten persönlich sind die Weihnachtsartikel regelmäßig zusammen mit üblicher Apothekenware verkauft worden. Allenfalls in drei oder vier Fällen sollen nach Angaben der Beklagten während der gesamten Verkaufszeit bis zum Verbot durch einstweilige Verfügung (die Zustellung des entsprechenden Urteils erfolgte am 19.12.2006) von Kunden isoliert Weihnachtsdekorationsartikel erworben worden sein.

Dass unter den vorstehend dargestellten Umständen und den dargelegten Umsatzzahlen ein irgendwie ins Gewicht fallender Beratungsbedarf im Zusammenhang mit dem Verkauf der

Weihnachtsartikel entstanden ist, der die Apothekeninhaberin und das Apothekenpersonal von der eigentlichen Aufgabe der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung und die darauf bezogene Beratung von Kunden bzw. Patienten abgehalten oder diese der Apotheke zukommende Hauptaufgabe beeinträchtigt haben könnte, ist fernliegend und kann nach der Lebenserfahrung nicht ernsthaft angenommen werden. Dass die Beklagte im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung entsprechenden Beratungsbedarf von Kunden, die am Kauf der Weihnachtsartikel interessiert waren, verneint hat, erscheint danach plausibel und nach den Umständen glaubhaft.

Dass die hier beanstandete Werbung und der Verkauf der Weihnachtsartikel nur Hilfsfunktion für das Apothekengeschäft, aber keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung hatte, wird insbesondere auch durch die von der Beklagten dargelegten Umsatzzahlen (Gesamtbruttoumsatz 2.710 €) und den dargelegten Rohgewinn von 456,23 € belegt.

Soweit zwischen den Parteien streitig geblieben ist, ob die dargelegten Verkaufszahlen den Verkauf der Weihnachtsartikel vollständig erfassen (was die Klägerin bestritten hat), ist der Senat jedenfalls nach den plausiblen Angaben der Beklagten persönlich und der insoweit glaubhaften Aussage der Zeugin A... davon überzeugt, dass die dargelegten Zahlen zumindest die Größenordnung des Umsatzes zutreffend wiedergeben. Die Zeugin A... war ersichtlich sehr darum bemüht, nur das zu sagen, was sie noch mit Sicherheit nach ca. einem Jahr wusste. Die Zeugin hat jedenfalls bestätigt, dass die Aufstellung die verkauften Weihnachtsartikel zutreffend wiedergibt und dass es, auch wenn die Zeugin nicht ausschließen konnte, dass eventuell der eine oder andere Artikel unberücksichtigt geblieben ist, jedenfalls mit Sicherheit nicht wesentlich mehr Weihnachtsartikel gewesen sind. Dies erscheint dem Senat unter Berücksichtigung der vorsichtigen Art der Aussage und des Bemühens der Zeugin um gesicherte, wahrheitsgemäße Angaben glaubhaft.

Wenn danach insgesamt festzustellen ist, dass der Verkauf der

Weihnachtsdekurationsartikel keine ins Gewicht fallende eigenständige wirtschaftliche Bedeutung, sondern im Wesentlichen nur Hilfsfunktion hatte, erscheint es gerechtfertigt, darin nur ein untergeordnetes Nebengeschäft zu sehen, das im sachlichen Zusammenhang mit unzweifelhaft zulässigen, apothekenüblichen Geschäften stand. Ein solches Nebengeschäft, das nicht mit einer nachhaltigen Ausweitung des Sortiments auf apothekenfremde Waren verbunden ist, wird nach dem Gesetzeswortlaut von den §§ 2 Abs. 4, 25 ApBetrO und insbesondere auch vom Normzweck dieser Bestimmungen nicht erfasst und hält sich im Rahmen der durch Art. 12 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit des Apothekers.

Der Zweck der §§ 2 Abs. 4, 25 ApBetrO geht dahin, die Funktion der Apotheke als zentrale Abgabestelle für Arzneimittel zu stärken und zu verhindern, dass die Gestaltung der Apotheke den Charakter eines „Drugstore“ annimmt und der Apotheker seine Hauptaufgaben im Rahmen der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung hintanstellt und sich zunehmend einträglicheren Geschäften zuwendet (vgl. Pfeil/Pieck/Blume, ApBetrO, LoseblattKommentar, Stand 2005, § 2 ApBetrO Rn.43. BGH NJW 2001, 3411, 3413. BGH NJWRR 1989, 429. BVerwG NJW 1986, 2388, 2390. OLG Karlsruhe WRP 1993,825. OLG Frankfurt OLGR 1998, 378).

Diese Belange, denen die Regelung der §§ 2 Abs. 4, 25 ApBetrO und ein daraus abzuleitendes Verbot dienen, werden hier durch die beanstandeten Verkäufe der weihnachtlichen Dekurationsartikel und die darauf bezogene Werbung der Beklagten nicht berührt. Weder durch wirtschaftliche Anreize noch durch tatsächlich erforderlichen Verkaufs und Beratungsaufwand wurden die Beklagte und ihr Verkaufspersonal in der Wahrnehmung ihrer in der Apotheke zu erfüllenden Hauptaufgabe beeinträchtigt, die Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen und dabei auch die notwendige Beratung von Patienten bzw. Kunden zu gewährleisten. Dies ergibt sich bereits aus den obigen Ausführungen zur fehlenden

wirtschaftlichen Bedeutung und zum Ablauf der hier beanstandeten, meist beiläufig getätigten Nebengeschäfte. Auch Charakter und Gestaltung der Apotheke als solche wird durch den beiläufigen Verkauf von weihnachtlichen Dekorationsartikeln nicht ernsthaft berührt, jedenfalls nicht mehr als durch eine sonstige, unzweifelhaft als zulässig angesehene Weihnachtsdekoration in den Verkaufsräumen.

Wenn aber der Regelungszweck der §§ 2 Abs. 4, 25 ApBetrO ersichtlich nicht berührt wird, wäre ein aus diesen Vorschriften abzuleitendes Verbot von Verkaufs und Werbemaßnahmen nicht erforderlich und unverhältnismäßig. Eine nicht erforderliche und unverhältnismäßige Beschränkung des Apothekers in seiner Berufsausübungsfreiheit wäre jedoch mit Art. 12 GG unvereinbar und verfassungswidrig. So hat auch der BGH in der Entscheidung vom 21.9.2000 (NJW 2001, 3411, 3413) ausgeführt, dass die „Bestimmung (gemeint ist § 25 ApBetrO) ... zur Erhaltung ihrer Gültigkeit restriktiv dahin auszulegen (ist), dass sie das Randsortiment nur insoweit beschränkt, wie es zu Sicherstellung der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung durch die Apotheker geboten ist...“.

Dies ist auch im vorliegenden Fall zu beachten und muss unter den vorstehend dargestellten und gewürdigten Umständen dazu führen, einen Gesetzesverstoß gegen die oben genannten apothekenrechtlichen Vorschriften und eine daran anknüpfende wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsverpflichtung zu verneinen.

Selbst wenn die Auslegung und Anwendung der apothekenrechtlichen Regelungen zu einem anderen Ergebnis führen würde und insoweit ein Gesetzesverstoß vorläge, müssten ein relevanter Wettbewerbsverstoß und ein daran anknüpfender wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch jedenfalls an § 3 UWG scheitern.

Danach ist ein relevanter Wettbewerbsverstoß nur anzunehmen,

wenn durch die beanstandete Wettbewerbshandlung der Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht unerheblich beeinträchtigt worden ist.

Es liegt auf der Hand, dass hier Verbraucherinteressen nicht in spürbarer Weise berührt und beeinträchtigt werden. Dass irgendeine Beeinträchtigung der Arzneimittelversorgung bei gleichzeitig konkurrierendem Verkauf einiger billiger weihnachtlicher Dekorationsartikel eintreten könnte, ist – wie bereits aus den vorausgegangenen Ausführungen folgt – fernliegend, wenn nicht gar abwegig. Sonstige zu sichernde Interessen der Verbraucher sind nicht ersichtlich.

Es kann nicht angenommen werden, dass durch die §§ 2 Abs. 4, 25 ApBetrO die Mitbewerber, die als Einzelhändler, Kaufhaus oder als sonstiges Konkurrenzunternehmen entsprechende weihnachtliche Dekorationsartikel verkaufen, geschützt werden sollen (vgl. BGH NJW 2001, 3411, 3413. darauf dürften die von der Beklagten herangezogenen Ausführungen des BGH zum fehlenden Wettbewerberschutz des § 25 ApBetrO zu beschränken sein). Es gehört zum Wesen des Wettbewerbs, dass entsprechende Artikel in einer Vielzahl von recht unterschiedlichen Geschäften verkauft werden, womit jeder Mitbewerber zu rechnen hat. Dass sich hier die Beklagte als Apothekerin im Vergleich zu Mitbewerbern, die ebenfalls weihnachtliche Dekorationsartikel verkaufen, einen unlauteren, ins Gewicht fallenden Wettbewerbsvorteil verschafft hat, ist nicht ersichtlich. Der Normzweck der genannten Vorschriften, wie er oben dargestellt worden ist, ist auf den Schutz solcher Konkurrenz nicht ausgerichtet.

Auch im Verhältnis zu anderen Apothekern als Mitbewerber ist eine irgendwie ins Gewicht fallende Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht ersichtlich, selbst wenn eine auch wettbewerbliche Zielrichtung der genannten Normen zugunsten konkurrierender Apotheker angenommen wird. Eine solche Beeinträchtigung lässt sich bereits im Hinblick auf den

geringen Umfang, die zeitliche Beschränkung und die fehlende wirtschaftliche Bedeutung solcher Verkäufe nicht annehmen. Diese sind gemessen am Gesamtumsatz wirtschaftlich bedeutungslos. Eine ins Gewicht fallende Stärkung der eigenen Marktposition der Beklagten war dadurch nicht zu erreichen. auch eine relevante Behinderung des Wettbewerbs konkurrierender Apotheker ist nicht ersichtlich.

Ein relevanter, spezifizierbarer Wettbewerbsvorteil der Beklagten durch Ersparnis irgendwelcher Kosten ist ebenso wenig ersichtlich wie relevante werbliche Vorteile der Verkäufe, die Mitbewerber durch andere Werbemaßnahmen nicht auch erzielen könnten.

Auch die von der Klägerin dargelegte Befürchtung eines Nachahmungs und Sogeffekts rechtfertigen keine andere Beurteilung. Selbst wenn die Beklagte Nachahmer finden würde, wären insgesamt irgendwelche ins Gewicht fallenden Beeinträchtigungen der Markt und Konkurrenzverhältnisse nicht anzunehmen.

Der Senat sieht allerdings durchaus die Möglichkeit, dass die Zulassung der hier beanstandeten zeitlich beschränkten und wirtschaftlich bedeutungslosen Verkäufe apothekenfremder Waren eine Tür öffnen könnte für andere, weitergehende und problematische Versuche der Sortimentserweiterung von Apothekern. Dies kann jedoch nichts daran ändern, dass schon im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG nicht erforderliche und nicht verhältnismäßige Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit von Apothekern nicht hinzunehmen sind. Die sich in anderen Einzelfällen evtl. ergebenden Abgrenzungsschwierigkeiten müssen demgegenüber in Kauf genommen werden.

Im vorliegenden Fall fehlt nach alledem jedenfalls auch die nach § 3 UWG erforderliche nicht unerhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

Es ist insoweit keine andere Beurteilung und Bewertung gerechtfertigt als in dem vom OLG Karlsruhe entschiedenen Fall des Verkaufs von UNICEF-Weihnachtskarten in einer Apotheke (OLG Karlsruhe WRP 1993, 825). Auch dort ist eine relevante unlautere Beeinträchtigung des Wettbewerbs verneint worden.

Die Annahme eines relevanten Wettbewerbsverstoßes und ein daran anknüpfender wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch scheiden danach aus.

2. Da ein relevanter Wettbewerbsverstoß fehlt und damit auch die Abmahnung der Klägerin gegenüber der Beklagten nicht berechtigt war, hat die Klägerin keinen Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten nach § 12 Abs.1 S. 2 UWG.

3. Die Kosten des vorliegenden Rechtsstreits einschließlich des Berufungsverfahrens hat die Klägerin als unterlegene Partei nach § 91 ZPO zu tragen.

Die Anordnung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Da die vorliegende Entscheidung im Wesentlichen auf der Würdigung der Einzelfallumstände beruht, der Senat nicht von den Rechtsprechungsgrundsätzen der bisherigen Rechtsprechung des BGH und anderer Oberlandesgerichte abgewichen ist und auch keine über den vorliegenden Einzelfall hinausgehende Rechtsgrundsätze herausgearbeitet hat, erscheint eine Zulassung der Revision nicht geboten.