

31 O 451/10



Verkündet am 24.02.2011

Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

**Landgericht Köln**  
**IM NAMEN DES VOLKES**

**Eingegangen**

02. März 2011

RA Schleicher, Küssner, Steinhoff

**Urteil**

In dem Rechtsstreit

der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., vertreten durch den Vorstand  
Herrn Klaus Müller, Mintropstraße 27, 40215 Düsseldorf,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte:

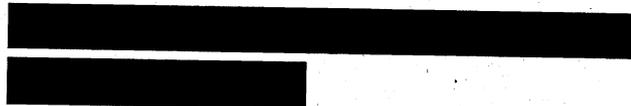
Rechtsanwälte Schleicher Küssner Steinhoff,  
Riphahnstraße 9, 50769 Köln,

g e g e n

Frau Anne-Marie Delnava, Klosterstr. 12 - 14, 50126 Bergheim,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:



hat die 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln

auf die mündliche Verhandlung vom 03.02.2011

durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht [REDACTED] den Richter [REDACTED] und  
den Richter am Landgericht [REDACTED]

für Recht erkannt:

1. Die Beklagte wird unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € - ersatzweise Ordnungshaft - oder der Ordnungshaft bis zu 6 Monaten verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr im Arzneimittelversand in Bezug auf das Widerrufsrecht von Verbrauchern in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu behaupten, es bestehe kein Widerrufsrecht für Arzneimittel, wenn dies wie nachstehend wiedergegeben geschieht:

### **§ 2 Widerruf**

Das Widerrufsrecht steht nur Verbrauchern i.S.d. § 13 BGB zu. Das Widerrufsrecht ist gemäß § 312d BGB ausgeschlossen, wenn die Vertragserklärung auf die Lieferung von Waren gerichtet ist, die nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind oder die auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind oder schnell verderben können oder deren Verfalldatum überschritten würde. Deshalb besteht kein Widerrufsrecht für Arzneimittel, die an dem Packungsaufdruck "Verschreibungspflichtig" oder "Apothekenpflichtig" erkennbar sind.

2. Die Beklagte wird ferner verurteilt, an den Kläger 214,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz seit dem 04.10.2010 zu zahlen.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
4. Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 20%, die Beklagte zu 80%.
5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für den Kläger jedoch nur gegen Sicherheitsleistung. Die Höhe der Sicherheit beträgt für die Vollstreckung aus dem Tenor zu 1. 12.000 €, im Übrigen 110% des zu vollstreckenden Betrags. Dem Kläger wird nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Be-

trages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

### Tatbestand

Der Kläger ist ein in die Liste gemäß § 4 Abs. 1 UKlaG eingetragener Verbraucherschutzverein. Die Beklagte betreibt unter [www.delmed.de](http://www.delmed.de) eine Versandapotheke. § 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Beklagten lautet:

#### **§ 2 Widerruf**

Das Widerrufsrecht steht nur Verbrauchern i.S.d. § 13 BGB zu. Das Widerrufsrecht ist gemäß § 312d BGB ausgeschlossen, wenn die Vertragserklärung auf die Lieferung von Waren gerichtet ist, die nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind oder die auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind oder schnell verderben können oder deren Verfalldatum überschritten würde. Deshalb besteht kein Widerrufsrecht für Arzneimittel, die an dem Packungsaufdruck "Verschreibungspflichtig" oder "Apothekenpflichtig" erkennbar sind.

(Es folgt die Widerrufsbelehrung)

Wegen dieser AGB-Klausel hat der Kläger die Beklagte unter dem 10.06.2010 abgemahnt und zur Zahlung eines Aufwendungsersatzes von 214,00 € „binnen 2 Wochen ab Unterzeichnung der Unterlassungserklärung“ aufgefordert. Die Beklagte hat die Unterlassungserklärung nicht unterzeichnet.

Der Kläger, der wegen ähnlicher AGB-Klauseln parallel mehrere Versandapotheken auf Unterlassung in Anspruch nimmt, ist der Auffassung, die Beklagte könne das Widerrufsrecht für Medikamente nicht grundsätzlich gemäß § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB ausschließen.

Nachdem der Kläger den Unterlassungsantrag zunächst ohne Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform angekündigt hat, beantragt er nunmehr,

- sinngemäß wie erkannt -.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie meint, Medikamente unterfielen generell § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB, weil sie nach einer Rücksendung durch Verbraucher nicht mehr verkehrsfähig seien. Ihre Inanspruchnahme sei im Übrigen rechtsmissbräuchlich, weil der Kläger ohne Grund gleichzeitig eine Vielzahl von Versandapotheken in gleicher Form in Anspruch nehme, um Abmahnkosten geltend machen zu können.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Vorbringen der Parteien wird auf die überreichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Klage ist zulässig und hat auch in der Sache überwiegend Erfolg.

A. Die Klage ist zulässig. Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch liegen nicht vor. Dass der Kläger parallel gegen mehrere Versandapotheken vorgeht, die ähnliche Klauseln verwenden, ist für sich genommen nicht zu beanstanden.

B. Mit dem auf die konkrete Verletzungsform bezogenen Unterlassungsantrag ist die Klage bis auf einen Teil der Zinsforderung begründet.

I. Der Unterlassungsanspruch des Klägers ergibt sich aus §§ 2 Abs. 1 und 2 Nr. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG, 312d, 312g BGB. Die Beklagte handelt den §§ 312d, 312g BGB

zuwider, indem sie in ihren AGB das Widerrufsrecht für Medikamente generell ausschließt.

1. Bei Fernabsatzverträgen im Sinne von § 312b Abs. 1 BGB steht dem Verbraucher gemäß § 312d Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht zu, das der Unternehmer nur in den im Gesetz vorgesehenen Fällen ausschließen darf.

2. Ein solcher Ausschlussgrund besteht für Medikamente entgegen § 2 der AGB der Beklagten nicht generell.

a) In Betracht kommt ein Ausschluss des Widerrufsrechts nur nach § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB. Eindeutig unter eine der beiden ersten Alternativen der Vorschrift fallen Medikamente, die speziell für Kunden hergestellt werden. Fertigmedikamente mit besonders kurzen Verfallsfristen fallen ggfls. unter die 4. oder 5. Alternative. Wenn man nicht mit Teilen der Literatur ein „rechtliches Verderben“ unter diese 4. Alternative fasst (Cyrán/Rotta, ApBetrO, § 17, Rn. 414; MüKo-Wendehorst, BGB, § 312d, Rn. 32), lässt sich ein genereller Ausschluss des Widerrufsrechts für andere Medikamente nur aus § 312d Abs. 4 Nr. 1 3. Alternative BGB herleiten.

aa) In der Rechtsprechung hat sich zu dieser Frage bislang nur das AG Köln (NJW 2008, 236 f.) geäußert und einen Ausschluss des Widerrufsrechts verneint.

bb) Die wohl herrschende Meinung in der Literatur bejaht dagegen einen generellen Ausschluss des Widerrufsrechts für Medikamente, sei es, weil sie ein „rechtliches Verderben“ annimmt (s.o.), oder indem sie Medikamente unter die 3. Alternative fasst (ausführlich Mand/Köen WRP 2007, 1405, 1408 ff.; Mand NJW 2008, 190, 191 ff.; Becker/Fröhlich NJW 2008, 3751, 3754 f.; Palandt-Grüneberg, BGB, § 321d, Rn. 9; Jauernig-Stadler, BGB, § 312d, 2. b) aa); Dauner-Lieb/Langen-Ring, BGB, § 312d, Rn. 65).

Diese Auffassung wird im Wesentlichen damit begründet, dass Medikamente nach einer Rückgabe durch den Verbraucher generell nicht mehr verkehrsfähig seien. Das ergebe sich aus § 7a AMGrHdlBetrV, wonach selbst der Großhandel von Apotheken zurückgenommene Medikamente nur dann weiterverwenden dürfe, wenn der Zu-

rückgebende sie als verkehrsfähig bezeichne und sie einer besonderen Prüfung nach Abs. 3 der Vorschrift unterzogen würden. Angesichts dieser eingeschränkten Verkehrsfähigkeit von Medikamenten, die von Fachleuten zurückgenommen würden, sei bei der Rücknahme von Verbrauchern, bei denen eine ordnungsgemäße Handhabung, Lagerung und Rücksendung nicht sichergestellt werden könne, ein Wiederverkauf stets ausgeschlossen.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass § 3 Abs. 6 AMPreisV nunmehr ausdrücklich einen reduzierten Festzuschlag für die erneute Abgabe zurückgegebener Medikamente festlege. Die Vorschrift beziehe sich nach ihrer Entstehungsgeschichte allein auf den gleichzeitig eingefügten § 5b Abs. 4 BtMVV, wonach Hospize und Pflegeeinrichtungen dort gelagerte Betäubungsmittel, die nicht mehr benötigt werden, an eine versorgende Apotheke zur Weiterverwendung zurückgeben könnten. In diesem Fall sei aber eine korrekte Handhabung und Lagerung durch das Fachpersonal der Pflegeeinrichtungen sichergestellt.

Die generell fehlende Verkehrsfähigkeit zurückgegebener Medikamente führe nach den § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB zugrunde liegenden gesetzgeberischen Erwägungen dazu, dass der Widerruf ausgeschlossen sei. Ein Widerrufsrecht für Medikamente stelle eine unzumutbare Belastung für Versandapotheken dar. Bei anderen Versandhändlern führe die Rückgabe der Ware zwar möglicherweise auch zu Wertverlusten, sie bleibe aber im Regelfall verkehrsfähig. Zu berücksichtigen sei auch, dass gemäß § 11a Nr. 3 b) ApoG ein Kontrahierungszwang für Versandapotheken bestehe, so dass Versandapotheken die Belieferung von „notorischen Rücksendern“ nicht verweigern könnten.

cc) Die Kammer teilt diese Auffassung nicht. Bei der gebotenen engen Auslegung der Ausnahmetatbestände des § 312d Abs. 4 BGB scheidet ein genereller Ausschluss des Widerrufsrechts für Medikamente aus.

Vom Ansatz her ist zutreffend, dass ein Widerruf nach § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB dann ausscheiden muss, wenn bestimmte Produkte nach der Rückgabe durch den Verbraucher grundsätzlich nicht mehr verkehrsfähig sind. Eine Wertminderung reicht zwar nicht aus, um das Widerrufsrecht auszuschließen, auch nicht, wenn sie erheb-

lich ist (Palandt-Grüneberg aaO.). Ist ein bestimmtes Produkt nach Rückgabe aber aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen stets nicht mehr verkehrsfähig und damit nicht mehr wirtschaftlich verwertbar, stellt das Widerrufsrecht für den Unternehmer eine unzumutbare Belastung dar.

Bei Arzneimitteln ist das indes nicht der Fall:

(1) Dass Medikamente nach einer Rückgabe durch Verbraucher nicht mehr verkehrsfähig sind, lässt sich den gesetzlichen Vorschriften nicht entnehmen. § 7a AMGrHdlBetrV betrifft nicht die Rückgabe vom Verbraucher an die Apotheke, sondern die Rückgabe von der Apotheke an den Großhandel. Während das Widerrufsrecht zeitlich begrenzt ist und nur Medikamente in haushaltsüblichen Mengen betrifft, fällt unter § 7a AMGrHdlBetrV gerade auch die Rückgabe größerer Chargen, die sich über einen längeren Zeitraum in der Apotheke befunden haben. Dass an das erneute Inverkehrbringen der Medikamente in diesem Fall gewisse Maßstäbe anzulegen sind, versteht sich von selbst. Die Anforderungen an eine erneute Verwendung nach § 7a Abs. 2 und 3 AMGrHdlBetrV sind allerdings nicht besonders hoch. Es reichen eine Bestätigung der Verkehrsfähigkeit durch den Zurückgebenden und eine eher formale Überprüfung der weiteren für die Verkehrsfähigkeit maßgeblichen Umstände. Eine nähere Untersuchung von Proben oder andere aufwendige Prüfungen sind nicht erforderlich.

Dass die besonderen Anforderungen des § 7a AMGrHdlBetrV nicht für andere Fälle der Rückgabe von Medikamenten gelten, zeigen §§ 5b Abs. 4 BtMVV, § 3 Abs. 6 AMPPreisV, welche die Rückgabe von Medikamenten betreffen, ohne derartige Anforderungen zu normieren. Anders als in Apotheken, wo staatlich examinierte Pharmazeuten über die Einhaltung besonderer Lagerbedingungen wachen, kann eine besondere Qualifikation bei der Lagerung von Medikamenten des Personals von Hospizen und Pflegeeinrichtungen nicht generell unterstellt werden. Im Übrigen mag die Entstehungsgeschichte der Vorschriften dafür sprechen, dass § 3 Abs. 6 AMPPreisV aufgrund der Einführung des § 5b Abs. 4 BtMVV geschaffen worden ist; dass er auf andere Fälle der Rückgabe von Medikamenten keine Anwendung finden kann, ergibt sich daraus indes nicht. Der Wortlaut der Vorschrift spricht eher für eine weite Ausle-

gung und dafür, dass der Gesetzgeber auch andere Möglichkeiten der Rückgabe von Medikamenten im Blick hatte.

(2) Man kann auch nicht aus tatsächlichen Gründen annehmen, dass Arzneimittel nach einer Rücksendung durch den Verbraucher generell ihre Verkehrsfähigkeit verlieren. Es trifft zwar zu, dass für Arzneimittel im Regelfall besondere Handhabungs- und vor allem Lagerungsvorschriften gelten. Daraus ergibt sich aber nicht in jedem Fall die konkrete Gefahr, dass ein Medikament wegen fehlerhafter Lagerung und Handhabung durch den Verbraucher nicht erneut verkauft werden kann. Während etwa bei auch vor Anbruch kühl zu lagernden Medikamenten (z.B. Impfstoffen) nach Versendung an den Verbraucher tatsächlich nicht mehr hinreichend zuverlässig sichergestellt werden kann, dass die Kühlkette eingehalten worden ist, ist z.B. bei verbreiteten Medikamenten in Tablettenform wie Paracetamol oder ASS kein Grund ersichtlich, warum diese nicht erneut verkauft werden könnten, wenn die Originalverpackung unbeschädigt ist und nicht besondere Umstände vorliegen. Bei einem großen Teil der Arzneimittel, die Verbraucher bei der Beklagten bestellen werden, besteht in der Sache daher kein Unterschied zu den Kontaktlinsen und Pflegemitteln, hinsichtlich derer Rechtsprechung und Literatur einen generellen Ausschluss des Widerrufsrechts verneinen (OLG Hamburg WRP 2007, 1498, 1500; Mand/Köner WRP 2007, 1405, 1409 f.).

(3) Der Kontrahierungszwang aus § 11a Nr. 3 b) ApoG für Versandapotheken ist zwar bei der Abwägung, ob der Widerruf für den Unternehmer unzumutbar ist, zu berücksichtigen, führt angesichts der vorstehenden Erwägungen für sich genommen aber nicht zu einem generellen Ausschluss des Widerrufsrechts für Medikamente. Es handelt sich um eine Folge der Sonderstellung der Apotheken, die durch andere Vorteile ausgeglichen wird und zu den wirtschaftlichen Risiken des Betriebs einer Versandapotheke gehört.

dd) Die weiteren Argumente der Beklagten gehen an der Sache vorbei.

Ob gesetzlich versicherte Patienten bei verschreibungspflichtigen Medikamenten Vertragspartner des Apothekers oder nur Boten der Krankenkasse sind, ist ohne Belang. § 2 der AGB erfasst auch Bestellungen durch Privatpatienten und von nicht

verschreibungspflichtigen Medikamenten, weswegen ebenso dahinstehen kann, ob bei verschreibungspflichtigen Medikamenten das Schutzbedürfnis des Verbrauchers mangels Wahlmöglichkeit entfällt.

Die Frage, ob ein Widerrufsrecht dem Preiswettbewerb schadet, hat mit der Rechtsfrage, ob es besteht, nichts zu tun.

II. Da nach alledem die Abmahnung begründet war, folgt der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten aus §§ 5 UKlaG, 12 Abs. 1 S. 2 UWG.

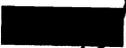
III. Die Zinsforderung folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB. Verzugszinsen für die Zeit vor Rechtshängigkeit schuldet die Beklagte nicht. Die Beklagte befand sich hinsichtlich der Abmahnkosten nicht in Verzug. Eine Mahnung ist nicht vorgetragen. Ein Fall des § 286 Abs. 2 BGB ist nicht gegeben, weil die Zahlungsfrist mangels Unterzeichnung der Unterlassungserklärung nie begonnen hat. § 286 Abs. 3 BGB schließlich setzt eine Entgeltforderung voraus, an der es hier fehlt.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO.

Streitwert: 10.000 €



Ausgefertigt



Justizbeschäftigte

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

