

# NIEDERSÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT



Az.: 13 LA 188/16  
6 A 121/14

## BESCHLUSS

In der Verwaltungsrechtssache

der Firma A., ,  
A-Straße, A-Stadt,

Klägerin und  
Zulassungsantragstellerin,

Proz.-Bev.: Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
B-Straße, B-Stadt, - -

g e g e n

die Apothekerkammer Niedersachsen, vertreten durch die Präsidentin,  
An der Markuskirche 4, 30163 Hannover,

Beklagte und  
Zulassungsantragsgegnerin,

Streitgegenstand: Recht der Apotheker  
- Antrag auf Zulassung der Berufung -

hat das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht - 13. Senat - am 10. Januar 2017  
beschlossen:

Der Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung gegen  
das Urteil des Verwaltungsgerichts Osnabrück - 6. Kammer  
(Berichterstatte) - vom 16. August 2016 wird abgelehnt.

Die Klägerin trägt die Kosten des Zulassungsverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes für das Zulassungsverfahren wird auf 5.000 EUR festgesetzt.

## **G r ü n d e**

Der Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg.

Die Zulassung der Berufung setzt nach § 124a Abs. 5 Satz 2 VwGO voraus, dass einer der in § 124 Abs. 2 VwGO genannten Zulassungsgründe dargelegt ist und vorliegt. Eine hinreichende Darlegung nach § 124a Abs. 4 Satz 4 und Abs. 5 Satz 2 VwGO erfordert, dass in der Begründung des Zulassungsantrags im Einzelnen unter konkreter Auseinandersetzung mit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung ausgeführt wird, weshalb der benannte Zulassungsgrund erfüllt sein soll. Zwar ist bei den Darlegungserfordernissen zu beachten, dass sie nicht in einer Weise ausgelegt und angewendet werden, welche die Beschreitung des eröffneten (Teil-)Rechtswegs in einer unzumutbaren, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigenden Weise erschwert (BVerfG, 2. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 12.03.2008 - 2 BvR 378/05 -; BVerfG, 2. Kammer des 1. Senats, Beschl. v. 24.01.2007 - 1 BvR 382/05 -; BVerfG, 1. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 21.01.2000 - 2 BvR 2125/97 -, jeweils zit. nach juris). Erforderlich sind aber qualifizierte, ins Einzelne gehende, fallbezogene und aus sich heraus verständliche, auf den jeweiligen Zulassungsgrund bezogene und geordnete Ausführungen, die sich mit der angefochtenen Entscheidung auf der Grundlage einer eigenständigen Sichtung und Durchdringung des Prozessstoffes auseinandersetzen.

Die Klägerin beschränkt sich im vorliegenden Fall auf die Geltendmachung der Zulassungsgründe nach § 124 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 VwGO.

1. Die Zulassung der Berufung kommt zunächst nicht wegen besonderer rechtlicher oder tatsächlicher Schwierigkeiten im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO in Betracht. Besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten weist eine Rechtssache auf, wenn sie mit einem Schwierigkeitsgrad verbunden ist, der signifikant über dem Durchschnitt vergleichbarer verwaltungsgerichtlicher Fälle liegt. Zur Darlegung der besonderen Schwierigkeiten der Rechtssache sind die entscheidungserheblichen tatsächlichen oder rechtlichen Fragen, die diese Schwierigkeiten aufwerfen, konkret zu benennen,

und es ist anzugeben, aus welchen Gründen die Beantwortung dieser Fragen besondere Schwierigkeiten bereitet. Zwar dürfen insoweit die Darlegungserfordernisse nicht überspannt werden, weil sich ein nicht auf das jeweilige Rechtsgebiet spezialisierter Rechtsanwalt mit zumutbarem Aufwand Erkenntnisse über das in vergleichbaren Streitverfahren übliche Maß an Komplexität nicht beschaffen kann, während sie dem angerufenen Gericht ohne weiteres zugänglich sind (BVerfG, Beschl. v. 23.06.2000 - 1 BvR 830/00 -, juris Rdnr. 17). Andererseits reicht aber eine nochmalige Darstellung der Argumente nicht aus, die bereits zur Begründung ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils vorgebracht worden sind, eine Zulassung nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO indes gerade nicht zur Folge haben.

Diesen Anforderungen genügen die Darlegungen der Klägerin nicht. Sie begründet die besonderen rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten mit dem Hinweis, die Entscheidung, ob Joysticks oder Vibratoren einen objektiven Gesundheitsbezug hätten, lasse sich nur mit Hilfe eines wissenschaftlichen Sachverständigen abschließend entscheiden. Das widerspricht jedoch bereits im Ansatz der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Dieses hat in seiner auch vom Kläger angeführten Entscheidung vom 19. September 2013 - 3 C 15.12 - (juris, Rdnr. 14 f.) ausgeführt, dass eine gesundheitsbezogene Zweckbestimmung durch den Hersteller, Apotheker oder Verbraucher allein nicht genüge, um einen Gegenstand nach § 1a Abs. 10 Nr. 2 ApBetrO als gesundheitsdienlich oder -fördernd einzustufen. Die ihm zugeschriebene positive Wirkung auf die Gesundheit müsse auch nach objektiven Maßstäben gegeben sein. Ob ein Gegenstand einen solchen objektiven Gesundheitsbezug aufweise, sei nach der Verkehrsauffassung aus der Sicht eines verständigen Verbrauchers zu beurteilen. Es sei nicht sachgerecht, die Feststellung der Gesundheitsdienlichkeit ähnlich strengen Anforderungen zu unterwerfen, wie sie im Arzneimittelrecht für den Nachweis der Arzneimitteleigenschaft und den Nachweis der Zulassungsvoraussetzungen gälten. Die Regelung über die apothekenüblichen Waren sei erkennbar darauf ausgerichtet, dass sich das zulässige Warensortiment *einfach* bestimmen lasse. Der Normzweck gebiete es, den erforderlichen Gesundheitsbezug anhand der allgemeinen Verkehrsanschauung zu beurteilen, mit anderen Worten: entscheidend sei, ob der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Verbraucher der feilgebotenen Ware die für deren Apothekenüblichkeit notwendige gesundheitsdienliche oder gesundheitsfördernde Wirkung beimesse. Dies hat das Verwaltungsgericht für die in Rede stehenden Produkte in nachvollziehbarer und eindrücklicher Weise verneint (vgl. S. 8 f. des Urteilsabdrucks). Diese Ausführungen hat die Klägerin nicht mit dem Zulassungsgrund der

ernstlichen Zweifel an der angefochtenen Entscheidung (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) angegriffen. Vor dem Hintergrund dieser vom Verwaltungsgericht festgestellten Verkehrsanschauung ist die Frage, ob die von der Klägerin bemühten Gutachter den in Rede stehenden Produkten eine objektiv gesundheitsfördernde Wirkung zusprechen, nicht erheblich. Eine rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeit des Falles kann daraus nicht hergeleitet werden.

**2.** Der von der Klägerin geltend gemachte Berufungszulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) liegt ebenfalls nicht vor.

Eine Rechtssache ist nur dann grundsätzlich bedeutsam, wenn sie eine höchstrichterlich oder obergerichtlich bislang noch nicht beantwortete Frage von allgemeiner Bedeutung aufwirft, die im Rechtsmittelverfahren entscheidungserheblich wäre und die im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder der Weiterentwicklung des Rechts einer fallübergreifenden Klärung in einem Berufungsverfahren bedarf. Die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtssache ist nur dann im Sinne des § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO dargelegt, wenn eine derartige Frage konkret bezeichnet und darüber hinaus erläutert worden ist, warum die Frage im angestrebten Berufungsverfahren entscheidungserheblich und klärungsbedürftig wäre und aus welchen Gründen ihre Beantwortung über den konkreten Einzelfall hinaus dazu beitrüge, die Rechtsfortbildung zu fördern oder die Rechtseinheit zu wahren.

Diesen Anforderungen genügen die in der Zulassungsbegründung aufgeworfenen Fragen nicht.

**a)** Die Frage,

„in wieweit bei einem Gegenstand, der eine Eigenschaft besitzt (die Apothekenüblichkeit), vorwiegend aber nicht für diese Eigenschaft, sondern für eine andere Eigenschaft (sexuellen Lustgewinn) genutzt wird, gleichwohl mit seiner ersten Eigenschaft angeboten und verkauft werden darf“,

ist bereits fehlerhaft formuliert, da die Apothekenüblichkeit im vorliegenden Fall nicht feststeht, sondern Gegenstand des Rechtsstreits ist. Soweit die Fragestellung auf die Kriterien der Apothekenüblichkeit abzielt, ist diese Frage durch die angeführte Ent-

scheidung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt und bedarf daher keiner Klärung in einem Berufungsverfahren.

**b)** Die weitere Frage,

„inwieweit die Bewerbung und Ankündigung des Produktes die eine oder andere Eigenschaft begründen können, auch wenn aus der oben angeführten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes eine subjektive Zweckbestimmung von Apotheke und Hersteller die Eigenschaft als apothekenübliche Ware gerade nicht begründen kann“,

trägt ihre Antwort bereits in sich. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kommt es für die Frage der Apothekenüblichkeit nicht allein auf die subjektive Zweckbestimmung durch Hersteller, Apotheker oder Verbraucher, sondern auf objektive Maßstäbe an die durch die Verkehrsauffassung eines verständigen Verbrauchers gebildet werden. Nur in diesem Rahmen können Bewerbung und Ankündigung des Produkts ihre Wirkung entfalten.

Mit der Ablehnung des Zulassungsantrags wird das angefochtene Urteil rechtskräftig (§ 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO, die Festsetzung des Streitwertes auf den §§ 47 Abs. 1 und 3, 52 Abs. 2 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§§ 152 Abs. 1 VwGO, 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Dr. Smollich

Rädke

Dr. Schütz