

Abschrift



KAMMERGERICHT

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:

5 U 10150/00

103 O 192/00 Landgericht Berlin

Verkündet am : 29. Mai 2001

Lohey

Justizsekretärin

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

V. [REDACTED] S. [REDACTED] W. [REDACTED],
vertreten durch den ersten Vorsitzenden [REDACTED] F. [REDACTED]
[REDACTED]

Antragsteller und Berufungskläger,

- Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED]

g e g e n

J. W. [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

Antragsgegner und Berufungsbeklagter,

- Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

hat der 5. Zivilsenat des Kammergerichts durch den Vorsitzender Richter am Kammergericht Haase, die Richterin am Kammergericht Prielzel-Funk und den Richter am Kammergericht Dr. Pahl auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 2001 für **R e c h t** erkannt:

I. Auf die Berufung des Antragstellers wird das Urteil der Kammer für Handelssachen 103 des Landgerichts Berlin vom 7. November 2000 abgeändert:

Dem Antragsgegner wird im Wege einstweiliger Verfügung bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der zukünftigen Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, untersagt,

im geschäftlichen Verkehr apothekenpflichtige Arzneimittel

a) für den Endverbraucher in der Bundesrepublik Deutschland im Wege des Versandes in den Verkehr zu bringen,

b) den Bezug im Wege des Versandhandels durch den letzten Verbraucher in der Bundesrepublik Deutschland zu bewerkstelligen.

II. Der Antragsgegner hat die Kosten beider Rechtszüge zu tragen.

T a t b e s t a n d :

Der Antragsteller ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, die gewerblichen Interessen seiner Mitglieder zu wahren, insbesondere darauf zu achten, dass die Regeln des lautereren Wettbewerbs eingehalten werden.

Der Antragsgegner ist niederländischer Apotheker. Er ist Inhaber der Internet-Domain ~~www.~~ "com" und betreibt unter dieser Domain eine Internet-Apotheke. Es handelt sich hierbei um eine Apotheke, die einschließlich ihres Internet-Auftritts nach niederländischem Recht durch ein von der niederländischen "Gesundheitsbehörde" gestellten Inspektor abgenommen wurde. Neben dem Verkauf von Arzneimitteln in den Betriebsräumen der Apotheke vertreibt der Antragsgegner auch über das Internet verschiedene aufgelistete Arzneimittel. Die Kunden können sich unter der Internetadresse über Arzneimittel informieren, Fragen an Pharmazeuten stellen und

sowohl verschreibungspflichtige, als auch frei verkäufliche Arzneimittel bestellen. Die individuell bestellten Arzneimittel werden - ggf. nach Einsendung des entsprechenden ärztlichen Rezeptes - von den Niederlanden per Boten an den Besteller abgegeben. Dabei wird darauf geachtet, dass nur die für den persönlichen Bedarf üblichen Mengen bezogen werden. Eine persönliche Beratung kann der Patient per E-mail oder telefonisch einholen. Zur Beantwortung allgemeiner Fragen zur Gesundheit oder zu Arzneimitteln stehen drei approbierte Apotheker, eine Ärztin und pharmazeutisch-technische Assistenten zur Verfügung. Das Internetangebot ist auch in deutscher Sprache abrufbar. Die Zulassung der Arzneimittel richtet sich nach niederländischem Recht. Hinsichtlich der Verschreibungspflicht wird bei unterschiedlicher Regelung in den Niederlanden und dem Empfangsstaat die jeweils strengere Regelung zugrunde gelegt.

Der Antragsteller ist der Ansicht, die Internet-Aktivitäten des Antragsgegners stellten einen Versandhandel von Arzneimitteln dar und verstießen gegen § 43 Abs. 1 AMG. Ferner verstoße das Geschäftsgebaren des Antragsgegners gegen das Werbeverbot nach § 8 Abs. 1 HWG. Der Verstoß gegen diese Vorschrift sei zugleich eine Verletzung von § 1 UWG.

Das Landgericht hat den Verfügungsantrag zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die rechtzeitig eingelegte Berufung des Antragstellers.

Von der weiteren Darstellung des Tatbestandes wird entsprechend § 543 Abs. 1, 1. Alt. ZPO abgesehen.

Entscheidungsgründe:

- A. Die Berufung ist begründet.
 - I. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist zulässig.
 - 1. Die nationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ist trotz des Auslandsbezuges gegeben.
 - a) Diese Zuständigkeit folgt zum einen aus § 5 Nr. 3 EuGVÜ. Danach kann eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates hat, in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung, oder eine Handlung, die einer

unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Unter den Begriff der unerlaubten Handlung im Sinne dieser Vorschrift fallen auch Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb (BGH, NJW 1988, 1466; GRUR 1998, 419 - Gewinnspiel im Ausland; GRUR 1998, 945 - Co-Verlagsvereinbarung; Kropholler, EuZPR, 6. Aufl., Art. 5 Rdz. 57). Als Ort des schädigenden Ereignisses gelten bei den hier gegebenen Distanzdelikten (Internet-Versandhandel) sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort (EuGH, Urteil vom 30. November 1976 - 21/76, Bier/Mienes de potasse d'Alsace; Kropholler, a.a.O., Rdz. 62). In Bezug auf den vorliegenden Fall, in dem der Antragsteller Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb geltend macht, hatte dieser mithin die Wahl, den Antragsgegner entweder in den Niederlanden oder in Deutschland in Anspruch zu nehmen. Es ist deshalb für das Internet-Angebot des Antragsgegners nicht nur der Standort des Servers (Niederlande), sondern jeder Ort maßgeblich, an dem das Medium Internet bestimmungsgemäß und nicht zufällig abrufbar ist. Unstreitig richtet sich das Internetangebot des Antragsgegners auch an Interessenten in der Bundesrepublik Deutschland.

- b) Darüber hinaus regelt Art. 24 EuGVÜ für den einstweiligen Rechtsschutz, dass nationale Gerichte auch dann zuständig sind, wenn für die Hauptsachenentscheidung das Gericht eines anderen Vertragsstaates nach dem EuGVÜ zuständig wäre (vgl. Bernreuther, WRP 2001, 513, 515). Vorliegend geht es um einen einstweiligen Rechtsschutz.
- c) Das in Art. 3 der E-Commerce RL (Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000) festgelegte "Prinzip des Herkunftsortes" steht dem nicht entgegen.

Art. 1 Abs. 4, 2. Alt. E-Commerce RL enthält den ausdrücklichen Hinweis, dass sich diese Richtlinie weder mit der Zuständigkeit der Gerichte befasst noch zusätzliche Regeln im Bereich des internationalen Privatrechts geschaffen werden sollen.

Wenn Art. 3 Abs. 1 E-Commerce RL den "Herkunftsstaaten" aufgibt, für eine effektive Aufsicht über die Dienstleister zu sorgen und Art. 18 Abs. 1 E-Commerce RL hinreichende Klagemöglichkeiten verlangt, folgt daraus keine Beschränkung der Rechtsdurchsetzung

nur im Herkunftsland (so aber Bernreuther, a.a.O., der insoweit allerdings auch einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG bejaht, S. 518 ff.). Gerade im Hinblick auf Art. 1 Abs. 4, 2. Alt. E-Commerce RL sollen Aufsicht und Klagemöglichkeit im Herkunftsland (hier die Niederlande) nur den dortigen Inländer abschließend hinreichend schützen; einem EG-Ausländer am Erfolgsort (hier die Bundesrepublik Deutschland) soll insoweit nur ein zusätzlicher Schutz gewährt werden, und zwar neben einem solchen gerichtlichen Schutz aus der Zuständigkeit der nationalen Gerichte des EG-Ausländers am Erfolgsort.

2. Der Antragsteller ist klagebefugt im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG.
 - a) Der maßgebende räumliche Markt wird im Wesentlichen durch die Reichweite der Geschäftstätigkeit des werbenden Unternehmens bestimmt (BGH, GRUR 1996, 804, 805). Hier erstreckt sich der räumliche Markt - da der Antragsgegner im Internet wirbt - jedenfalls auch auf den bundesweiten Bereich (vgl. KG, 25. ZS, Beschluss vom 12. Februar 2001, MD 2001, 407, 408 - Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel).
 - b) In sachlicher Hinsicht wird der einschlägige Markt durch den Begriff der Waren oder gewerblichen Leistungen gleicher oder verwandter Art gekennzeichnet. Die Begriffe sind weit auszulegen (BGH, GRUR 1997, 479, 480 - Münzangebot).
 - aa) Die beiderseitigen Waren (Leistungen) müssen sich in ihrer Art so gleichen oder nahestehen, dass der Absatz der Ware des einen Mitbewerbers durch ein wettbewerbswidriges Handeln des anderen beeinträchtigt werden kann (BGH, WRP 1998, 42, 45 - unbestimmter Unterlassungsantrag III; WRP 2000, 389, 391 - Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; Köhler in Köhler/Piper, UWG; 2. Aufl., § 13 Rdn. 13). Vorausgesetzt wird das Vorliegen eines mindestens abstrakten Wettbewerbsverhältnisses. Das bedeutet, dass eine nicht gänzlich unbedeutende (potentielle) Beeinträchtigung mit einer gewissen - sei es auch nur geringen - Wahrscheinlichkeit in Betracht kommt (BGH, WRP 1996, 1102, 1103 - Großimporteur; Köhler, a.a.O., m. w. N.). Die Beteiligten müssen nicht derselben Wirtschafts- oder Handelsstufe angehören (BGH, GRUR 1996, 804, 805 - Preisrätselgewinnauslosung III; a.a.O., Unbestimmter Unterlassungsantrag III; GRUR 1997, 541, 542 - Produkt-Interview), insbesondere stehen sich Hersteller und Vertreiber gleich (Köhler, a.a.O.). Es genügt, dass ein potentieller (bzw. künftiger) Wettbewerb behin-

dert wird. Ausreichend ist ferner, dass die Behinderung sich aus der irrigen Annahme des Verkehrs von der Substituierbarkeit der angebotenen Güter ergeben kann (BGH, GRUR 1981, 529, 530 - Rechtsberatungsanschein). Ein abstraktes Wettbewerbsverhältnis kann auch zwischen dem Vertrieb von Waren (z. B. Arzneimitteln) und von Dienstleistungen (z. B. Heilung in Sanatorien) bestehen (BGH, a.a.O., Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; WRP 1998, 312, 318 - Lebertran I). „Verwandte“ Waren sind in Bezug auf einzelne Arzneimittel nicht nur die unmittelbar damit konkurrierenden, sondern (wegen der Produktionsflexibilität der Hersteller) sämtliche Arzneimittel (BGH, WRP 1998, 177, 179 - Fachliche Empfehlung III), darüber hinaus ggf. auch Medizinprodukte (BGH, WRP 1998, 181, 183 - Warentest für Arzneimittel; a.a.O., Lebertran I), Kosmetika (BGH GRUR 1997, 681, 682 - Produktwerbung) und Nahrungsergänzungsmittel. In Bezug auf Nahrungsergänzungsmittel, insbesondere Vitaminpräparate, besteht ein abstraktes Wettbewerbsverhältnis zu Lebensmitteln, Naturheilmitteln, diätetischen Mitteln und Arzneimitteln (BGH, a.a.O., Produkt-Interview).

- bb) Der Antragsgegner bietet ein „Startsortiment“ von rd. 350 Medikamenten, darunter Arzneimittel für die Haus- oder Reiseapotheke und Langzeitmedikation wie die Antibabypille an. Darunter befinden sich rezeptpflichtige und auch nur apothekenpflichtige Arzneimittel.
- cc) Dem Antragsteller gehören zwar nach seinem glaubhaft gemachten Vortrag bloß zwei Apotheker an.

Da der Antragsgegner aber nur ein ausgewähltes Sortiment an Arzneimitteln anbietet, somit nur deren Absatz fördert, stehen auch die dem Antragsteller angehörenden 58 Hersteller und Vertreiber pharmazeutischer Produkte in einem abstrakten Wettbewerbsverhältnis. Angesichts der Breite des Arzneimittelangebots und einer fehlenden abschließenden Festlegung des Sortiments des Antragsgegners ist ein zumindest potentieller Wettbewerb ebenso zu dem einen Betreiber von Krankenhäusern, den vier Betreibern von Kurkliniken und zehn Betreibern von Kliniken gegeben, ebenso zu den 21 Anbietern von Medizinprodukten, 31 Anbietern und Herstellern von Naturheilmitteln, Naturkosmetik und Öko-Produkten, zwei Sanitätshäusern, sieben Kosmetikerherstellern und zwei großen Lebensmittelkette mit einem erheblichen Angebot von Nahrungsergänzungsmitteln.

- c) Unter diesen Umständen gehört dem Antragsteller eine erhebliche Zahl zumindest potentiell betroffener Gewerbetreibender an (dahingehend schon KG, 25. ZS, a.a.0., S. 408 - Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel).
- aa) Insoweit kommt es weder auf die Mitgliedschaft einer bestimmten Mindestzahl, noch auf die Mehrheit der Mitbewerber an. Erforderlich und ausreichend ist, dass Gewerbetreibende aus der einschlägigen Branche im Verband nach Anzahl und/oder Gewicht und Marktbedeutung oder wirtschaftlichem Gewicht repräsentativ vertreten sind, so dass ein mißbräuchliches Vorgehen des Verbandes ausgeschlossen ist (BGH, WRP 1996, 1102, 1103 - Großimporteur; Köhler, a.a.0., § 13 Rdn. 21 m. w. N.). Es ist darauf abzustellen, ob die Zahl und wirtschaftliche Bedeutung der branchenzugehörigen Verbandsmitglieder den Schluss darauf zulässt, dass nicht lediglich Individualinteressen einzelner, sondern objektive gemeinsame (kollektive) gewerbliche Interessen der Wettbewerber wahrgenommen werden (BGH, a.a.0., S. 1037 - Großimporteur; KG, 25. Zivilsenat, a.a.0. - Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel; Köhler, a.a.0., § 13 Rdn. 21).
- bb) Angesichts der Vielzahl von Mitgliedern mit unterschiedlichen Sortimentsbereichen, unterschiedlicher Stellung im Absatzweg und stark differierender Marktbedeutung kann beim Antragsteller von einem hinreichend repräsentativen Mitgliederbestand ausgegangen werden.
- cc) Die Frage, ob auch der Hersteller allein durch die Art und Weise des Vertriebs seiner Produkte durch den Einzelhandel (hier im Wege des Versands) in eigenen wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt (und somit ebenfalls zu den „betroffenen“ Mitgliedern des Verbandes zu zählen) sein kann (offengelassen in KG, 25. ZS, a.a.0., Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel), muss nach den vorstehenden Ausführungen auch hier nicht entschieden werden.
3. Ein Verfügungsgrund gemäß §§ 935, 940 ZPO ist gegeben.
- a) § 25 UWG begründet in dem hier gegebenen Anwendungsbereich für Unterlassungsansprüche aus dem UWG eine widerlegbare tatsächliche Vermutung der Dringlichkeit. Ist sie widerlegt, obliegt es dem Antragsteller, die Dringlichkeit darzulegen und glaubhaft zu ma-

chen (Köhler, a.a.O., § 25 Rdn. 13). Die Vermutung der Dringlichkeit ist widerlegt, wenn der Antragsteller durch sein Verhalten selbst zu erkennen gibt, dass es ihm nicht so eilig ist (Köhler, a.a.O., Rdn. 15). Das ist der Fall, wenn er längere Zeit zuwartet, obwohl er vom Wettbewerbsverstoß und der Person des Störers Kenntnis hat (Köhler, a.a.O.). Die Dauer des zulässigen Zuwartens ist abhängig von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere von der Art des Verstoßes, der Erforderlichkeit von Ermittlungen und der Reaktion des Gegners auf eine Abmahnung (OLG Köln, GRUR 1993, 567 und 685; OLG Brandenburg, WRP 1998, 97; Köhler, a.a.O., § 25 Rdn. 15 m. w. N.). In der Regel sollte das Zuwarten deutlich unter der 6-Monats-Grenze des § 21 UWG (Verjährung) liegen; jedenfalls ein Zuwarten von ein (OLG Düsseldorf, NJWE-WettbR 1999, 15, 16) bis drei Monaten (OLG Stuttgart, WRP 1981, 668, 670) soll unschädlich sein (weitergehend OLG Hamburg, WRP 1996, 774: Regelfrist von sechs Monaten). Bei Verbänden ist nicht generell ein großzügigerer Maßstab als bei Gewerbetreibenden anzulegen (OLG München, GRUR 1980, 329, 330; Köhler, a.a.O., § 25 Rdn. 17; a.A. OLG Frankfurt, GRUR 1988, 849; Pastor/Ahrens/Traub, Der Wettbewerbsprozess, 4. Aufl., Kap. 49 Rdn. 23).

- b) Vorliegend hatte der Antragsteller in dem vor dem Landgericht Hamburg geführten Verfügungsverfahren gegen den Vorinhaber der „Internet-Apotheke“ aus der Widerspruchschrift vom 11. Juli 2000 unter Beifügung des Kaufvertrages vom 1. Juli 2000 von der Inhaberschaft des Antragsgegners erfahren und am 2. Oktober 2000 den vorliegenden Verfügungsantrag gestellt, mithin etwa zweieinhalb Monate nach Kenntniserlangung. Allerdings hatte das Landgericht Hamburg im dortigen Verfahren (406 O 156/00) erst am 29. September 2000 die bereits im Beschlusswege erlassene Verfügung wegen des Inhaberwechsels aufgehoben. Der Antragsteller konnte deshalb bis zu dieser Entscheidung an einem Inhaberwechsel zweifeln. Dies gilt um so mehr, als die ihm übermittelte Kopie des Kaufvertrages wenig lesbar war. Darüber hinaus stand der Wechsel vom 1. Juni 2000 in einem auffälligen zeitlichen Zusammenhang zu der Beschlussverfügung des Landgerichts Hamburg vom 29. Juni 2000. Die eidesstattliche Versicherung zur Glaubhaftmachung des Inhaberwechsels ist erst im Termin vom 29. September 2000 im Original vorgelegt worden. Noch gewichtiger ist der Umstand, dass mit dem Inhaberwechsel von Hamburg nach den Niederlanden die - für den innerdeutschen Arzneimittelversandhandel eindeutige - Rechtslage durch den nunmehr gegebenen europäischen Bezug ganz erheblich schwieriger einzuschätzen war. Unter diesen Umständen kann ein Zeitraum von zweieinhalb Monaten bis zum Abschluss des Verfahrens in Hamburg und zur Prüfung der „europäischen“ Rechtslage vorliegend noch hingenommen werden.

B. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist begründet.

I. Der Verfügungsanspruch bezüglich des Unterlassungsantrages a) („in den Verkehr bringen“) folgt aus § 1 UWG i. V. m. §§ 43 Abs. Satz 1, 73 Abs. 1 Ziff. 1 AMG.

1. Nach § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG dürfen apothekenpflichtige Arzneimittel - außer in den Fällen des § 47 AMG - berufs- oder gewerbsmäßig für den Endverbrauch nur in Apotheken und nicht im Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden.

a) Dieses gesetzliche Verbot des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln bezweckt - ebenso wie das Versandverbot der Apothekenbetriebsordnung - die Arzneimittelsicherheit dadurch zu verbessern, dass eine Beratung durch den Apotheker gewährleistet wird (BGH, GRUR 2001, 178, 180 - Arzneimittelversand durch Apotheken m. w. N.). Mit der durch das 8. Änderungsgesetz zum Arzneimittelgesetz vom 7. September 1998 eingefügten Wendung „und nicht im Wege des Versandes“ hat der Gesetzgeber das Verbot des Arzneimittelversandes bekräftigt und klargestellt, dass großflächige Ausnahmen wie im Falle allgemeiner Zulassung des Arzneimittelversandes nicht seinem Willen entsprechen (BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken).

b) Das an Apotheker gerichtete Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln verstößt nicht gegen das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit nach dem nationalen Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG.

Das Versandverbot ist zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet, denn es stellt sicher, dass Arzneimittel grundsätzlich nur in den Apothekenbetriebsräumen abgegeben werden und eröffnet damit im Interesse der Arzneimittelsicherheit die Möglichkeit zur Information und Beratung der Kunden (BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken). Dass eine Beratung und Information in den Apothekenbetriebsräumen nicht in jedem Einzelfall erforderlich ist, schadet nicht, da dem Gesetzgeber bei Regelungen der Berufsausübung eine generalisierende Betrachtungsweise verfassungsrechtlich erlaubt ist (BVerfG, NJW 2000, 1781 m. w. N.; BGH, a.a.O. - Arzneimittelversand durch Apotheken). Auch eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe führt zu dem Ergebnis, dass die Grenzen der Zumutbarkeit hier

nicht überschritten sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 17 ApoBetrO und § 43 AMG nicht jeglichen Versand von Arzneimitteln verbieten, sondern dass bei unabwiesbarer Notwendigkeit im Patienteninteresse verfassungskonforme Ausnahmen im Einzelfall möglich sind und auch Botenzustellungen bei Sachbedürfnis im Patienteninteresse von Fall zu Fall erfolgen können. Außerdem sind der Versandhandel mit nicht apothekenpflichtigen Arzneimitteln und der Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel in den Fällen des § 47 AMG nach wie vor erlaubt (BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken). Die weitere Frage nach dem Umfang des Grundrechtsschutzes des Antragsgegners kann hier insoweit dahingestellt bleiben.

- c) Der Verordnungsgeber hat in § 17 Abs. 1 und 2 ApoBetrO - der durch § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG n. F. eine authentische Interpretation erfahren hat (BGH, a.a.O. - Arzneimittelversand durch Apotheken) - die Möglichkeit der Versendung von Arzneimitteln eingeschränkt, weil dies aus Gründen der Arzneimittelsicherheit geboten sei und bei der Abgabe der Arzneimittel die Information und Beratung des Kunden grundsätzlich gewährleistet sein müsse (BGH, a.a.O. - Arzneimittelversand durch Apotheken m. w. N.). Dabei hat der BGH (a.a.O.) offen gelassen, ob das Versandverbot auch dazu bestimmt und geeignet sei, im Interesse der Arzneimittelsicherheit möglichen Transportgefahren zu begegnen. Die wachsende Zahl der Arzneimittelspezialitäten verlange den wissenschaftlich gebildeten Apotheker. Nur er sei in der Lage, den Überblick über die Arzneimittel zu behalten; er könne sogar dem Arzt beratend zur Seite stehen (BGH, a.a.O., unter Hinweis auf BVerfGE 17, 232, 239). Auch der Arzt könne deshalb Arzneimittel grundsätzlich nicht im Wege des Versandhandels von Apotheken beziehen (BGH, a.a.O.). Dies gelte ebenso für Arzneimittel, bei denen eine Beratung und Information des Arztes nicht unbedingt erforderlich wäre oder bei denen möglicherweise eine schriftliche oder telefonische Beratung und Information des Arztes ausreichen würde. Dem Verordnungsgeber müsse es aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit grundsätzlich gestattet sein, generalisierende Regelungen zu treffen (BGH, a.a.O.).
- d) Der Antragsgegner bringt apothekenpflichtige Arzneimittel im Wege des Versandes an den Endverbraucher in Deutschland in den Verkehr.

Das Angebot des Antragsgegners richtet sich auch an deutsche Kunden, wie sich im Übrigen bereits aus der Gestaltung der Internet-Homepage des Antragsgegners ergibt, die den

deutschen Benutzern das Aufrufen eines deutschsprachigen Bestellformulars ermöglicht. Nicht nur bei dem Versand per Post, sondern auch bei der Zustellung per Boten liegt ein Inverkehrbringen in den Geltungsbereich des AMG vor. Durch die körperliche Übergabe der bestellten Medikamente an den Boten in den Niederlanden wird dem deutschen Kunden nämlich noch keine Verfügungsgewalt über die bestellten Präparate eingeräumt. Vielmehr wird die Zustellung der Arzneimittel allein durch die Internet-Apotheke organisiert. Der deutsche Kunde erhält erst dann die Verfügungsgewalt über die Arzneimittel, wenn sie bei ihm in Deutschland eintreffen. Daher sind sämtliche zuvor erfolgten Versandhandlungen dem Antragsgegner und nicht den deutschen Kunden zuzurechnen. Sofern in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Antragsgegners insoweit etwas anderes vereinbart sein sollte, vermag dies an den tatsächlichen Gegebenheiten nichts zu ändern. Da der Antragsgegner die Arzneimittel versendet, ohne dass diese zuvor in den Räumlichkeiten der Apotheke angeboten und verkauft wurden, liegt ein Inverkehrbringen außerhalb der Apotheke vor. Schließlich bringt der Antragsgegner die Medikamente auch im Wege des Versandes in Verkehr, denn die Arzneimittel werden nicht unmittelbar in den Apothekenräumen an den Verbraucher ausgehändigt, sondern auf Veranlassung des Verkäufers zunächst an einen anderen Ort als an den Ort der Verkaufsniederlassung gebracht, von wo aus sie dann erst dem Endverbraucher übergeben werden (Landgericht Frankfurt a. M., Urteil vom 9. November 2000, Az 2-03 O 365/00).

Damit ist ein Verstoß gegen § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG gegeben.

2. Da der Antragsgegner unstreitig auch im Geltungsbereich des AMG nicht zugelassene oder registrierte Arzneimittel an den privaten Endverbraucher nach Deutschland verbringt, liegt ebenso ein Verstoß gegen § 73 Abs. 1 Nr. 1 AMG vor. Dies hat der Antragsteller mit seiner Bezugnahme auf das Urteil des Landgerichts Frankfurt a.M. vom 9. November 2000 (a.a.O.) auch geltend gemacht.
3. Die Anwendung der §§ 43 Abs. 1 Satz 1, 73 Abs. 1 Nr. 1 AMG ist hier nicht ausnahmsweise gemäß § 73 Abs. 2 Ziff. 6 a, Abs. 4 AMG ausgeschlossen.

Nach § 73 Abs. 2 Ziff. 6 a AMG dürfen zulassungspflichtige Arzneimittel von Endverbrauchern in Deutschland aus anderen Mitgliedsstaaten der EU bezogen werden, wenn die

Arzneimittel im Herkunftsland in den Verkehr gebracht werden dürfen und ohne gewerbs- oder berufsmäßige Vermittlung in einer dem üblichen persönlichen Bedarf entsprechenden Menge von dem Endverbraucher bezogen werden.

- a) Vorliegend sind die von dem Antragsgegner vertriebenen Arzneimittel unstreitig in den Niederlanden zugelassen. Sie dürfen daher rechtmäßig im Herkunftsland in den Verkehr gebracht werden.
- b) Unstreitig ist ebenso, dass der Antragsgegner die Arzneimittel nur in Mengen abgibt, die dem üblichen persönlichen Bedarf entsprechen.
- c) Es ist aber schon fraglich, ob vorliegend die Arzneimittel „ohne gewerbs- oder berufsmäßige Vermittlung“ bezogen werden.
 - aa) Allerdings legt der Wortlaut „Vermittlung“ nahe, dass dabei eine dritte Person in den Warenabsatz von der Apotheke zum Endverbraucher zwischengeschaltet wird. Dies ist vorliegend nicht der Fall.
 - bb) Wenn in der amtlichen Begründung (bei Kloesel/Cyran, AMG, § 73, vor Anm. 1) zu dem vorliegenden, mit dem 8. Änderungsgesetz eingefügten Tatbestandsmerkmal ausgeführt wird, damit solle klargestellt werden, dass die Möglichkeit des Bezugs durch Patienten und Verbraucher nicht für gewerbsmäßige oder berufsmäßige Vermittler gilt, so geht dies an sich an der Bedeutung des Wortes „Vermittler“ vorbei. Denn ein Vermittler bezieht nicht selbst die Waren, sondern er hilft nur, die Beziehung zwischen Händler und Abnehmer herzustellen, also „zu vermitteln“.
 - cc) Es könnte eine den Wortlaut einschränkende Auslegung in Betracht kommen dahin, dass die Bezugsquelle des Endverbrauchers (die EG-ausländische Apotheke) und der „Vermittler“ auch personenidentisch sein können, diesen Apotheken also insgesamt eine „berufs- und gewerbsmäßige Vermittlung“ bei einem grenzüberschreitenden Arzneimittelbezug untersagt sein soll.

Zwar handelt ein Apotheker bei der Abgabe von Arzneimitteln an Endverbraucher an sich immer „berufsmäßig“. Eine „berufsmäßige Vermittlung“ beinhaltet aber über das bloße

„Sich-zur-Verfügung-halten“ eine zusätzliche, auf eine aktive Beeinflussung und Förderung gerichtete Tätigkeit zur Vermehrung des Arzneimittelabsatzes im Wege der Versendung. „Ohne berufsmäßige Vermittlung“ bedeutet dann „ohne berufsmäßigen Versandhandel“ (Landgericht Frankfurt a.M., a.a.O.; Rehmann, AMG § 73 Rdn. 10; Deutsch/Lippert/Ratzel, AMG, § 73 Rdn. 5).

- (1) Für eine solche Auslegung spricht allerdings nicht notwendig der Umstand, dass § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG als Ausnahmevorschrift eng auszulegen ist. Damit kann nur einer über den Wortlaut hinausgehenden Interpretation entgegengewirkt, nicht aber eine den Wortlaut einschränkende Auslegung zwingend belegt werden.

Die Regelung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG geht auf zwei Entscheidungen des EuGH zurück (Slg 1989, 617 - Schumacher und Slg 1992, 2575 - Kommission/Bundesrepublik Deutschland). In beiden Verfahren hatte sich die Bundesrepublik Deutschland unter Hinweis auf das in Deutschland geltende Apothekenmonopol eindringlich dagegen gewehrt, dass durch Privatpersonen für den eigenen Bedarf in EG-ausländischen Apotheken Arzneimittel gekauft werden können, die dann auf dem Versandwege nach Deutschland eingeführt werden sollten. Beiden Entscheidungen des EuGH lag ein bloßer singulärer Gelegenheitskauf zugrunde. Es spricht alles dafür, dass der deutsche Gesetzgeber bei der „Umsetzung“ der beiden EuGH-Entscheidungen den damit gebotenen Ausnahmereich nicht weiter ziehen wollte, als dieser eben durch diese Entscheidungen erzwungen worden war. Zum Ausdruck kommt dies insbesondere in § 8 Abs. 2, 2. Alt. HWG, in dem der Arzneimittelbezug gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG als „Einzeleinfuhr“ bezeichnet und mit einem Werbeverbot belegt worden ist.

- (2) Die vorstehende Auslegung ist aber nicht frei von Zweifeln. Denn in den oben genannten EuGH-Entscheidungen ist der Gesichtspunkt eines singulären Gelegenheitskaufes nicht tragend zum Ausdruck gekommen. Auch hat der deutsche Gesetzgeber den Ausnahmecharakter des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG deshalb betont und insoweit ein Werbeverbot erlassen, weil Einzeleinfuhren von Arzneimitteln durch werbliche Aktivitäten letztlich einen solchen quantitativen Umfang erreichen könnten, dass de facto die nationalen arzneimittelrechtlichen Zulassungsvorschriften unterlaufen werden könnten (vgl. Doepner, HWG, 2. Aufl., § 8 Rdn. 47 m. w. N.). Der EuGH (Slg 1994, 5243 - Ortscheid) hat bei dem

damaligen Stand der Harmonisierung der nationalen Zulassungsverfahren das auf § 73 Abs. 3 AMG bezogene Werbeverbot des § 8 Abs. 2, 3. Alt. HWG als gerechtfertigt angesehen. § 73 Abs. 3 AMG bezieht sich aber nur auf die Einfuhr nicht im AMG-Bereich zugelassener (oder registrierter oder freigestellter) Arzneimittel, während § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG sowohl insoweit zugelassene als auch nicht zugelassene (usw.) Arzneimittel erfasst. Hinsichtlich der Einzeleinfuhr von im AMG-Bereich zugelassenen Arzneimitteln können Ausnahmecharakter und Werbeverbot im Falle des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG gerade nicht auf die Gefahr einer Umgehung nationaler (deutscher) Zulassungsregelungen gestützt werden. Insoweit wäre auch ein grenzüberschreitendes Versandhandelsverbot mit zugelassenen Arzneimitteln kaum mit dieser Begründung zu rechtfertigen.

- d) Es fehlt aber bei dem vorliegenden Versandhandel an der Voraussetzung eines Beziehens der Arzneimittel im Sinne des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG. Denn ein dahingehendes „Beziehen“ erfordert einen Kauf der Arzneimittel unter persönlicher Anwesenheit in der EG-ausländischen Apotheke, auch wenn die Ware dann im Versandwege importiert wird.
- aa) Allerdings umfasst der Wortlaut „Arzneimittelbezug“ an sich sowohl den Kauf unter persönlicher Anwesenheit als auch den Kauf durch telefonische oder schriftliche Bestellung oder unter Nutzung des Internet.
- bb) Insoweit ist aber eine einschränkende Auslegung gerechtfertigt und geboten.
- (1) Den beiden oben genannten EuGH-Entscheidungen (Schumacher und Kommission), die Anlass der Regelung in § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG waren, lag zugrunde, dass eine Privatperson in einer Apotheke in einem anderen Mitgliedsstaat ein Arzneimittel zum persönlichen Gebrauch gekauft hatte, um es im Wege des Versandes nach Deutschland einzuführen. Dem Hinweis der Bundesrepublik Deutschland auf das in Deutschland bestehende Apothekenmonopol begegnete der EuGH mit dem Argument, dass der Kauf in einer Apotheke in einem anderen Mitgliedsstaat (angesichts der weitgehenden Harmonisierung der Voraussetzungen für den Zugang zum Beruf des Apothekers und der Bedingungen für die Ausübung dieses Berufes) eine Garantie biete, die derjenigen gleichwertig sei, die auf dem Verkauf des Arzneimittels durch eine Apotheke im Einfuhrstaat beruhe

(Rdn. 20 - Schumacher; Rdn. 17 - Kommission). Bei den Garantien hat der EuGH die Information und Beratung sowie die Gewährleistung der Qualität berücksichtigt (Rdn. 9 - Schumacher).

In der Tat ist bei dem Kauf der Arzneimittel in einer Apotheke (vgl. EuGH, a.a.O., Rdn. 7, 19, 20, 22 - Schumacher; EuGH, a.a.O., Rdn. 1, 17, 27 - Kommission) an sich das persönliche Informations- und Beratungsgespräch möglich. Etwaige sprachliche Probleme lässt der EuGH - wenn er sie überhaupt erwähnt (Rdn. 20 - Kommission) - nicht durchgreifen, ebensowenig Transportrisiken des Postweges (Rdn. 21 - Schumacher). Denn in § 73 Abs. 2 Nr. 6 und 7 AMG habe die Bundesrepublik Deutschland das Einführen von Arzneimitteln im Reiseverkehr zum privaten Verbrauch erlaubt und der Postweg biete keine höheren Risiken.

Damit hat der EuGH das Apothekenmonopol in Deutschland aber auch insoweit als sachlich gerechtfertigt hingenommen, als es eine persönliche Informations- und Beratungsmöglichkeit gewährleisten soll. Seine Entscheidungen zur Einfuhrerlaubnis setzten jeweils ausdrücklich voraus, dass die jeweilige Privatperson die Arzneimittel „in einer Apotheke“ im EG-Ausland gekauft hat (Rdn. 22 - Schumacher; Rdn. 27 - Kommission).

- (2) Angesichts des Widerstandes, den die Bundesrepublik Deutschland in den Verfahren des EuGH gezeigt hat, erscheint es fernliegend, dass sie bei der Umsetzung der EuGH-Entscheidungen die eröffneten Einfuhrmöglichkeiten noch über das hinaus erweitern wollte, was der EuGH der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Absatzweges abgezwungen hatte. Der persönliche Einkauf in einer Apotheke mit anschließender Zusendung der Arzneimittel entspricht bezüglich der Informations- und Beratungsfunktion dem Gebot des Apothekenmonopols. Er steht dem in Deutschland vorgeschriebenen Apothekenhandel weiter näher als ein Versandhandel, der gerade auf den persönlichen Kontakt in einem Geschäft verzichten will. All dies gilt angesichts der (zeitlich nachfolgenden) Bekräftigung des Verbots des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln in § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG um so mehr. Es wäre geradezu widersinnig, wenn der bundesdeutsche Gesetzgeber einerseits verstärkte Anstrengungen gegen den Versandhandel in Deutschland unternehmen wollte, er andererseits aber den Versandhandel aus dem EG-Ausland über das EG-rechtlich Gebotene hinaus eröffnen wollte:

- (3) Auch das Gebot einer verfassungskonformen Auslegung spricht hier für die vorgenommene einschränkende Auslegung des Merkmals „beziehen“.

Denn bei einer Erlaubnis des Versandhandels nur für das EG-Ausland läge eine Benachteiligung der inländischen Apotheker vor. Zwar hat der BGH eine Inländerbenachteiligung aus Art. 28 EG am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich als gerechtfertigt angesehen und eine Grundrechtsverletzung verneint (BGH, GRUR 1985, 386 - Cocktailgetränk; kritisch hierzu Graser, DÖV 1998, 1004; Seltenreich/Heinz, ZLR 1998, 611; Heil/Dübbers, ZRP 2001, 207, 212 m. w. N.). Die Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen kann aber nur das EG-rechtlich notwendig Gebotene, nicht aber eine Ausdehnung der Ungleichbehandlung darüber hinaus.

- (4) Mit einer Einschränkung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG auf Fälle eines persönlichen Einkaufs in einer Apotheke - bei apothekenpflichtigen Arzneimitteln - wird der (reine) Versand wirksam ausgeschlossen, wie es den oben genannten Intentionen des bundesdeutschen Gesetzgebers entspricht. Der Bereich des § 73 Abs. 2 Nr. 6a AMG bleibt sinnvoll auf Einzelfälle des Reise- und grenznahen Verkehrs beschränkt.

- (5) Auch die Einschränkung „ohne gewerbliche Vermittlung“ wird lebensnah erfasst. Der persönliche Kauf in der Apotheke muss auch in Deutschland nicht notwendig durch den Patienten selbst erfolgen. Dieser kann eine andere Person schicken (Deutsch/Lippert/Ratzel, AMG, § 73 Rdn. 7 m. w. N.). Das könnte aber hier wiederum gravierende Umgehungsmöglichkeiten im Bereich des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG eröffnen, nämlich durch den Einsatz professioneller Boten oder Stellvertreter. Derartige berufs- oder gewerbsmäßige Vermittler sind deshalb konsequent ausgeschlossen worden.

- e) Die einschränkende Auslegung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG (persönlicher Kauf in einer Apotheke) ist mit den europa-rechtlichen Regelungen vereinbar.
- aa) Ein etwaiger Verstoß gegen den Grundsatz des freien Warenverkehr gemäß Art. 28 EGV (vgl. hierzu Landgericht Frankfurt a.M., a.a.O., S. 14 f.) wäre jedenfalls durch Art. 30 EGV gerechtfertigt. Denn die Beschränkung auf den persönlichen Kauf der apothekenpflichtigen Arzneimittel in einer Apotheke ist zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen notwendig.

- (1) Art. 30 EGV ist vorliegend anwendbar, da es an einer vollständigen Harmonisierung der nationalen Vorschriften auf dem Gebiet des Inverkehrbringens von Arzneimittelspezialitäten noch fehlt.
- (2) Die Gesundheit und das Leben von Menschen nehmen nach ständiger Rechtsprechung des EuGH (Slg 1994, 5243, 5264, Rdn. 16 - Ortscheid) unter den in Art. 30 EGV geschützten Gütern und Interessen den ersten Rang ein. Es ist Sache der Mitgliedsstaaten, in den durch den Vertrag gesetzten Grenzen zu bestimmen, in welchem Umfang sie deren Schutz gewährleisten wollen. Jedoch ist eine nationale Regelung oder Praxis, die eine die Einführen pharmazeutischer Erzeugnisse beschränkende Wirkung hat oder haben kann, mit dem Vertrag nur vereinbar, soweit sie für einen wirksamen Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen notwendig ist. Eine nationale Regelung oder Praxis fällt daher nicht unter die Ausnahmebestimmung des Art. 30 EGV, wenn die Gesundheit oder das Leben von Menschen genauso wirksam durch Maßnahmen geschützt werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken (EuGH, a.a.O., Rdn. 17 m. w. N.).
- (3) Das Erfordernis eines persönlichen Kaufs in einer Apotheke soll wie das Apothekenmonopol in erster Linie sicherstellen, dass dem Endverbraucher beim Kauf eines Arzneimittels die Möglichkeit einer persönlichen und qualifizierten Beratung durch den Apotheker bleibt. Das oben genannten Erfordernis ist dafür geeignet und notwendig, denn der persönliche Kontakt (auch Sichtkontakt) gewährleistet eine leichtere und eingehende Beratung als ein schriftlicher oder telefonischer Kontakt oder ein solcher per E-mail oder Internet. Informationen und Beratung zur arzneilichen Fragen berühren nicht selten einen sehr vertraulichen bis intimen Bereich, so dass ohne einen unmittelbaren persönlichen Kontakt die Gefahr groß ist, dass dahingehende Fragen zurückgestellt werden. Unabhängig vom jeweiligen Einzelfall ist im Hinblick auf das hohe Schutzgut Leben und Gesundheit eine generalisierende Betrachtung zulässig und geboten (vgl. BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken, S. 179 und 181 zum grundgesetzlichen Maßstab). Soweit es auch in Deutschland hingenommen wird, dass Patienten andere Personen zum Kauf der Arzneimittel in die Apotheke schicken können, bezieht sich dies auf keine in irgendeiner Form institutionalisierte Praxis, sondern nur auf Einzelfälle. In die Apotheke wird in aller Regel auch eine Person des Vertrauens geschickt, die insoweit die Beratungsmöglichkeiten

durch den Apotheker wahrnehmen kann. Im Übrigen könnte durch den Apotheker auch selten ohne größeren Aufwand geklärt werden, ob die jeweils vor ihm stehende Person der Verbraucher des Arzneimittels ist.

- (4) Darüber hinaus bietet - jedenfalls derzeit - nur der persönliche Kauf in einer Apotheke eine hinreichende Gewähr für eine Qualität der Arzneimittel.

Der Aufbau einer Apotheke benötigt einen erheblichen Kapitaleinsatz. Der Kunde hat mit der Apotheke eine sichere Anschrift bei Reklamationen und bei einem etwaigen Regress ein Zugriffsobjekt. Schon deshalb wird der Apotheker um Qualität bemüht sein. Die Dauerhaftigkeit einer herkömmlichen Apotheke ermöglicht ebenso eine effiziente - auch präventive - Kontrolle durch Behörden und Wettbewerber.

Eine rein „virtuelle“ Internet-Apotheke kann über eine Internet-Adresse ohne größeren Kapitaleinsatz und -bindung eingerichtet werden, und zwar von jedem. Die Aussagen über Qualifikationen stehen allenfalls „virtuell“ im Internet. Eine Überprüfung gerade im EG-Ausland ist schwierig, für den Letztverbraucher oft unmöglich. Die Inhalte des Internets unterliegen - jedenfalls zur Zeit - keiner hinreichenden Kontrolle. Der notwendige Schutz von Leben und Gesundheit erfordert im Arzneimittelbereich zudem eine präventive Kontrolle. Internet-Apotheken können aber ohne weiteres mit erheblichen Gewinnchancen für kurze Zeit eingerichtet werden, um dubiose Arzneimittel oder gar Fälschungen abzusetzen. Es besteht derzeit kein hinreichendes Risiko für die Täter, ermittelt zu werden, bevor sie ihre Spuren im Internet verwischen, um anderswo erneut aufzutreten (vgl. Kloesel/Cyran, a.a.O., § 43 Anm. 12). Ein - auch grenzüberschreitendes - Versandhandelsverbot schließt zwar die illegale Einrichtung von Internet-Apotheken (oder das illegale Internet-Angebot nach Deutschland) nicht von vornherein aus. Der Letztverbraucher kann aber davor generell unter Hinweis auf das Versandhandelsverbot gewarnt werden und jeder Internet-Auftritt nach Deutschland ist sofort verfolgbar durch Behörden und Wettbewerber.

All dies ist unabhängig davon, dass im vorliegenden Fall von einer seriösen Internet-Apotheke auszugehen ist. Denn insoweit muss schon generell den Gefahren aus unseriösen Nachahmungen begegnet werden, insbesondere durch generelle Warnungen des Verbrauchers vor dem Versandhandel mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln und einer sofortigen Verfolgbarkeit eines derartigen Versandhandels durch Behörden und Wettbewerber.

- (5) Der Versandhandel mit Arzneimittel gefährdet darüber hinaus den Bestand der Apotheken. Diese gewährleisten im Interesse der Allgemeinheit eine auf die Gesundheit des einzelnen Menschen und die Gesundheitsbelange der Allgemeinheit bedachte Arzneimittelversorgung (BVerfGE 9, 73, 79; BGH St 11, 304, 313; BGH, GRUR 2000, 237, 238 - Giftnotrufbox; Doepner, a.a.O., § 8 Rdn. 17).

Internet-Apotheken werden insbesondere durch einen massenhaften Absatz von Langzeitmedikationen diese auf Dauer sehr viel preiswerter anbieten können als die örtlich gebundene Apotheke. Dieser wichtige Einkommensbereich droht diesen damit zu entfallen, und zwar ersatzlos. Dies kann die Existenzgrundlage vielen Apotheken gefährden und damit auch die - nur von diesen Apotheken gewährleistete - Akutversorgung mit Arzneimitteln, die ihrerseits eher kostenaufwendig ist (vgl. BVerfGE, Urteil vom 19. Oktober 2000, Az BVerfGE 3 C 32.99).

- bb) Die E-Commerce RL steht schon deshalb nicht entgegen, weil nach Art. 2 h, ii, - 2 und Erwägungsgrund Nr. 21 der Richtlinie die Anforderungen bezüglich der Lieferung von Human-Arzneimitteln nicht in den koordinierten Bereich fallen.
- cc) Die - zwischenzeitlich in deutsches Recht umgesetzte - Fernabsatzrichtlinie erlaubt in Art. 14 den Mitgliedsstaaten, für bestimmte Waren, wie etwa Arzneimitteln, den Vertrieb im Fernabsatz im Rahmen des EG-Rechts auszuschließen.
4. Soweit der Antragsgegner hinsichtlich des Verstoßes gegen das Verbringungsverbot aus § 73 Abs. 1, Ziff. 1 AMG geltend machen will, nach dem derzeitigen Stand der Harmonisierung der Arzneimittelzulassungen sei es ein „reiner Formalakt“, ein Arzneimittel, das in einem EG-Land zugelassen ist, in einem anderen ebenfalls genehmigt zu bekommen, ist dies nicht überzeugend. Mag der Antragsteller jeweils vor der Einfuhr nach Deutschland den bloßen „Formalakt“ veranlassen. Im Sinne der Rechts- und Arzneimittelsicherheit ist dies geboten. Denn weiterhin ist bei Arzneimitteln im Fall von Unstimmigkeiten zwischen Mitgliedsstaaten ein Schiedsverfahren vorgesehen. Bevor dieses Schiedsverfahren nicht aus- oder abgeschlossen ist, fehlt es an einer hinreichenden Harmonisierung bezüglich des jeweiligen Arzneimittels. Damit verbleibt es bei den Grundsätzen des EuGH (a.a.O. - Ortscheid).

5. Die Verstöße gegen das Versandverbot und gegen § 73 Abs. 1, 1. Alt. AMG sind wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG (vgl. BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch die Apotheken).
- II. Der Verfügungsanspruch bezüglich des Unterlassungsantrages b) (Werbung) folgt aus § 1 UWG i. V. m. §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 a und 10 HWG.

1. Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 HWG ist eine Werbung für den Versandhandel apothekenpflichtiger Arzneimittel unzulässig.

- a) Der Internetauftritt des Antragsgegners stellt eine Werbung in diesem Sinne dar.

Da das HWG auf den Vorgaben der Richtlinie 92/28/EWG über die Werbung für Humanarzneimittel (ABl. 1992, Nr. L 113 vom 30. April 1992, S. 13-18) beruht, ist die in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie aufgeführte Definition des Begriffes „Werbung“ grundsätzlich auch für das HWG maßgebend. Danach sind unter Werbung für Arzneimittel alle Maßnahmen zur Information, Marktuntersuchung und Schaffung von Anreizen zu verstehen, mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern. Soweit der Antragsgegner auf seiner Homepage nicht nur allgemeine Image- oder Unternehmenswerbung betreibt, die von den Vorschriften der Richtlinie und des HWG nicht umfasst ist (vgl. BGH, WRP 1995, 310 ff.), sondern auf dem Bestellformular seiner Internetseite Arzneimittel nach Indikationsgruppen unterteilt mit Preisangabe und Produktbeschreibung anbietet, liegt Werbung im Sinne der Richtlinie vor. Der Bezug der Medikamente in einer dem üblichen persönlichen Bedarf entsprechenden Menge wird dem Kunden in Form des Versandes per Boten von den Niederlanden nach Deutschland angeboten, so dass ganz gezielt auch für die Einfuhr nach § 73 Abs. 2 Ziff. 6 a AMG geworben wird (Landgericht Frankfurt a. M., a.a.O.).

- b) Das Werbeverbot ist mit dem EG-Recht vereinbar.

- aa) Hinsichtlich Art. 28, 30 EGV kann auf die vorstehenden Ausführungen zu B 1 verwiesen werden.

- bb) Die E-Commerce RL steht auch hier nicht entgegen. Denn gemäß § 1 Abs. 3 der Richtlinie bleibt das Schutzniveau insbesondere für die öffentliche Gesundheit und den Verbraucher

schutz, wie es sich aus Gemeinschaftsakten und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zu deren Umsetzung ergibt, unberührt. Gemäß Art. 14 Fernabsatzrichtlinie ist aber den Mitgliedsstaaten ausdrücklich erlaubt, Versandhandel mit Arzneimitteln zu untersagen. Dies muss dann notwendig auch für ein entsprechendes Werbeverbot gelten. Darf durch nationale Vorschriften die Durchführung des Versandhandels untersagt werden, muss ebenso eine Werbung für die Durchführung des Versandhandels verboten werden können, und sei es auch nur durch den gebotenen Hinweis auf den Internetseiten des Antragsgegners, dass ein Versandhandel nach Deutschland verboten ist, das Angebot des Antragsgegners sich also nicht an Verbraucher in Deutschland richtet.

2. Da der Antragsgegner zudem auch für den Bezug von in Deutschland nicht zugelassenen und ebenso für den Bezug von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln bei Privatverbrauchern wirbt, verstößt er zusätzlich gegen die Bestimmungen der §§ 3a und 10 HWG (ebenso Landgericht Frankfurt a. M., a.a.O.).
 3. Die vorstehende Verstöße sind wettbewerbswidrig nach § 1 UWG (vgl. oben I 5).
- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Die Einfügung der Worte „in der Bundesrepublik Deutschland“ in den Unterlassungsantrag stellt eine bloße Konkretisierung dar, nicht aber eine teilweise Antragsrücknahme. Denn der Antragsteller hat in der Begründung seines Antrags hinreichend zum Ausdruck gebracht, nur ein Inlandsverbot erstreiten zu wollen.

- D. Eine Vorlage des Verfahrens an den EuGH ist nicht geboten.

Dem steht hier schon die Dringlichkeit einer Entscheidung im Verfügungsverfahren durch den Senat entgegen. Die europa-rechtlichen Vorgaben sind im Grundsatz hinreichend geklärt. Die erkennbaren Gefahren für den Schutz der Gesundheit und des Lebens der Verbraucher erfordern eine sofortige Entscheidung.

- E. Unter diesen Umständen hat der Senat auch davon abgesehen, gemäß §§ 936, 921 Abs. 2 ZPO eine Vollziehungssicherheit anzuordnen.

Grundsätzlich soll die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung nicht durch eine Sicherheitsleistung belastet werden. Zwar bietet hier die Finanzkraft des Antragstellers keine vollständige Gewähr, einen etwaigen Schadensersatzanspruch des Antragsgegners aus § 945 ZPO ohne weiteres erfüllen zu können. Andererseits ist die vorliegende Entscheidung nicht von Fragen der bloßen Glaubhaftmachung abhängig. Die Rechtslage erscheint wenig zweifelhaft. Auch der dringliche Gesundheitsschutz des Verbrauchers darf durch das Erfordernis einer Vollziehungssicherheit, die möglicherweise nicht aufgebracht werden kann oder soll, nicht verzögert werden.

Haase

Prietzl-Funk

Dr. Pahl



Kammergericht

Beschluss

Geschäftsnummer: 5 U 10150/00
103 O 192/00 Landgericht Berlin

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

V [REDACTED] S [REDACTED] W [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch den ersten Vorsitzenden [REDACTED] P [REDACTED],
[REDACTED]

Antragsteller und Berufungskläger,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]

g e g e n

J [REDACTED] W [REDACTED]
[REDACTED]

Antragsgegner und Berufungsbeklagter,

- Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt [REDACTED],
[REDACTED]

hat der 5. Zivilsenat am 19. Juni 2001 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Haase, die Richterin am Kammergericht Prietzel-Funk und den Richter am Kammergericht Dr. Pahl **b e s c h l o s s e n** :

Das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts vom 29. Mai 2001 - Az. 5 U 10150/00 - wird wegen eines offensichtlichen Schreibfehlers dahin gemäß § 319 ZPO berichtigt, dass es in Ziff. I b) vor „den Bezug“ heißen muss: „für“.

Haase

Prietzel-Funk

Dr. Pahl

Abschrift



KAMMERGERICHT

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:

5 U 10150/00

103 O 192/00 Landgericht Berlin

Verkündet am : 29. Mai 2001

Lohey

Justizsekretärin

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

V. [REDACTED] S. [REDACTED] W. [REDACTED],
vertreten durch den ersten Vorsitzenden [REDACTED] F. [REDACTED]
[REDACTED]

Antragsteller und Berufungskläger,

- Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED]

g e g e n

J. W. [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

Antragsgegner und Berufungsbeklagter,

- Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

hat der 5. Zivilsenat des Kammergerichts durch den Vorsitzender Richter am Kammergericht Haase, die Richterin am Kammergericht Prielzel-Funk und den Richter am Kammergericht Dr. Pahl auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 2001 für **R e c h t** erkannt:

I. Auf die Berufung des Antragstellers wird das Urteil der Kammer für Handelssachen 103 des Landgerichts Berlin vom 7. November 2000 abgeändert:

Dem Antragsgegner wird im Wege einstweiliger Verfügung bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der zukünftigen Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, untersagt,

im geschäftlichen Verkehr apothekenpflichtige Arzneimittel

a) für den Endverbraucher in der Bundesrepublik Deutschland im Wege des Versandes in den Verkehr zu bringen,

b) den Bezug im Wege des Versandhandels durch den letzten Verbraucher in der Bundesrepublik Deutschland zu bewerkstelligen.

II. Der Antragsgegner hat die Kosten beider Rechtszüge zu tragen.

T a t b e s t a n d :

Der Antragsteller ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, die gewerblichen Interessen seiner Mitglieder zu wahren, insbesondere darauf zu achten, dass die Regeln des lautereren Wettbewerbs eingehalten werden.

Der Antragsgegner ist niederländischer Apotheker. Er ist Inhaber der Internet-Domain ~~www.~~ "com" und betreibt unter dieser Domain eine Internet-Apotheke. Es handelt sich hierbei um eine Apotheke, die einschließlich ihres Internet-Auftritts nach niederländischem Recht durch ein von der niederländischen "Gesundheitsbehörde" gestellten Inspektor abgenommen wurde. Neben dem Verkauf von Arzneimitteln in den Betriebsräumen der Apotheke vertreibt der Antragsgegner auch über das Internet verschiedene aufgelistete Arzneimittel. Die Kunden können sich unter der Internetadresse über Arzneimittel informieren, Fragen an Pharmazeuten stellen und

sowohl verschreibungspflichtige, als auch frei verkäufliche Arzneimittel bestellen. Die individuell bestellten Arzneimittel werden - ggf. nach Einsendung des entsprechenden ärztlichen Rezeptes - von den Niederlanden per Boten an den Besteller abgegeben. Dabei wird darauf geachtet, dass nur die für den persönlichen Bedarf üblichen Mengen bezogen werden. Eine persönliche Beratung kann der Patient per E-mail oder telefonisch einholen. Zur Beantwortung allgemeiner Fragen zur Gesundheit oder zu Arzneimitteln stehen drei approbierte Apotheker, eine Ärztin und pharmazeutisch-technische Assistenten zur Verfügung. Das Internetangebot ist auch in deutscher Sprache abrufbar. Die Zulassung der Arzneimittel richtet sich nach niederländischem Recht. Hinsichtlich der Verschreibungspflicht wird bei unterschiedlicher Regelung in den Niederlanden und dem Empfangsstaat die jeweils strengere Regelung zugrunde gelegt.

Der Antragsteller ist der Ansicht, die Internet-Aktivitäten des Antragsgegners stellten einen Versandhandel von Arzneimitteln dar und verstießen gegen § 43 Abs. 1 AMG. Ferner verstoße das Geschäftsgebaren des Antragsgegners gegen das Werbeverbot nach § 8 Abs. 1 HWG. Der Verstoß gegen diese Vorschrift sei zugleich eine Verletzung von § 1 UWG.

Das Landgericht hat den Verfügungsantrag zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die rechtzeitig eingelegte Berufung des Antragstellers.

Von der weiteren Darstellung des Tatbestandes wird entsprechend § 543 Abs. 1, 1. Alt. ZPO abgesehen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

- A. Die Berufung ist begründet.
 - I. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist zulässig.
 - 1. Die nationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ist trotz des Auslandsbezuges gegeben.
 - a) Diese Zuständigkeit folgt zum einen aus § 5 Nr. 3 EuGVÜ. Danach kann eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates hat, in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung, oder eine Handlung, die einer

unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Unter den Begriff der unerlaubten Handlung im Sinne dieser Vorschrift fallen auch Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb (BGH, NJW 1988, 1466; GRUR 1998, 419 - Gewinnspiel im Ausland; GRUR 1998, 945 - Co-Verlagsvereinbarung; Kropholler, EuZPR, 6. Aufl., Art. 5 Rdz. 57). Als Ort des schädigenden Ereignisses gelten bei den hier gegebenen Distanzdelikten (Internet-Versandhandel) sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort (EuGH, Urteil vom 30. November 1976 - 21/76, Bier/Mienes de potasse d'Alsace; Kropholler, a.a.O., Rdz. 62). In Bezug auf den vorliegenden Fall, in dem der Antragsteller Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb geltend macht, hatte dieser mithin die Wahl, den Antragsgegner entweder in den Niederlanden oder in Deutschland in Anspruch zu nehmen. Es ist deshalb für das Internet-Angebot des Antragsgegners nicht nur der Standort des Servers (Niederlande), sondern jeder Ort maßgeblich, an dem das Medium Internet bestimmungsgemäß und nicht zufällig abrufbar ist. Unstreitig richtet sich das Internetangebot des Antragsgegners auch an Interessenten in der Bundesrepublik Deutschland.

- b) Darüber hinaus regelt Art. 24 EuGVÜ für den einstweiligen Rechtsschutz, dass nationale Gerichte auch dann zuständig sind, wenn für die Hauptsachenentscheidung das Gericht eines anderen Vertragsstaates nach dem EuGVÜ zuständig wäre (vgl. Bernreuther, WRP 2001, 513, 515). Vorliegend geht es um einen einstweiligen Rechtsschutz.
- c) Das in Art. 3 der E-Commerce RL (Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000) festgelegte "Prinzip des Herkunftsortes" steht dem nicht entgegen.

Art. 1 Abs. 4, 2. Alt. E-Commerce RL enthält den ausdrücklichen Hinweis, dass sich diese Richtlinie weder mit der Zuständigkeit der Gerichte befasst noch zusätzliche Regeln im Bereich des internationalen Privatrechts geschaffen werden sollen.

Wenn Art. 3 Abs. 1 E-Commerce RL den "Herkunftsstaaten" aufgibt, für eine effektive Aufsicht über die Dienstleister zu sorgen und Art. 18 Abs. 1 E-Commerce RL hinreichende Klagemöglichkeiten verlangt, folgt daraus keine Beschränkung der Rechtsdurchsetzung

nur im Herkunftsland (so aber Bernreuther, a.a.O., der insoweit allerdings auch einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG bejaht, S. 518 ff.). Gerade im Hinblick auf Art. 1 Abs. 4, 2. Alt. E-Commerce RL sollen Aufsicht und Klagemöglichkeit im Herkunftsland (hier die Niederlande) nur den dortigen Inländer abschließend hinreichend schützen; einem EG-Ausländer am Erfolgsort (hier die Bundesrepublik Deutschland) soll insoweit nur ein zusätzlicher Schutz gewährt werden, und zwar neben einem solchen gerichtlichen Schutz aus der Zuständigkeit der nationalen Gerichte des EG-Ausländers am Erfolgsort.

2. Der Antragsteller ist klagebefugt im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG.
 - a) Der maßgebende räumliche Markt wird im Wesentlichen durch die Reichweite der Geschäftstätigkeit des werbenden Unternehmens bestimmt (BGH, GRUR 1996, 804, 805). Hier erstreckt sich der räumliche Markt - da der Antragsgegner im Internet wirbt - jedenfalls auch auf den bundesweiten Bereich (vgl. KG, 25. ZS, Beschluss vom 12. Februar 2001, MD 2001, 407, 408 - Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel).
 - b) In sachlicher Hinsicht wird der einschlägige Markt durch den Begriff der Waren oder gewerblichen Leistungen gleicher oder verwandter Art gekennzeichnet. Die Begriffe sind weit auszulegen (BGH, GRUR 1997, 479, 480 - Münzangebot).
 - aa) Die beiderseitigen Waren (Leistungen) müssen sich in ihrer Art so gleichen oder nahestehen, dass der Absatz der Ware des einen Mitbewerbers durch ein wettbewerbswidriges Handeln des anderen beeinträchtigt werden kann (BGH, WRP 1998, 42, 45 - unbestimmter Unterlassungsantrag III; WRP 2000, 389, 391 - Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; Köhler in Köhler/Piper, UWG; 2. Aufl., § 13 Rdn. 13). Vorausgesetzt wird das Vorliegen eines mindestens abstrakten Wettbewerbsverhältnisses. Das bedeutet, dass eine nicht gänzlich unbedeutende (potentielle) Beeinträchtigung mit einer gewissen - sei es auch nur geringen - Wahrscheinlichkeit in Betracht kommt (BGH, WRP 1996, 1102, 1103 - Großimporteur; Köhler, a.a.O., m. w. N.). Die Beteiligten müssen nicht derselben Wirtschafts- oder Handelsstufe angehören (BGH, GRUR 1996, 804, 805 - Preisrätselgewinnauslosung III; a.a.O., Unbestimmter Unterlassungsantrag III; GRUR 1997, 541, 542 - Produkt-Interview), insbesondere stehen sich Hersteller und Vertreiber gleich (Köhler, a.a.O.). Es genügt, dass ein potentieller (bzw. künftiger) Wettbewerb behin-

dert wird. Ausreichend ist ferner, dass die Behinderung sich aus der irrigen Annahme des Verkehrs von der Substituierbarkeit der angebotenen Güter ergeben kann (BGH, GRUR 1981, 529, 530 - Rechtsberatungsanschein). Ein abstraktes Wettbewerbsverhältnis kann auch zwischen dem Vertrieb von Waren (z. B. Arzneimitteln) und von Dienstleistungen (z. B. Heilung in Sanatorien) bestehen (BGH, a.a.O., Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; WRP 1998, 312, 318 - Lebertran I). „Verwandte“ Waren sind in Bezug auf einzelne Arzneimittel nicht nur die unmittelbar damit konkurrierenden, sondern (wegen der Produktionsflexibilität der Hersteller) sämtliche Arzneimittel (BGH, WRP 1998, 177, 179 - Fachliche Empfehlung III), darüber hinaus ggf. auch Medizinprodukte (BGH, WRP 1998, 181, 183 - Warentest für Arzneimittel; a.a.O., Lebertran I), Kosmetika (BGH GRUR 1997, 681, 682 - Produktwerbung) und Nahrungsergänzungsmittel. In Bezug auf Nahrungsergänzungsmittel, insbesondere Vitaminpräparate, besteht ein abstraktes Wettbewerbsverhältnis zu Lebensmitteln, Naturheilmitteln, diätetischen Mitteln und Arzneimitteln (BGH, a.a.O., Produkt-Interview).

- bb) Der Antragsgegner bietet ein „Startsortiment“ von rd. 350 Medikamenten, darunter Arzneimittel für die Haus- oder Reiseapotheke und Langzeitmedikation wie die Antibabypille an. Darunter befinden sich rezeptpflichtige und auch nur apothekenpflichtige Arzneimittel.
- cc) Dem Antragsteller gehören zwar nach seinem glaubhaft gemachten Vortrag bloß zwei Apotheker an.

Da der Antragsgegner aber nur ein ausgewähltes Sortiment an Arzneimitteln anbietet, somit nur deren Absatz fördert, stehen auch die dem Antragsteller angehörenden 58 Hersteller und Vertreiber pharmazeutischer Produkte in einem abstrakten Wettbewerbsverhältnis. Angesichts der Breite des Arzneimittelangebots und einer fehlenden abschließenden Festlegung des Sortiments des Antragsgegners ist ein zumindest potentieller Wettbewerb ebenso zu dem einen Betreiber von Krankenhäusern, den vier Betreibern von Kurkliniken und zehn Betreibern von Kliniken gegeben, ebenso zu den 21 Anbietern von Medizinprodukten, 31 Anbietern und Herstellern von Naturheilmitteln, Naturkosmetik und Öko-Produkten, zwei Sanitätshäusern, sieben Kosmetikerherstellern und zwei großen Lebensmittelkette mit einem erheblichen Angebot von Nahrungsergänzungsmitteln.

- c) Unter diesen Umständen gehört dem Antragsteller eine erhebliche Zahl zumindest potentiell betroffener Gewerbetreibender an (dahingehend schon KG, 25. ZS, a.a.0., S. 408 - Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel).
- aa) Insoweit kommt es weder auf die Mitgliedschaft einer bestimmten Mindestzahl, noch auf die Mehrheit der Mitbewerber an. Erforderlich und ausreichend ist, dass Gewerbetreibende aus der einschlägigen Branche im Verband nach Anzahl und/oder Gewicht und Marktbedeutung oder wirtschaftlichem Gewicht repräsentativ vertreten sind, so dass ein mißbräuchliches Vorgehen des Verbandes ausgeschlossen ist (BGH, WRP 1996, 1102, 1103 - Großimporteur; Köhler, a.a.0., § 13 Rdn. 21 m. w. N.). Es ist darauf abzustellen, ob die Zahl und wirtschaftliche Bedeutung der branchenzugehörigen Verbandsmitglieder den Schluss darauf zulässt, dass nicht lediglich Individualinteressen einzelner, sondern objektive gemeinsame (kollektive) gewerbliche Interessen der Wettbewerber wahrgenommen werden (BGH, a.a.0., S. 1037 - Großimporteur; KG, 25. Zivilsenat, a.a.0. - Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel; Köhler, a.a.0., § 13 Rdn. 21).
- bb) Angesichts der Vielzahl von Mitgliedern mit unterschiedlichen Sortimentsbereichen, unterschiedlicher Stellung im Absatzweg und stark differierender Marktbedeutung kann beim Antragsteller von einem hinreichend repräsentativen Mitgliederbestand ausgegangen werden.
- cc) Die Frage, ob auch der Hersteller allein durch die Art und Weise des Vertriebs seiner Produkte durch den Einzelhandel (hier im Wege des Versands) in eigenen wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt (und somit ebenfalls zu den „betroffenen“ Mitgliedern des Verbandes zu zählen) sein kann (offengelassen in KG, 25. ZS, a.a.0., Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel), muss nach den vorstehenden Ausführungen auch hier nicht entschieden werden.
3. Ein Verfügungsgrund gemäß §§ 935, 940 ZPO ist gegeben.
- a) § 25 UWG begründet in dem hier gegebenen Anwendungsbereich für Unterlassungsansprüche aus dem UWG eine widerlegbare tatsächliche Vermutung der Dringlichkeit. Ist sie widerlegt, obliegt es dem Antragsteller, die Dringlichkeit darzulegen und glaubhaft zu ma-

chen (Köhler, a.a.O., § 25 Rdn. 13). Die Vermutung der Dringlichkeit ist widerlegt, wenn der Antragsteller durch sein Verhalten selbst zu erkennen gibt, dass es ihm nicht so eilig ist (Köhler, a.a.O., Rdn. 15). Das ist der Fall, wenn er längere Zeit zuwartet, obwohl er vom Wettbewerbsverstoß und der Person des Störers Kenntnis hat (Köhler, a.a.O.). Die Dauer des zulässigen Zuwartens ist abhängig von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere von der Art des Verstoßes, der Erforderlichkeit von Ermittlungen und der Reaktion des Gegners auf eine Abmahnung (OLG Köln, GRUR 1993, 567 und 685; OLG Brandenburg, WRP 1998, 97; Köhler, a.a.O., § 25 Rdn. 15 m. w. N.). In der Regel sollte das Zuwarten deutlich unter der 6-Monats-Grenze des § 21 UWG (Verjährung) liegen; jedenfalls ein Zuwarten von ein (OLG Düsseldorf, NJWE-WettbR 1999, 15, 16) bis drei Monaten (OLG Stuttgart, WRP 1981, 668, 670) soll unschädlich sein (weitergehend OLG Hamburg, WRP 1996, 774: Regelfrist von sechs Monaten). Bei Verbänden ist nicht generell ein großzügigerer Maßstab als bei Gewerbetreibenden anzulegen (OLG München, GRUR 1980, 329, 330; Köhler, a.a.O., § 25 Rdn. 17; a.A. OLG Frankfurt, GRUR 1988, 849; Pastor/Ahrens/Traub, Der Wettbewerbsprozess, 4. Aufl., Kap. 49 Rdn. 23).

- b) Vorliegend hatte der Antragsteller in dem vor dem Landgericht Hamburg geführten Verfügungsverfahren gegen den Vorinhaber der „Internet-Apotheke“ aus der Widerspruchschrift vom 11. Juli 2000 unter Beifügung des Kaufvertrages vom 1. Juli 2000 von der Inhaberschaft des Antragsgegners erfahren und am 2. Oktober 2000 den vorliegenden Verfügungsantrag gestellt, mithin etwa zweieinhalb Monate nach Kenntniserlangung. Allerdings hatte das Landgericht Hamburg im dortigen Verfahren (406 O 156/00) erst am 29. September 2000 die bereits im Beschlusswege erlassene Verfügung wegen des Inhaberwechsels aufgehoben. Der Antragsteller konnte deshalb bis zu dieser Entscheidung an einem Inhaberwechsel zweifeln. Dies gilt um so mehr, als die ihm übermittelte Kopie des Kaufvertrages wenig lesbar war. Darüber hinaus stand der Wechsel vom 1. Juni 2000 in einem auffälligen zeitlichen Zusammenhang zu der Beschlussverfügung des Landgerichts Hamburg vom 29. Juni 2000. Die eidesstattliche Versicherung zur Glaubhaftmachung des Inhaberwechsels ist erst im Termin vom 29. September 2000 im Original vorgelegt worden. Noch gewichtiger ist der Umstand, dass mit dem Inhaberwechsel von Hamburg nach den Niederlanden die - für den innerdeutschen Arzneimittelversandhandel eindeutige - Rechtslage durch den nunmehr gegebenen europäischen Bezug ganz erheblich schwieriger einzuschätzen war. Unter diesen Umständen kann ein Zeitraum von zweieinhalb Monaten bis zum Abschluss des Verfahrens in Hamburg und zur Prüfung der „europäischen“ Rechtslage vorliegend noch hingenommen werden.

B. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist begründet.

I. Der Verfügungsanspruch bezüglich des Unterlassungsantrages a) („in den Verkehr bringen“) folgt aus § 1 UWG i. V. m. §§ 43 Abs. Satz 1, 73 Abs. 1 Ziff. 1 AMG.

1. Nach § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG dürfen apothekenpflichtige Arzneimittel - außer in den Fällen des § 47 AMG - berufs- oder gewerbsmäßig für den Endverbrauch nur in Apotheken und nicht im Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden.

a) Dieses gesetzliche Verbot des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln bezweckt - ebenso wie das Versandverbot der Apothekenbetriebsordnung - die Arzneimittelsicherheit dadurch zu verbessern, dass eine Beratung durch den Apotheker gewährleistet wird (BGH, GRUR 2001, 178, 180 - Arzneimittelversand durch Apotheken m. w. N.). Mit der durch das 8. Änderungsgesetz zum Arzneimittelgesetz vom 7. September 1998 eingefügten Wendung „und nicht im Wege des Versandes“ hat der Gesetzgeber das Verbot des Arzneimittelversandes bekräftigt und klargestellt, dass großflächige Ausnahmen wie im Falle allgemeiner Zulassung des Arzneimittelversandes nicht seinem Willen entsprechen (BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken).

b) Das an Apotheker gerichtete Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln verstößt nicht gegen das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit nach dem nationalen Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG.

Das Versandverbot ist zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet, denn es stellt sicher, dass Arzneimittel grundsätzlich nur in den Apothekenbetriebsräumen abgegeben werden und eröffnet damit im Interesse der Arzneimittelsicherheit die Möglichkeit zur Information und Beratung der Kunden (BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken). Dass eine Beratung und Information in den Apothekenbetriebsräumen nicht in jedem Einzelfall erforderlich ist, schadet nicht, da dem Gesetzgeber bei Regelungen der Berufsausübung eine generalisierende Betrachtungsweise verfassungsrechtlich erlaubt ist (BVerfG, NJW 2000, 1781 m. w. N.; BGH, a.a.O. - Arzneimittelversand durch Apotheken). Auch eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe führt zu dem Ergebnis, dass die Grenzen der Zumutbarkeit hier

nicht überschritten sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 17 ApoBetrO und § 43 AMG nicht jeglichen Versand von Arzneimitteln verbieten, sondern dass bei unabwiesbarer Notwendigkeit im Patienteninteresse verfassungskonforme Ausnahmen im Einzelfall möglich sind und auch Botenzustellungen bei Sachbedürfnis im Patienteninteresse von Fall zu Fall erfolgen können. Außerdem sind der Versandhandel mit nicht apothekenpflichtigen Arzneimitteln und der Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel in den Fällen des § 47 AMG nach wie vor erlaubt (BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken). Die weitere Frage nach dem Umfang des Grundrechtsschutzes des Antragsgegners kann hier insoweit dahingestellt bleiben.

- c) Der Verordnungsgeber hat in § 17 Abs. 1 und 2 ApoBetrO - der durch § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG n. F. eine authentische Interpretation erfahren hat (BGH, a.a.O. - Arzneimittelversand durch Apotheken) - die Möglichkeit der Versendung von Arzneimitteln eingeschränkt, weil dies aus Gründen der Arzneimittelsicherheit geboten sei und bei der Abgabe der Arzneimittel die Information und Beratung des Kunden grundsätzlich gewährleistet sein müsse (BGH, a.a.O. - Arzneimittelversand durch Apotheken m. w. N.). Dabei hat der BGH (a.a.O.) offen gelassen, ob das Versandverbot auch dazu bestimmt und geeignet sei, im Interesse der Arzneimittelsicherheit möglichen Transportgefahren zu begegnen. Die wachsende Zahl der Arzneimittelspezialitäten verlange den wissenschaftlich gebildeten Apotheker. Nur er sei in der Lage, den Überblick über die Arzneimittel zu behalten; er könne sogar dem Arzt beratend zur Seite stehen (BGH, a.a.O., unter Hinweis auf BVerfGE 17, 232, 239). Auch der Arzt könne deshalb Arzneimittel grundsätzlich nicht im Wege des Versandhandels von Apotheken beziehen (BGH, a.a.O.). Dies gelte ebenso für Arzneimittel, bei denen eine Beratung und Information des Arztes nicht unbedingt erforderlich wäre oder bei den möglicherweise eine schriftliche oder telefonische Beratung und Information des Arztes ausreichen würde. Dem Verordnungsgeber müsse es aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit grundsätzlich gestattet sein, generalisierende Regelungen zu treffen (BGH, a.a.O.).
- d) Der Antragsgegner bringt apothekenpflichtige Arzneimittel im Wege des Versandes an den Endverbraucher in Deutschland in den Verkehr.

Das Angebot des Antragsgegners richtet sich auch an deutsche Kunden, wie sich im Übrigen bereits aus der Gestaltung der Internet-Homepage des Antragsgegners ergibt, die den

deutschen Benutzern das Aufrufen eines deutschsprachigen Bestellformulars ermöglicht. Nicht nur bei dem Versand per Post, sondern auch bei der Zustellung per Boten liegt ein Inverkehrbringen in den Geltungsbereich des AMG vor. Durch die körperliche Übergabe der bestellten Medikamente an den Boten in den Niederlanden wird dem deutschen Kunden nämlich noch keine Verfügungsgewalt über die bestellten Präparate eingeräumt. Vielmehr wird die Zustellung der Arzneimittel allein durch die Internet-Apotheke organisiert. Der deutsche Kunde erhält erst dann die Verfügungsgewalt über die Arzneimittel, wenn sie bei ihm in Deutschland eintreffen. Daher sind sämtliche zuvor erfolgten Versandhandlungen dem Antragsgegner und nicht den deutschen Kunden zuzurechnen. Sofern in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Antragsgegners insoweit etwas anderes vereinbart sein sollte, vermag dies an den tatsächlichen Gegebenheiten nichts zu ändern. Da der Antragsgegner die Arzneimittel versendet, ohne dass diese zuvor in den Räumlichkeiten der Apotheke angeboten und verkauft wurden, liegt ein Inverkehrbringen außerhalb der Apotheke vor. Schließlich bringt der Antragsgegner die Medikamente auch im Wege des Versandes in Verkehr, denn die Arzneimittel werden nicht unmittelbar in den Apothekenräumen an den Verbraucher ausgehändigt, sondern auf Veranlassung des Verkäufers zunächst an einen anderen Ort als an den Ort der Verkaufsniederlassung gebracht, von wo aus sie dann erst dem Endverbraucher übergeben werden (Landgericht Frankfurt a. M., Urteil vom 9. November 2000, Az 2-03 O 365/00).

Damit ist ein Verstoß gegen § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG gegeben.

2. Da der Antragsgegner unstreitig auch im Geltungsbereich des AMG nicht zugelassene oder registrierte Arzneimittel an den privaten Endverbraucher nach Deutschland verbringt, liegt ebenso ein Verstoß gegen § 73 Abs. 1 Nr. 1 AMG vor. Dies hat der Antragsteller mit seiner Bezugnahme auf das Urteil des Landgerichts Frankfurt a.M. vom 9. November 2000 (a.a.O.) auch geltend gemacht.
3. Die Anwendung der §§ 43 Abs. 1 Satz 1, 73 Abs. 1 Nr. 1 AMG ist hier nicht ausnahmsweise gemäß § 73 Abs. 2 Ziff. 6 a, Abs. 4 AMG ausgeschlossen.

Nach § 73 Abs. 2 Ziff. 6 a AMG dürfen zulassungspflichtige Arzneimittel von Endverbrauchern in Deutschland aus anderen Mitgliedsstaaten der EU bezogen werden, wenn die

Arzneimittel im Herkunftsland in den Verkehr gebracht werden dürfen und ohne gewerbs- oder berufsmäßige Vermittlung in einer dem üblichen persönlichen Bedarf entsprechenden Menge von dem Endverbraucher bezogen werden.

- a) Vorliegend sind die von dem Antragsgegner vertriebenen Arzneimittel unstreitig in den Niederlanden zugelassen. Sie dürfen daher rechtmäßig im Herkunftsland in den Verkehr gebracht werden.
- b) Unstreitig ist ebenso, dass der Antragsgegner die Arzneimittel nur in Mengen abgibt, die dem üblichen persönlichen Bedarf entsprechen.
- c) Es ist aber schon fraglich, ob vorliegend die Arzneimittel „ohne gewerbs- oder berufsmäßige Vermittlung“ bezogen werden.
 - aa) Allerdings legt der Wortlaut „Vermittlung“ nahe, dass dabei eine dritte Person in den Warenabsatz von der Apotheke zum Endverbraucher zwischengeschaltet wird. Dies ist vorliegend nicht der Fall.
 - bb) Wenn in der amtlichen Begründung (bei Kloesel/Cyran, AMG, § 73, vor Anm. 1) zu dem vorliegenden, mit dem 8. Änderungsgesetz eingefügten Tatbestandsmerkmal ausgeführt wird, damit solle klargestellt werden, dass die Möglichkeit des Bezugs durch Patienten und Verbraucher nicht für gewerbsmäßige oder berufsmäßige Vermittler gilt, so geht dies an sich an der Bedeutung des Wortes „Vermittler“ vorbei. Denn ein Vermittler bezieht nicht selbst die Waren, sondern er hilft nur, die Beziehung zwischen Händler und Abnehmer herzustellen, also „zu vermitteln“.
 - cc) Es könnte eine den Wortlaut einschränkende Auslegung in Betracht kommen dahin, dass die Bezugsquelle des Endverbrauchers (die EG-ausländische Apotheke) und der „Vermittler“ auch personenidentisch sein können, diesen Apotheken also insgesamt eine „berufs- und gewerbsmäßige Vermittlung“ bei einem grenzüberschreitenden Arzneimittelbezug untersagt sein soll.

Zwar handelt ein Apotheker bei der Abgabe von Arzneimitteln an Endverbraucher an sich immer „berufsmäßig“. Eine „berufsmäßige Vermittlung“ beinhaltet aber über das bloße

„Sich-zur-Verfügung-halten“ eine zusätzliche, auf eine aktive Beeinflussung und Förderung gerichtete Tätigkeit zur Vermehrung des Arzneimittelabsatzes im Wege der Versendung. „Ohne berufsmäßige Vermittlung“ bedeutet dann „ohne berufsmäßigen Versandhandel“ (Landgericht Frankfurt a.M., a.a.O.; Rehmann, AMG § 73 Rdn. 10; Deutsch/Lippert/Ratzel, AMG, § 73 Rdn. 5).

- (1) Für eine solche Auslegung spricht allerdings nicht notwendig der Umstand, dass § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG als Ausnahmegesetz eng auszulegen ist. Damit kann nur einer über den Wortlaut hinausgehenden Interpretation entgegengewirkt, nicht aber eine den Wortlaut einschränkende Auslegung zwingend belegt werden.

Die Regelung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG geht auf zwei Entscheidungen des EuGH zurück (Slg 1989, 617 - Schumacher und Slg 1992, 2575 - Kommission/Bundesrepublik Deutschland). In beiden Verfahren hatte sich die Bundesrepublik Deutschland unter Hinweis auf das in Deutschland geltende Apothekenmonopol eindringlich dagegen gewehrt, dass durch Privatpersonen für den eigenen Bedarf in EG-ausländischen Apotheken Arzneimittel gekauft werden können, die dann auf dem Versandwege nach Deutschland eingeführt werden sollten. Beiden Entscheidungen des EuGH lag ein bloßer singulärer Gelegenheitskauf zugrunde. Es spricht alles dafür, dass der deutsche Gesetzgeber bei der „Umsetzung“ der beiden EuGH-Entscheidungen den damit gebotenen Ausnahmereich nicht weiter ziehen wollte, als dieser eben durch diese Entscheidungen erzwungen worden war. Zum Ausdruck kommt dies insbesondere in § 8 Abs. 2, 2. Alt. HWG, in dem der Arzneimittelbezug gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG als „Einzeleinfuhr“ bezeichnet und mit einem Werbeverbot belegt worden ist.

- (2) Die vorstehende Auslegung ist aber nicht frei von Zweifeln. Denn in den oben genannten EuGH-Entscheidungen ist der Gesichtspunkt eines singulären Gelegenheitskaufes nicht tragend zum Ausdruck gekommen. Auch hat der deutsche Gesetzgeber den Ausnahmecharakter des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG deshalb betont und insoweit ein Werbeverbot erlassen, weil Einzeleinfuhren von Arzneimitteln durch werbliche Aktivitäten letztlich einen solchen quantitativen Umfang erreichen könnten, dass de facto die nationalen arzneimittelrechtlichen Zulassungsvorschriften unterlaufen werden könnten (vgl. Doepner, HWG, 2. Aufl., § 8 Rdn. 47 m. w. N.). Der EuGH (Slg 1994, 5243 - Ortscheid) hat bei dem

damaligen Stand der Harmonisierung der nationalen Zulassungsverfahren das auf § 73 Abs. 3 AMG bezogene Werbeverbot des § 8 Abs. 2, 3. Alt. HWG als gerechtfertigt angesehen. § 73 Abs. 3 AMG bezieht sich aber nur auf die Einfuhr nicht im AMG-Bereich zugelassener (oder registrierter oder freigestellter) Arzneimittel, während § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG sowohl insoweit zugelassene als auch nicht zugelassene (usw.) Arzneimittel erfasst. Hinsichtlich der Einzeleinfuhr von im AMG-Bereich zugelassenen Arzneimitteln können Ausnahmecharakter und Werbeverbot im Falle des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG gerade nicht auf die Gefahr einer Umgehung nationaler (deutscher) Zulassungsregelungen gestützt werden. Insoweit wäre auch ein grenzüberschreitendes Versandhandelsverbot mit zugelassenen Arzneimitteln kaum mit dieser Begründung zu rechtfertigen.

- d) Es fehlt aber bei dem vorliegenden Versandhandel an der Voraussetzung eines Beziehens der Arzneimittel im Sinne des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG. Denn ein dahingehendes „Beziehen“ erfordert einen Kauf der Arzneimittel unter persönlicher Anwesenheit in der EG-ausländischen Apotheke, auch wenn die Ware dann im Versandwege importiert wird.
- aa) Allerdings umfasst der Wortlaut „Arzneimittelbezug“ an sich sowohl den Kauf unter persönlicher Anwesenheit als auch den Kauf durch telefonische oder schriftliche Bestellung oder unter Nutzung des Internet.
- bb) Insoweit ist aber eine einschränkende Auslegung gerechtfertigt und geboten.
- (1) Den beiden oben genannten EuGH-Entscheidungen (Schumacher und Kommission), die Anlass der Regelung in § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG waren, lag zugrunde, dass eine Privatperson in einer Apotheke in einem anderen Mitgliedsstaat ein Arzneimittel zum persönlichen Gebrauch gekauft hatte, um es im Wege des Versandes nach Deutschland einzuführen. Dem Hinweis der Bundesrepublik Deutschland auf das in Deutschland bestehende Apothekenmonopol begegnete der EuGH mit dem Argument, dass der Kauf in einer Apotheke in einem anderen Mitgliedsstaat (angesichts der weitgehenden Harmonisierung der Voraussetzungen für den Zugang zum Beruf des Apothekers und der Bedingungen für die Ausübung dieses Berufes) eine Garantie biete, die derjenigen gleichwertig sei, die auf dem Verkauf des Arzneimittels durch eine Apotheke im Einfuhrstaat beruhe

(Rdn. 20 - Schumacher; Rdn. 17 - Kommission). Bei den Garantien hat der EuGH die Information und Beratung sowie die Gewährleistung der Qualität berücksichtigt (Rdn. 9 - Schumacher).

In der Tat ist bei dem Kauf der Arzneimittel in einer Apotheke (vgl. EuGH, a.a.O., Rdn. 7, 19, 20, 22 - Schumacher; EuGH, a.a.O., Rdn. 1, 17, 27 - Kommission) an sich das persönliche Informations- und Beratungsgespräch möglich. Etwaige sprachliche Probleme lässt der EuGH - wenn er sie überhaupt erwähnt (Rdn. 20 - Kommission) - nicht durchgreifen, ebensowenig Transportrisiken des Postweges (Rdn. 21 - Schumacher). Denn in § 73 Abs. 2 Nr. 6 und 7 AMG habe die Bundesrepublik Deutschland das Einführen von Arzneimitteln im Reiseverkehr zum privaten Verbrauch erlaubt und der Postweg biete keine höheren Risiken.

Damit hat der EuGH das Apothekenmonopol in Deutschland aber auch insoweit als sachlich gerechtfertigt hingenommen, als es eine persönliche Informations- und Beratungsmöglichkeit gewährleisten soll. Seine Entscheidungen zur Einfuhrerlaubnis setzten jeweils ausdrücklich voraus, dass die jeweilige Privatperson die Arzneimittel „in einer Apotheke“ im EG-Ausland gekauft hat (Rdn. 22 - Schumacher; Rdn. 27 - Kommission).

- (2) Angesichts des Widerstandes, den die Bundesrepublik Deutschland in den Verfahren des EuGH gezeigt hat, erscheint es fernliegend, dass sie bei der Umsetzung der EuGH-Entscheidungen die eröffneten Einfuhrmöglichkeiten noch über das hinaus erweitern wollte, was der EuGH der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Absatzweges abgezwungen hatte. Der persönliche Einkauf in einer Apotheke mit anschließender Zusendung der Arzneimittel entspricht bezüglich der Informations- und Beratungsfunktion dem Gebot des Apothekenmonopols. Er steht dem in Deutschland vorgeschriebenen Apothekenhandel weiter näher als ein Versandhandel, der gerade auf den persönlichen Kontakt in einem Geschäft verzichten will. All dies gilt angesichts der (zeitlich nachfolgenden) Bekräftigung des Verbots des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln in § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG um so mehr. Es wäre geradezu widersinnig, wenn der bundesdeutsche Gesetzgeber einerseits verstärkte Anstrengungen gegen den Versandhandel in Deutschland unternehmen wollte, er andererseits aber den Versandhandel aus dem EG-Ausland über das EG-rechtlich Gebotene hinaus eröffnen wollte:

- (3) Auch das Gebot einer verfassungskonformen Auslegung spricht hier für die vorgenommene einschränkende Auslegung des Merkmals „beziehen“.

Denn bei einer Erlaubnis des Versandhandels nur für das EG-Ausland läge eine Benachteiligung der inländischen Apotheker vor. Zwar hat der BGH eine Inländerbenachteiligung aus Art. 28 EG am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich als gerechtfertigt angesehen und eine Grundrechtsverletzung verneint (BGH, GRUR 1985, 386 - Cocktailgetränk; kritisch hierzu Graser, DÖV 1998, 1004; Seltenreich/Heinz, ZLR 1998, 611; Heil/Dübbers, ZRP 2001, 207, 212 m. w. N.). Die Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen kann aber nur das EG-rechtlich notwendig Gebotene, nicht aber eine Ausdehnung der Ungleichbehandlung darüber hinaus.

- (4) Mit einer Einschränkung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG auf Fälle eines persönlichen Einkaufs in einer Apotheke - bei apothekenpflichtigen Arzneimitteln - wird der (reine) Versand wirksam ausgeschlossen, wie es den oben genannten Intentionen des bundesdeutschen Gesetzgebers entspricht. Der Bereich des § 73 Abs. 2 Nr. 6a AMG bleibt sinnvoll auf Einzelfälle des Reise- und grenznahen Verkehrs beschränkt.

- (5) Auch die Einschränkung „ohne gewerbliche Vermittlung“ wird lebensnah erfasst. Der persönliche Kauf in der Apotheke muss auch in Deutschland nicht notwendig durch den Patienten selbst erfolgen. Dieser kann eine andere Person schicken (Deutsch/Lippert/Ratzel, AMG, § 73 Rdn. 7 m. w. N.). Das könnte aber hier wiederum gravierende Umgehungsmöglichkeiten im Bereich des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG eröffnen, nämlich durch den Einsatz professioneller Boten oder Stellvertreter. Derartige berufs- oder gewerbsmäßige Vermittler sind deshalb konsequent ausgeschlossen worden.

- e) Die einschränkende Auslegung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG (persönlicher Kauf in einer Apotheke) ist mit den europa-rechtlichen Regelungen vereinbar.
- aa) Ein etwaiger Verstoß gegen den Grundsatz des freien Warenverkehr gemäß Art. 28 EGV (vgl. hierzu Landgericht Frankfurt a.M., a.a.O., S. 14 f.) wäre jedenfalls durch Art. 30 EGV gerechtfertigt. Denn die Beschränkung auf den persönlichen Kauf der apothekenpflichtigen Arzneimittel in einer Apotheke ist zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen notwendig.

- (1) Art. 30 EGV ist vorliegend anwendbar, da es an einer vollständigen Harmonisierung der nationalen Vorschriften auf dem Gebiet des Inverkehrbringens von Arzneimittelspezialitäten noch fehlt.
- (2) Die Gesundheit und das Leben von Menschen nehmen nach ständiger Rechtsprechung des EuGH (Slg 1994, 5243, 5264, Rdn. 16 - Ortscheid) unter den in Art. 30 EGV geschützten Gütern und Interessen den ersten Rang ein. Es ist Sache der Mitgliedsstaaten, in den durch den Vertrag gesetzten Grenzen zu bestimmen, in welchem Umfang sie deren Schutz gewährleisten wollen. Jedoch ist eine nationale Regelung oder Praxis, die eine die Einführen pharmazeutischer Erzeugnisse beschränkende Wirkung hat oder haben kann, mit dem Vertrag nur vereinbar, soweit sie für einen wirksamen Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen notwendig ist. Eine nationale Regelung oder Praxis fällt daher nicht unter die Ausnahmebestimmung des Art. 30 EGV, wenn die Gesundheit oder das Leben von Menschen genauso wirksam durch Maßnahmen geschützt werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken (EuGH, a.a.O., Rdn. 17 m. w. N.).
- (3) Das Erfordernis eines persönlichen Kaufs in einer Apotheke soll wie das Apothekenmonopol in erster Linie sicherstellen, dass dem Endverbraucher beim Kauf eines Arzneimittels die Möglichkeit einer persönlichen und qualifizierten Beratung durch den Apotheker bleibt. Das oben genannten Erfordernis ist dafür geeignet und notwendig, denn der persönliche Kontakt (auch Sichtkontakt) gewährleistet eine leichtere und eingehende Beratung als ein schriftlicher oder telefonischer Kontakt oder ein solcher per E-mail oder Internet. Informationen und Beratung zur arzneilichen Fragen berühren nicht selten einen sehr vertraulichen bis intimen Bereich, so dass ohne einen unmittelbaren persönlichen Kontakt die Gefahr groß ist, dass dahingehende Fragen zurückgestellt werden. Unabhängig vom jeweiligen Einzelfall ist im Hinblick auf das hohe Schutzgut Leben und Gesundheit eine generalisierende Betrachtung zulässig und geboten (vgl. BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken, S. 179 und 181 zum grundgesetzlichen Maßstab). Soweit es auch in Deutschland hingenommen wird, dass Patienten andere Personen zum Kauf der Arzneimittel in die Apotheke schicken können, bezieht sich dies auf keine in irgendeiner Form institutionalisierte Praxis, sondern nur auf Einzelfälle. In die Apotheke wird in aller Regel auch eine Person des Vertrauens geschickt, die insoweit die Beratungsmöglichkeiten

durch den Apotheker wahrnehmen kann. Im Übrigen könnte durch den Apotheker auch selten ohne größeren Aufwand geklärt werden, ob die jeweils vor ihm stehende Person der Verbraucher des Arzneimittels ist.

- (4) Darüber hinaus bietet - jedenfalls derzeit - nur der persönliche Kauf in einer Apotheke eine hinreichende Gewähr für eine Qualität der Arzneimittel.

Der Aufbau einer Apotheke benötigt einen erheblichen Kapitaleinsatz. Der Kunde hat mit der Apotheke eine sichere Anschrift bei Reklamationen und bei einem etwaigen Regress ein Zugriffsobjekt. Schon deshalb wird der Apotheker um Qualität bemüht sein. Die Dauerhaftigkeit einer herkömmlichen Apotheke ermöglicht ebenso eine effiziente - auch präventive - Kontrolle durch Behörden und Wettbewerber.

Eine rein „virtuelle“ Internet-Apotheke kann über eine Internet-Adresse ohne größeren Kapitaleinsatz und -bindung eingerichtet werden, und zwar von jedem. Die Aussagen über Qualifikationen stehen allenfalls „virtuell“ im Internet. Eine Überprüfung gerade im EG-Ausland ist schwierig, für den Letztverbraucher oft unmöglich. Die Inhalte des Internets unterliegen - jedenfalls zur Zeit - keiner hinreichenden Kontrolle. Der notwendige Schutz von Leben und Gesundheit erfordert im Arzneimittelbereich zudem eine präventive Kontrolle. Internet-Apotheken können aber ohne weiteres mit erheblichen Gewinnchancen für kurze Zeit eingerichtet werden, um dubiose Arzneimittel oder gar Fälschungen abzusetzen. Es besteht derzeit kein hinreichendes Risiko für die Täter, ermittelt zu werden, bevor sie ihre Spuren im Internet verwischen, um anderswo erneut aufzutreten (vgl. Kloesel/Cyran, a.a.O., § 43 Anm. 12). Ein - auch grenzüberschreitendes - Versandhandelsverbot schließt zwar die illegale Einrichtung von Internet-Apotheken (oder das illegale Internet-Angebot nach Deutschland) nicht von vornherein aus. Der Letztverbraucher kann aber davor generell unter Hinweis auf das Versandhandelsverbot gewarnt werden und jeder Internet-Auftritt nach Deutschland ist sofort verfolgbar durch Behörden und Wettbewerber.

All dies ist unabhängig davon, dass im vorliegenden Fall von einer seriösen Internet-Apotheke auszugehen ist. Denn insoweit muss schon generell den Gefahren aus unseriösen Nachahmungen begegnet werden, insbesondere durch generelle Warnungen des Verbrauchers vor dem Versandhandel mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln und einer sofortigen Verfolgbarkeit eines derartigen Versandhandels durch Behörden und Wettbewerber.

- (5) Der Versandhandel mit Arzneimittel gefährdet darüber hinaus den Bestand der Apotheken. Diese gewährleisten im Interesse der Allgemeinheit eine auf die Gesundheit des einzelnen Menschen und die Gesundheitsbelange der Allgemeinheit bedachte Arzneimittelversorgung (BVerfGE 9, 73, 79; BGH St 11, 304, 313; BGH, GRUR 2000, 237, 238 - Giftnotrufbox; Doepner, a.a.O., § 8 Rdn. 17).

Internet-Apotheken werden insbesondere durch einen massenhaften Absatz von Langzeitmedikationen diese auf Dauer sehr viel preiswerter anbieten können als die örtlich gebundene Apotheke. Dieser wichtige Einkommensbereich droht diesen damit zu entfallen, und zwar ersatzlos. Dies kann die Existenzgrundlage vielen Apotheken gefährden und damit auch die - nur von diesen Apotheken gewährleistete - Akutversorgung mit Arzneimitteln, die ihrerseits eher kostenaufwendig ist (vgl. BVerfGE, Urteil vom 19. Oktober 2000, Az BVerfGE 3 C 32.99).

- bb) Die E-Commerce RL steht schon deshalb nicht entgegen, weil nach Art. 2 h, ii, - 2 und Erwägungsgrund Nr. 21 der Richtlinie die Anforderungen bezüglich der Lieferung von Human-Arzneimitteln nicht in den koordinierten Bereich fallen.
- cc) Die - zwischenzeitlich in deutsches Recht umgesetzte - Fernabsatzrichtlinie erlaubt in Art. 14 den Mitgliedsstaaten, für bestimmte Waren, wie etwa Arzneimitteln, den Vertrieb im Fernabsatz im Rahmen des EG-Rechts auszuschließen.
4. Soweit der Antragsgegner hinsichtlich des Verstoßes gegen das Verbringungsverbot aus § 73 Abs. 1, Ziff. 1 AMG geltend machen will, nach dem derzeitigen Stand der Harmonisierung der Arzneimittelzulassungen sei es ein „reiner Formalakt“, ein Arzneimittel, das in einem EG-Land zugelassen ist, in einem anderen ebenfalls genehmigt zu bekommen, ist dies nicht überzeugend. Mag der Antragsteller jeweils vor der Einfuhr nach Deutschland den bloßen „Formalakt“ veranlassen. Im Sinne der Rechts- und Arzneimittelsicherheit ist dies geboten. Denn weiterhin ist bei Arzneimitteln im Fall von Unstimmigkeiten zwischen Mitgliedsstaaten ein Schiedsverfahren vorgesehen. Bevor dieses Schiedsverfahren nicht aus- oder abgeschlossen ist, fehlt es an einer hinreichenden Harmonisierung bezüglich des jeweiligen Arzneimittels. Damit verbleibt es bei den Grundsätzen des EuGH (a.a.O. - Ortscheid).

5. Die Verstöße gegen das Versandverbot und gegen § 73 Abs. 1, 1. Alt. AMG sind wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG (vgl. BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch die Apotheken).

II. Der Verfügungsanspruch bezüglich des Unterlassungsantrages b) (Werbung) folgt aus § 1 UWG i. V. m. §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 a und 10 HWG.

1. Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 HWG ist eine Werbung für den Versandhandel apothekenpflichtiger Arzneimittel unzulässig.

a) Der Internetauftritt des Antragsgegners stellt eine Werbung in diesem Sinne dar.

Da das HWG auf den Vorgaben der Richtlinie 92/28/EWG über die Werbung für Humanarzneimittel (ABl. 1992, Nr. L 113 vom 30. April 1992, S. 13-18) beruht, ist die in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie aufgeführte Definition des Begriffes „Werbung“ grundsätzlich auch für das HWG maßgebend. Danach sind unter Werbung für Arzneimittel alle Maßnahmen zur Information, Marktuntersuchung und Schaffung von Anreizen zu verstehen, mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern. Soweit der Antragsgegner auf seiner Homepage nicht nur allgemeine Image- oder Unternehmenswerbung betreibt, die von den Vorschriften der Richtlinie und des HWG nicht umfasst ist (vgl. BGH, WRP 1995, 310 ff.), sondern auf dem Bestellformular seiner Internetseite Arzneimittel nach Indikationsgruppen unterteilt mit Preisangabe und Produktbeschreibung anbietet, liegt Werbung im Sinne der Richtlinie vor. Der Bezug der Medikamente in einer dem üblichen persönlichen Bedarf entsprechenden Menge wird dem Kunden in Form des Versandes per Boten von den Niederlanden nach Deutschland angeboten, so dass ganz gezielt auch für die Einfuhr nach § 73 Abs. 2 Ziff. 6 a AMG geworben wird (Landgericht Frankfurt a. M., a.a.O.).

b) Das Werbeverbot ist mit dem EG-Recht vereinbar.

aa) Hinsichtlich Art. 28, 30 EGV kann auf die vorstehenden Ausführungen zu B 1 verwiesen werden.

bb) Die E-Commerce RL steht auch hier nicht entgegen. Denn gemäß § 1 Abs. 3 der Richtlinie bleibt das Schutzniveau insbesondere für die öffentliche Gesundheit und den Verbraucher

schutz, wie es sich aus Gemeinschaftsakten und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zu deren Umsetzung ergibt, unberührt. Gemäß Art. 14 Fernabsatzrichtlinie ist aber den Mitgliedsstaaten ausdrücklich erlaubt, Versandhandel mit Arzneimitteln zu untersagen. Dies muss dann notwendig auch für ein entsprechendes Werbeverbot gelten. Darf durch nationale Vorschriften die Durchführung des Versandhandels untersagt werden, muss ebenso eine Werbung für die Durchführung des Versandhandels verboten werden können, und sei es auch nur durch den gebotenen Hinweis auf den Internetseiten des Antragsgegners, dass ein Versandhandel nach Deutschland verboten ist, das Angebot des Antragsgegners sich also nicht an Verbraucher in Deutschland richtet.

2. Da der Antragsgegner zudem auch für den Bezug von in Deutschland nicht zugelassenen und ebenso für den Bezug von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln bei Privatverbrauchern wirbt, verstößt er zusätzlich gegen die Bestimmungen der §§ 3a und 10 HWG (ebenso Landgericht Frankfurt a. M., a.a.O.).
3. Die vorstehende Verstöße sind wettbewerbswidrig nach § 1 UWG (vgl. oben I 5).
- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Die Einfügung der Worte „in der Bundesrepublik Deutschland“ in den Unterlassungsantrag stellt eine bloße Konkretisierung dar, nicht aber eine teilweise Antragsrücknahme. Denn der Antragsteller hat in der Begründung seines Antrags hinreichend zum Ausdruck gebracht, nur ein Inlandsverbot erstreiten zu wollen.

- D. Eine Vorlage des Verfahrens an den EuGH ist nicht geboten.

Dem steht hier schon die Dringlichkeit einer Entscheidung im Verfügungsverfahren durch den Senat entgegen. Die europa-rechtlichen Vorgaben sind im Grundsatz hinreichend geklärt. Die erkennbaren Gefahren für den Schutz der Gesundheit und des Lebens der Verbraucher erfordern eine sofortige Entscheidung.

- E. Unter diesen Umständen hat der Senat auch davon abgesehen, gemäß §§ 936, 921 Abs. 2 ZPO eine Vollziehungssicherheit anzuordnen.

Grundsätzlich soll die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung nicht durch eine Sicherheitsleistung belastet werden. Zwar bietet hier die Finanzkraft des Antragstellers keine vollständige Gewähr, einen etwaigen Schadensersatzanspruch des Antragsgegners aus § 945 ZPO ohne weiteres erfüllen zu können. Andererseits ist die vorliegende Entscheidung nicht von Fragen der bloßen Glaubhaftmachung abhängig. Die Rechtslage erscheint wenig zweifelhaft. Auch der dringliche Gesundheitsschutz des Verbrauchers darf durch das Erfordernis einer Vollziehungssicherheit, die möglicherweise nicht aufgebracht werden kann oder soll, nicht verzögert werden.

Haase

Prietzl-Funk

Dr. Pahl



Kammergericht

Beschluss

Geschäftsnummer: 5 U 10150/00
103 O 192/00 Landgericht Berlin

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

V ~~.....~~ S ~~.....~~ W ~~.....~~,
gesetzlich vertreten durch den ersten Vorsitzenden ~~.....~~ P ~~.....~~,
~~.....~~

Antragsteller und Berufungskläger,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ~~.....~~
- ~~.....~~

g e g e n

J ~~.....~~ W ~~.....~~
~~.....~~

Antragsgegner und Berufungsbeklagter,

- Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt ~~.....~~,
~~.....~~

hat der 5. Zivilsenat am 19. Juni 2001 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Haase, die Richterin am Kammergericht Prietzel-Funk und den Richter am Kammergericht Dr. Pahl **b e s c h l o s s e n**:

Das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts vom 29. Mai 2001 - Az. 5 U 10150/00 - wird wegen eines offensichtlichen Schreibfehlers dahin gemäß § 319 ZPO berichtigt, dass es in Ziff. I b) vor „den Bezug“ heißen muss: „für“.

Haase

Prietzel-Funk

Dr. Pahl

Abschrift



KAMMERGERICHT

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:

5 U 10150/00

103 O 192/00 Landgericht Berlin

Verkündet am : 29. Mai 2001

Lohey

Justizsekretärin

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

V. [REDACTED] S. [REDACTED] W. [REDACTED],
vertreten durch den ersten Vorsitzenden [REDACTED] F. [REDACTED]
[REDACTED]

Antragsteller und Berufungskläger,

- Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED]

g e g e n

J. W. [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

Antragsgegner und Berufungsbeklagter,

- Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

hat der 5. Zivilsenat des Kammergerichts durch den Vorsitzender Richter am Kammergericht Haase, die Richterin am Kammergericht Prielzel-Funk und den Richter am Kammergericht Dr. Pahl auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 2001 für **R e c h t** erkannt:

I. Auf die Berufung des Antragstellers wird das Urteil der Kammer für Handelssachen 103 des Landgerichts Berlin vom 7. November 2000 abgeändert:

Dem Antragsgegner wird im Wege einstweiliger Verfügung bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der zukünftigen Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, untersagt,

im geschäftlichen Verkehr apothekenpflichtige Arzneimittel

a) für den Endverbraucher in der Bundesrepublik Deutschland im Wege des Versandes in den Verkehr zu bringen,

b) den Bezug im Wege des Versandhandels durch den letzten Verbraucher in der Bundesrepublik Deutschland zu bewerkstelligen.

II. Der Antragsgegner hat die Kosten beider Rechtszüge zu tragen.

T a t b e s t a n d :

Der Antragsteller ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, die gewerblichen Interessen seiner Mitglieder zu wahren, insbesondere darauf zu achten, dass die Regeln des lautereren Wettbewerbs eingehalten werden.

Der Antragsgegner ist niederländischer Apotheker. Er ist Inhaber der Internet-Domain ~~www.~~ "com" und betreibt unter dieser Domain eine Internet-Apotheke. Es handelt sich hierbei um eine Apotheke, die einschließlich ihres Internet-Auftritts nach niederländischem Recht durch ein von der niederländischen "Gesundheitsbehörde" gestellten Inspektor abgenommen wurde. Neben dem Verkauf von Arzneimitteln in den Betriebsräumen der Apotheke vertreibt der Antragsgegner auch über das Internet verschiedene aufgelistete Arzneimittel. Die Kunden können sich unter der Internetadresse über Arzneimittel informieren, Fragen an Pharmazeuten stellen und

sowohl verschreibungspflichtige, als auch frei verkäufliche Arzneimittel bestellen. Die individuell bestellten Arzneimittel werden - ggf. nach Einsendung des entsprechenden ärztlichen Rezeptes - von den Niederlanden per Boten an den Besteller abgegeben. Dabei wird darauf geachtet, dass nur die für den persönlichen Bedarf üblichen Mengen bezogen werden. Eine persönliche Beratung kann der Patient per E-mail oder telefonisch einholen. Zur Beantwortung allgemeiner Fragen zur Gesundheit oder zu Arzneimitteln stehen drei approbierte Apotheker, eine Ärztin und pharmazeutisch-technische Assistenten zur Verfügung. Das Internetangebot ist auch in deutscher Sprache abrufbar. Die Zulassung der Arzneimittel richtet sich nach niederländischem Recht. Hinsichtlich der Verschreibungspflicht wird bei unterschiedlicher Regelung in den Niederlanden und dem Empfangsstaat die jeweils strengere Regelung zugrunde gelegt.

Der Antragsteller ist der Ansicht, die Internet-Aktivitäten des Antragsgegners stellten einen Versandhandel von Arzneimitteln dar und verstießen gegen § 43 Abs. 1 AMG. Ferner verstoße das Geschäftsgebaren des Antragsgegners gegen das Werbeverbot nach § 8 Abs. 1 HWG. Der Verstoß gegen diese Vorschrift sei zugleich eine Verletzung von § 1 UWG.

Das Landgericht hat den Verfügungsantrag zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die rechtzeitig eingelegte Berufung des Antragstellers.

Von der weiteren Darstellung des Tatbestandes wird entsprechend § 543 Abs. 1, 1. Alt. ZPO abgesehen.

Entscheidungsgründe:

- A. Die Berufung ist begründet.
 - I. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist zulässig.
 - 1. Die nationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ist trotz des Auslandsbezuges gegeben.
 - a) Diese Zuständigkeit folgt zum einen aus § 5 Nr. 3 EuGVÜ. Danach kann eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates hat, in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung, oder eine Handlung, die einer

unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Unter den Begriff der unerlaubten Handlung im Sinne dieser Vorschrift fallen auch Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb (BGH, NJW 1988, 1466; GRUR 1998, 419 - Gewinnspiel im Ausland; GRUR 1998, 945 - Co-Verlagsvereinbarung; Kropholler, EuZPR, 6. Aufl., Art. 5 Rdz. 57). Als Ort des schädigenden Ereignisses gelten bei den hier gegebenen Distanzdelikten (Internet-Versandhandel) sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort (EuGH, Urteil vom 30. November 1976 - 21/76, Bier/Mienes de potasse d'Alsace; Kropholler, a.a.O., Rdz. 62). In Bezug auf den vorliegenden Fall, in dem der Antragsteller Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb geltend macht, hatte dieser mithin die Wahl, den Antragsgegner entweder in den Niederlanden oder in Deutschland in Anspruch zu nehmen. Es ist deshalb für das Internet-Angebot des Antragsgegners nicht nur der Standort des Servers (Niederlande), sondern jeder Ort maßgeblich, an dem das Medium Internet bestimmungsgemäß und nicht zufällig abrufbar ist. Unstreitig richtet sich das Internetangebot des Antragsgegners auch an Interessenten in der Bundesrepublik Deutschland.

- b) Darüber hinaus regelt Art. 24 EuGVÜ für den einstweiligen Rechtsschutz, dass nationale Gerichte auch dann zuständig sind, wenn für die Hauptsachenentscheidung das Gericht eines anderen Vertragsstaates nach dem EuGVÜ zuständig wäre (vgl. Bernreuther, WRP 2001, 513, 515). Vorliegend geht es um einen einstweiligen Rechtsschutz.
- c) Das in Art. 3 der E-Commerce RL (Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000) festgelegte "Prinzip des Herkunftsortes" steht dem nicht entgegen.

Art. 1 Abs. 4, 2. Alt. E-Commerce RL enthält den ausdrücklichen Hinweis, dass sich diese Richtlinie weder mit der Zuständigkeit der Gerichte befasst noch zusätzliche Regeln im Bereich des internationalen Privatrechts geschaffen werden sollen.

Wenn Art. 3 Abs. 1 E-Commerce RL den "Herkunftsstaaten" aufgibt, für eine effektive Aufsicht über die Dienstleister zu sorgen und Art. 18 Abs. 1 E-Commerce RL hinreichende Klagemöglichkeiten verlangt, folgt daraus keine Beschränkung der Rechtsdurchsetzung

nur im Herkunftsland (so aber Bernreuther, a.a.0., der insoweit allerdings auch einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG bejaht, S. 518 ff.). Gerade im Hinblick auf Art. 1 Abs. 4, 2. Alt. E-Commerce RL sollen Aufsicht und Klagemöglichkeit im Herkunftsland (hier die Niederlande) nur den dortigen Inländer abschließend hinreichend schützen; einem EG-Ausländer am Erfolgsort (hier die Bundesrepublik Deutschland) soll insoweit nur ein zusätzlicher Schutz gewährt werden, und zwar neben einem solchen gerichtlichen Schutz aus der Zuständigkeit der nationalen Gerichte des EG-Ausländers am Erfolgsort.

2. Der Antragsteller ist klagebefugt im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG.
 - a) Der maßgebende räumliche Markt wird im Wesentlichen durch die Reichweite der Geschäftstätigkeit des werbenden Unternehmens bestimmt (BGH, GRUR 1996, 804, 805). Hier erstreckt sich der räumliche Markt - da der Antragsgegner im Internet wirbt - jedenfalls auch auf den bundesweiten Bereich (vgl. KG, 25. ZS, Beschluss vom 12. Februar 2001, MD 2001, 407, 408 - Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel).
 - b) In sachlicher Hinsicht wird der einschlägige Markt durch den Begriff der Waren oder gewerblichen Leistungen gleicher oder verwandter Art gekennzeichnet. Die Begriffe sind weit auszulegen (BGH, GRUR 1997, 479, 480 - Münzangebot).
 - aa) Die beiderseitigen Waren (Leistungen) müssen sich in ihrer Art so gleichen oder nahestehen, dass der Absatz der Ware des einen Mitbewerbers durch ein wettbewerbswidriges Handeln des anderen beeinträchtigt werden kann (BGH, WRP 1998, 42, 45 - unbestimmter Unterlassungsantrag III; WRP 2000, 389, 391 - Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; Köhler in Köhler/Piper, UWG; 2. Aufl., § 13 Rdn. 13). Vorausgesetzt wird das Vorliegen eines mindestens abstrakten Wettbewerbsverhältnisses. Das bedeutet, dass eine nicht gänzlich unbedeutende (potentielle) Beeinträchtigung mit einer gewissen - sei es auch nur geringen - Wahrscheinlichkeit in Betracht kommt (BGH, WRP 1996, 1102, 1103 - Großimporteur; Köhler, a.a.0., m. w. N.). Die Beteiligten müssen nicht derselben Wirtschafts- oder Handelsstufe angehören (BGH, GRUR 1996, 804, 805 - Preisrätselgewinnauslosung III; a.a.0., Unbestimmter Unterlassungsantrag III; GRUR 1997, 541, 542 - Produkt-Interview), insbesondere stehen sich Hersteller und Vertreiber gleich (Köhler, a.a.0.). Es genügt, dass ein potentieller (bzw. künftiger) Wettbewerb behin-

dert wird. Ausreichend ist ferner, dass die Behinderung sich aus der irrigen Annahme des Verkehrs von der Substituierbarkeit der angebotenen Güter ergeben kann (BGH, GRUR 1981, 529, 530 - Rechtsberatungsanschein). Ein abstraktes Wettbewerbsverhältnis kann auch zwischen dem Vertrieb von Waren (z. B. Arzneimitteln) und von Dienstleistungen (z. B. Heilung in Sanatorien) bestehen (BGH, a.a.O., Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; WRP 1998, 312, 318 - Lebertran I). „Verwandte“ Waren sind in Bezug auf einzelne Arzneimittel nicht nur die unmittelbar damit konkurrierenden, sondern (wegen der Produktionsflexibilität der Hersteller) sämtliche Arzneimittel (BGH, WRP 1998, 177, 179 - Fachliche Empfehlung III), darüber hinaus ggf. auch Medizinprodukte (BGH, WRP 1998, 181, 183 - Warentest für Arzneimittel; a.a.O., Lebertran I), Kosmetika (BGH GRUR 1997, 681, 682 - Produktwerbung) und Nahrungsergänzungsmittel. In Bezug auf Nahrungsergänzungsmittel, insbesondere Vitaminpräparate, besteht ein abstraktes Wettbewerbsverhältnis zu Lebensmitteln, Naturheilmitteln, diätetischen Mitteln und Arzneimitteln (BGH, a.a.O., Produkt-Interview).

- bb) Der Antragsgegner bietet ein „Startsortiment“ von rd. 350 Medikamenten, darunter Arzneimittel für die Haus- oder Reiseapotheke und Langzeitmedikation wie die Antibabypille an. Darunter befinden sich rezeptpflichtige und auch nur apothekenpflichtige Arzneimittel.
- cc) Dem Antragsteller gehören zwar nach seinem glaubhaft gemachten Vortrag bloß zwei Apotheker an.

Da der Antragsgegner aber nur ein ausgewähltes Sortiment an Arzneimitteln anbietet, somit nur deren Absatz fördert, stehen auch die dem Antragsteller angehörenden 58 Hersteller und Vertreiber pharmazeutischer Produkte in einem abstrakten Wettbewerbsverhältnis. Angesichts der Breite des Arzneimittelangebots und einer fehlenden abschließenden Festlegung des Sortiments des Antragsgegners ist ein zumindest potentieller Wettbewerb ebenso zu dem einen Betreiber von Krankenhäusern, den vier Betreibern von Kurkliniken und zehn Betreibern von Kliniken gegeben, ebenso zu den 21 Anbietern von Medizinprodukten, 31 Anbietern und Herstellern von Naturheilmitteln, Naturkosmetik und Öko-Produkten, zwei Sanitätshäusern, sieben Kosmetikerherstellern und zwei großen Lebensmittelkette mit einem erheblichen Angebot von Nahrungsergänzungsmitteln.

- c) Unter diesen Umständen gehört dem Antragsteller eine erhebliche Zahl zumindest potentiell betroffener Gewerbetreibender an (dahingehend schon KG, 25. ZS, a.a.0., S. 408 - Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel).
- aa) Insoweit kommt es weder auf die Mitgliedschaft einer bestimmten Mindestzahl, noch auf die Mehrheit der Mitbewerber an. Erforderlich und ausreichend ist, dass Gewerbetreibende aus der einschlägigen Branche im Verband nach Anzahl und/oder Gewicht und Marktbedeutung oder wirtschaftlichem Gewicht repräsentativ vertreten sind, so dass ein mißbräuchliches Vorgehen des Verbandes ausgeschlossen ist (BGH, WRP 1996, 1102, 1103 - Großimporteur; Köhler, a.a.0., § 13 Rdn. 21 m. w. N.). Es ist darauf abzustellen, ob die Zahl und wirtschaftliche Bedeutung der branchenzugehörigen Verbandsmitglieder den Schluss darauf zulässt, dass nicht lediglich Individualinteressen einzelner, sondern objektive gemeinsame (kollektive) gewerbliche Interessen der Wettbewerber wahrgenommen werden (BGH, a.a.0., S. 1037 - Großimporteur; KG, 25. Zivilsenat, a.a.0. - Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel; Köhler, a.a.0., § 13 Rdn. 21).
- bb) Angesichts der Vielzahl von Mitgliedern mit unterschiedlichen Sortimentsbereichen, unterschiedlicher Stellung im Absatzweg und stark differierender Marktbedeutung kann beim Antragsteller von einem hinreichend repräsentativen Mitgliederbestand ausgegangen werden.
- cc) Die Frage, ob auch der Hersteller allein durch die Art und Weise des Vertriebs seiner Produkte durch den Einzelhandel (hier im Wege des Versands) in eigenen wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt (und somit ebenfalls zu den „betroffenen“ Mitgliedern des Verbandes zu zählen) sein kann (offengelassen in KG, 25. ZS, a.a.0., Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel), muss nach den vorstehenden Ausführungen auch hier nicht entschieden werden.
3. Ein Verfügungsgrund gemäß §§ 935, 940 ZPO ist gegeben.
- a) § 25 UWG begründet in dem hier gegebenen Anwendungsbereich für Unterlassungsansprüche aus dem UWG eine widerlegbare tatsächliche Vermutung der Dringlichkeit. Ist sie widerlegt, obliegt es dem Antragsteller, die Dringlichkeit darzulegen und glaubhaft zu ma-

chen (Köhler, a.a.O., § 25 Rdn. 13). Die Vermutung der Dringlichkeit ist widerlegt, wenn der Antragsteller durch sein Verhalten selbst zu erkennen gibt, dass es ihm nicht so eilig ist (Köhler, a.a.O., Rdn. 15). Das ist der Fall, wenn er längere Zeit zuwartet, obwohl er vom Wettbewerbsverstoß und der Person des Störers Kenntnis hat (Köhler, a.a.O.). Die Dauer des zulässigen Zuwartens ist abhängig von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere von der Art des Verstoßes, der Erforderlichkeit von Ermittlungen und der Reaktion des Gegners auf eine Abmahnung (OLG Köln, GRUR 1993, 567 und 685; OLG Brandenburg, WRP 1998, 97; Köhler, a.a.O., § 25 Rdn. 15 m. w. N.). In der Regel sollte das Zuwarten deutlich unter der 6-Monats-Grenze des § 21 UWG (Verjährung) liegen; jedenfalls ein Zuwarten von ein (OLG Düsseldorf, NJWE-WettbR 1999, 15, 16) bis drei Monaten (OLG Stuttgart, WRP 1981, 668, 670) soll unschädlich sein (weitergehend OLG Hamburg, WRP 1996, 774: Regelfrist von sechs Monaten). Bei Verbänden ist nicht generell ein großzügigerer Maßstab als bei Gewerbetreibenden anzulegen (OLG München, GRUR 1980, 329, 330; Köhler, a.a.O., § 25 Rdn. 17; a.A. OLG Frankfurt, GRUR 1988, 849; Pastor/Ahrens/Traub, Der Wettbewerbsprozess, 4. Aufl., Kap. 49 Rdn. 23).

- b) Vorliegend hatte der Antragsteller in dem vor dem Landgericht Hamburg geführten Verfügungsverfahren gegen den Vorinhaber der „Internet-Apotheke“ aus der Widerspruchschrift vom 11. Juli 2000 unter Beifügung des Kaufvertrages vom 1. Juli 2000 von der Inhaberschaft des Antragsgegners erfahren und am 2. Oktober 2000 den vorliegenden Verfügungsantrag gestellt, mithin etwa zweieinhalb Monate nach Kenntniserlangung. Allerdings hatte das Landgericht Hamburg im dortigen Verfahren (406 O 156/00) erst am 29. September 2000 die bereits im Beschlusswege erlassene Verfügung wegen des Inhaberwechsels aufgehoben. Der Antragsteller konnte deshalb bis zu dieser Entscheidung an einem Inhaberwechsel zweifeln. Dies gilt um so mehr, als die ihm übermittelte Kopie des Kaufvertrages wenig lesbar war. Darüber hinaus stand der Wechsel vom 1. Juni 2000 in einem auffälligen zeitlichen Zusammenhang zu der Beschlussverfügung des Landgerichts Hamburg vom 29. Juni 2000. Die eidesstattliche Versicherung zur Glaubhaftmachung des Inhaberwechsels ist erst im Termin vom 29. September 2000 im Original vorgelegt worden. Noch gewichtiger ist der Umstand, dass mit dem Inhaberwechsel von Hamburg nach den Niederlanden die - für den innerdeutschen Arzneimittelversandhandel eindeutige - Rechtslage durch den nunmehr gegebenen europäischen Bezug ganz erheblich schwieriger einzuschätzen war. Unter diesen Umständen kann ein Zeitraum von zweieinhalb Monaten bis zum Abschluss des Verfahrens in Hamburg und zur Prüfung der „europäischen“ Rechtslage vorliegend noch hingenommen werden.

B. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist begründet.

I. Der Verfügungsanspruch bezüglich des Unterlassungsantrages a) („in den Verkehr bringen“) folgt aus § 1 UWG i. V. m. §§ 43 Abs. Satz 1, 73 Abs. 1 Ziff. 1 AMG.

1. Nach § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG dürfen apothekenpflichtige Arzneimittel - außer in den Fällen des § 47 AMG - berufs- oder gewerbsmäßig für den Endverbrauch nur in Apotheken und nicht im Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden.

a) Dieses gesetzliche Verbot des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln bezweckt - ebenso wie das Versandverbot der Apothekenbetriebsordnung - die Arzneimittelsicherheit dadurch zu verbessern, dass eine Beratung durch den Apotheker gewährleistet wird (BGH, GRUR 2001, 178, 180 - Arzneimittelversand durch Apotheken m. w. N.). Mit der durch das 8. Änderungsgesetz zum Arzneimittelgesetz vom 7. September 1998 eingefügten Wendung „und nicht im Wege des Versandes“ hat der Gesetzgeber das Verbot des Arzneimittelversandes bekräftigt und klargestellt, dass großflächige Ausnahmen wie im Falle allgemeiner Zulassung des Arzneimittelversandes nicht seinem Willen entsprechen (BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken).

b) Das an Apotheker gerichtete Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln verstößt nicht gegen das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit nach dem nationalen Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG.

Das Versandverbot ist zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet, denn es stellt sicher, dass Arzneimittel grundsätzlich nur in den Apothekenbetriebsräumen abgegeben werden und eröffnet damit im Interesse der Arzneimittelsicherheit die Möglichkeit zur Information und Beratung der Kunden (BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken). Dass eine Beratung und Information in den Apothekenbetriebsräumen nicht in jedem Einzelfall erforderlich ist, schadet nicht, da dem Gesetzgeber bei Regelungen der Berufsausübung eine generalisierende Betrachtungsweise verfassungsrechtlich erlaubt ist (BVerfG, NJW 2000, 1781 m. w. N.; BGH, a.a.O. - Arzneimittelversand durch Apotheken). Auch eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe führt zu dem Ergebnis, dass die Grenzen der Zumutbarkeit hier

nicht überschritten sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 17 ApoBetrO und § 43 AMG nicht jeglichen Versand von Arzneimitteln verbieten, sondern dass bei unabwiesbarer Notwendigkeit im Patienteninteresse verfassungskonforme Ausnahmen im Einzelfall möglich sind und auch Botenzustellungen bei Sachbedürfnis im Patienteninteresse von Fall zu Fall erfolgen können. Außerdem sind der Versandhandel mit nicht apothekenpflichtigen Arzneimitteln und der Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel in den Fällen des § 47 AMG nach wie vor erlaubt (BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken). Die weitere Frage nach dem Umfang des Grundrechtsschutzes des Antragsgegners kann hier insoweit dahingestellt bleiben.

- c) Der Verordnungsgeber hat in § 17 Abs. 1 und 2 ApoBetrO - der durch § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG n. F. eine authentische Interpretation erfahren hat (BGH, a.a.O. - Arzneimittelversand durch Apotheken) - die Möglichkeit der Versendung von Arzneimitteln eingeschränkt, weil dies aus Gründen der Arzneimittelsicherheit geboten sei und bei der Abgabe der Arzneimittel die Information und Beratung des Kunden grundsätzlich gewährleistet sein müsse (BGH, a.a.O. - Arzneimittelversand durch Apotheken m. w. N.). Dabei hat der BGH (a.a.O.) offen gelassen, ob das Versandverbot auch dazu bestimmt und geeignet sei, im Interesse der Arzneimittelsicherheit möglichen Transportgefahren zu begegnen. Die wachsende Zahl der Arzneimittelspezialitäten verlange den wissenschaftlich gebildeten Apotheker. Nur er sei in der Lage, den Überblick über die Arzneimittel zu behalten; er könne sogar dem Arzt beratend zur Seite stehen (BGH, a.a.O., unter Hinweis auf BVerfGE 17, 232, 239). Auch der Arzt könne deshalb Arzneimittel grundsätzlich nicht im Wege des Versandhandels von Apotheken beziehen (BGH, a.a.O.). Dies gelte ebenso für Arzneimittel, bei denen eine Beratung und Information des Arztes nicht unbedingt erforderlich wäre oder bei den möglicherweise eine schriftliche oder telefonische Beratung und Information des Arztes ausreichen würde. Dem Verordnungsgeber müsse es aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit grundsätzlich gestattet sein, generalisierende Regelungen zu treffen (BGH, a.a.O.).
- d) Der Antragsgegner bringt apothekenpflichtige Arzneimittel im Wege des Versandes an den Endverbraucher in Deutschland in den Verkehr.

Das Angebot des Antragsgegners richtet sich auch an deutsche Kunden, wie sich im Übrigen bereits aus der Gestaltung der Internet-Homepage des Antragsgegners ergibt, die den

deutschen Benutzern das Aufrufen eines deutschsprachigen Bestellformulars ermöglicht. Nicht nur bei dem Versand per Post, sondern auch bei der Zustellung per Boten liegt ein Inverkehrbringen in den Geltungsbereich des AMG vor. Durch die körperliche Übergabe der bestellten Medikamente an den Boten in den Niederlanden wird dem deutschen Kunden nämlich noch keine Verfügungsgewalt über die bestellten Präparate eingeräumt. Vielmehr wird die Zustellung der Arzneimittel allein durch die Internet-Apotheke organisiert. Der deutsche Kunde erhält erst dann die Verfügungsgewalt über die Arzneimittel, wenn sie bei ihm in Deutschland eintreffen. Daher sind sämtliche zuvor erfolgten Versandhandlungen dem Antragsgegner und nicht den deutschen Kunden zuzurechnen. Sofern in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Antragsgegners insoweit etwas anderes vereinbart sein sollte, vermag dies an den tatsächlichen Gegebenheiten nichts zu ändern. Da der Antragsgegner die Arzneimittel versendet, ohne dass diese zuvor in den Räumlichkeiten der Apotheke angeboten und verkauft wurden, liegt ein Inverkehrbringen außerhalb der Apotheke vor. Schließlich bringt der Antragsgegner die Medikamente auch im Wege des Versandes in Verkehr, denn die Arzneimittel werden nicht unmittelbar in den Apothekenräumen an den Verbraucher ausgehändigt, sondern auf Veranlassung des Verkäufers zunächst an einen anderen Ort als an den Ort der Verkaufsniederlassung gebracht, von wo aus sie dann erst dem Endverbraucher übergeben werden (Landgericht Frankfurt a. M., Urteil vom 9. November 2000, Az 2-03 O 365/00).

Damit ist ein Verstoß gegen § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG gegeben.

2. Da der Antragsgegner unstreitig auch im Geltungsbereich des AMG nicht zugelassene oder registrierte Arzneimittel an den privaten Endverbraucher nach Deutschland verbringt, liegt ebenso ein Verstoß gegen § 73 Abs. 1 Nr. 1 AMG vor. Dies hat der Antragsteller mit seiner Bezugnahme auf das Urteil des Landgerichts Frankfurt a.M. vom 9. November 2000 (a.a.O.) auch geltend gemacht.
3. Die Anwendung der §§ 43 Abs. 1 Satz 1, 73 Abs. 1 Nr. 1 AMG ist hier nicht ausnahmsweise gemäß § 73 Abs. 2 Ziff. 6 a, Abs. 4 AMG ausgeschlossen.

Nach § 73 Abs. 2 Ziff. 6 a AMG dürfen zulassungspflichtige Arzneimittel von Endverbrauchern in Deutschland aus anderen Mitgliedsstaaten der EU bezogen werden, wenn die

Arzneimittel im Herkunftsland in den Verkehr gebracht werden dürfen und ohne gewerbs- oder berufsmäßige Vermittlung in einer dem üblichen persönlichen Bedarf entsprechenden Menge von dem Endverbraucher bezogen werden.

- a) Vorliegend sind die von dem Antragsgegner vertriebenen Arzneimittel unstreitig in den Niederlanden zugelassen. Sie dürfen daher rechtmäßig im Herkunftsland in den Verkehr gebracht werden.
- b) Unstreitig ist ebenso, dass der Antragsgegner die Arzneimittel nur in Mengen abgibt, die dem üblichen persönlichen Bedarf entsprechen.
- c) Es ist aber schon fraglich, ob vorliegend die Arzneimittel „ohne gewerbs- oder berufsmäßige Vermittlung“ bezogen werden.
 - aa) Allerdings legt der Wortlaut „Vermittlung“ nahe, dass dabei eine dritte Person in den Warenabsatz von der Apotheke zum Endverbraucher zwischengeschaltet wird. Dies ist vorliegend nicht der Fall.
 - bb) Wenn in der amtlichen Begründung (bei Kloesel/Cyran, AMG, § 73, vor Anm. 1) zu dem vorliegenden, mit dem 8. Änderungsgesetz eingefügten Tatbestandsmerkmal ausgeführt wird, damit solle klargestellt werden, dass die Möglichkeit des Bezugs durch Patienten und Verbraucher nicht für gewerbsmäßige oder berufsmäßige Vermittler gilt, so geht dies an sich an der Bedeutung des Wortes „Vermittler“ vorbei. Denn ein Vermittler bezieht nicht selbst die Waren, sondern er hilft nur, die Beziehung zwischen Händler und Abnehmer herzustellen, also „zu vermitteln“.
 - cc) Es könnte eine den Wortlaut einschränkende Auslegung in Betracht kommen dahin, dass die Bezugsquelle des Endverbrauchers (die EG-ausländische Apotheke) und der „Vermittler“ auch personenidentisch sein können, diesen Apotheken also insgesamt eine „berufs- und gewerbsmäßige Vermittlung“ bei einem grenzüberschreitenden Arzneimittelbezug untersagt sein soll.

Zwar handelt ein Apotheker bei der Abgabe von Arzneimitteln an Endverbraucher an sich immer „berufsmäßig“. Eine „berufsmäßige Vermittlung“ beinhaltet aber über das bloße

„Sich-zur-Verfügung-halten“ eine zusätzliche, auf eine aktive Beeinflussung und Förderung gerichtete Tätigkeit zur Vermehrung des Arzneimittelabsatzes im Wege der Versendung. „Ohne berufsmäßige Vermittlung“ bedeutet dann „ohne berufsmäßigen Versandhandel“ (Landgericht Frankfurt a.M., a.a.O.; Rehmann, AMG § 73 Rdn. 10; Deutsch/Lippert/Ratzel, AMG, § 73 Rdn. 5).

- (1) Für eine solche Auslegung spricht allerdings nicht notwendig der Umstand, dass § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG als Ausnahmegesetz eng auszulegen ist. Damit kann nur einer über den Wortlaut hinausgehenden Interpretation entgegengewirkt, nicht aber eine den Wortlaut einschränkende Auslegung zwingend belegt werden.

Die Regelung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG geht auf zwei Entscheidungen des EuGH zurück (Slg 1989, 617 - Schumacher und Slg 1992, 2575 - Kommission/Bundesrepublik Deutschland). In beiden Verfahren hatte sich die Bundesrepublik Deutschland unter Hinweis auf das in Deutschland geltende Apothekenmonopol eindringlich dagegen gewehrt, dass durch Privatpersonen für den eigenen Bedarf in EG-ausländischen Apotheken Arzneimittel gekauft werden können, die dann auf dem Versandwege nach Deutschland eingeführt werden sollten. Beiden Entscheidungen des EuGH lag ein bloßer singulärer Gelegenheitskauf zugrunde. Es spricht alles dafür, dass der deutsche Gesetzgeber bei der „Umsetzung“ der beiden EuGH-Entscheidungen den damit gebotenen Ausnahmereich nicht weiter ziehen wollte, als dieser eben durch diese Entscheidungen erzwungen worden war. Zum Ausdruck kommt dies insbesondere in § 8 Abs. 2, 2. Alt. HWG, in dem der Arzneimittelbezug gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG als „Einzeleinfuhr“ bezeichnet und mit einem Werbeverbot belegt worden ist.

- (2) Die vorstehende Auslegung ist aber nicht frei von Zweifeln. Denn in den oben genannten EuGH-Entscheidungen ist der Gesichtspunkt eines singulären Gelegenheitskaufes nicht tragend zum Ausdruck gekommen. Auch hat der deutsche Gesetzgeber den Ausnahmecharakter des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG deshalb betont und insoweit ein Werbeverbot erlassen, weil Einzeleinfuhren von Arzneimitteln durch werbliche Aktivitäten letztlich einen solchen quantitativen Umfang erreichen könnten, dass de facto die nationalen arzneimittelrechtlichen Zulassungsvorschriften unterlaufen werden könnten (vgl. Doepner, HWG, 2. Aufl., § 8 Rdn. 47 m. w. N.). Der EuGH (Slg 1994, 5243 - Ortscheid) hat bei dem

damaligen Stand der Harmonisierung der nationalen Zulassungsverfahren das auf § 73 Abs. 3 AMG bezogene Werbeverbot des § 8 Abs. 2, 3. Alt. HWG als gerechtfertigt angesehen. § 73 Abs. 3 AMG bezieht sich aber nur auf die Einfuhr nicht im AMG-Bereich zugelassener (oder registrierter oder freigestellter) Arzneimittel, während § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG sowohl insoweit zugelassene als auch nicht zugelassene (usw.) Arzneimittel erfasst. Hinsichtlich der Einzeleinfuhr von im AMG-Bereich zugelassenen Arzneimitteln können Ausnahmecharakter und Werbeverbot im Falle des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG gerade nicht auf die Gefahr einer Umgehung nationaler (deutscher) Zulassungsregelungen gestützt werden. Insoweit wäre auch ein grenzüberschreitendes Versandhandelsverbot mit zugelassenen Arzneimitteln kaum mit dieser Begründung zu rechtfertigen.

- d) Es fehlt aber bei dem vorliegenden Versandhandel an der Voraussetzung eines Beziehens der Arzneimittel im Sinne des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG. Denn ein dahingehendes „Beziehen“ erfordert einen Kauf der Arzneimittel unter persönlicher Anwesenheit in der EG-ausländischen Apotheke, auch wenn die Ware dann im Versandwege importiert wird.
- aa) Allerdings umfasst der Wortlaut „Arzneimittelbezug“ an sich sowohl den Kauf unter persönlicher Anwesenheit als auch den Kauf durch telefonische oder schriftliche Bestellung oder unter Nutzung des Internet.
- bb) Insoweit ist aber eine einschränkende Auslegung gerechtfertigt und geboten.
- (1) Den beiden oben genannten EuGH-Entscheidungen (Schumacher und Kommission), die Anlass der Regelung in § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG waren, lag zugrunde, dass eine Privatperson in einer Apotheke in einem anderen Mitgliedsstaat ein Arzneimittel zum persönlichen Gebrauch gekauft hatte, um es im Wege des Versandes nach Deutschland einzuführen. Dem Hinweis der Bundesrepublik Deutschland auf das in Deutschland bestehende Apothekenmonopol begegnete der EuGH mit dem Argument, dass der Kauf in einer Apotheke in einem anderen Mitgliedsstaat (angesichts der weitgehenden Harmonisierung der Voraussetzungen für den Zugang zum Beruf des Apothekers und der Bedingungen für die Ausübung dieses Berufes) eine Garantie biete, die derjenigen gleichwertig sei, die auf dem Verkauf des Arzneimittels durch eine Apotheke im Einfuhrstaat beruhe

(Rdn. 20 - Schumacher; Rdn. 17 - Kommission). Bei den Garantien hat der EuGH die Information und Beratung sowie die Gewährleistung der Qualität berücksichtigt (Rdn. 9 - Schumacher).

In der Tat ist bei dem Kauf der Arzneimittel in einer Apotheke (vgl. EuGH, a.a.O., Rdn. 7, 19, 20, 22 - Schumacher; EuGH, a.a.O., Rdn. 1, 17, 27 - Kommission) an sich das persönliche Informations- und Beratungsgespräch möglich. Etwaige sprachliche Probleme lässt der EuGH - wenn er sie überhaupt erwähnt (Rdn. 20 - Kommission) - nicht durchgreifen, ebensowenig Transportrisiken des Postweges (Rdn. 21 - Schumacher). Denn in § 73 Abs. 2 Nr. 6 und 7 AMG habe die Bundesrepublik Deutschland das Einführen von Arzneimitteln im Reiseverkehr zum privaten Verbrauch erlaubt und der Postweg biete keine höheren Risiken.

Damit hat der EuGH das Apothekenmonopol in Deutschland aber auch insoweit als sachlich gerechtfertigt hingenommen, als es eine persönliche Informations- und Beratungsmöglichkeit gewährleisten soll. Seine Entscheidungen zur Einfuhrerlaubnis setzten jeweils ausdrücklich voraus, dass die jeweilige Privatperson die Arzneimittel „in einer Apotheke“ im EG-Ausland gekauft hat (Rdn. 22 - Schumacher; Rdn. 27 - Kommission).

- (2) Angesichts des Widerstandes, den die Bundesrepublik Deutschland in den Verfahren des EuGH gezeigt hat, erscheint es fernliegend, dass sie bei der Umsetzung der EuGH-Entscheidungen die eröffneten Einfuhrmöglichkeiten noch über das hinaus erweitern wollte, was der EuGH der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Absatzweges abgezwungen hatte. Der persönliche Einkauf in einer Apotheke mit anschließender Zusendung der Arzneimittel entspricht bezüglich der Informations- und Beratungsfunktion dem Gebot des Apothekenmonopols. Er steht dem in Deutschland vorgeschriebenen Apothekenhandel weiter näher als ein Versandhandel, der gerade auf den persönlichen Kontakt in einem Geschäft verzichten will. All dies gilt angesichts der (zeitlich nachfolgenden) Bekräftigung des Verbots des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln in § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG um so mehr. Es wäre geradezu widersinnig, wenn der bundesdeutsche Gesetzgeber einerseits verstärkte Anstrengungen gegen den Versandhandel in Deutschland unternehmen wollte, er andererseits aber den Versandhandel aus dem EG-Ausland über das EG-rechtlich Gebotene hinaus eröffnen wollte:

- (3) Auch das Gebot einer verfassungskonformen Auslegung spricht hier für die vorgenommene einschränkende Auslegung des Merkmals „beziehen“.

Denn bei einer Erlaubnis des Versandhandels nur für das EG-Ausland läge eine Benachteiligung der inländischen Apotheker vor. Zwar hat der BGH eine Inländerbenachteiligung aus Art. 28 EG am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich als gerechtfertigt angesehen und eine Grundrechtsverletzung verneint (BGH, GRUR 1985, 386 - Cocktailgetränk; kritisch hierzu Graser, DÖV 1998, 1004; Seltenreich/Heinz, ZLR 1998, 611; Heil/Dübbers, ZRP 2001, 207, 212 m. w. N.). Die Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen kann aber nur das EG-rechtlich notwendig Gebotene, nicht aber eine Ausdehnung der Ungleichbehandlung darüber hinaus.

- (4) Mit einer Einschränkung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG auf Fälle eines persönlichen Einkaufs in einer Apotheke - bei apothekenpflichtigen Arzneimitteln - wird der (reine) Versand wirksam ausgeschlossen, wie es den oben genannten Intentionen des bundesdeutschen Gesetzgebers entspricht. Der Bereich des § 73 Abs. 2 Nr. 6a AMG bleibt sinnvoll auf Einzelfälle des Reise- und grenznahen Verkehrs beschränkt.

- (5) Auch die Einschränkung „ohne gewerbliche Vermittlung“ wird lebensnah erfasst. Der persönliche Kauf in der Apotheke muss auch in Deutschland nicht notwendig durch den Patienten selbst erfolgen. Dieser kann eine andere Person schicken (Deutsch/Lippert/Ratzel, AMG, § 73 Rdn. 7 m. w. N.). Das könnte aber hier wiederum gravierende Umgehungsmöglichkeiten im Bereich des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG eröffnen, nämlich durch den Einsatz professioneller Boten oder Stellvertreter. Derartige berufs- oder gewerbsmäßige Vermittler sind deshalb konsequent ausgeschlossen worden.

- e) Die einschränkende Auslegung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG (persönlicher Kauf in einer Apotheke) ist mit den europa-rechtlichen Regelungen vereinbar.
- aa) Ein etwaiger Verstoß gegen den Grundsatz des freien Warenverkehr gemäß Art. 28 EGV (vgl. hierzu Landgericht Frankfurt a.M., a.a.O., S. 14 f.) wäre jedenfalls durch Art. 30 EGV gerechtfertigt. Denn die Beschränkung auf den persönlichen Kauf der apothekenpflichtigen Arzneimittel in einer Apotheke ist zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen notwendig.

- (1) Art. 30 EGV ist vorliegend anwendbar, da es an einer vollständigen Harmonisierung der nationalen Vorschriften auf dem Gebiet des Inverkehrbringens von Arzneimittelspezialitäten noch fehlt.
- (2) Die Gesundheit und das Leben von Menschen nehmen nach ständiger Rechtsprechung des EuGH (Slg 1994, 5243, 5264, Rdn. 16 - Ortscheid) unter den in Art. 30 EGV geschützten Gütern und Interessen den ersten Rang ein. Es ist Sache der Mitgliedsstaaten, in den durch den Vertrag gesetzten Grenzen zu bestimmen, in welchem Umfang sie deren Schutz gewährleisten wollen. Jedoch ist eine nationale Regelung oder Praxis, die eine die Einführen pharmazeutischer Erzeugnisse beschränkende Wirkung hat oder haben kann, mit dem Vertrag nur vereinbar, soweit sie für einen wirksamen Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen notwendig ist. Eine nationale Regelung oder Praxis fällt daher nicht unter die Ausnahmebestimmung des Art. 30 EGV, wenn die Gesundheit oder das Leben von Menschen genauso wirksam durch Maßnahmen geschützt werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken (EuGH, a.a.O., Rdn. 17 m. w. N.).
- (3) Das Erfordernis eines persönlichen Kaufs in einer Apotheke soll wie das Apothekenmonopol in erster Linie sicherstellen, dass dem Endverbraucher beim Kauf eines Arzneimittels die Möglichkeit einer persönlichen und qualifizierten Beratung durch den Apotheker bleibt. Das oben genannten Erfordernis ist dafür geeignet und notwendig, denn der persönliche Kontakt (auch Sichtkontakt) gewährleistet eine leichtere und eingehende Beratung als ein schriftlicher oder telefonischer Kontakt oder ein solcher per E-mail oder Internet. Informationen und Beratung zur arzneilichen Fragen berühren nicht selten einen sehr vertraulichen bis intimen Bereich, so dass ohne einen unmittelbaren persönlichen Kontakt die Gefahr groß ist, dass dahingehende Fragen zurückgestellt werden. Unabhängig vom jeweiligen Einzelfall ist im Hinblick auf das hohe Schutzgut Leben und Gesundheit eine generalisierende Betrachtung zulässig und geboten (vgl. BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken, S. 179 und 181 zum grundgesetzlichen Maßstab). Soweit es auch in Deutschland hingenommen wird, dass Patienten andere Personen zum Kauf der Arzneimittel in die Apotheke schicken können, bezieht sich dies auf keine in irgendeiner Form institutionalisierte Praxis, sondern nur auf Einzelfälle. In die Apotheke wird in aller Regel auch eine Person des Vertrauens geschickt, die insoweit die Beratungsmöglichkeiten

durch den Apotheker wahrnehmen kann. Im Übrigen könnte durch den Apotheker auch selten ohne größeren Aufwand geklärt werden, ob die jeweils vor ihm stehende Person der Verbraucher des Arzneimittels ist.

- (4) Darüber hinaus bietet - jedenfalls derzeit - nur der persönliche Kauf in einer Apotheke eine hinreichende Gewähr für eine Qualität der Arzneimittel.

Der Aufbau einer Apotheke benötigt einen erheblichen Kapitaleinsatz. Der Kunde hat mit der Apotheke eine sichere Anschrift bei Reklamationen und bei einem etwaigen Regress ein Zugriffsobjekt. Schon deshalb wird der Apotheker um Qualität bemüht sein. Die Dauerhaftigkeit einer herkömmlichen Apotheke ermöglicht ebenso eine effiziente - auch präventive - Kontrolle durch Behörden und Wettbewerber.

Eine rein „virtuelle“ Internet-Apotheke kann über eine Internet-Adresse ohne größeren Kapitaleinsatz und -bindung eingerichtet werden, und zwar von jedem. Die Aussagen über Qualifikationen stehen allenfalls „virtuell“ im Internet. Eine Überprüfung gerade im EG-Ausland ist schwierig, für den Letztverbraucher oft unmöglich. Die Inhalte des Internets unterliegen - jedenfalls zur Zeit - keiner hinreichenden Kontrolle. Der notwendige Schutz von Leben und Gesundheit erfordert im Arzneimittelbereich zudem eine präventive Kontrolle. Internet-Apotheken können aber ohne weiteres mit erheblichen Gewinnchancen für kurze Zeit eingerichtet werden, um dubiose Arzneimittel oder gar Fälschungen abzusetzen. Es besteht derzeit kein hinreichendes Risiko für die Täter, ermittelt zu werden, bevor sie ihre Spuren im Internet verwischen, um anderswo erneut aufzutreten (vgl. Kloesel/Cyran, a.a.O., § 43 Anm. 12). Ein - auch grenzüberschreitendes - Versandhandelsverbot schließt zwar die illegale Einrichtung von Internet-Apotheken (oder das illegale Internet-Angebot nach Deutschland) nicht von vornherein aus. Der Letztverbraucher kann aber davor generell unter Hinweis auf das Versandhandelsverbot gewarnt werden und jeder Internet-Auftritt nach Deutschland ist sofort verfolgbar durch Behörden und Wettbewerber.

All dies ist unabhängig davon, dass im vorliegenden Fall von einer seriösen Internet-Apotheke auszugehen ist. Denn insoweit muss schon generell den Gefahren aus unseriösen Nachahmungen begegnet werden, insbesondere durch generelle Warnungen des Verbrauchers vor dem Versandhandel mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln und einer sofortigen Verfolgbarkeit eines derartigen Versandhandels durch Behörden und Wettbewerber.

- (5) Der Versandhandel mit Arzneimittel gefährdet darüber hinaus den Bestand der Apotheken. Diese gewährleisten im Interesse der Allgemeinheit eine auf die Gesundheit des einzelnen Menschen und die Gesundheitsbelange der Allgemeinheit bedachte Arzneimittelversorgung (BVerfGE 9, 73, 79; BGH St 11, 304, 313; BGH, GRUR 2000, 237, 238 - Giftnotrufbox; Doepner, a.a.O., § 8 Rdn. 17).

Internet-Apotheken werden insbesondere durch einen massenhaften Absatz von Langzeitmedikationen diese auf Dauer sehr viel preiswerter anbieten können als die örtlich gebundene Apotheke. Dieser wichtige Einkommensbereich droht diesen damit zu entfallen, und zwar ersatzlos. Dies kann die Existenzgrundlage vielen Apotheken gefährden und damit auch die - nur von diesen Apotheken gewährleistete - Akutversorgung mit Arzneimitteln, die ihrerseits eher kostenaufwendig ist (vgl. BVerfGE, Urteil vom 19. Oktober 2000, Az BVerfGE 3 C 32.99).

- bb) Die E-Commerce RL steht schon deshalb nicht entgegen, weil nach Art. 2 h, ii, - 2 und Erwägungsgrund Nr. 21 der Richtlinie die Anforderungen bezüglich der Lieferung von Human-Arzneimitteln nicht in den koordinierten Bereich fallen.
- cc) Die - zwischenzeitlich in deutsches Recht umgesetzte - Fernabsatzrichtlinie erlaubt in Art. 14 den Mitgliedsstaaten, für bestimmte Waren, wie etwa Arzneimitteln, den Vertrieb im Fernabsatz im Rahmen des EG-Rechts auszuschließen.
4. Soweit der Antragsgegner hinsichtlich des Verstoßes gegen das Verbringungsverbot aus § 73 Abs. 1, Ziff. 1 AMG geltend machen will, nach dem derzeitigen Stand der Harmonisierung der Arzneimittelzulassungen sei es ein „reiner Formalakt“, ein Arzneimittel, das in einem EG-Land zugelassen ist, in einem anderen ebenfalls genehmigt zu bekommen, ist dies nicht überzeugend. Mag der Antragsteller jeweils vor der Einfuhr nach Deutschland den bloßen „Formalakt“ veranlassen. Im Sinne der Rechts- und Arzneimittelsicherheit ist dies geboten. Denn weiterhin ist bei Arzneimitteln im Fall von Unstimmigkeiten zwischen Mitgliedsstaaten ein Schiedsverfahren vorgesehen. Bevor dieses Schiedsverfahren nicht aus- oder abgeschlossen ist, fehlt es an einer hinreichenden Harmonisierung bezüglich des jeweiligen Arzneimittels. Damit verbleibt es bei den Grundsätzen des EuGH (a.a.O. - Ortscheid).

5. Die Verstöße gegen das Versandverbot und gegen § 73 Abs. 1, 1. Alt. AMG sind wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG (vgl. BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch die Apotheken).
- II. Der Verfügungsanspruch bezüglich des Unterlassungsantrages b) (Werbung) folgt aus § 1 UWG i. V. m. §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 a und 10 HWG.

1. Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 HWG ist eine Werbung für den Versandhandel apothekenpflichtiger Arzneimittel unzulässig.

- a) Der Internetauftritt des Antragsgegners stellt eine Werbung in diesem Sinne dar.

Da das HWG auf den Vorgaben der Richtlinie 92/28/EWG über die Werbung für Humanarzneimittel (ABl. 1992, Nr. L 113 vom 30. April 1992, S. 13-18) beruht, ist die in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie aufgeführte Definition des Begriffes „Werbung“ grundsätzlich auch für das HWG maßgebend. Danach sind unter Werbung für Arzneimittel alle Maßnahmen zur Information, Marktuntersuchung und Schaffung von Anreizen zu verstehen, mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern. Soweit der Antragsgegner auf seiner Homepage nicht nur allgemeine Image- oder Unternehmenswerbung betreibt, die von den Vorschriften der Richtlinie und des HWG nicht umfasst ist (vgl. BGH, WRP 1995, 310 ff.), sondern auf dem Bestellformular seiner Internetseite Arzneimittel nach Indikationsgruppen unterteilt mit Preisangabe und Produktbeschreibung anbietet, liegt Werbung im Sinne der Richtlinie vor. Der Bezug der Medikamente in einer dem üblichen persönlichen Bedarf entsprechenden Menge wird dem Kunden in Form des Versandes per Boten von den Niederlanden nach Deutschland angeboten, so dass ganz gezielt auch für die Einfuhr nach § 73 Abs. 2 Ziff. 6 a AMG geworben wird (Landgericht Frankfurt a. M., a.a.O.).

- b) Das Werbeverbot ist mit dem EG-Recht vereinbar.

- aa) Hinsichtlich Art. 28, 30 EGV kann auf die vorstehenden Ausführungen zu B 1 verwiesen werden.

- bb) Die E-Commerce RL steht auch hier nicht entgegen. Denn gemäß § 1 Abs. 3 der Richtlinie bleibt das Schutzniveau insbesondere für die öffentliche Gesundheit und den Verbraucher

schutz, wie es sich aus Gemeinschaftsakten und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zu deren Umsetzung ergibt, unberührt. Gemäß Art. 14 Fernabsatzrichtlinie ist aber den Mitgliedsstaaten ausdrücklich erlaubt, Versandhandel mit Arzneimitteln zu untersagen. Dies muss dann notwendig auch für ein entsprechendes Werbeverbot gelten. Darf durch nationale Vorschriften die Durchführung des Versandhandels untersagt werden, muss ebenso eine Werbung für die Durchführung des Versandhandels verboten werden können, und sei es auch nur durch den gebotenen Hinweis auf den Internetseiten des Antragsgegners, dass ein Versandhandel nach Deutschland verboten ist, das Angebot des Antragsgegners sich also nicht an Verbraucher in Deutschland richtet.

2. Da der Antragsgegner zudem auch für den Bezug von in Deutschland nicht zugelassenen und ebenso für den Bezug von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln bei Privatverbrauchern wirbt, verstößt er zusätzlich gegen die Bestimmungen der §§ 3a und 10 HWG (ebenso Landgericht Frankfurt a. M., a.a.O.).
3. Die vorstehende Verstöße sind wettbewerbswidrig nach § 1 UWG (vgl. oben I 5).
- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Die Einfügung der Worte „in der Bundesrepublik Deutschland“ in den Unterlassungsantrag stellt eine bloße Konkretisierung dar, nicht aber eine teilweise Antragsrücknahme. Denn der Antragsteller hat in der Begründung seines Antrags hinreichend zum Ausdruck gebracht, nur ein Inlandsverbot erstreiten zu wollen.

- D. Eine Vorlage des Verfahrens an den EuGH ist nicht geboten.

Dem steht hier schon die Dringlichkeit einer Entscheidung im Verfügungsverfahren durch den Senat entgegen. Die europa-rechtlichen Vorgaben sind im Grundsatz hinreichend geklärt. Die erkennbaren Gefahren für den Schutz der Gesundheit und des Lebens der Verbraucher erfordern eine sofortige Entscheidung.

- E. Unter diesen Umständen hat der Senat auch davon abgesehen, gemäß §§ 936, 921 Abs. 2 ZPO eine Vollziehungssicherheit anzuordnen.

Grundsätzlich soll die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung nicht durch eine Sicherheitsleistung belastet werden. Zwar bietet hier die Finanzkraft des Antragstellers keine vollständige Gewähr, einen etwaigen Schadensersatzanspruch des Antragsgegners aus § 945 ZPO ohne weiteres erfüllen zu können. Andererseits ist die vorliegende Entscheidung nicht von Fragen der bloßen Glaubhaftmachung abhängig. Die Rechtslage erscheint wenig zweifelhaft. Auch der dringliche Gesundheitsschutz des Verbrauchers darf durch das Erfordernis einer Vollziehungssicherheit, die möglicherweise nicht aufgebracht werden kann oder soll, nicht verzögert werden.

Haase

Prietzl-Funk

Dr. Pahl



Kammergericht

Beschluss

Geschäftsnummer: 5 U 10150/00
103 O 192/00 Landgericht Berlin

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

V [REDACTED] S [REDACTED] W [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch den ersten Vorsitzenden [REDACTED] P [REDACTED],
[REDACTED]

Antragsteller und Berufungskläger,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte [REDACTED]
- [REDACTED]
[REDACTED]

g e g e n

J [REDACTED] W [REDACTED]
[REDACTED]

Antragsgegner und Berufungsbeklagter,

- Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt [REDACTED],
[REDACTED]

hat der 5. Zivilsenat am 19. Juni 2001 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Haase, die Richterin am Kammergericht Prietzel-Funk und den Richter am Kammergericht Dr. Pahl **b e s c h l o s s e n**:

Das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts vom 29. Mai 2001 - Az. 5 U 10150/00 - wird wegen eines offensichtlichen Schreibfehlers dahin gemäß § 319 ZPO berichtigt, dass es in Ziff. I b) vor „den Bezug“ heißen muss: „für“.

Haase

Prietzel-Funk

Dr. Pahl

Abschrift



KAMMERGERICHT

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:

5 U 10150/00

103 O 192/00 Landgericht Berlin

Verkündet am : 29. Mai 2001

Lohey

Justizsekretärin

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

V. [REDACTED] S. [REDACTED] W. [REDACTED],
vertreten durch den ersten Vorsitzenden [REDACTED] F. [REDACTED]
[REDACTED]

Antragsteller und Berufungskläger,

- Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED]

g e g e n

J. W. [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

Antragsgegner und Berufungsbeklagter,

- Verfahrensbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

hat der 5. Zivilsenat des Kammergerichts durch den Vorsitzender Richter am Kammergericht Haase, die Richterin am Kammergericht Prielzel-Funk und den Richter am Kammergericht Dr. Pahl auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 2001 für **R e c h t** erkannt:

I. Auf die Berufung des Antragstellers wird das Urteil der Kammer für Handelssachen 103 des Landgerichts Berlin vom 7. November 2000 abgeändert:

Dem Antragsgegner wird im Wege einstweiliger Verfügung bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der zukünftigen Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, untersagt,

im geschäftlichen Verkehr apothekenpflichtige Arzneimittel

a) für den Endverbraucher in der Bundesrepublik Deutschland im Wege des Versandes in den Verkehr zu bringen,

b) den Bezug im Wege des Versandhandels durch den letzten Verbraucher in der Bundesrepublik Deutschland zu bewerkstelligen.

II. Der Antragsgegner hat die Kosten beider Rechtszüge zu tragen.

T a t b e s t a n d :

Der Antragsteller ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, die gewerblichen Interessen seiner Mitglieder zu wahren, insbesondere darauf zu achten, dass die Regeln des lautereren Wettbewerbs eingehalten werden.

Der Antragsgegner ist niederländischer Apotheker. Er ist Inhaber der Internet-Domain ~~XXXXXXXXXX~~ "XXXXXXXXXX.com" und betreibt unter dieser Domain eine Internet-Apotheke. Es handelt sich hierbei um eine Apotheke, die einschließlich ihres Internet-Auftritts nach niederländischem Recht durch ein von der niederländischen "Gesundheitsbehörde" gestellten Inspektor abgenommen wurde. Neben dem Verkauf von Arzneimitteln in den Betriebsräumen der Apotheke vertreibt der Antragsgegner auch über das Internet verschiedene aufgelistete Arzneimittel. Die Kunden können sich unter der Internetadresse über Arzneimittel informieren, Fragen an Pharmazeuten stellen und

sowohl verschreibungspflichtige, als auch frei verkäufliche Arzneimittel bestellen. Die individuell bestellten Arzneimittel werden - ggf. nach Einsendung des entsprechenden ärztlichen Rezeptes - von den Niederlanden per Boten an den Besteller abgegeben. Dabei wird darauf geachtet, dass nur die für den persönlichen Bedarf üblichen Mengen bezogen werden. Eine persönliche Beratung kann der Patient per E-mail oder telefonisch einholen. Zur Beantwortung allgemeiner Fragen zur Gesundheit oder zu Arzneimitteln stehen drei approbierte Apotheker, eine Ärztin und pharmazeutisch-technische Assistenten zur Verfügung. Das Internetangebot ist auch in deutscher Sprache abrufbar. Die Zulassung der Arzneimittel richtet sich nach niederländischem Recht. Hinsichtlich der Verschreibungspflicht wird bei unterschiedlicher Regelung in den Niederlanden und dem Empfangsstaat die jeweils strengere Regelung zugrunde gelegt.

Der Antragsteller ist der Ansicht, die Internet-Aktivitäten des Antragsgegners stellten einen Versandhandel von Arzneimitteln dar und verstießen gegen § 43 Abs. 1 AMG. Ferner verstoße das Geschäftsgebaren des Antragsgegners gegen das Werbeverbot nach § 8 Abs. 1 HWG. Der Verstoß gegen diese Vorschrift sei zugleich eine Verletzung von § 1 UWG.

Das Landgericht hat den Verfügungsantrag zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die rechtzeitig eingelegte Berufung des Antragstellers.

Von der weiteren Darstellung des Tatbestandes wird entsprechend § 543 Abs. 1, 1. Alt. ZPO abgesehen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

- A. Die Berufung ist begründet.
 - I. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist zulässig.
 - 1. Die nationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ist trotz des Auslandsbezuges gegeben.
 - a) Diese Zuständigkeit folgt zum einen aus § 5 Nr. 3 EuGVÜ. Danach kann eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates hat, in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung, oder eine Handlung, die einer

unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Unter den Begriff der unerlaubten Handlung im Sinne dieser Vorschrift fallen auch Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb (BGH, NJW 1988, 1466; GRUR 1998, 419 - Gewinnspiel im Ausland; GRUR 1998, 945 - Co-Verlagsvereinbarung; Kropholler, EuZPR, 6. Aufl., Art. 5 Rdz. 57). Als Ort des schädigenden Ereignisses gelten bei den hier gegebenen Distanzdelikten (Internet-Versandhandel) sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort (EuGH, Urteil vom 30. November 1976 - 21/76, Bier/Mienes de potasse d'Alsace; Kropholler, a.a.O., Rdz. 62). In Bezug auf den vorliegenden Fall, in dem der Antragsteller Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb geltend macht, hatte dieser mithin die Wahl, den Antragsgegner entweder in den Niederlanden oder in Deutschland in Anspruch zu nehmen. Es ist deshalb für das Internet-Angebot des Antragsgegners nicht nur der Standort des Servers (Niederlande), sondern jeder Ort maßgeblich, an dem das Medium Internet bestimmungsgemäß und nicht zufällig abrufbar ist. Unstreitig richtet sich das Internetangebot des Antragsgegners auch an Interessenten in der Bundesrepublik Deutschland.

- b) Darüber hinaus regelt Art. 24 EuGVÜ für den einstweiligen Rechtsschutz, dass nationale Gerichte auch dann zuständig sind, wenn für die Hauptsachenentscheidung das Gericht eines anderen Vertragsstaates nach dem EuGVÜ zuständig wäre (vgl. Bernreuther, WRP 2001, 513, 515). Vorliegend geht es um einen einstweiligen Rechtsschutz.
- c) Das in Art. 3 der E-Commerce RL (Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000) festgelegte "Prinzip des Herkunftsortes" steht dem nicht entgegen.

Art. 1 Abs. 4, 2. Alt. E-Commerce RL enthält den ausdrücklichen Hinweis, dass sich diese Richtlinie weder mit der Zuständigkeit der Gerichte befasst noch zusätzliche Regeln im Bereich des internationalen Privatrechts geschaffen werden sollen.

Wenn Art. 3 Abs. 1 E-Commerce RL den "Herkunftsstaaten" aufgibt, für eine effektive Aufsicht über die Dienstleister zu sorgen und Art. 18 Abs. 1 E-Commerce RL hinreichende Klagemöglichkeiten verlangt, folgt daraus keine Beschränkung der Rechtsdurchsetzung

nur im Herkunftsland (so aber Bernreuther, a.a.0., der insoweit allerdings auch einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG bejaht, S. 518 ff.). Gerade im Hinblick auf Art. 1 Abs. 4, 2. Alt. E-Commerce RL sollen Aufsicht und Klagemöglichkeit im Herkunftsland (hier die Niederlande) nur den dortigen Inländer abschließend hinreichend schützen; einem EG-Ausländer am Erfolgsort (hier die Bundesrepublik Deutschland) soll insoweit nur ein zusätzlicher Schutz gewährt werden, und zwar neben einem solchen gerichtlichen Schutz aus der Zuständigkeit der nationalen Gerichte des EG-Ausländers am Erfolgsort.

2. Der Antragsteller ist klagebefugt im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG.
 - a) Der maßgebende räumliche Markt wird im Wesentlichen durch die Reichweite der Geschäftstätigkeit des werbenden Unternehmens bestimmt (BGH, GRUR 1996, 804, 805). Hier erstreckt sich der räumliche Markt - da der Antragsgegner im Internet wirbt - jedenfalls auch auf den bundesweiten Bereich (vgl. KG, 25. ZS, Beschluss vom 12. Februar 2001, MD 2001, 407, 408 - Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel).
 - b) In sachlicher Hinsicht wird der einschlägige Markt durch den Begriff der Waren oder gewerblichen Leistungen gleicher oder verwandter Art gekennzeichnet. Die Begriffe sind weit auszulegen (BGH, GRUR 1997, 479, 480 - Münzangebot).
 - aa) Die beiderseitigen Waren (Leistungen) müssen sich in ihrer Art so gleichen oder nahestehen, dass der Absatz der Ware des einen Mitbewerbers durch ein wettbewerbswidriges Handeln des anderen beeinträchtigt werden kann (BGH, WRP 1998, 42, 45 - unbestimmter Unterlassungsantrag III; WRP 2000, 389, 391 - Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; Köhler in Köhler/Piper, UWG; 2. Aufl., § 13 Rdn. 13). Vorausgesetzt wird das Vorliegen eines mindestens abstrakten Wettbewerbsverhältnisses. Das bedeutet, dass eine nicht gänzlich unbedeutende (potentielle) Beeinträchtigung mit einer gewissen - sei es auch nur geringen - Wahrscheinlichkeit in Betracht kommt (BGH, WRP 1996, 1102, 1103 - Großimporteur; Köhler, a.a.0., m. w. N.). Die Beteiligten müssen nicht derselben Wirtschafts- oder Handelsstufe angehören (BGH, GRUR 1996, 804, 805 - Preisrätselgewinnauslosung III; a.a.0., Unbestimmter Unterlassungsantrag III; GRUR 1997, 541, 542 - Produkt-Interview), insbesondere stehen sich Hersteller und Vertreiber gleich (Köhler, a.a.0.). Es genügt, dass ein potentieller (bzw. künftiger) Wettbewerb behin-

dert wird. Ausreichend ist ferner, dass die Behinderung sich aus der irrigen Annahme des Verkehrs von der Substituierbarkeit der angebotenen Güter ergeben kann (BGH, GRUR 1981, 529, 530 - Rechtsberatungsanschein). Ein abstraktes Wettbewerbsverhältnis kann auch zwischen dem Vertrieb von Waren (z. B. Arzneimitteln) und von Dienstleistungen (z. B. Heilung in Sanatorien) bestehen (BGH, a.a.O., Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; WRP 1998, 312, 318 - Lebertran I). „Verwandte“ Waren sind in Bezug auf einzelne Arzneimittel nicht nur die unmittelbar damit konkurrierenden, sondern (wegen der Produktionsflexibilität der Hersteller) sämtliche Arzneimittel (BGH, WRP 1998, 177, 179 - Fachliche Empfehlung III), darüber hinaus ggf. auch Medizinprodukte (BGH, WRP 1998, 181, 183 - Warentest für Arzneimittel; a.a.O., Lebertran I), Kosmetika (BGH GRUR 1997, 681, 682 - Produktwerbung) und Nahrungsergänzungsmittel. In Bezug auf Nahrungsergänzungsmittel, insbesondere Vitaminpräparate, besteht ein abstraktes Wettbewerbsverhältnis zu Lebensmitteln, Naturheilmitteln, diätetischen Mitteln und Arzneimitteln (BGH, a.a.O., Produkt-Interview).

- bb) Der Antragsgegner bietet ein „Startsortiment“ von rd. 350 Medikamenten, darunter Arzneimittel für die Haus- oder Reiseapotheke und Langzeitmedikation wie die Antibabypille an. Darunter befinden sich rezeptpflichtige und auch nur apothekenpflichtige Arzneimittel.
- cc) Dem Antragsteller gehören zwar nach seinem glaubhaft gemachten Vortrag bloß zwei Apotheker an.

Da der Antragsgegner aber nur ein ausgewähltes Sortiment an Arzneimitteln anbietet, somit nur deren Absatz fördert, stehen auch die dem Antragsteller angehörenden 58 Hersteller und Vertreiber pharmazeutischer Produkte in einem abstrakten Wettbewerbsverhältnis. Angesichts der Breite des Arzneimittelangebots und einer fehlenden abschließenden Festlegung des Sortiments des Antragsgegners ist ein zumindest potentieller Wettbewerb ebenso zu dem einen Betreiber von Krankenhäusern, den vier Betreibern von Kurkliniken und zehn Betreibern von Kliniken gegeben, ebenso zu den 21 Anbietern von Medizinprodukten, 31 Anbietern und Herstellern von Naturheilmitteln, Naturkosmetik und Öko-Produkten, zwei Sanitätshäusern, sieben Kosmetikerherstellern und zwei großen Lebensmittelketten mit einem erheblichen Angebot von Nahrungsergänzungsmitteln.

- c) Unter diesen Umständen gehört dem Antragsteller eine erhebliche Zahl zumindest potentiell betroffener Gewerbetreibender an (dahingehend schon KG, 25. ZS, a.a.0., S. 408 - Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel).
- aa) Insoweit kommt es weder auf die Mitgliedschaft einer bestimmten Mindestzahl, noch auf die Mehrheit der Mitbewerber an. Erforderlich und ausreichend ist, dass Gewerbetreibende aus der einschlägigen Branche im Verband nach Anzahl und/oder Gewicht und Marktbedeutung oder wirtschaftlichem Gewicht repräsentativ vertreten sind, so dass ein mißbräuchliches Vorgehen des Verbandes ausgeschlossen ist (BGH, WRP 1996, 1102, 1103 - Großimporteur; Köhler, a.a.0., § 13 Rdn. 21 m. w. N.). Es ist darauf abzustellen, ob die Zahl und wirtschaftliche Bedeutung der branchenzugehörigen Verbandsmitglieder den Schluss darauf zulässt, dass nicht lediglich Individualinteressen einzelner, sondern objektive gemeinsame (kollektive) gewerbliche Interessen der Wettbewerber wahrgenommen werden (BGH, a.a.0., S. 1037 - Großimporteur; KG, 25. Zivilsenat, a.a.0. - Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel; Köhler, a.a.0., § 13 Rdn. 21).
- bb) Angesichts der Vielzahl von Mitgliedern mit unterschiedlichen Sortimentsbereichen, unterschiedlicher Stellung im Absatzweg und stark differierender Marktbedeutung kann beim Antragsteller von einem hinreichend repräsentativen Mitgliederbestand ausgegangen werden.
- cc) Die Frage, ob auch der Hersteller allein durch die Art und Weise des Vertriebs seiner Produkte durch den Einzelhandel (hier im Wege des Versands) in eigenen wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt (und somit ebenfalls zu den „betroffenen“ Mitgliedern des Verbandes zu zählen) sein kann (offengelassen in KG, 25. ZS, a.a.0., Versandhandelswerbung für apothekenpflichtige Arzneimittel), muss nach den vorstehenden Ausführungen auch hier nicht entschieden werden.
3. Ein Verfügungsgrund gemäß §§ 935, 940 ZPO ist gegeben.
- a) § 25 UWG begründet in dem hier gegebenen Anwendungsbereich für Unterlassungsansprüche aus dem UWG eine widerlegbare tatsächliche Vermutung der Dringlichkeit. Ist sie widerlegt, obliegt es dem Antragsteller, die Dringlichkeit darzulegen und glaubhaft zu ma-

chen (Köhler, a.a.O., § 25 Rdn. 13). Die Vermutung der Dringlichkeit ist widerlegt, wenn der Antragsteller durch sein Verhalten selbst zu erkennen gibt, dass es ihm nicht so eilig ist (Köhler, a.a.O., Rdn. 15). Das ist der Fall, wenn er längere Zeit zuwartet, obwohl er vom Wettbewerbsverstoß und der Person des Störers Kenntnis hat (Köhler, a.a.O.). Die Dauer des zulässigen Zuwartens ist abhängig von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere von der Art des Verstoßes, der Erforderlichkeit von Ermittlungen und der Reaktion des Gegners auf eine Abmahnung (OLG Köln, GRUR 1993, 567 und 685; OLG Brandenburg, WRP 1998, 97; Köhler, a.a.O., § 25 Rdn. 15 m. w. N.). In der Regel sollte das Zuwarten deutlich unter der 6-Monats-Grenze des § 21 UWG (Verjährung) liegen; jedenfalls ein Zuwarten von ein (OLG Düsseldorf, NJWE-WettbR 1999, 15, 16) bis drei Monaten (OLG Stuttgart, WRP 1981, 668, 670) soll unschädlich sein (weitergehend OLG Hamburg, WRP 1996, 774: Regelfrist von sechs Monaten). Bei Verbänden ist nicht generell ein großzügigerer Maßstab als bei Gewerbetreibenden anzulegen (OLG München, GRUR 1980, 329, 330; Köhler, a.a.O., § 25 Rdn. 17; a.A. OLG Frankfurt, GRUR 1988, 849; Pastor/Ahrens/Traub, Der Wettbewerbsprozess, 4. Aufl., Kap. 49 Rdn. 23).

- b) Vorliegend hatte der Antragsteller in dem vor dem Landgericht Hamburg geführten Verfügungsverfahren gegen den Vorinhaber der „Internet-Apotheke“ aus der Widerspruchschrift vom 11. Juli 2000 unter Beifügung des Kaufvertrages vom 1. Juli 2000 von der Inhaberschaft des Antragsgegners erfahren und am 2. Oktober 2000 den vorliegenden Verfügungsantrag gestellt, mithin etwa zweieinhalb Monate nach Kenntniserlangung. Allerdings hatte das Landgericht Hamburg im dortigen Verfahren (406 O 156/00) erst am 29. September 2000 die bereits im Beschlusswege erlassene Verfügung wegen des Inhaberwechsels aufgehoben. Der Antragsteller konnte deshalb bis zu dieser Entscheidung an einem Inhaberwechsel zweifeln. Dies gilt um so mehr, als die ihm übermittelte Kopie des Kaufvertrages wenig lesbar war. Darüber hinaus stand der Wechsel vom 1. Juni 2000 in einem auffälligen zeitlichen Zusammenhang zu der Beschlussverfügung des Landgerichts Hamburg vom 29. Juni 2000. Die eidesstattliche Versicherung zur Glaubhaftmachung des Inhaberwechsels ist erst im Termin vom 29. September 2000 im Original vorgelegt worden. Noch gewichtiger ist der Umstand, dass mit dem Inhaberwechsel von Hamburg nach den Niederlanden die - für den innerdeutschen Arzneimittelversandhandel eindeutige - Rechtslage durch den nunmehr gegebenen europäischen Bezug ganz erheblich schwieriger einzuschätzen war. Unter diesen Umständen kann ein Zeitraum von zweieinhalb Monaten bis zum Abschluss des Verfahrens in Hamburg und zur Prüfung der „europäischen“ Rechtslage vorliegend noch hingenommen werden.

B. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist begründet.

I. Der Verfügungsanspruch bezüglich des Unterlassungsantrages a) („in den Verkehr bringen“) folgt aus § 1 UWG i. V. m. §§ 43 Abs. Satz 1, 73 Abs. 1 Ziff. 1 AMG.

1. Nach § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG dürfen apothekenpflichtige Arzneimittel - außer in den Fällen des § 47 AMG - berufs- oder gewerbsmäßig für den Endverbrauch nur in Apotheken und nicht im Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden.

a) Dieses gesetzliche Verbot des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln bezweckt - ebenso wie das Versandverbot der Apothekenbetriebsordnung - die Arzneimittelsicherheit dadurch zu verbessern, dass eine Beratung durch den Apotheker gewährleistet wird (BGH, GRUR 2001, 178, 180 - Arzneimittelversand durch Apotheken m. w. N.). Mit der durch das 8. Änderungsgesetz zum Arzneimittelgesetz vom 7. September 1998 eingefügten Wendung „und nicht im Wege des Versandes“ hat der Gesetzgeber das Verbot des Arzneimittelversandes bekräftigt und klargestellt, dass großflächige Ausnahmen wie im Falle allgemeiner Zulassung des Arzneimittelversandes nicht seinem Willen entsprechen (BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken).

b) Das an Apotheker gerichtete Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln verstößt nicht gegen das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit nach dem nationalen Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG.

Das Versandverbot ist zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet, denn es stellt sicher, dass Arzneimittel grundsätzlich nur in den Apothekenbetriebsräumen abgegeben werden und eröffnet damit im Interesse der Arzneimittelsicherheit die Möglichkeit zur Information und Beratung der Kunden (BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken). Dass eine Beratung und Information in den Apothekenbetriebsräumen nicht in jedem Einzelfall erforderlich ist, schadet nicht, da dem Gesetzgeber bei Regelungen der Berufsausübung eine generalisierende Betrachtungsweise verfassungsrechtlich erlaubt ist (BVerfG, NJW 2000, 1781 m. w. N.; BGH, a.a.O. - Arzneimittelversand durch Apotheken). Auch eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe führt zu dem Ergebnis, dass die Grenzen der Zumutbarkeit hier

nicht überschritten sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 17 ApoBetrO und § 43 AMG nicht jeglichen Versand von Arzneimitteln verbieten, sondern dass bei unabwiesbarer Notwendigkeit im Patienteninteresse verfassungskonforme Ausnahmen im Einzelfall möglich sind und auch Botenzustellungen bei Sachbedürfnis im Patienteninteresse von Fall zu Fall erfolgen können. Außerdem sind der Versandhandel mit nicht apothekenpflichtigen Arzneimitteln und der Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel in den Fällen des § 47 AMG nach wie vor erlaubt (BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken). Die weitere Frage nach dem Umfang des Grundrechtsschutzes des Antragsgegners kann hier insoweit dahingestellt bleiben.

- c) Der Verordnungsgeber hat in § 17 Abs. 1 und 2 ApoBetrO - der durch § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG n. F. eine authentische Interpretation erfahren hat (BGH, a.a.O. - Arzneimittelversand durch Apotheken) - die Möglichkeit der Versendung von Arzneimitteln eingeschränkt, weil dies aus Gründen der Arzneimittelsicherheit geboten sei und bei der Abgabe der Arzneimittel die Information und Beratung des Kunden grundsätzlich gewährleistet sein müsse (BGH, a.a.O. - Arzneimittelversand durch Apotheken m. w. N.). Dabei hat der BGH (a.a.O.) offen gelassen, ob das Versandverbot auch dazu bestimmt und geeignet sei, im Interesse der Arzneimittelsicherheit möglichen Transportgefahren zu begegnen. Die wachsende Zahl der Arzneimittelspezialitäten verlange den wissenschaftlich gebildeten Apotheker. Nur er sei in der Lage, den Überblick über die Arzneimittel zu behalten; er könne sogar dem Arzt beratend zur Seite stehen (BGH, a.a.O., unter Hinweis auf BVerfGE 17, 232, 239). Auch der Arzt könne deshalb Arzneimittel grundsätzlich nicht im Wege des Versandhandels von Apotheken beziehen (BGH, a.a.O.). Dies gelte ebenso für Arzneimittel, bei denen eine Beratung und Information des Arztes nicht unbedingt erforderlich wäre oder bei den möglicherweise eine schriftliche oder telefonische Beratung und Information des Arztes ausreichen würde. Dem Verordnungsgeber müsse es aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit grundsätzlich gestattet sein, generalisierende Regelungen zu treffen (BGH, a.a.O.).
- d) Der Antragsgegner bringt apothekenpflichtige Arzneimittel im Wege des Versandes an den Endverbraucher in Deutschland in den Verkehr.

Das Angebot des Antragsgegners richtet sich auch an deutsche Kunden, wie sich im Übrigen bereits aus der Gestaltung der Internet-Homepage des Antragsgegners ergibt, die den

deutschen Benutzern das Aufrufen eines deutschsprachigen Bestellformulars ermöglicht. Nicht nur bei dem Versand per Post, sondern auch bei der Zustellung per Boten liegt ein Inverkehrbringen in den Geltungsbereich des AMG vor. Durch die körperliche Übergabe der bestellten Medikamente an den Boten in den Niederlanden wird dem deutschen Kunden nämlich noch keine Verfügungsgewalt über die bestellten Präparate eingeräumt. Vielmehr wird die Zustellung der Arzneimittel allein durch die Internet-Apotheke organisiert. Der deutsche Kunde erhält erst dann die Verfügungsgewalt über die Arzneimittel, wenn sie bei ihm in Deutschland eintreffen. Daher sind sämtliche zuvor erfolgten Versandhandlungen dem Antragsgegner und nicht den deutschen Kunden zuzurechnen. Sofern in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Antragsgegners insoweit etwas anderes vereinbart sein sollte, vermag dies an den tatsächlichen Gegebenheiten nichts zu ändern. Da der Antragsgegner die Arzneimittel versendet, ohne dass diese zuvor in den Räumlichkeiten der Apotheke angeboten und verkauft wurden, liegt ein Inverkehrbringen außerhalb der Apotheke vor. Schließlich bringt der Antragsgegner die Medikamente auch im Wege des Versandes in Verkehr, denn die Arzneimittel werden nicht unmittelbar in den Apothekenräumen an den Verbraucher ausgehändigt, sondern auf Veranlassung des Verkäufers zunächst an einen anderen Ort als an den Ort der Verkaufsniederlassung gebracht, von wo aus sie dann erst dem Endverbraucher übergeben werden (Landgericht Frankfurt a. M., Urteil vom 9. November 2000, Az 2-03 O 365/00).

Damit ist ein Verstoß gegen § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG gegeben.

2. Da der Antragsgegner unstreitig auch im Geltungsbereich des AMG nicht zugelassene oder registrierte Arzneimittel an den privaten Endverbraucher nach Deutschland verbringt, liegt ebenso ein Verstoß gegen § 73 Abs. 1 Nr. 1 AMG vor. Dies hat der Antragsteller mit seiner Bezugnahme auf das Urteil des Landgerichts Frankfurt a.M. vom 9. November 2000 (a.a.O.) auch geltend gemacht.
3. Die Anwendung der §§ 43 Abs. 1 Satz 1, 73 Abs. 1 Nr. 1 AMG ist hier nicht ausnahmsweise gemäß § 73 Abs. 2 Ziff. 6 a, Abs. 4 AMG ausgeschlossen.

Nach § 73 Abs. 2 Ziff. 6 a AMG dürfen zulassungspflichtige Arzneimittel von Endverbrauchern in Deutschland aus anderen Mitgliedsstaaten der EU bezogen werden, wenn die

Arzneimittel im Herkunftsland in den Verkehr gebracht werden dürfen und ohne gewerbs- oder berufsmäßige Vermittlung in einer dem üblichen persönlichen Bedarf entsprechenden Menge von dem Endverbraucher bezogen werden.

- a) Vorliegend sind die von dem Antragsgegner vertriebenen Arzneimittel unstreitig in den Niederlanden zugelassen. Sie dürfen daher rechtmäßig im Herkunftsland in den Verkehr gebracht werden.
- b) Unstreitig ist ebenso, dass der Antragsgegner die Arzneimittel nur in Mengen abgibt, die dem üblichen persönlichen Bedarf entsprechen.
- c) Es ist aber schon fraglich, ob vorliegend die Arzneimittel „ohne gewerbs- oder berufsmäßige Vermittlung“ bezogen werden.
 - aa) Allerdings legt der Wortlaut „Vermittlung“ nahe, dass dabei eine dritte Person in den Warenabsatz von der Apotheke zum Endverbraucher zwischengeschaltet wird. Dies ist vorliegend nicht der Fall.
 - bb) Wenn in der amtlichen Begründung (bei Kloesel/Cyran, AMG, § 73, vor Anm. 1) zu dem vorliegenden, mit dem 8. Änderungsgesetz eingefügten Tatbestandsmerkmal ausgeführt wird, damit solle klargestellt werden, dass die Möglichkeit des Bezugs durch Patienten und Verbraucher nicht für gewerbsmäßige oder berufsmäßige Vermittler gilt, so geht dies an sich an der Bedeutung des Wortes „Vermittler“ vorbei. Denn ein Vermittler bezieht nicht selbst die Waren, sondern er hilft nur, die Beziehung zwischen Händler und Abnehmer herzustellen, also „zu vermitteln“.
 - cc) Es könnte eine den Wortlaut einschränkende Auslegung in Betracht kommen dahin, dass die Bezugsquelle des Endverbrauchers (die EG-ausländische Apotheke) und der „Vermittler“ auch personenidentisch sein können, diesen Apotheken also insgesamt eine „berufs- und gewerbsmäßige Vermittlung“ bei einem grenzüberschreitenden Arzneimittelbezug untersagt sein soll.

Zwar handelt ein Apotheker bei der Abgabe von Arzneimitteln an Endverbraucher an sich immer „berufsmäßig“. Eine „berufsmäßige Vermittlung“ beinhaltet aber über das bloße

„Sich-zur-Verfügung-halten“ eine zusätzliche, auf eine aktive Beeinflussung und Förderung gerichtete Tätigkeit zur Vermehrung des Arzneimittelabsatzes im Wege der Versendung. „Ohne berufsmäßige Vermittlung“ bedeutet dann „ohne berufsmäßigen Versandhandel“ (Landgericht Frankfurt a.M., a.a.O.; Rehmann, AMG § 73 Rdn. 10; Deutsch/Lippert/Ratzel, AMG, § 73 Rdn. 5).

- (1) Für eine solche Auslegung spricht allerdings nicht notwendig der Umstand, dass § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG als Ausnahmevorschrift eng auszulegen ist. Damit kann nur einer über den Wortlaut hinausgehenden Interpretation entgegengewirkt, nicht aber eine den Wortlaut einschränkende Auslegung zwingend belegt werden.

Die Regelung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG geht auf zwei Entscheidungen des EuGH zurück (Slg 1989, 617 - Schumacher und Slg 1992, 2575 - Kommission/Bundesrepublik Deutschland). In beiden Verfahren hatte sich die Bundesrepublik Deutschland unter Hinweis auf das in Deutschland geltende Apothekenmonopol eindringlich dagegen gewehrt, dass durch Privatpersonen für den eigenen Bedarf in EG-ausländischen Apotheken Arzneimittel gekauft werden können, die dann auf dem Versandwege nach Deutschland eingeführt werden sollten. Beiden Entscheidungen des EuGH lag ein bloßer singulärer Gelegenheitskauf zugrunde. Es spricht alles dafür, dass der deutsche Gesetzgeber bei der „Umsetzung“ der beiden EuGH-Entscheidungen den damit gebotenen Ausnahmereich nicht weiter ziehen wollte, als dieser eben durch diese Entscheidungen erzwungen worden war. Zum Ausdruck kommt dies insbesondere in § 8 Abs. 2, 2. Alt. HWG, in dem der Arzneimittelbezug gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG als „Einzeleinfuhr“ bezeichnet und mit einem Werbeverbot belegt worden ist.

- (2) Die vorstehende Auslegung ist aber nicht frei von Zweifeln. Denn in den oben genannten EuGH-Entscheidungen ist der Gesichtspunkt eines singulären Gelegenheitskaufes nicht tragend zum Ausdruck gekommen. Auch hat der deutsche Gesetzgeber den Ausnahmecharakter des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG deshalb betont und insoweit ein Werbeverbot erlassen, weil Einzeleinfuhren von Arzneimitteln durch werbliche Aktivitäten letztlich einen solchen quantitativen Umfang erreichen könnten, dass de facto die nationalen arzneimittelrechtlichen Zulassungsvorschriften unterlaufen werden könnten (vgl. Doepner, HWG, 2. Aufl., § 8 Rdn. 47 m. w. N.). Der EuGH (Slg 1994, 5243 - Ortscheid) hat bei dem

damaligen Stand der Harmonisierung der nationalen Zulassungsverfahren das auf § 73 Abs. 3 AMG bezogene Werbeverbot des § 8 Abs. 2, 3. Alt. HWG als gerechtfertigt angesehen. § 73 Abs. 3 AMG bezieht sich aber nur auf die Einfuhr nicht im AMG-Bereich zugelassener (oder registrierter oder freigestellter) Arzneimittel, während § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG sowohl insoweit zugelassene als auch nicht zugelassene (usw.) Arzneimittel erfasst. Hinsichtlich der Einzeleinfuhr von im AMG-Bereich zugelassenen Arzneimitteln können Ausnahmecharakter und Werbeverbot im Falle des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG gerade nicht auf die Gefahr einer Umgehung nationaler (deutscher) Zulassungsregelungen gestützt werden. Insoweit wäre auch ein grenzüberschreitendes Versandhandelsverbot mit zugelassenen Arzneimitteln kaum mit dieser Begründung zu rechtfertigen.

- d) Es fehlt aber bei dem vorliegenden Versandhandel an der Voraussetzung eines Beziehens der Arzneimittel im Sinne des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG. Denn ein dahingehendes „Beziehen“ erfordert einen Kauf der Arzneimittel unter persönlicher Anwesenheit in der EG-ausländischen Apotheke, auch wenn die Ware dann im Versandwege importiert wird.
- aa) Allerdings umfasst der Wortlaut „Arzneimittelbezug“ an sich sowohl den Kauf unter persönlicher Anwesenheit als auch den Kauf durch telefonische oder schriftliche Bestellung oder unter Nutzung des Internet.
- bb) Insoweit ist aber eine einschränkende Auslegung gerechtfertigt und geboten.
- (1) Den beiden oben genannten EuGH-Entscheidungen (Schumacher und Kommission), die Anlass der Regelung in § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG waren, lag zugrunde, dass eine Privatperson in einer Apotheke in einem anderen Mitgliedsstaat ein Arzneimittel zum persönlichen Gebrauch gekauft hatte, um es im Wege des Versandes nach Deutschland einzuführen. Dem Hinweis der Bundesrepublik Deutschland auf das in Deutschland bestehende Apothekenmonopol begegnete der EuGH mit dem Argument, dass der Kauf in einer Apotheke in einem anderen Mitgliedsstaat (angesichts der weitgehenden Harmonisierung der Voraussetzungen für den Zugang zum Beruf des Apothekers und der Bedingungen für die Ausübung dieses Berufes) eine Garantie biete, die derjenigen gleichwertig sei, die auf dem Verkauf des Arzneimittels durch eine Apotheke im Einfuhrstaat beruhe

(Rdn. 20 - Schumacher; Rdn. 17 - Kommission). Bei den Garantien hat der EuGH die Information und Beratung sowie die Gewährleistung der Qualität berücksichtigt (Rdn. 9 - Schumacher).

In der Tat ist bei dem Kauf der Arzneimittel in einer Apotheke (vgl. EuGH, a.a.O., Rdn. 7, 19, 20, 22 - Schumacher; EuGH, a.a.O., Rdn. 1, 17, 27 - Kommission) an sich das persönliche Informations- und Beratungsgespräch möglich. Etwaige sprachliche Probleme lässt der EuGH - wenn er sie überhaupt erwähnt (Rdn. 20 - Kommission) - nicht durchgreifen, ebensowenig Transportrisiken des Postweges (Rdn. 21 - Schumacher). Denn in § 73 Abs. 2 Nr. 6 und 7 AMG habe die Bundesrepublik Deutschland das Einführen von Arzneimitteln im Reiseverkehr zum privaten Verbrauch erlaubt und der Postweg biete keine höheren Risiken.

Damit hat der EuGH das Apothekenmonopol in Deutschland aber auch insoweit als sachlich gerechtfertigt hingenommen, als es eine persönliche Informations- und Beratungsmöglichkeit gewährleisten soll. Seine Entscheidungen zur Einfuhrerlaubnis setzten jeweils ausdrücklich voraus, dass die jeweilige Privatperson die Arzneimittel „in einer Apotheke“ im EG-Ausland gekauft hat (Rdn. 22 - Schumacher; Rdn. 27 - Kommission).

- (2) Angesichts des Widerstandes, den die Bundesrepublik Deutschland in den Verfahren des EuGH gezeigt hat, erscheint es fernliegend, dass sie bei der Umsetzung der EuGH-Entscheidungen die eröffneten Einfuhrmöglichkeiten noch über das hinaus erweitern wollte, was der EuGH der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Absatzweges abgezwungen hatte. Der persönliche Einkauf in einer Apotheke mit anschließender Zusendung der Arzneimittel entspricht bezüglich der Informations- und Beratungsfunktion dem Gebot des Apothekenmonopols. Er steht dem in Deutschland vorgeschriebenen Apothekenhandel weiter näher als ein Versandhandel, der gerade auf den persönlichen Kontakt in einem Geschäft verzichten will. All dies gilt angesichts der (zeitlich nachfolgenden) Bekräftigung des Verbots des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln in § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG um so mehr. Es wäre geradezu widersinnig, wenn der bundesdeutsche Gesetzgeber einerseits verstärkte Anstrengungen gegen den Versandhandel in Deutschland unternehmen wollte, er andererseits aber den Versandhandel aus dem EG-Ausland über das EG-rechtlich Gebotene hinaus eröffnen wollte:

- (3) Auch das Gebot einer verfassungskonformen Auslegung spricht hier für die vorgenommene einschränkende Auslegung des Merkmals „beziehen“.

Denn bei einer Erlaubnis des Versandhandels nur für das EG-Ausland läge eine Benachteiligung der inländischen Apotheker vor. Zwar hat der BGH eine Inländerbenachteiligung aus Art. 28 EG am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich als gerechtfertigt angesehen und eine Grundrechtsverletzung verneint (BGH, GRUR 1985, 386 - Cocktailgetränk; kritisch hierzu Graser, DÖV 1998, 1004; Seltenreich/Heinz, ZLR 1998, 611; Heil/Dübbers, ZRP 2001, 207, 212 m. w. N.). Die Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen kann aber nur das EG-rechtlich notwendig Gebotene, nicht aber eine Ausdehnung der Ungleichbehandlung darüber hinaus.

- (4) Mit einer Einschränkung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG auf Fälle eines persönlichen Einkaufs in einer Apotheke - bei apothekenpflichtigen Arzneimitteln - wird der (reine) Versand wirksam ausgeschlossen, wie es den oben genannten Intentionen des bundesdeutschen Gesetzgebers entspricht. Der Bereich des § 73 Abs. 2 Nr. 6a AMG bleibt sinnvoll auf Einzelfälle des Reise- und grenznahen Verkehrs beschränkt.

- (5) Auch die Einschränkung „ohne gewerbliche Vermittlung“ wird lebensnah erfasst. Der persönliche Kauf in der Apotheke muss auch in Deutschland nicht notwendig durch den Patienten selbst erfolgen. Dieser kann eine andere Person schicken (Deutsch/Lippert/Ratzel, AMG, § 73 Rdn. 7 m. w. N.). Das könnte aber hier wiederum gravierende Umgehungsmöglichkeiten im Bereich des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG eröffnen, nämlich durch den Einsatz professioneller Boten oder Stellvertreter. Derartige berufs- oder gewerbsmäßige Vermittler sind deshalb konsequent ausgeschlossen worden.

- e) Die einschränkende Auslegung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG (persönlicher Kauf in einer Apotheke) ist mit den europa-rechtlichen Regelungen vereinbar.
- aa) Ein etwaiger Verstoß gegen den Grundsatz des freien Warenverkehr gemäß Art. 28 EGV (vgl. hierzu Landgericht Frankfurt a.M., a.a.O., S. 14 f.) wäre jedenfalls durch Art. 30 EGV gerechtfertigt. Denn die Beschränkung auf den persönlichen Kauf der apothekenpflichtigen Arzneimittel in einer Apotheke ist zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen notwendig.

- (1) Art. 30 EGV ist vorliegend anwendbar, da es an einer vollständigen Harmonisierung der nationalen Vorschriften auf dem Gebiet des Inverkehrbringens von Arzneimittelspezialitäten noch fehlt.
- (2) Die Gesundheit und das Leben von Menschen nehmen nach ständiger Rechtsprechung des EuGH (Slg 1994, 5243, 5264, Rdn. 16 - Ortscheid) unter den in Art. 30 EGV geschützten Gütern und Interessen den ersten Rang ein. Es ist Sache der Mitgliedsstaaten, in den durch den Vertrag gesetzten Grenzen zu bestimmen, in welchem Umfang sie deren Schutz gewährleisten wollen. Jedoch ist eine nationale Regelung oder Praxis, die eine die Einführen pharmazeutischer Erzeugnisse beschränkende Wirkung hat oder haben kann, mit dem Vertrag nur vereinbar, soweit sie für einen wirksamen Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen notwendig ist. Eine nationale Regelung oder Praxis fällt daher nicht unter die Ausnahmebestimmung des Art. 30 EGV, wenn die Gesundheit oder das Leben von Menschen genauso wirksam durch Maßnahmen geschützt werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken (EuGH, a.a.O., Rdn. 17 m. w. N.).
- (3) Das Erfordernis eines persönlichen Kaufs in einer Apotheke soll wie das Apothekenmonopol in erster Linie sicherstellen, dass dem Endverbraucher beim Kauf eines Arzneimittels die Möglichkeit einer persönlichen und qualifizierten Beratung durch den Apotheker bleibt. Das oben genannten Erfordernis ist dafür geeignet und notwendig, denn der persönliche Kontakt (auch Sichtkontakt) gewährleistet eine leichtere und eingehende Beratung als ein schriftlicher oder telefonischer Kontakt oder ein solcher per E-mail oder Internet. Informationen und Beratung zur arzneilichen Fragen berühren nicht selten einen sehr vertraulichen bis intimen Bereich, so dass ohne einen unmittelbaren persönlichen Kontakt die Gefahr groß ist, dass dahingehende Fragen zurückgestellt werden. Unabhängig vom jeweiligen Einzelfall ist im Hinblick auf das hohe Schutzgut Leben und Gesundheit eine generalisierende Betrachtung zulässig und geboten (vgl. BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch Apotheken, S. 179 und 181 zum grundgesetzlichen Maßstab). Soweit es auch in Deutschland hingenommen wird, dass Patienten andere Personen zum Kauf der Arzneimittel in die Apotheke schicken können, bezieht sich dies auf keine in irgendeiner Form institutionalisierte Praxis, sondern nur auf Einzelfälle. In die Apotheke wird in aller Regel auch eine Person des Vertrauens geschickt, die insoweit die Beratungsmöglichkeiten

durch den Apotheker wahrnehmen kann. Im Übrigen könnte durch den Apotheker auch selten ohne größeren Aufwand geklärt werden, ob die jeweils vor ihm stehende Person der Verbraucher des Arzneimittels ist.

- (4) Darüber hinaus bietet - jedenfalls derzeit - nur der persönliche Kauf in einer Apotheke eine hinreichende Gewähr für eine Qualität der Arzneimittel.

Der Aufbau einer Apotheke benötigt einen erheblichen Kapitaleinsatz. Der Kunde hat mit der Apotheke eine sichere Anschrift bei Reklamationen und bei einem etwaigen Regress ein Zugriffsobjekt. Schon deshalb wird der Apotheker um Qualität bemüht sein. Die Dauerhaftigkeit einer herkömmlichen Apotheke ermöglicht ebenso eine effiziente - auch präventive - Kontrolle durch Behörden und Wettbewerber.

Eine rein „virtuelle“ Internet-Apotheke kann über eine Internet-Adresse ohne größeren Kapitaleinsatz und -bindung eingerichtet werden, und zwar von jedem. Die Aussagen über Qualifikationen stehen allenfalls „virtuell“ im Internet. Eine Überprüfung gerade im EG-Ausland ist schwierig, für den Letztverbraucher oft unmöglich. Die Inhalte des Internets unterliegen - jedenfalls zur Zeit - keiner hinreichenden Kontrolle. Der notwendige Schutz von Leben und Gesundheit erfordert im Arzneimittelbereich zudem eine präventive Kontrolle. Internet-Apotheken können aber ohne weiteres mit erheblichen Gewinnchancen für kurze Zeit eingerichtet werden, um dubiose Arzneimittel oder gar Fälschungen abzusetzen. Es besteht derzeit kein hinreichendes Risiko für die Täter, ermittelt zu werden, bevor sie ihre Spuren im Internet verwischen, um anderswo erneut aufzutreten (vgl. Kloesel/Cyran, a.a.O., § 43 Anm. 12). Ein - auch grenzüberschreitendes - Versandhandelsverbot schließt zwar die illegale Einrichtung von Internet-Apotheken (oder das illegale Internet-Angebot nach Deutschland) nicht von vornherein aus. Der Letztverbraucher kann aber davor generell unter Hinweis auf das Versandhandelsverbot gewarnt werden und jeder Internet-Auftritt nach Deutschland ist sofort verfolgbar durch Behörden und Wettbewerber.

All dies ist unabhängig davon, dass im vorliegenden Fall von einer seriösen Internet-Apotheke auszugehen ist. Denn insoweit muss schon generell den Gefahren aus unseriösen Nachahmungen begegnet werden, insbesondere durch generelle Warnungen des Verbrauchers vor dem Versandhandel mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln und einer sofortigen Verfolgbarkeit eines derartigen Versandhandels durch Behörden und Wettbewerber.

- (5) Der Versandhandel mit Arzneimittel gefährdet darüber hinaus den Bestand der Apotheken. Diese gewährleisten im Interesse der Allgemeinheit eine auf die Gesundheit des einzelnen Menschen und die Gesundheitsbelange der Allgemeinheit bedachte Arzneimittelversorgung (BVerfGE 9, 73, 79; BGH St 11, 304, 313; BGH, GRUR 2000, 237, 238 - Giftnotrufbox; Doepner, a.a.O., § 8 Rdn. 17).

Internet-Apotheken werden insbesondere durch einen massenhaften Absatz von Langzeitmedikationen diese auf Dauer sehr viel preiswerter anbieten können als die örtlich gebundene Apotheke. Dieser wichtige Einkommensbereich droht diesen damit zu entfallen, und zwar ersatzlos. Dies kann die Existenzgrundlage vielen Apotheken gefährden und damit auch die - nur von diesen Apotheken gewährleistete - Akutversorgung mit Arzneimitteln, die ihrerseits eher kostenaufwendig ist (vgl. BVerfGE, Urteil vom 19. Oktober 2000, Az BVerfGE 3 C 32.99).

- bb) Die E-Commerce RL steht schon deshalb nicht entgegen, weil nach Art. 2 h, ii, - 2 und Erwägungsgrund Nr. 21 der Richtlinie die Anforderungen bezüglich der Lieferung von Human-Arzneimitteln nicht in den koordinierten Bereich fallen.
- cc) Die - zwischenzeitlich in deutsches Recht umgesetzte - Fernabsatzrichtlinie erlaubt in Art. 14 den Mitgliedsstaaten, für bestimmte Waren, wie etwa Arzneimitteln, den Vertrieb im Fernabsatz im Rahmen des EG-Rechts auszuschließen.
4. Soweit der Antragsgegner hinsichtlich des Verstoßes gegen das Verbringungsverbot aus § 73 Abs. 1, Ziff. 1 AMG geltend machen will, nach dem derzeitigen Stand der Harmonisierung der Arzneimittelzulassungen sei es ein „reiner Formalakt“, ein Arzneimittel, das in einem EG-Land zugelassen ist, in einem anderen ebenfalls genehmigt zu bekommen, ist dies nicht überzeugend. Mag der Antragsteller jeweils vor der Einfuhr nach Deutschland den bloßen „Formalakt“ veranlassen. Im Sinne der Rechts- und Arzneimittelsicherheit ist dies geboten. Denn weiterhin ist bei Arzneimitteln im Fall von Unstimmigkeiten zwischen Mitgliedsstaaten ein Schiedsverfahren vorgesehen. Bevor dieses Schiedsverfahren nicht aus- oder abgeschlossen ist, fehlt es an einer hinreichenden Harmonisierung bezüglich des jeweiligen Arzneimittels. Damit verbleibt es bei den Grundsätzen des EuGH (a.a.O. - Ortscheid).

5. Die Verstöße gegen das Versandverbot und gegen § 73 Abs. 1, 1. Alt. AMG sind wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG (vgl. BGH, a.a.O., Arzneimittelversand durch die Apotheken).
- II. Der Verfügungsanspruch bezüglich des Unterlassungsantrages b) (Werbung) folgt aus § 1 UWG i. V. m. §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 3 a und 10 HWG.

1. Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 HWG ist eine Werbung für den Versandhandel apothekenpflichtiger Arzneimittel unzulässig.

- a) Der Internetauftritt des Antragsgegners stellt eine Werbung in diesem Sinne dar.

Da das HWG auf den Vorgaben der Richtlinie 92/28/EWG über die Werbung für Humanarzneimittel (ABl. 1992, Nr. L 113 vom 30. April 1992, S. 13-18) beruht, ist die in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie aufgeführte Definition des Begriffes „Werbung“ grundsätzlich auch für das HWG maßgebend. Danach sind unter Werbung für Arzneimittel alle Maßnahmen zur Information, Marktuntersuchung und Schaffung von Anreizen zu verstehen, mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern. Soweit der Antragsgegner auf seiner Homepage nicht nur allgemeine Image- oder Unternehmenswerbung betreibt, die von den Vorschriften der Richtlinie und des HWG nicht umfasst ist (vgl. BGH, WRP 1995, 310 ff.), sondern auf dem Bestellformular seiner Internetseite Arzneimittel nach Indikationsgruppen unterteilt mit Preisangabe und Produktbeschreibung anbietet, liegt Werbung im Sinne der Richtlinie vor. Der Bezug der Medikamente in einer dem üblichen persönlichen Bedarf entsprechenden Menge wird dem Kunden in Form des Versandes per Boten von den Niederlanden nach Deutschland angeboten, so dass ganz gezielt auch für die Einfuhr nach § 73 Abs. 2 Ziff. 6 a AMG geworben wird (Landgericht Frankfurt a. M., a.a.O.).

- b) Das Werbeverbot ist mit dem EG-Recht vereinbar.

- aa) Hinsichtlich Art. 28, 30 EGV kann auf die vorstehenden Ausführungen zu B 1 verwiesen werden.

- bb) Die E-Commerce RL steht auch hier nicht entgegen. Denn gemäß § 1 Abs. 3 der Richtlinie bleibt das Schutzniveau insbesondere für die öffentliche Gesundheit und den Verbraucher

schutz, wie es sich aus Gemeinschaftsakten und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zu deren Umsetzung ergibt, unberührt. Gemäß Art. 14 Fernabsatzrichtlinie ist aber den Mitgliedsstaaten ausdrücklich erlaubt, Versandhandel mit Arzneimitteln zu untersagen. Dies muss dann notwendig auch für ein entsprechendes Werbeverbot gelten. Darf durch nationale Vorschriften die Durchführung des Versandhandels untersagt werden, muss ebenso eine Werbung für die Durchführung des Versandhandels verboten werden können, und sei es auch nur durch den gebotenen Hinweis auf den Internetseiten des Antragsgegners, dass ein Versandhandel nach Deutschland verboten ist, das Angebot des Antragsgegners sich also nicht an Verbraucher in Deutschland richtet.

2. Da der Antragsgegner zudem auch für den Bezug von in Deutschland nicht zugelassenen und ebenso für den Bezug von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln bei Privatverbrauchern wirbt, verstößt er zusätzlich gegen die Bestimmungen der §§ 3a und 10 HWG (ebenso Landgericht Frankfurt a. M., a.a.O.).
3. Die vorstehende Verstöße sind wettbewerbswidrig nach § 1 UWG (vgl. oben I 5).
- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Die Einfügung der Worte „in der Bundesrepublik Deutschland“ in den Unterlassungsantrag stellt eine bloße Konkretisierung dar, nicht aber eine teilweise Antragsrücknahme. Denn der Antragsteller hat in der Begründung seines Antrags hinreichend zum Ausdruck gebracht, nur ein Inlandsverbot erstreiten zu wollen.

- D. Eine Vorlage des Verfahrens an den EuGH ist nicht geboten.

Dem steht hier schon die Dringlichkeit einer Entscheidung im Verfügungsverfahren durch den Senat entgegen. Die europa-rechtlichen Vorgaben sind im Grundsatz hinreichend geklärt. Die erkennbaren Gefahren für den Schutz der Gesundheit und des Lebens der Verbraucher erfordern eine sofortige Entscheidung.

- E. Unter diesen Umständen hat der Senat auch davon abgesehen, gemäß §§ 936, 921 Abs. 2 ZPO eine Vollziehungssicherheit anzuordnen.

Grundsätzlich soll die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung nicht durch eine Sicherheitsleistung belastet werden. Zwar bietet hier die Finanzkraft des Antragstellers keine vollständige Gewähr, einen etwaigen Schadensersatzanspruch des Antragsgegners aus § 945 ZPO ohne weiteres erfüllen zu können. Andererseits ist die vorliegende Entscheidung nicht von Fragen der bloßen Glaubhaftmachung abhängig. Die Rechtslage erscheint wenig zweifelhaft. Auch der dringliche Gesundheitsschutz des Verbrauchers darf durch das Erfordernis einer Vollziehungssicherheit, die möglicherweise nicht aufgebracht werden kann oder soll, nicht verzögert werden.

Haase

Prietzl-Funk

Dr. Pahl



Kammergericht

Beschluss

Geschäftsnummer: 5 U 10150/00
103 O 192/00 Landgericht Berlin

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

V [REDACTED] S [REDACTED] W [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch den ersten Vorsitzenden [REDACTED] P [REDACTED],
[REDACTED] [REDACTED]

Antragsteller und Berufungskläger,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte [REDACTED]
- [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED]

g e g e n

J [REDACTED] W [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

Antragsgegner und Berufungsbeklagter,

- Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt [REDACTED],
[REDACTED] [REDACTED]

hat der 5. Zivilsenat am 19. Juni 2001 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Haase, die Richterin am Kammergericht Prietzel-Funk und den Richter am Kammergericht Dr. Pahl **b e s c h l o s s e n**:

Das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts vom 29. Mai 2001 - Az. 5 U 10150/00 - wird wegen eines offensichtlichen Schreibfehlers dahin gemäß § 319 ZPO berichtigt, dass es in Ziff. I b) vor „den Bezug“ heißen muss: „für“.

Haase

Prietzel-Funk

Dr. Pahl