
Datum: 21.09.2004
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 74/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2004:0921.4U74.04.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 23 O 202/02

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 26. März 2004 verkündete Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 25.000 EUR abzuwenden, falls nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger betreibt die Apotheke C in T. Die Beklagte betreibt in den Niederlanden - in der Nähe der deutschen Grenze - eine Präsenzapotheke. Sie ist aber seit Juni 2000 schwerpunktmäßig als Versandhändlerin von Medikamenten über das Internet tätig. Die Beklagte erzielt 70 bis 80 % ihres Umsatzes mit Arzneimittellieferungen nach Deutschland. Dabei geht es auch um apothekenpflichtige und verschreibungspflichtige Arzneimittel im

1

2

Sinne der §§ 43 ff. AMG.

Die Beklagte bietet die Arzneimittel auch in Deutschland ansässigen Bestellern zu Preisen an, die zwar dem niederländischen Preisniveau entsprechen, aber durchschnittlich um 15 % und in Einzelfällen bis zu 60 % günstiger sind als die Preise, die nach der deutschen Arzneimittelpreisverordnung als Abgabepreise für die Produkte vorgesehen sind. Sie verlangt von den gesetzlich krankenversicherten deutschen Bestellern auch nicht die im SGB V vorgesehene Zuzahlung in Form einer Eigenbeteiligung an den Kosten. Sie rechnet vielmehr zu 95 % unmittelbar mit deren Krankenkassen ab, die auf die Arzneimittelpreise zusätzlich einen Rabatt von 10 bis 15 % erhalten. 3

In diesem Verhalten hat der Kläger zunächst einen Verstoß gegen die deutsche Arzneimittelpreisverordnung gesehen. Er hat gemeint, es ergebe sich aus den Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts und des öffentlichen Rechts, dass die Beklagte sich bei einer Belieferung der in Deutschland ansässigen Verbraucher an die in der deutschen Arzneimittelpreisverordnung festgesetzten Preise halten müsse. Darüber hinaus hat er weiter beanstandet, die Beklagte verstoße auch gegen die §§ 31 Abs. 3, 43 b SGB V, weil sie von Versicherten in gesetzlichen Krankenkassen die dort vorgesehene Zuzahlung nicht als Eigenleistung einfordere. Er hat ferner gemeint, diese Verstöße gegen solche wertbezogenen Normen seien zugleich unlauter im Sinne des § 1 UWG. 4

Der Kläger hat beantragt, 5

1. der Beklagten zu verbieten, 6

a) in der Bundesrepublik Deutschland apothekenpflichtige Arzneimittel 7

Endverbrauchern in der Bundesrepublik Deutschland zu Preisen 8

anzubieten, die nicht dem Apothekenabgabepreis nach der deutschen 9

Arzmittelpreisverordnung entsprechen, 10

b) Arzneimittel, die in der Bundesrepublik Deutschland apotheken- 11

pflchtig sind, zu Preisen, die nicht dem Apothekenabgabepreis 12

nach der deutschen Arzneimittelpreisverordnung entsprechen, an 13

Endverbraucher abzugeben, die die Arzneimittel von der 14

Bundesrepublik Deutschland aus bestellen und in der Bundes- 15

republik Deutschland anwenden, 16

und/oder 17

c) an Mitglieder oder sonstige Versicherten der deutschen 18

gesetzlichen Krankenkassen, die das achtzehnte Lebensjahr 19

vollendet haben, Arzneimittel abzugeben, die zu Lasten der 20

deutschen gesetzlichen Krankenkassen verordnet 21

sind, ohne die in der Bundesrepublik Deutschland gesetzlich	22
bestimmte Zuzahlung in der gesetzlich bestimmten Art und	23
Weise zu erheben;	24
2. die Beklagte zu verurteilen, ihm Auskunft über sämtliche	25
Handlungen gemäß Ziffer 1 zu erteilen durch eine Liste aller	26
unter Ziffer 1 fallenden Arzneimittel, die in die Bundesrepublik	27
Deutschland verbracht worden sind, geordnet nach Kalenderwoche,	28
Rezeptpflichtigkeit und Apothekenpflichtigkeit, der Menge, des	29
Einstandspreises, des Verkaufspreises und unter Nennung des	30
jeweiligen Lieferanten sowie über sämtliche Werbemaßnahmen für	31
Handlungen gemäß Ziffer 1;	32
3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm den gesamten	33
Schaden zu ersetzen, der ihm aus Handlungen gemäß Ziffer 1	34
entstanden ist und noch entstehen wird.	35
Die Beklagte hat beantragt,	36
die Klage abzuweisen.	37
Sie hat die Ansicht vertreten, ihre Versandtätigkeit unterliege ausschließlich	38
niederländischem Recht. Maßgebend seien insoweit die E-Commerce Richtlinie, die	
Rechtswahl der Vertragsparteien, das internationale Privatrecht und das öffentliche Recht.	
Das Landgericht hat sich für zuständig gehalten und die Klage abgewiesen. Zur Begründung	39
hat es zunächst ausgeführt, es liege kein Verstoß gegen die Arzneimittelpreisverordnung vor,	
weil diese auf die Tätigkeit der Beklagten keine Anwendung finde. Grundsätzlich richte sich	
die Gesetzgebungsbefugnis zwar nach dem Territorialitätsprinzip. Im Bereich des	
Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung der Bevölkerung sei es aber nach	
Art. 152 Abs. 5 EG auch weiterhin bei der Eigenkompetenz der Mitgliedsstaaten verblieben.	
Deshalb könne jedes Mitglied auch die Arzneimittelpreise selbständig regeln. Im vorliegenden	
Fall seien aber auch die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten und die E-Commerce	
Richtlinie als deren konkrete Ausgestaltung in einem bestimmten Konfliktfall zu beachten. Die	
Arzneimittelpreisverordnung sei im vorliegenden Fall wegen des in Art. 3 der E-Commerce	
Richtlinie normierten Herkunftslandprinzips nicht anwendbar. Bei dem Angebot und dem	
Verkauf von Arzneimitteln über eine Internetseite gehe es um einen Dienst der	
Informationsgesellschaft im Sinne des Art. 2 a E-Commerce Richtlinie in Verbindung mit Art.	
1 Nr. 2 Transparenzrichtlinie. Die Beklagte erbringe hier eine Dienstleistung elektronisch im	
Fernabsatz. Die Richtlinie beziehe sich auf den entsprechenden Vertragsschluss, und zwar	
unabhängig davon, ob der Schwerpunkt der Vereinbarung auf dem späteren Warenabsatz	
liege. Die anschließende Lieferung der Ware sei lediglich die Erfüllung des Vertrages und	
nicht dessen Bestandteil. Die E-Commerce Richtlinie stelle insoweit die speziellste Norm im	

Bereich der Kollisionsregeln des internationalen Privatrechts dar. Eine Regelung über den Preis sei eine auf solche Verträge anwendbare Regelung im Sinne des Art. 2 h i) der E-Commerce Richtlinie und daher ein Fall des koordinierten Bereichs. Die Beklagte als niederländischer Diensteanbieter müsse also grundsätzlich nur die Regeln ihres Herkunftslandes beachten.

Es liege auch keine Ausnahme vor, die (zusätzlich oder ausschließlich) deutsches Recht für anwendbar erkläre. Zunächst greife die Verbraucherschutz Ausnahme nicht. Die Kunden der Beklagten seien zwar Verbraucher. Die Preisverordnung gewähre aber keine auf solche Verbraucher zielenden Schutzrechte wie etwa ein Widerrufsrecht. Sie könne allenfalls mittelbar den Verbraucher schützen. Das solle aber nach Wortlaut und Sinne der Richtlinie nicht genügen. Nicht anwendbar sei auch die Ausnahmeregelung des Art. 3 Abs. 4 a) i) der Richtlinie. Es fehle schon daran, dass das erforderliche Schutzklauselverfahren nicht durchgeführt worden sei, so dass hier dahin stehen könne, ob die Arzneimittelpreisverordnung zum Schutz der öffentlichen Gesundheit erforderlich und verhältnismäßig sei. Schließlich erlaube auch der Missbrauchsvorbehalt keine Ausnahme. Ein solcher Missbrauch setze voraus, dass die gewerbliche Tätigkeit ausschließlich oder überwiegend auf einen anderen Mitgliedsstaat ausgerichtet ist und die Niederlassung im Herkunftsland nur zu Umgehungszwecken gewählt worden sei. Bei der erforderlichen engen Auslegung dieser Ausnahmeregelung sei hier kein Missbrauch zu erkennen, weil die Beklagte ihren gesamten Apothekenbetrieb ernsthaft in den Niederlanden und von den Niederlanden aus betreibe.

40

Auch der EuGH sei in seiner Entscheidung "Doc Morris" (WRP 2004, 205, 218) erkennbar davon ausgegangen, dass die deutsche Arzneimittelpreisregelung für den Versandhandel von Arzneimitteln aus den Niederlanden nach Deutschland nicht anwendbar sei. Ansonsten hätten seine Ausführungen zur Erforderlichkeit der Preisbindung im Rahmen des zu beurteilenden Versandverbotes keinen Sinn.

41

Das Landgericht hat weiter ausgeführt, selbst wenn man die E-Commerce Richtlinie nicht für anwendbar halte, gelte die Arzneimittelpreisverordnung hier deshalb nicht, weil sie mit primärem EG-Recht nicht vereinbar sei. Sie verstoße gegen die Warenverkehrsfreiheit, weil sie eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Art. 28 EG darstelle. Die Anwendung der Arzneimittelpreisverordnung auf die Tätigkeit der Beklagten stelle eine potentielle und mittelbare Handelsbehinderung dar. Denn deren erhebliche Umsätze beim Arzneimittelhandel mit deutschen Verbrauchern gingen zwingend zurück, wenn sie diesen die Arzneimittel nicht mehr zu teils erheblich günstigeren Preisen anbieten könnte.

42

Diese Maßnahme sei auch nicht im Sinne der Keck-Rechtsprechung als Maßnahme anzusehen, die ausschließlich Verkaufsmodalitäten betreffe, auf inländische und ausländische Händler unterschiedslos anwendbar sei und den Handel mit inländischen und ausländischen Produkten rechtlich und faktisch gleichermaßen beeinflusse. Jedenfalls im Hinblick auf die faktischen Auswirkungen auf den Verkauf von Arzneimitteln bestünden schon deshalb Unterschiede, weil die Beklagte in Deutschland aus verschiedenen Gründen keine Präsenzapotheke betreiben könne. Sie sei deshalb auf den Versandhandel und die Werbung dafür angewiesen. Schon allein wegen der Transportkosten sei die Beklagte deshalb bei der Festsetzung eines Preises für die Arzneimittel benachteiligt.

43

Schließlich sei die Annahme einer Maßnahme gleicher Wirkung auch nicht durch ein zwingendes Erfordernis im Sinne der Cassis de Dijon-Rechtsprechung ausgeschlossen. Die Preisbindung sei nicht notwendig, um zwingenden Erfordernissen -wie etwa der öffentlichen Gesundheit- gerecht zu werden. Zwar diene sie auch mittelbar der Förderung der öffentlichen

44

Gesundheit, weil sie den Preiswettbewerb hinsichtlich der preisgebundenen Arzneimittel unterbinde und damit eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln über ortsnahe Apotheken sichere. Seit dem 1. Januar 2004 sei aber jedenfalls für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel die Preisbindung aufgehoben worden, so dass daraus deutlich werde, dass auch der Gesetzgeber eine umfassende Arzneimittelpreisbindung nicht mehr als Lenkungsmittel zur Förderung der öffentlichen Gesundheit für erforderlich oder geeignet halte. Eine verbleibende geringe Förderung solcher öffentlichen Interessen könne nicht ausreichen. Es fehle schon an schlüssigem Vortrag dazu, dass die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung durch solche Internetbetriebe im Ausland ernsthaft gefährdet werden könne. Die vom Kläger befürchteten erheblichen Nachteile seien jedenfalls durch die jahrelange Tätigkeit der Beklagten nicht einmal im Ansatz eingetreten. Hinzu komme, dass gesundheitspolitische Verbraucherinteressen zumindest auch durch mildere Mittel - wie etwa durch die Höchstpreisregelung in den Niederlanden - wirksam geschützt werden könnten.

Aus dem Vorgesagten ergebe sich auch, dass die Maßnahme nicht durch Art. 30 EG gerechtfertigt werden könne, weil eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Gesundheit nicht ersichtlich sei und eine mittelbare Gefährdung insoweit nicht ausreiche. 45

Selbst wenn die Nichtanwendung der Arzneimittelpreisverordnung den Kläger als Inländer benachteiligen sollte, wäre das in diesem Zusammenhang unbeachtlich. Die Warenverkehrsfreiheit des Gemeinschaftsrechts diene dem Zweck, eine Diskriminierung ausländischer Teilnehmer am europäischen Markt zu verhindern. Die Aufgabe, zu verhindern, dass eine Marktöffnung nicht umgekehrt zu einer Ungleichbehandlung der Inländer führe, obliege ausschließlich dem Rechtssystem des Mitgliedsstaates. 46

Im Hinblick auf den weiter gerügten Verstoß gegen §§ 31 Abs. 3, 43 b SGB V komme ein Verstoß gegen § 1 UWG schon deshalb nicht in Betracht, weil diese Normen keine zumindest sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion hätten. Durch diese Vorschriften würden die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Apotheken und sonstigen Leistungserbringern abschließend geregelt. Die Regelungen hätten weder eine dem Schutz der Apotheker untereinander dienende noch auch nur eine verbraucherschützende Funktion. Dem entspreche es, dass die Zuzahlungsregelung allein ein Steuerungselement zur Dämpfung der Arzneimittelkosten der gesetzlichen Krankenkassen darstelle. Im Übrigen gelte auch insoweit, dass die Vorschriften auf die Tätigkeiten der Beklagten nicht anwendbar seien, weil die E-Commerce Richtlinie Vorrang habe und auch weil die Zuzahlungsregelung als Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Art. 28 EG gegen die Warenverkehrsfreiheit verstoße. 47

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit der Berufung. Er verfolgt seine früheren Klageanträge weiter und stellt zudem Hilfsanträge auch mit vorformulierten Fragen für eine eventuelle Vorlage des Rechtsstreits an den EuGH nämlich für den Fall, dass der Senat Zweifel an der Gültigkeit oder Auslegung hier in Betracht kommender europarechtlicher Bestimmungen wie der E-Commerce Richtlinie oder Art. 28, 30 EG haben sollte. Er beanstandet, das Landgericht habe verkannt, dass sich die Bindung der Beklagten an das deutsche Arzneimittelrecht nach nationalem Recht richte und das Gemeinschaftsrecht dem nicht entgegen stehe. Das Herkunftslandprinzip sei insoweit nicht anwendbar und führe nur zu zweckwidrigen Ergebnissen. Mit ausführlichen Rechtsausführungen setzt er sich mit der vom Landgericht vertretenen Auffassung auseinander. Er stellt zunächst dar, dass und warum die deutsche Arzneimittelpreisregelung nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit verstößt. Diese Regelung berühre den Absatz inländischer und eingeführter Erzeugnisse im Gegensatz zur Auffassung des Landgerichts rechtlich und faktisch in gleicher Weise. In 48

diesem Zusammenhang verweist er auch auf die ständige Rechtsprechung des EuGH zu Arzneimittelpreisregelungen. Danach sei ein Verstoß nur dann anzunehmen, wenn die festgelegten Preise so niedrig seien, dass der Absatz der ausländischen Erzeugnisse gegenüber den inländischen Erzeugnissen erschwert werde. Das sei hier aber gerade nicht der Fall, sondern die festgesetzten Preise seien höher als die von der Beklagten verlangten Preise. Solche höheren Preise könnten wie bei der Buchpreisbindung in europarechtlich zulässiger Weise festgelegt werden.

Selbst wenn man aber in der Arzneimittelpreisregelung eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Art. 28 EG sehen würde, so wäre eine solche Festpreisregelung aufgrund der hier bestehenden Besonderheiten als integraler Bestandteil des deutschen Gesundheitswesens und als Mittel zur Sicherstellung der gleichmäßigen, flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln gerechtfertigt. Als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe seien zwingende Erfordernisse etwa zum Schutz der öffentlichen Gesundheit, zur Bewahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems zur Schaffung sozialer Sicherheit und zur Erhaltung eines bestimmten Niveaus der Versorgung der Bevölkerung im Krankheitsfall anerkannt. Wegen der Besonderheiten in Deutschland sei aber der einheitliche Abgabepreis Garant dafür, die im öffentlichen Interesse gebotene flächendeckende und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sicherzustellen und damit dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zu dienen. Daran habe sich entgegen der Einschätzung des Landgerichts auch durch die teilweise Aufgabe der Preisbindung für apothekenpflichtige Arzneimittel durch das GMG nichts Entscheidendes geändert. Der Kläger behauptet dazu, dass der Umsatz von Apotheken zu mehr als 70 % aus dem Verkauf von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln bestehe, die weiterhin der Preisbindung unterlägen. Bei dem ursprünglichen Entwurf des GMG, der die Freigabe der Preise auch bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln vorgesehen habe, die im Wege des Versandhandels vertrieben würden, sei es gerade nicht verblieben. 49

Der Kläger meint, das Landgericht habe zu Unrecht angenommen, er habe nicht schlüssig vorgetragen, dass die öffentliche Gesundheit ohne die vollständige Umsetzung der Festpreisregelung gefährdet wäre. Er verweist insoweit auf seinen erstinstanzlichen Vortrag zur Gefährdung der flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln durch einen faktischen Wegfall der Preisbindung insbesondere auch für verschreibungspflichtige Arzneimittel. Er ergänzt und vertieft ihn noch im Hinblick auf die Entwicklungen seit dem 1. Januar 2004 und unter anderem durch die eigenen Erklärungen der Beklagten zu ihren Umsatzsteigerungen und weiteren Zielen. Die Beklagte wende sich erkennbar besonders an ältere Kunden, von denen 80 % chronisch krank seien. Dazu trägt der Kläger unter Berufung auf den GEK-Gesundheitsreport 2003 vor, dass 91 % der Kassenleistungen von 20 % der Versicherten, darunter vorwiegend auch chronisch Kranken in Anspruch genommen würden. Würden diese in Zukunft dazu gedrängt, ihren Bedarf bei ausländischen Versandapotheken zu decken, weil diese die Arzneimittelpreisverordnung nicht zu beachten brauchten, so führe dies zwangsläufig dazu, dass bis zu knapp 80 % der Arzneimittelumsätze auf ausländische Versandapotheken verlagert würden. Eine Höchstpreisregelung, wie es sie in den Niederlanden gebe, könne einer solchen Gefährdung auch nicht angemessen entgegenwirken. 50

Im Weiteren führt der Kläger mit umfassender Begründung aus, warum die weder in ihrem Anwendungsbereich noch in ihren Rechtsfolgen genau definierte E-Commerce Richtlinie auf einen grenzüberschreitenden Arzneimittelverkauf über das Internet weder unmittelbar noch tatbestandlich Anwendung finden könne. Die gegenteilige Auffassung des Landgerichts missachte, dass nach dem Kompetenzgefüge des EG-Vertrages ausschließlich die 51

Mitgliedsstaaten für die Regelung der Arzneimittelpreise in ihrem Gebiet zuständig seien und es deshalb an einer Kompetenz der Europäischen Union fehle, das Arzneimittelpreisrecht anderer Mitgliedsstaaten für den Vertrieb von Arzneimitteln im Gebiet eines Mitgliedsstaates für anwendbar zu erklären. Die Auffassung des Landgerichts könne angesichts der erhebliche Unterschiede der Interessen der Mitgliedsstaaten auch zu völlig untauglichen Ergebnissen führen. Abschließend führt der Kläger dann noch aus, dass die Arzneimittelpreisverordnung nach nationalem Recht auch für den grenzüberschreitenden Handel gelte, weil der Gesetzgeber insoweit - anders als in § 73 Abs. 4 AMG - keine Ausnahme vorgesehen habe. Der Versand müsse vielmehr nach § 73 Abs. 1 Nr. 1a AMG entsprechend den deutschen Vorschriften zum Versandhandel oder zum elektronischen Handel erfolgen. Daran ändere auch § 4 Abs. 2 Satz 1 TDG nichts. Das dort angeordnete Herkunftslandsprinzip finde auf den grenzüberschreitenden Arzneimittelvertrieb an Endverbraucher ebenso wenig und im Wesentlichen aus denselben Gründen keine Anwendung wie die E-Commerce Richtlinie.

Der Kläger meint im Hinblick auf den Klageantrag zu 1c, es komme nicht darauf an, ob ein Verstoß gegen die genannten Vorschriften des SGB V einen Wettbewerbsbezug aufweise oder nicht. Denn auch insoweit gehe es der Sache nach um die Einhaltung der Arzneimittelpreisverordnung. Geldbeträge, die von den Versicherten als Zuzahlung geleistet würden, seien Teil des sich aus der Arzneimittelpreisverordnung ergebenden Abgabepreises. Würden sie nicht erhoben, so würde der Abgabepreis auch auf diese Weise unterschritten.	52
Der Kläger beantragt,	53
1. das angefochtene Urteil abzuändern,	54
2. der Beklagten zu verbieten,	55
a) Arzneimittel, die in der Bundesrepublik Deutschland apotheken-	56
pflichtig sind, Endverbrauchern in der Bundesrepublik Deutschland	57
zu Preisen anzubieten, die nicht dem Apothekenabgabepreis nach	58
der deutschen Arzneimittelpreisverordnung entsprechen,	59
b) Arzneimittel, die in der Bundesrepublik Deutschland apotheken-	60
pflichtig sind, zu Preisen, die nicht dem Apothekenabgabepreis nach	61
der deutschen Arzneimittelpreisverordnung entsprechen, an	62
Endverbraucher abzugeben, die die Arzneimittel von der	63
Bundesrepublik Deutschland aus bestellen und in der Bundes-	64
republik Deutschland anwenden,	65
und/oder	66
c) an Mitglieder oder sonstige Versicherten der deutschen gesetz-	67
lichen Krankenkassen, die das achtzehnte Lebensjahr vollendet	68
	69

haben, Arzneimittel abzugeben, die zu Lasten der deutschen	
gesetzlichen Krankenkassen verordnet sind, ohne die in der	70
Bundesrepublik Deutschland gesetzlich bestimmte	71
Zuzahlung in der gesetzlich bestimmten Art und Weise zu erheben;	72
	73
hilfsweise festzustellen, dass die Beklagte auch dann gegen das	74
voranstehende, unter a) oder b) genannte Verbot verstößt, wenn sie	75
an Mitglieder oder sonstige Versicherte der deutschen gesetzlichen	76
Krankenkassen, die das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben,	77
Arzneimittel abgibt, die zu Lasten der deutschen gesetzlichen	78
Krankenkassen verordnet sind, ohne die in der Bundesrepublik	79
Deutschland gesetzlich bestimmte Zuzahlung in der gesetzlich	80
bestimmten Höhe zu erheben oder eine solche Abgabe ohne die	81
Erhebung der in der Bundesrepublik Deutschland gesetzlich	82
bestimmte Zuzahlung in der gesetzlich bestimmten Höhe anbietet;	83
d) hilfsweise das Verfahren auszusetzen und dem EuGH gemäß	84
Art. 234 Abs. 1 lit. b) EG die Fragen zur Auslegung und Gültigkeit	85
der E-Commerce-Richtlinie und zur Auslegung des EG-Vertrages	86
vorzulegen, wegen deren Einzelheiten auf die Berufungsbe-	87
gründung (Bl. 729 ff. d.A.) Bezug genommen wird.	88
	89
3. die Beklagte zu verurteilen, ihm Auskunft über sämtliche	90
Handlungen gemäß Ziffer 1 zu erteilen durch eine Liste aller unter	91
Ziffer 2 fallenden Arzneimittel, die in die Bundesrepublik	92
Deutschland verbracht worden sind, geordnet nach Kalenderwoche,	93
Rezeptpflichtigkeit und Apothekenpflichtigkeit, der Menge, des	94
Einstandspreises, des Verkaufspreises und unter Nennung des	95
jeweiligen Lieferanten sowie über sämtliche Werbemaßnahmen für	96
Handlungen gemäß Ziffer 2;	97
	98

4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm den gesamten	
Schaden zu ersetzen, der ihm aus Handlungen gemäß Ziffer 2	99
entstanden ist und noch entstehen wird.	100
Die Beklagte beantragt,	101
die Berufung zurückzuweisen.	102
Sie hält die Umstellung und Ergänzung der Anträge für unzulässig. Sie macht ferner geltend,	103
dass der Kläger die sich durch das GMG und das neue UWG ergebenden	
Gesetzesänderungen nicht hinreichend berücksichtigt habe. In den Fällen des Rechtsbruchs	
käme jetzt nur noch ein Unterlassungsanspruch aus § 4 Nr. 11 UWG in Betracht, der hier	
schon deshalb keine Anwendung finde, weil sowohl die Zuzahlungsregelung als auch die	
Preisbindung keine Regelungen seien, die im Interesse der Apotheker deren Wettbewerb	
regelten.	
Die Beklagte bleibt bei ihrer Meinung, weder die Zuzahlungsregelung noch die Preisbindung	104
bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln seien zwingende Normen im Interesse der	
Bundesrepublik Deutschland an einem intakten Gesundheitswesen. Es bestünden keine	
Anhaltspunkte dafür, dass ohne die Geltung der Preisbindung im grenzüberschreitenden	
Versandhandel eine ausgewogene, allen zugängliche ärztliche Versorgung nicht mehr	
gegeben wäre. In diesem Zusammenhang bestreitet die Beklagte das nicht belegte	
Zahlenwerk des Klägers, insbesondere die Annahme, bis zu 80 % des Gesamtumsatzes	
könnten dadurch betroffen werden. Die Beklagte geht auch aufgrund der Erfahrungen in	
anderen Ländern vielmehr davon aus, dass die gesamten Umsätze im Rahmen des	
Versandhandels in Deutschland einen Anteil von 10 bis 15 % niemals überschreiten werden.	
Sie weist zum Umfang ihres Geschäftes darauf hin, dass die Umsatzsteigerungen dazu	
geführt hätten, dass sie, die Beklagte, im Jahre 2004 voraussichtlich einen Umsatz von 140	
Mio. EUR mit Fertigarzneimitteln in Deutschland machen werde, was einem Marktanteil von	
0,5 % entspreche. Damit decke sie nur einen unwesentlichen Teil des Gesamtumsatzes und	
könne die Apothekendichte und die Gesamtversorgung der deutschen Bevölkerung nicht	
gefährden. Die durch das GMG geänderten Vorschriften machten nicht nur Preisvorteile beim	
Bezug der Arzneimittel aus dem Ausland möglich, sondern solche Preisvorteile seien	
gesundheitspolitisch im Interesse der Finanzierbarkeit der Kosten der erforderlichen	
Arzneimittel sogar gewollt. Dies lasse sich den Schreiben des Staatssekretärs Dr. T2 aus	
dem Ministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung vom 27. Juli 2004 an die Beklagte	
(Bl. 909 d.A.) und einer Mitteilung des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und	
Sozialordnung, Familie und Frauen an den Bayerischen Apothekerverband (Bl. 910 ff. d.A.)	
entnehmen. Die Bundesregierung und das Bayerische Staatsministerium seien dabei	
übereinstimmend zu der Erkenntnis gelangt, dass Preisnachlässe weder das	
Gesundheitssystem belasten noch zu anderen ungewollten Beeinträchtigungen führen	
würden.	
Im Hinblick auf die beantragte Vorlage der Sache an den EuGH ist die Beklagte der Meinung,	105
dass eine solche unzulässig sei, weil die Fragen bereits mit der DocMorris Entscheidung	
geklärt worden seien. Daraus ergebe sich, dass keine Kriterien erkennbar seien, die ein	
Festhalten an einer Festpreisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln in der	
Bundesrepublik Deutschland erforderlich machten.	

Der Kläger hat auf die Berufungserwiderung repliziert und gemeint, die Anträge seien nicht zu beanstanden. Insbesondere seien die Hilfsanträge sachdienlich und deshalb gem. § 533 ZPO zulässig. Der Kläger hält an seiner Rechtsauffassung fest, auf den Vertrieb der Beklagten sei deutsches Recht anwendbar. Die Beklagte verstoße gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG; denn die Arzneimittelpreisverordnung habe den erforderlichen wettbewerbsrechtlichen Bezug. Sie solle auch den Interessen der Apotheken dienen. Sowohl die Arzneimittelpreisverordnung als auch die Zuzahlungsregelungen nach dem SGB V hätten eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion. Von einem Bagatellfall im Sinne des § 3 UWG könne angesichts der Umsätze der Beklagten auch nicht die Rede sein. Mit ausführlichen Darlegungen tritt der Kläger der Auffassung der Beklagten entgegen, die Arzneimittelpreisverordnung beinhalte überhaupt keine Festpreisregelung.

Mit Nachdruck behauptet der Kläger, die Versorgungsstruktur werde durch die Nichteinhaltung der Arzneimittelpreisverordnung durch ausländische Apotheken massiv beeinträchtigt. Die Beklagte mache einen Umsatz, der mehr als 100 Apotheken in Deutschland am Leben erhalten könnte. Es sei damit zu rechnen, dass das Verhalten der Beklagten Schule mache. Zu Unrecht verweise die Beklagte in diesem Zusammenhang auf Zahlen in anderen Ländern; denn dort bestünden die selben Wettbewerbsbedingungen für die Versandapotheken und die Präsenzapotheken. Vorsorglich bezieht sich der Kläger zum Beweis dafür, dass der entgegenstehende Vortrag der Beklagten unrichtig sei, auf die Einholung eines Sachverständigengutachten. 107

Im Hinblick auf die von der Beklagten vorgetragenen Rechtsauffassungen Dritter verweist der Kläger erneut darauf, dass das ursprüngliche Vorhaben der Regierungsfractionen gescheitert sei, Versandapotheken von der Geltung der Arzneimittelpreisverordnung freizustellen. Deshalb sei zwischen den Wünschen der Regierung und denen des Gesetzgebers durchaus zu unterscheiden. In diesem Lichte sei insbesondere die zu den Akten gereichte Äußerung des Staatssekretärs Dr. T2 zu betrachten. Der Kläger trägt weiter vor, im Hinblick auf die in der Bundesrepublik Deutschland bestehende Gründungsfreiheit für Apotheker habe der Gesetzgeber reine Versandapotheken vermeiden wollen. Verfehlt sei die Auffassung der Beklagten, der Versandhandel sei gerade zur Umgehung der Preisbindung eingeführt worden. 108

Der Kläger weist abschließend darauf hin, dass die vorgeschlagenen Vorlagefragen gerade nicht in der DocMorris Entscheidung des EuGH beantwortet worden seien. 109

Entscheidungsgründe: 110

Die Berufung hat keinen Erfolg, weil dem Kläger die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung, Feststellung, Auskunft- und Schadenersatz schon deshalb nicht zustehen, weil das gesetzliche Verbot, gegen das die Beklagte hier verstoßen haben soll, für diese nicht gilt. Im Übrigen würde eine solche Preisbindung jedenfalls dann gegen primäres europäisches Recht verstoßen, wenn sie auch bei einem solchen grenzüberschreitenden Versandhandel gelten würde, wie ihn die Beklagte betreibt. 111

I) Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag zu 2 c), der zum Tragen kommen soll, wenn der Senat ebenso wie das Landgericht in dem Verstoß gegen die Vorschriften des SGB V keinen Wettbewerbsverstoß sieht, ist unzulässig. Insoweit fehlt es an einem Feststellungsinteresse des Klägers, weil sich die Feststellung nicht auf ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ZPO bezieht. Die vom Kläger im Antrag aufgeworfene Frage ist vielmehr eine reine Rechtsfrage. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte, für die Parteien Rechtsgutachten zu verfassen. Im Übrigen fehlt das Feststellungsinteresse unabhängig davon auch schon 112

deshalb, weil die aufgeworfene Rechtsfrage bei der materiellen Prüfung des Unterlassungsantrages zu 2 c) inzident erörtert werden muss. Der Kläger will sich nämlich in zweiter Instanz darauf berufen, dass auch die Nichterhebung der Zuzahlung als ein weiterer Verstoß gegen die Arzneimittelpreisverordnung anzusehen sei. Weil der Kläger mit diesem Vorbringen gehört werden kann, ist im Rahmen der Prüfung, ob das entsprechende Unterlassungsbegehren gerechtfertigt ist, inzident auch zu prüfen, ob in dem beanstandeten Verhalten ein Verstoß gegen die Arzneimittelprüfung liegt oder nicht.

II) Dem Kläger stehen die mit den Unterlassungsanträgen zu 2 a) und b) geltend gemachten Unterlassungsansprüche im Hinblick auf das Anbieten und Abgeben von Arzneimitteln zu Preisen, die nicht den §§ 1, 3 AMPreisV entsprechen, nach §§ 8, 3, 4 Ziff. 11 UWG in Verbindung mit den vorgenannten Bestimmungen nicht zu. 113

1) An der Aktivlegitimation des Klägers nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG bestehen keine Bedenken. Der Kläger ist ein Mitbewerber der Beklagten. Diese bietet Arzneimittel über das Internet in ganz Deutschland und damit auch im Einzugsbereich der Apotheke des Klägers in T an. Beschaffen sich Patienten in T die benötigten Medikamente bei der Beklagten, kaufen sie sie nicht in der Apotheke des Klägers, was sie sonst möglicherweise getan hätten. Schon insoweit überschneiden sich die Absatzgebiete der Parteien. Das reicht aus, um ein unmittelbares Wettbewerbsverhältnis anzunehmen, zumal bei dieser Prüfung zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes ein großzügiger Maßstab anzulegen ist. 114

2) In Betracht kommt hier ein Unterlassungsanspruch des Klägers aus § 8 Abs. 1 UWG in Verbindung mit einem Verstoß der Beklagten gegen die Generalklausel des § 3 UWG oder eine sie ausfüllende Bestimmung, hier den Rechtsbruchstatbestand des § 4 Ziff. 11 UWG. Als ein solcher Verstoß reicht aber nicht jede Gesetzesverletzung aus. Die verletzte Vorschrift muss auch dazu bestimmt sein, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Weil im Rahmen des UWG nur das Interesse der Marktteilnehmer an einem unverfälschten Wettbewerb geschützt wird, muss die verletzte Norm zumindest auch eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion haben. Das ist aber bei den Normen der AMPreisV der Fall. Diese Vorschriften sind schon nach ihrem Zweck auch dazu bestimmt, den Wettbewerb unter den Apothekern zu regeln (vgl. BVerfG NJW 2002, 3693, 3695). Es soll verhindert werden, dass unter ihnen ein Preiswettbewerb einsetzt, der zu einem Verdrängungswettbewerb führen und die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit den erforderlichen Arzneimitteln gefährden könnte. Gerade auch Normen, die negativ den Wettbewerb beeinflussen, indem sie ihn auf dem Gebiet des Preises unterbinden, haben den erforderlichen Wettbewerbsbezug. 115

3) Die Beklagte verstößt aber nicht gegen die wettbewerbsbezogenen Normen der AMPreisV, 116 indem sie mit dem von ihr ausgeübten Versandhandel verschreibungspflichtige Arzneimittel überwiegend an in Deutschland ansässige Endverbraucher auf der Grundlage von Preisen abgibt, die durchschnittlich 15 % und in Ausnahmefällen bis zu 60 % unter den Preisen liegen, die die AMPreisV vorsieht. Denn Voraussetzung für einen solchen Verstoß wäre es, dass die Beklagte im Rahmen ihres Versandhandels von den Niederlanden aus die AMPreisV überhaupt beachten muss. Schon an dieser Voraussetzung fehlt es aber. Für die Beklagte als niederländische Gesellschaft gilt diese Verordnung nicht. Sollte sie anwendbar sein, ist sie unwirksam und die Beklagte nicht daran gebunden, weil sie gegen Art. 28, 30 EG verstoßen würde.

a) Die Beklagte vereinbart mit ihren deutschen Versandkunden rechtsgeschäftlich nicht die Geltung deutschen Rechts, weil beide Vertragsparteien die Preisbindung nicht wünschen. Nach dem Willen der Vertragsparteien soll vielmehr niederländisches Rechts als das Recht 117

des Herkunftslandes gelten. Ungeachtet dessen wären aber die deutschen Bestimmungen der AMPreisV dann nach Art. 34 EGBGB anwendbar, wenn es sich dabei um Eingriffsnormen handelt und diese Eingriffsnormen ohne Rücksicht auf das für den Vertrag maßgebliche Recht zwingend die Preise bestimmen. Voraussetzung für die zwingende Geltung der Preisregelungen wäre es aber, dass diese inländischen Bestimmungen -expressis verbis oder nach ihrem Sinn und Zweck- nach dem Willen des Gesetzgebers auch für diesen Konfliktfall des grenzüberschreitenden Versandhandels gelten sollten (vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, 5. Auflage, § 3 II Ziffer 2). Einen solchen Regelungswillen des deutschen Gesetzgebers vermag der Senat hier nicht zu erkennen.

aa) Die Bestimmungen der AMPreisV sind als öffentliche Normen Eingriffsnormen; denn sie regeln die Preise jedenfalls für verschreibungspflichtige Arzneimittel, indem sie die Handelsspannen verbindlich festlegen. 118

bb) Damit ihnen der zwingende Charakter im Sinne des Art. 34 EGBGB zukommen kann, müssen die Regelungen einen Inlandsbezug aufweisen, der umso stärker sein muss, je schwächer das Gewicht der durch die Normen geschützten öffentlichen Interessen ist. Das hat das Landgericht im Ansatz zutreffend gesehen und auch ebenso zutreffend ausgeführt, dass hier ein intensiver Inlandsbezug besteht. Der Arzneimittelverkauf der Beklagten über das Internet ist durch die sprachliche Gestaltung, die Auswahl der angebotenen Informationen und die wirtschaftlichen Vorteile bei einem solchen grenzüberschreitenden Versand auf deutsche Abnehmer ausgerichtet. Tatsächlich werden auch die dort angebotenen Arzneimittel überwiegend nach Deutschland verkauft und hier eingenommen. 119

cc) Der AMPreisV kommt auch ein im Rahmen der Wechselwirkung ausreichender Schutz öffentlicher Interessen zu. Durch den Verkauf zu festgesetzten Preisen soll ein Preiswettbewerb zwischen den Apotheken verhindert werden. Jede standortgünstige Apotheke hat dadurch einen gesicherten Absatz; denn für den Kunden besteht aus Preisgründen in der Regel kein Anlass, eine weiter entfernt liegende Apotheke aufzusuchen. Die dadurch bedingte wirtschaftliche Sicherung der Apotheken gewährleistet eine hohe Dichte an Apotheken und deren gleichmäßige Verteilung. Beides sorgt für eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln und erfüllt damit ein gesundheitspolitisches Ziel. 120

dd) Die AMPreisV soll aber nach dem insoweit entscheidenden Willen des Gesetzgebers für Ausländer aus dem Bereich der Europäischen Union, die wie die Beklagte Arzneimittel nach Deutschland versenden, erkennbar nicht gelten. Ausdrücklich hat der Gesetzgeber eine solche Erstreckung der Preisbindung nicht vorgesehen. Als die entsprechende Verordnung erlassen wurde, war ein solcher grenzüberschreitender Versandhandel noch nicht zulässig und konnte deshalb nicht einbezogen werden. Es gab im Wesentlichen nur den Wettbewerb der deutschen Präsenzapotheken. Auf diesen und die Abgabe der apothekenpflichtigen Arzneimittel durch diese Apotheken sollte sich die Preisbindung beziehen. Ausdrücklich sind die Bestimmungen der AMPreisV für den seit 1. Januar 2004 mit dem Inkrafttreten des GKV-Modernisierungsgesetzes (GMG) möglichen Versandhandel aus dem EG-Ausland auch in diesem Gesetz nicht für anwendbar erklärt worden. Weder aus den Umständen noch aus Sinn und Zweck der Preisregelungen lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber nunmehr auch für den grenzüberschreitenden Versandhandel ihre Geltung beanspruchte. 121

(1) Als Voraussetzung für die Verbringung von zugelassenen Arzneimitteln im Versandwege an Endverbraucher in Deutschland ist in § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG zunächst genannt, dass die ausländischen Apotheken eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union für den Versandhandel nach ihrem nationalen Recht, soweit es dem deutschen Apothekenrecht im 122

Hinblick auf die Vorschriften zum Versandhandel entspricht, oder nach dem deutschen Apothekenrecht **befugt** sein müssen. Ferner muss **der Versand** entsprechend den deutschen Vorschriften zum Versandhandel oder zum elektronischen Handel erfolgen. Zu den Preisen der versandten Medikamente ist in der Vorschrift nichts gesagt.

(2) Es kann auch § 73 Abs. 4 AMG nicht entnommen werden, dass § 78 AMG auch ohne ausdrückliche Regelung für den grenzüberschreitenden Versandhandel gelten soll. In § 73 Abs. 4 AMG erklärt der Gesetzgeber lediglich für bestimmte Sonderfälle, insbesondere für die Einfuhr zwar nicht in Deutschland aber im Herkunftsland zugelassener Arzneimittel, dass insoweit nur einzelnen Vorschriften des AMG gelten sollen. Daraus folgt nicht, dass im Umkehrschluss dann für die anderen Verbringungsfälle, insbesondere den Versandhandel mit zugelassenen Arzneimitteln alle Vorschriften des AMG ausnahmslos gelten sollen. Die Regelung des § 73 AMG erlaubt auch keine Schlussfolgerungen, weil im Rahmen der Befugnis zum grenzüberschreitenden Versandhandel das nationale Recht erwähnt wird, in Bezug auf die Durchführung des Versandes der Arzneimittel dagegen nicht. Diese Regelung betrifft nur die Verbringung von Arzneimitteln nach Deutschland. Dabei wird auch die nunmehr zulässige Verbringung durch grenzüberschreitenden Versandhandel geregelt. Bei einem solchen Versandhandel -gerade auch beim erwähnten elektronischen Handel über das Internet- ist aber zwischen dem eigentlichen Vertragsschluss und der Erfüllung des abgeschlossenen Geschäftes im Wege des Versands zu unterscheiden. Die Verbringung betrifft die Erfüllungsebene, folgt also dem eigentlichen Vertragsschluss nach, in dem der Preis festgelegt worden ist. Dem entsprechend bezieht sich die Regelung ausdrücklich und nur auf den Versand und die damit verbundenen besonderen Risiken, denen begegnet werden soll. Sie bezieht sich nicht zugleich auf den Vertragsschluss und macht dafür auch keine Vorgaben, zumal bei einem Vertragsschluss als Teledienst oder Online-Dienst die Regeln des § 4 TDG und der E-Commerce Richtlinie mit dem Verweis auf das Herkunftslandprinzip gelten könnten (vgl. dazu das Rechtsgutachten L S. 15, 16 - Bl.172 f. d.A., Mand MMR 2003, 77, 79 -Bl. 448 d.A.). Für eine entsprechende Anwendung auf den grenzüberschreitenden Versand spricht insbesondere auch nicht, dass für den inländischen Versandhandel geregelt ist, dass der Versand aus einer öffentlichen Apotheke zu erfolgen hat, und zwar zusätzlich zum üblichen Apothekenbetrieb und nach den geltenden Vorschriften, also auch unter Abgabe zum einheitlichen Preis (§§ 43 AMG in Verbindung mit § 11 a Apo G und § 17 Abs. 2a ApBetrO). Insoweit ist das Gemeinschaftsrecht nicht betroffen. Man kann dieser auf den inländischen Versandhandel beschränkten ausdrücklichen Regelung genauso gut entnehmen, dass sie für einen Handel mit Bezug auf das EU-Ausland gerade nicht gelten solle.

123

(3) Verschiedene Indizien sprechen dafür, dass der Gesetzgeber die Anwendung der AMPPreisV auch für den grenzüberschreitenden Versandhandel mit bestimmten nicht verschreibungspflichtigen und allen verschreibungspflichtigen Arzneimitteln vorgeschrieben hätte, wenn er eine entsprechende Regelung gewollt hätte. Dem Gesetzgeber war nicht nur das Verfahren vor dem EuGH in der Rechtssache des Deutschen Apothekerverbands gegen die Beklagte bekannt, in der es um die Zulässigkeit des damals noch bestehenden Versandhandelsverbotes ging. Er kannte auch den Vortrag des Apothekerverbandes in diesem Verfahren, nach dem Unternehmen wie die Beklagte, die Arzneimittel vom EU-Ausland aus im Versandwege vertreiben, nicht der AMPPreisV unterliegen sollten. Gerade diese Tatsache ist im Verfahren wiederholt als besonders starkes Argument dafür herangezogen worden, dass es bei dem Verbot des Versandhandels bleiben müsste. Dem ist die Bundesregierung im Verfahren nicht entgegen getreten, obwohl sie es hätte tun können und an anderer Stelle auch eine abweichende Meinung geäußert hat, wenn sie die Auffassung des Apothekerverbandes nicht geteilt hat (vgl. insoweit den Erwägungsgrund 59,

124

EuGH WRP 2004, 205, 212 -DocMorris). Angesichts des von dem Interessenverband der Apotheker so explizit vertretenen Standpunktes hätte es für den Gesetzgeber gegebenenfalls besonders nahe gelegen, diesen Standpunkt im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich zu korrigieren und damit Klarheit zu schaffen. Dass der Gesetzgeber dies nicht getan hat, spricht dafür, dass er keinen Korrekturbedarf gesehen und den vom Kläger für rechtsirrig gehaltenen Standpunkt des Apothekerverbandes nach wie vor für richtig gehalten hat.

(4) Aufgrund der im Zusammenhang mit der im Jahre 2000 erfolgten Aufnahme des grenzüberschreitenden Versandhandels mit Arzneimitteln durch die Beklagte und den daraus entstandenen rechtswissenschaftlichen Diskussionen über die Zulässigkeit eines umfassenden Versandhandelsverbots war dem Gesetzgeber überdies bekannt, dass einer ausdrücklichen Regelung nicht unerhebliche Bedenken entgegengestanden hätten. Namhafte Fachleute vertraten schon damals den Standpunkt, eine solche Beschränkung des grenzüberschreitenden Versandhandels auf bestimmte preislich festliegende Angebote könnte ebenso wie das Versandhandelsverbot selbst als Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 28 EG anzusehen und dabei nicht zu rechtfertigen sein und damit gegen Europarecht verstoßen. Mit einem Vorgehen jedenfalls der Beklagten gegen eine solche Regelung wäre zu rechnen gewesen. Darüber hinaus hätte zumindest für den elektronischen Versandhandel eine Kollision mit den Sondervorschriften zur Vereinfachung des elektronischen Handels, insbesondere der E-Commerce-Richtlinie, die vom Herkunftslandprinzip ausgeht und die in § 4 TDG auch in Deutschland umgesetzt worden ist, nahe gelegen. Wenn jedenfalls dem Rechnung getragen werden sollte und nur in Bezug auf den nicht elektronisch erfolgenden Versandhandel die Preisbindung gelten sollte, hätte der Gesetzgeber jedenfalls das kodifizieren müssen. Das gilt umso mehr, als in § 73 Abs. 1 Nr. 1a AMG ausdrücklich Versandhandel und elektronischer Handel erwähnt worden sind, ohne dass zwischen beiden in den Anforderungen unterschieden worden ist. Zu beachten ist ferner, dass der Gesetzgeber mit der Freigabe des Versandhandels von Arzneimitteln insgesamt mit der Umsetzung einer europarechtlich gewollten Liberalisierung in dem Bereich des Arzneimittelhandels begonnen hat. Er ist mit der Freigabe des Versandhandels auch für verschreibungspflichtige Arzneimittel in dem am 14. November 2003 verkündeten GMG im Ergebnis sogar noch weiter gegangen, als es nach dem danach, nämlich am 11. Dezember 2003 verkündeten Urteil des EuGH in der Sache DocMorris erforderlich gewesen wäre. Das beruhte auch darauf, dass das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung Impfstoffversand an Ärzte (WRP 2003, 491) Ausführungen dazu gemacht hatte, dass und warum das generelle Versandhandelsverbot gegen die Berufsfreiheit der deutschen Apotheker verstieß. Für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel gilt die AMPPreisV nach dem GMG ohnehin nicht mehr und für diejenigen davon, die nicht zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen vergeben werden (vgl. insoweit § 129 Abs. 5 a SGB V), gibt es auch die Preisbindung nach § 78 Abs. 2 Satz 3 AMG nicht mehr. Die Regierungsfractionen hatten gar beabsichtigt, dass die AMPPreisV für den gesamten - nun zugelassenen - Versandhandel nicht gelten sollte. Das war politisch nicht durchsetzbar, legt aber den Schluss nahe, dass auch eine später abgewandelte Regelung nach dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls für die ausländischen Versandhändler keine Geltung beanspruchen wollte.

(5) Dies alles spricht auch dagegen, dass nach Sinn und Zweck der AMPPreisV nach Aufhebung des Versandhandelsverbots nichts anderes als eine Erstreckung auch auf grenzüberschreitenden Versandhandel gewollt sein konnte. Der Gesetzgeber hielt eine solche erkennbar nicht für zwingend notwendig, um das bewährte deutsche Gesundheitssystem und die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln zu sichern. Der EuGH hat -dies quasi bestätigend- in der DocMorris Entscheidung auch keine Argumente dafür erkennen können, dass die Preisregelung zwingend erforderlich sei, um

einer erheblichen Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit des deutschen Gesundheitssystems entgegen zu wirken. Das geschah auch und gerade unter der von ihm zugrunde gelegten Prämisse, dass die Preisregelung für einen zugelassenen grenzüberschreitenden Versandhandel nicht gelten sollte.

b) Selbst wenn man aber von einer grundsätzlichen Geltung der Preisbindung beim grenzüberschreitenden Versandhandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ausgehen wollte, so wäre darin ein Verstoß gegen übergeordnete europarechtliche Primärvorschriften, nämlich gegen Art. 28, 30 EG zu sehen, so dass es auf die Frage der Geltung und Anwendbarkeit der E-Commerce-Richtlinie nicht ankommt. 127

aa) Der Grundsatz des freien Warenverkehrs ist verletzt, wenn die Bindung der ausländischen Versandhandelsapotheken an die preisrechtlichen Regelungen in Deutschland eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung gemäß Art. 28 EG darstellt. Dafür genügt es, dass eine solche Regelung geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder auch nur potentiell zu behindern. Handelsregelungen können, auch wenn sie nicht die Merkmale der Waren selbst, sondern die Modalitäten von deren Verkauf betreffen, doch Maßnahmen gleicher Wirkung sein, wenn sie einer von zwei Voraussetzungen nicht genügen. So müssen diese Regelungen erstens für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben und sie müssen zweitens den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren. Angesichts dieser Vorgaben läge hier mit der Erstreckung der AMPPreisV auf solchen grenzüberschreitenden Versandhandel eine Maßnahme gleicher Wirkung vor. 128

(1) Durch die Preisbindung würde die grenzüberschreitende Handelstätigkeit der Beklagten zumindest mittelbar und potentiell behindert. Sie könnte die Arzneimittel nicht zu den günstigen Preisen ihres Herkunftslands versenden und wäre damit für weniger Kunden eine Alternative zum Kauf in einer Präsenzapothek oder zu einer Bestellung bei einem Versandhandel in Deutschland. Das hat das Landgericht schon zutreffend ausgeführt. 129

(2) Die Regelungen der AMPPreisV, die für bestimmte Arzneimittel in verschiedenen Handelsstufen Preise festlegt, betrifft damit Verkaufsmodalitäten. Sie erfasst auch alle inländischen Wirtschaftsteilnehmer in gleicher Weise. 130

(3) Die Maßnahme berührt aber nicht in gleicher Weise den Absatz der inländischen Apotheker wie den der ausländischen Mitbewerber. Zwar mag man mit dem Kläger in Frage stellen, ob dies allein mit den anfallenden Transportkosten begründet werden kann. Die Transportkosten haben nämlich im Ergebnis nicht zu einer Preiserhöhung geführt, sondern trotz ihrer kann die Beklagte die Arzneimittel günstiger anbieten als dies Apotheker tun können, die an die AMPPreisV gebunden sind. Es mag auch sein, dass gerade Preisregelungen grundsätzlich unschädliche Verkaufsmodalitäten darstellen können, insbesondere wenn sie nach einem schon erfolgten Marktzugang unterschiedslos alle Waren betreffen. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Preisregelung geeignet ist, den Verkauf von Waren aus anderen Mitgliedsstaaten stärker zu behindern als den Absatz von einheimischen Erzeugnissen und damit den Marktzugang beschränken. Das ist hier der Fall, auch wenn die AMPPreisV nicht zwischen einheimischen und importierten Arzneimitteln differenziert. Die Preisverordnung erschwert den Absatz reimportierter Arzneimittel, da sie dem Importeur eines solchen Arzneimittels die Möglichkeit nimmt, dem im Ausfuhrmitgliedsstaat erzielten Vorteil eines günstigeren Preises im Endverkaufspreis weiterzugeben (vgl. dazu EuGH Slg. 1985 I, 17 ff. Tz. 26 -Leclerc zur Buchpreisbindung). Hier kann die Beklagte, die nach niederländischem Recht nur Höchstpreise zu beachten hat, 131

den Vorteil, den ihr das niederländische Preisrecht einräumt, nicht nutzen, wenn sie an die AMPreisV gebunden wird. Anders sieht es bei dem deutschen Apotheker aus. Das deutsche Recht bindet ihn von vorneherein an die Preisregelung. Würde man die Beklagte nun gleichfalls daran binden, so wäre für sie eine Nische im grenzüberschreitenden Handel geschlossen, die ihr das eigene Recht nicht verwehrt. Dadurch wäre der Versandhandel für sie nicht mehr interessant. Ohne den auch verschreibungspflichtige Medikamente erfassenden Versandhandel hätte die Beklagte auf dem deutschen Markt keine Chance. Sie könnte nämlich im Unterschied zu einheimischen Apothekern schon deshalb keine Präsenzapotheker in Deutschland eröffnen, weil sie als Aktiengesellschaft hier keine Präsenzapotheker betreiben kann. Damit würde sich die Preisbindung für den tatsächlich zugelassenen grenzüberschreitenden Versandhandel mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln faktisch als Marktzugangsbeschränkung erweisen.

bb) Diese Beschränkung ist nach Art. 30 EG auch weder zum Schutz der Gesundheit der Menschen noch aus anderen ungeschriebenen Gründen gerechtfertigt. So besteht für die Bindung ausländischer Versandapotheken an die AMPreisV weder eine gesundheitspolitische Notwendigkeit noch wird ohne die Bindung das System der sozialen Sicherheit gefährdet. 132

(1) Hauptanliegen der Preisbindung ist nach der amtlichen Begründung, in Deutschland eine bestimmte Apothekendichte sicherzustellen und dem Verbraucher bei möglicherweise ernsthaften Erkrankungen einen Preisvergleich zwischen verschiedenen Apotheken zu ersparen (vgl. Mand MMR 2004, 157 -Bl.694). 133

(2) Die Sicherstellung einer bestimmten Apothekendichte soll zudem der ortsnahe und hinreichenden Versorgung der Patienten mit Medikamenten dienen. Insofern dient die AMPreisV auch die Bewahrung der Gesundheit von Menschen. Sie verfolgt damit ein gesundheitspolitisches Ziel. 134

(3) Der Wegfall der Preisbindung für den grenzüberschreitenden Versandhandel führt aber nicht zu einer unmittelbaren Gesundheitsgefährdung. Eine solche Feststellung lässt sich schon nicht treffen. Die Erstreckung der Preisbindung auf den grenzüberschreitenden Versandhandel ist auch nicht aus gesundheitspolitischer Notwendigkeit erforderlich, um eine umfassende und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sicher zu stellen. Es lässt sich nämlich insbesondere nicht feststellen, dass die damit verbundene Verbilligung der Arzneimittelpreise mittelbar zu einer Ausdünnung der Apotheken führt. 135

Das Hauptargument des Klägers ist die Erwägung, dass die entstehende Preisdifferenz bei den betroffenen Arzneimitteln zu einer Privilegierung ausländischer Anbieter und zu einer Verlagerung der Umsätze ins Ausland führt. Dies werde zwangsläufig dazu führen, dass zahlreiche Apotheken dem entstehenden Wettbewerbsdruck nicht mehr standhalten könnten und schließen müssten. Mit dem Wegfall vieler Apotheken sei eine ortsnahe und schnelle Versorgung zumindest bestimmter Teile der Bevölkerung mit Arzneimitteln gefährdet, wobei allein eine solche Gefährdung schon für eine Rechtfertigung gem. Art. 30 EG ausreiche. Anders als das Landgericht meint der Senat, dass der Kläger zur Begründung dieses Gesichtspunkts ausführlich schriftsätzlich vorgetragen hat. Bei der Frage des Vorhandenseins und insbesondere des Umfangs der beschriebenen Gefahr handelt es sich jedoch letztlich um subjektive Einschätzungen. Es fehlt auch an sicheren objektiven Anhaltspunkten dafür, dass eine solche erhebliche Gefahr in naher Zukunft besteht, insbesondere dass bis zu 80 % des Umsatzes im fraglichen Geschäftsbereich von einer Umsatzverlagerung betroffen sein könnten. Das lässt sich auch nicht zwingend damit begründen, dass 20 % der Bevölkerung 91 % der entstehenden Kosten verursachen. Es ist 136

nämlich keineswegs sicher, dass die Hauptkostenverursacher solche Kunden sind, die ausschließlich oder überwiegend bereit sind, sich im Wege des Versandhandels zu versorgen. Eine ausreichend große Zahl von ihnen, die die persönliche Ansprache und Beratung in ihnen vertrauten Apotheken schätzen, werden weiterhin diesen ortsnahen Apotheken verbunden bleiben und Arzneimittel nicht bestellen. Dazu gehören auch viele chronisch kranke und alte Menschen. Die Beklagte hat den betreffenden Vortrag des Klägers vehement bestritten und vorgetragen, dass maximal ein Marktanteil von 10 bis 15 % für den Versandhandel insgesamt in Betracht komme. Auch von anderer Seite werden die von der Klägerin beschriebenen Gefahren ausdrücklich in Abrede gestellt. Verwiesen sei hier insbesondere auf das Rechtsgutachten von Prof. L vom 2. April 2001. Danach soll der Markt der Präsenzapotheken in Deutschland durch den gesamten Versandhandel nicht ernsthaft bedroht werden können. Der Gutachter hebt dabei auch hervor, dass sich der Versandhandel mit Arzneimitteln an ganz bestimmte Verbraucher wendet und sich zu einem anderen Vertriebsweg entwickeln und dem Verkauf von Arzneimitteln über Präsenzapotheken weiterhin genügend Raum lassen wird. Aus den bisher bekannten Zahlen ergibt sich auch, dass es trotz gewisser Umsatzrückgänge zu einem nennenswerten Apothekensterben im Bereich der Präsenzapotheken bislang nicht gekommen ist. Die Beklagte hat zwar eine deutliche Umsatzsteigerung, insbesondere auch noch einmal im Jahr 2004 zu verzeichnen. Sie deckt aber immer noch nicht mehr als 0,5 % des Gesamtumsatzes ab. Auch wenn es sich dabei um eine Momentaufnahme handelt und dies keine sichere Aussage für die Zukunft sein kann, vermag der Senat nicht festzustellen, dass die vom Kläger prognostizierte Entwicklung zwingend eintreten und die von ihm geschilderte Gefahr begründen wird. Sie müsste zusätzlich auch auf dem gerügten Gesetzesverstoß beruhen und nicht auf anderen Ursachen wie den sonstigen Regelungen der so genannten Gesundheitsreform. Es steht insbesondere nicht fest, dass allein die Durchbrechung der Preisbindung im Fall des grenzüberschreitenden Versandhandels zu einer ernsthaften Gefährdung der angemessenen Versorgung der Bevölkerung mit den erforderlichen Arzneimitteln führen wird. Dies geht zu Lasten des beweispflichtigen Klägers. Erstmals im letzten Schriftsatz, bei dem die Wochenfrist nicht eingehalten ist, hat der Kläger einen Beweisantritt gebracht, aber nicht für seinen Vortrag, sondern als Beweismittel gegen die Darstellung der Beklagten. Der Beweisantritt ist somit schon ungeachtet der Fragen, ob das Beweisthema darin überhaupt hinreichend genau benannt ist oder ob eine solche Prognose einem Sachverständigenbeweis zugänglich ist, ungeeignet, weil mit der etwaigen Unrichtigkeit der speziellen Behauptung der Beklagten noch nicht die Richtigkeit des Klägervortrages feststünde.

(4) Schließlich ist auch nicht festzustellen, dass das intakte deutsche Gesundheitswesen als solches durch den grenzüberschreitenden Versandhandel ohne Preisbindung bedroht ist. 137
Zwar hat der EuGH (WRP 2004, 218 -DocMorris) es für möglich gehalten, dass eine nationale Regelung, die die Verkaufspreise für bestimmte Arzneimittel festlegt, dann beizubehalten sein kann, wenn sie einen integralen Bestandteil des nationalen Gesundheitswesens bildet. Es hat allerdings keine Argumente dafür erkennen können, dass und warum speziell die Preisbindung für den Bestand des Gesundheitswesens erforderlich sein soll. Wie schon ausgeführt worden ist, spricht nach wie vor nichts zwingend dafür, dass die deutschen Apotheken in nennenswerter Zahl durch den grenzüberschreitenden Versandhandel ohne Preisbindung in ihrem Bestand gefährdet sind.

(5) Zu einer Gefährdung des Systems der sozialen Sicherheit führt der nicht preisgebundene 138
Versandhandel auch nicht. Der Versandhandel ist bereits zu einem großen Teil in das Krankenversicherungssystem einbezogen, indem die Krankenkassen mit der Beklagten abrechnen. Dadurch haben die Krankenversicherungen wirtschaftliche Vorteile, die sich auf das Gesamtsystem eher positiv auswirken als nachteilig. Denn den Kassen werden Rabatte

eingeräumt, so dass sich ihre Ausgaben verringern.

III. Soweit der Kläger mit dem Antrag zu 2 c) einen Verstoß der Beklagten gegen §§ 31 Abs. 3, 43 b SGB V geltend gemacht hat, weil diese die vorgesehenen Zuzahlungen nicht einfordert, handelt es sich nicht um marktregelnde Vorschriften mit dem nach § 4 Ziff. 11 UWG erforderlichen Wettbewerbsbezug. Es kann deshalb dahin stehen, ob ein solcher Verstoß hier gegeben ist, insbesondere ob diese Regelungen auf den grenzüberschreitenden Versandhandel der Beklagten überhaupt anwendbar sind, weil selbst ein Verstoß keine wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit im Sinne des § 3 UWG darstellen und damit keinen Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 UWG begründen kann. 139

1) Der Kläger hat in erster Instanz nur einen Verstoß gegen die genannten Vorschriften des SGB V gerügt. Diesen Vorschriften kommt aber keine wettbewerbsrechtliche Schutzfunktion zu, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat. Es geht bei der Zuzahlungsregelung ebenso wie bei der in der Entscheidung Krankenkassenzulassung (BGH WRP 2004, 337, 339) betroffenen Regelung des § 126 SGB V um die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbänden zu Ärzten, Apothekern und sonstigen Leistungserbringern im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung und somit um öffentlich-rechtliche Vorschriften. Das zeigen schon die Gründe, aus denen die Zuzahlungsregelung eingeführt worden ist. Die Eigenleistungen der Versicherten sollen die Krankenkassen entlasten, sie dienen weder der Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln noch dem Schutz der Mitbewerber noch gar dem Verbraucherschutz. Ein Mitbewerber kann deshalb allein aus ihrer Verletzung keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche herleiten (vgl. dazu auch Senat, Urteil vom 3. August 2004 -4 U 95 / 04). Das gilt auch dann, wenn sich die den Krankenkassen gewährten Nachlässe und deren Verrechnung mit der Zuzahlung faktisch als Vorteile auswirken, die für die Kunden besonders attraktiv sein können. 140

2) In der Berufungsinstanz macht der Kläger nunmehr geltend, auch diese beanstandete Verfahrensweise stelle einen Unterfall der Nichteinhaltung der AMPPreisV dar, da bei Nichterhebung der Zuzahlung zugleich eine Nichterhebung des durch die Verordnung festgelegten Abgabepreises vorliege. Diese Konstruktion verkennt, dass die Preisbindung und die Zuzahlung auf zwei rechtlich verschiedenen Grundlagen beruhen. Wer die Zuzahlung nicht erhebt, also die Eigenleistung der Kunden nicht geltend macht, verstößt damit nicht gegen die AMPPreisV, die nur regelt, zu welchem Preis an sich das Arzneimittel in der Apotheke oder im Wege des Versands in Deutschland abzugeben ist. Die Zuzahlungsregelung hat dagegen zum Gegenstand, welchen Anteil des an sich zu zahlenden Preises die Krankenkasse zu erstatten hat. 141

3) Letztlich kann aber sogar dahin stehen, ob dem Kläger insoweit zu folgen ist. Wenn es um einen weiteren Fall des Verstoßes gegen die AMPPreisV wegen der Nichterhebung der Zuzahlung und des damit verbundenen Nachlasses gehen sollte, würde auch insoweit gelten, dass die AMPPreisV auf den grenzübergreifenden Versandhandel nicht anwendbar ist oder aber die auch für die Beklagte verbindliche Zuzahlungsregelung jedenfalls einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit des Art. 28 EG darstellen würde, ohne dass das aus übergeordneten Gesichtspunkten zu rechtfertigen wäre. 142

IV) Wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, kann eine Grundrechtsverletzung wegen Inländerbenachteiligung und Beeinträchtigung der sich aus Art. 3 und 12 GG ergebenden Grundrechte nicht der Beklagten entgegen gehalten werden. Insoweit müsste der Kläger gegen diejenigen vorgehen, die für die etwaige Ungleichbehandlung und seine dadurch bedingten beruflichen Beeinträchtigungen verantwortlich sein könnten. 143

V) Folgerichtig stehen dem Kläger auch keine Schadenersatz- und Auskunftsansprüche zu. 144
Ein Schadenersatzanspruch setzt nämlich nach § 9 UWG voraus, dass die Beklagte
zumindest fahrlässig dem § 3 UWG zuwider gehandelt hat. An einer solchen
Zuwiderhandlung fehlt es aber gerade.

Da der Senat der Auffassung ist, dass die AMPPreisV auf den Versandhandel der Beklagten 145
nicht anwendbar ist, stellt sich die Frage der vom Kläger angeregten Vorlage nach Art. 234
EG nicht. Im Übrigen hat der Senat auch keine Zweifel daran, wie die EG-Bestimmungen der
Art. 28 und 30 EG im vorliegenden Fall anzuwenden sind. Auch wenn die Ansprüche an
einem Verstoß der Preisbindung für grenzüberschreitenden Versandhandel gegen primäres
Europarecht scheitern sollten, bestünde kein Anlass zur Vorlage an den EuGH.

Die Revision ist zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 146
543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO hat. Es geht hier nämlich um klärungsbedürftige Fragen von
erheblicher Bedeutung, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu
erwarten ist.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs.1 ZPO. 147

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Ziffer 10, 711 ZPO. 148