

## Verfahrensgang

**BGH, Urt. vom 09.09.2010 - I ZR 72/08, [IPRspr 2010-172](#)**

## Rechtsgebiete

Öffentliches Recht (bis 2019) → Handelsbeschränkungen

## Rechtsnormen

AEUV **Art. 34**; AEUV **Art. 36**; AEUV **Art. 168**

AMG **§ 4**; AMG **§ 9**; AMG **§§ 13 ff.**; AMG **§ 52a**; AMG **§ 73**; AMG **§ 78**

AMPreisV **§ 1**; AMPreisV **§ 3**

ApoG **§ 11a**; ApoG **§ 11b**

GK Humanarzneimittel-RL 2001/83/EG **Art. 4**

HWG **§ 7**

Rom II-VO 864/2007 **Art. 6**

RsprEinhG **§ 2**; RsprEinhG **§ 11**

SGB V **§ 129**; SGB V **§ 130a**

UWG **§§ 3 f.**; UWG **§ 4**; UWG **§ 8**

## Fundstellen

### nur Leitsatz

BB, 2010, 2341

### LS und Gründe

GRUR, 2010, 1130

NJW, 2010, 3724

WRP, 2010, 1485

MMR, 2011, 92

RIW, 2011, 558

## Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2010-172>

## Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).

Die Bekl. bleibt jede Begründung schuldig, aus welchem Artikel der vorgenannten Verordnungen sie dieses Verbot ableitet. Der Verweis ... ist lediglich in dieser pauschalen Form erfolgt.

Der Senat hat die o.g. Verordnungen im Einzelnen zur Kenntnis genommen und kann ihnen lediglich ein Auszahlungsverbot entnehmen. Sämtliche Gelder und wirtschaftlichen Ressourcen der im Anhang aufgeführten Personen, Organisationen und Einrichtungen, zu denen die Bank A Iran gehörte, sind eingefroren worden.

Der Kl. steht gegen die Bekl. ein Anspruch auf Zahlung des geltend gemachten Teilbetrags von 300 000 Euro aus der Stillen Bestätigung vom 15.1.2006 zu.

Das LG hat zutreffend ausgeführt, dass die Bekl. mit der Stillen Bestätigung gegenüber der Kl. das abstrakte Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB abgegeben hat, bei Eingang und Aufnahme der Akkreditivdokumente bei der Avisbank Zahlung in Höhe von 640 537,58 Euro zu leisten. Ein entspr. Bestätigungsauftrag der Akkreditivbank war nicht erforderlich.

Die Bekl. hat ein von dem Akkreditiv losgelöstes Zahlungsverprechen abgegeben, da die Akkreditivbank die Bekl. nicht zur Bestätigung beauftragt oder ermächtigt hatte. Entgegen der Bewertung des LG liegen die Voraussetzungen für die Zahlungen aus der Stillen Bestätigung vor. Von einer Aufnahme der Akkreditivdokumente bei der ersten avisierten Bank, der Bank A, Filiale Frankfurt, im Sinne der Stillen Bestätigung ist auszugehen. Zwar hat die erste avisierende Bank, die Bank A, die von der Kl. bei ihr eingereichten Akkreditivdokumente nicht aufgenommen. Sie hat sie stattdessen an die Kl. zurückgesandt.

In diesem Zusammenhang ist der Streit der Parteien vollständig unerheblich, ob die Streitverkündete die Dokumente unter Hinweis auf die UNO-Resolution 1747/2007 und die EG-Verordnung 423/07 nicht hätte verweigern dürfen. Der Senat teilt aus anderen Gründen als das LG die Bewertung, dass es im Ergebnis letztlich auf die Frage einer Pflichtverletzung der Bank A, Filiale Frankfurt, für die Beurteilung einer Haftung der Bekl. aus dem abstrakten Schuldversprechen nicht ankommt. Die von den Parteien geschlossene Stille Bestätigung, nach deren Inhalt die Zahlungspflicht der Bekl. davon abhängt, dass die Akkreditivdokumente bei der Avisbank eingegangen sind und aufgenommen worden sind, ist nämlich dahin auszulegen, dass einer (ausdrücklichen) Aufnahme der Akkreditivdokumente durch die erste avisierende Bank die Fiktion einer solchen Dokumentenaufnahme im Sinne der ERA der ICC gleichsteht.

Die Stille Bestätigung ist wie jeder Vertrag einer Auslegung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte sowie Sinn und Zweck der Vereinbarung zugänglich, §§ 133, 157 BGB. Einer solchen Auslegung steht insbes. nicht der Grundsatz der Garantiestrenge im Verkehr mit Akkreditivdokumenten entgegen (vgl. BGH, WM 1994, 1063, 1064).

Abzustellen ist also im Gegensatz zur Bewertung der Bekl. nicht nur auf den Wortlaut der Stillen Bestätigung, der eine Aufnahme der Dokumente voraussetzt.“

**172.** *Dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes wird die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob das deutsche Arzneimittelpreisrecht auch für im Wege des Versandhandels nach Deutschland eingeführte Arzneimittel gilt.*

BGH, Urt. vom 9.9.2010 – I ZR 72/08: NJW 2010, 3724; RIW 2011, 558; GRUR 2010, 1130; MMR 2011, 92; WRP 2010, 1485. Leitsatz in BB 2010, 2341.

Die in den Niederlanden ansässige Bekl. betreibt dort eine Präsenzapotheke und daneben im Internet eine Versandapotheke. Über sie werden Medikamente in deutscher Sprache unter Angabe ihrer deutschen Bezeichnung oder der durch die deutsche Zulassungsbehörde vergebenen Pharmazentralnummer angeboten. Die Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel erfolgt sodann gegen Einsendung eines Originalrezepts. Gegenüber kraft Gesetzes krankenversicherten Personen in Deutschland wirbt die Bekl. mit einem Bonusystem. Danach erhält der Kunde bei verschreibungspflichtigen Medikamenten auf Kassenrezept einen Bonus, der entweder direkt mit dem Rechnungsbetrag der Bestellung oder – sofern er höher ist als dieser – im Rahmen einer künftigen Bestellung verrechnet wird. Die Kl. betreibt eine Apotheke in Darmstadt. Sie hält das Bonusystem der Bekl. für rechts- und damit auch für wettbewerbswidrig. Die Kl. hat die Bekl. auf Unterlassung der Ankündigung und Gewährung ihrer Boni in Anspruch genommen.

Das Berufungsgericht hat der im ersten Rechtszug erfolglosen Klage stattgegeben. Dagegen richtet sich die Revision der Bekl., die ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

„II. Das Verfahren ist auszusetzen. Die Sache ist dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes zur Entscheidung der Vorlagefrage vorzulegen (§§ 2, 11 RsprEinhG). Das Berufungsgericht hat die Verurteilung der Bekl. mit Recht weder auf § 4 Nr. 1 noch auf § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 7 HWG gestützt. Mit der Vorinstanz ist der Senat der Ansicht, dass das deutsche Arzneimittelpreisrecht auch für im Wege des Versandhandels nach Deutschland eingeführte Arzneimittel gilt. Da nach seiner Auffassung auch die weiteren Voraussetzungen für den auf §§ 8 I, III Nr. 1; 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 1 I Nr. 2; 3 AMPPreisV, § 78 II 2 und 3 AMG gestützten Klageanspruch vorliegen, möchte er die Revision der Bekl. zurückweisen. Er sieht sich hieran allerdings durch die Rspr. des 1. Senats des BSG gehindert. Dieser hat entschieden, dass das deutsche Arzneimittelpreisrecht für im Wege des Versandhandels nach Deutschland eingeführte Arzneimittel nicht gilt (BSGE 101, 161 Rz. 23 ff.)<sup>1</sup>.

III. Die Vorlagefrage ist nach Auffassung des Senats zu bejahen.

1. Nach Ansicht des BSG sind die Arzneimittel-Preisvorschriften klassisches hoheitliches Eingriffsrecht und daher schon nach dem völkerrechtlichen Territorialitätsprinzip auf Arzneimittel außerhalb des Inlands unanwendbar. Da auch kein Anhaltspunkt dafür bestehe, dass das AMG und die AMPPreisV insoweit Geltungskraft außerhalb Deutschlands beanspruchten, dürften nicht nur Hersteller im Ausland oder bei Abgabe von Arzneimitteln ins Ausland, sondern auch Arzneimittelimporteure ihre Abgabepreise frei bestimmen. Hierdurch könne es auf der Einzelhandelsstufe zu einem Preiswettbewerb kommen, ohne dass dem das Preisrecht nach dem AMG entgegenstehe (BSGE 101 aaO).

Eine bei diesen Gegebenheiten erforderliche Sonderregelung bei der Abgabe von Arzneimitteln durch Internetapotheken an Endverbraucher sei weder im seit 1.1. 2004 geltenden § 73 I 1 Nr. 1a AMG noch in den zugleich zur Ermöglichung des Versandhandels und des elektronischen Handels mit Arzneimitteln eingefügten bzw. geänderten §§ 11a, 11b ApoG, 17 ApoBetrO enthalten (aaO Rz. 24 bis 26). Der Gesetzgeber habe bei der damaligen umfassenden Neuregelung, die sich in anderem Zusammenhang auch auf die Preisvorschriften erstreckt habe, nicht beabsichtigt, für den Import von Arzneimitteln durch im Ausland ansässige Versandhandelsapotheken besondere Preisvorschriften einzuführen (aaO Rz. 27). Dies

<sup>1</sup> IPRspr. 2008 Nr. 9 (LS).

werde auch durch die zum 1.5.2006 in § 130a SGB V eingefügten Absätze (3a) und (3b) deutlich. Danach seien Erhöhungen des Herstellerabgabepreises bei Fertig-Arzneimitteln, für die in der AMPreisV oder in § 129 Abs. (5a) SGB V verbindliche Handelszuschläge geregelt sind, im Zeitraum vom 1.4.2006 bis zum 31.3.2008 bei der Abrechnung mit der gesetzlichen Krankenversicherung nicht wirksam geworden (aaO Rz. 29). Die dort für diesen Zeitraum bestimmte Begrenzung des Ausgleichs von Preiserhöhungen bei Re- und Parallelimporten auf einen Betrag, bei dem Import-Arzneimittel mindestens 15% bzw. 15 Euro preisgünstiger blieben als Bezugs-Arzneimittel unter Berücksichtigung des zweijährigen Festschreibens der Abrechnungspreise mit den Krankenkassen, trage einerseits den begrenzten Möglichkeiten der Arzneimittelimporteure Rechnung, Preiserhöhungen auf ausländischen Märkten auszugleichen. Sie gewährleiste andererseits den Fortbestand des gesetzlichen Preisabstands zu den Bezugs-Arzneimitteln auch im Rahmen der Regelungen zum Ausschluss von Erhöhungen der Abrechnungspreise mit den Krankenkassen und trage damit zur Erhaltung des Wettbewerbs durch preisgünstige Import-Arzneimittel bei (aaO Rz. 29).

2. Der Senat möchte dieser Beurteilung nicht beitreten.

a) Er ist im Hinblick auf die in § 73 IV 2 AMG enthaltene Regelung schon nicht der Ansicht, dass die deutschen Preisvorschriften für eingeführte Arzneimittel mangels einer speziellen Regelung im Arzneimittelrecht insges. unanwendbar sind. Nach der o.g. Bestimmung finden auf die im Wege der sog. Einzeleinfuhr gemäß § 73 II Nrn. 1 bis 3 und 6 bis 10, III AMG eingeführten Arzneimittel nur die dort im Einzelnen aufgeführten Vorschriften des AMG Anwendung. Zu diesen – wenigen – auf einzelimportierte Arzneimittel anzuwendenden Vorschriften zählt indes die Bestimmung des § 78 AMG. Damit gelten jedenfalls für im Wege der Einzeleinfuhr eingeführte Arzneimittel die Regelungen des deutschen Arzneimittelpreisrechts (*Dettling*, A&R 2008, 204, 205). Wenn aber sogar bei diesen – vom deutschen Arzneimittelrechtsregime ansonsten weitgehend freigestellten – Arzneimitteln das deutsche Preisrecht gilt, kann für die im Wege des grenzüberschreitenden Versandhandels eingeführten Arzneimittel kaum etwas anderes gelten (*Mand*, PharmR 2008, 582, 585 m.w.N.).

Auf der Grundlage seiner Auffassung, dass alle Arzneimittel außer denen, die im Inland hergestellt sind und das Inland auch nachfolgend bis zur Abgabe in der Apotheke nicht verlassen haben, gleich zu behandeln seien, hätte das BSG diese Mittel unter Berücksichtigung der Regelung des § 73 IV 2 AMG an sich mangels einer Sonderregelung sämtlich dem deutschen Arzneimittelpreisrecht unterstellen müssen. Es hat es demgegenüber allerdings – u.a. unter Hinweis auf eine zu den sog. Re- bzw. Parallelimport-Arzneimitteln im Sinne von § 129 I 1 Nr. 2 SGB V ergangene Entscheidung des Kartellsenats des BGH (Beschl. vom 21.2.1995 – KVR 10/94, BGHZ 129, 53, 54 f. [Import-Azneimittel]) – als maßgeblich angesehen, dass Importeure Arzneimittelpreise frei bestimmen dürfen und importierte Arzneimittel daher auf der Einzelhandelsstufe preisgünstiger sind als im Inland hergestellte Präparate, die das Inland bis zu ihrer Abgabe in der Apotheke nicht verlassen haben (BSGE 101 aaO Rz. 23)<sup>1</sup>.

Für die Anwendbarkeit des deutschen Arzneimittelpreisrechts ist der Sitz des Arzneimittelherstellers (§§ 4 XIV, 13 ff. AMG), des pharmazeutischen Unternehmers

(§§ 4 XVIII, 9 AMG) sowie der Großhändler, über die die für den deutschen Markt zugelassenen Arzneimittel an die abgebende Apotheke gelangen (§§ 4 XXII, 52a AMG), jedoch ebenso wenig von Belang wie die Frage, ob und ggf. wie oft ein solches Arzneimittel zwischen der Herstellung und dem Vertrieb nach Deutschland importiert wurde (*Detting* aaO 206; vgl. auch *Mand* aaO). Bei den vom BSG angesprochenen importierten Arzneimitteln im Sinne von § 129 I 1 Nr. 2 SGB V handelt es sich um ursprünglich für ausländische Märkte hergestellte und gekennzeichnete Arzneimittel, die von darauf spezialisierten Importunternehmen re- oder parallelimportiert und durch geänderte oder neue Verpackungen im Inland verkehrsfähig gemacht werden und einer in einem vereinfachten Verfahren zu erteilenden eigenen Zulassung bedürfen. Der Re- oder Parallelimporteur ist daher selbst pharmazeutischer Unternehmer und muss sich bei der Festsetzung seines eigenen – verbindlichen – Abgabepreises allein an die Vorgabe des § 129 I 1 Nr. 2 SGB V halten, dass der für den Versicherten maßgebliche Abgabepreis mindestens 15% oder 15 Euro niedriger liegt als der für den Versicherten maßgebliche Arzneimittelabgabepreis des jeweiligen Original-Bezugs-Arzneimittels (*Detting* aaO). Dagegen handelt es sich beim Versand von in Deutschland zugelassenen Fertig-Arzneimitteln durch ausländische Versandapotheken in den Geltungsbereich des deutschen AMG um den unveränderten Import hier zugelassener Fertig-Arzneimittel, wobei – ebenso wie bei inländischen Versandapotheken – sowohl Original-Bezugs-Arzneimittel als auch re- oder parallelimportierte Arzneimittel geliefert werden können (*Detting* aaO 207).

b) Es kommt hinzu, dass es im Streitfall um Arzneimittel geht, die in Deutschland zugelassen und in deutscher Sprache gekennzeichnet sind und gemäß den vertraglichen Vereinbarungen mit deutschen Endverbrauchern oder – bei gesetzlich versicherten Personen – mit deutschen gesetzlichen Krankenkassen nach Deutschland geliefert werden. Der damit jeweils gegebene Inlandsbezug kann die Anwendung der deutschen Preisvorschriften auch ohne ausdrückliche einseitige Kollisionsnorm rechtfertigen (vgl. *Mand* aaO 583 m.w.N.). Der VII. Zivilsenat des BGH hat für den vergleichbaren Sachverhalt der Preisbindung grenzüberschreitender Dienstleistungen von Architekten und Ingenieuren nach der HOAI entschieden, dass die Mindestpreisregel des § 4 IV HOAI a.F. nach nationalem Kollisionsrecht auch ohne eine ihre Anwendbarkeit anordnende Norm Geltung beansprucht, wenn Architekten oder Ingenieure im Ausland Pläne für in Deutschland gelegene Bauvorhaben entwerfen (BGH, Urt. vom 27.2.2003 – VII ZR 169/02, BGHZ 154, 110, 115 f.)<sup>2</sup>.

c) Auch ansonsten sind Regelungen mit extraterritorialer Wirkung nach allgemeinem Völkerrecht gemäß dem mittlerweile in Art. 6 I Rom-II-VO kodifizierten und insoweit nach Art. 6 IV Rom-II-VO sogar zwingenden Markttortprinzip zulässig, wenn sie einen hinreichenden Bezug zum eigenen Souveränitätsbereich aufweisen (*Detting* aaO). Das Markttortprinzip gilt insbes. auch im internationalen Arzneimittelrecht (*Detting* aaO f. m.w.N.). Anzuwenden ist danach das Recht des Staats, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden. Beim Versand von Arzneimitteln an Endverbraucher in Deutschland ist dies das deutsche Preisrecht, weil die Verdrängungswirkungen des nach ihm unerwünschten Preiswettbewerbs im Inland auftreten. Die Freistellung allein der ausländischen

---

<sup>2</sup> IPRspr. 2003 Nr. 27.

Versandapotheken vom deutschen Preisrecht würde dessen Regelungszweck nicht zuletzt deshalb besonders stark beeinträchtigen, weil die im Inland ansässigen Apotheken nach dem für sie geltenden Recht auf einen solchen Preiswettbewerb nicht eingehen dürfen und die im Ausland ansässigen Anbieter schon wegen des Orts ihrer Niederlassung keine flächendeckende Akutversorgung im Notfall gewährleisten können (*Mand* aaO 585). Unter diesen Umständen kann dem Umstand, dass die beim grenzüberschreitenden Versandhandel zur Bestellung angebotenen Arzneimittel erst nach Vertragsabschluss ins Inland gelangen und die Apotheke sich im Ausland befindet und dort nach dem jeweiligen nationalen Recht tätig wird, keine maßgebliche Bedeutung zukommen (a.A. *Diekmann/Idel*, APR 2009, 93, 94). Der hier zu beurteilende Sachverhalt unterscheidet sich insoweit auch nicht wesentlich von demjenigen, der dem in BGHZ 154, 110 abgedruckten Urteil des VII. Zivilsenats des BGH zugrunde gelegen hat; denn im einen wie im anderen Fall wird ein Produkt vom Ausland aus auf einem inländischen Markt angeboten, auf dem die Preise gebunden sind (a.A. *Diekmann/Idel* aaO).

d) Anders als die HOAI enthält das AMG in § 73 I 1 Nr. 1a AMG im Übrigen sogar eine einseitige Kollisionsnorm, die die Anwendung des deutschen Arzneimittelpreisrechts für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt ausdrücklich anordnet. Nach der o.g. Bestimmung müssen ausländische Apotheken, die Arzneimittel an Endverbraucher in Deutschland versenden wollen, zum einen über eine deutsche oder eine dem deutschen Recht entsprechende Versandhandelserlaubnis verfügen und zum anderen die Arzneimittel entsprechend den deutschen Vorschriften zum Versandhandel oder zum elektronischen Handel versenden. Nach Ansicht des BSG zielt diese Vorschrift allerdings nicht darauf ab, das Preisrecht des AMG für ausländische Versandhandelsapotheken zu exportieren; vielmehr solle sie lediglich die tatsächlich bestehenden Sicherheitsstandards für den Versandhandel und den elektronischen Handel mit Arzneimitteln auf einem Niveau absichern, das dem nach deutschem Recht bestehenden Niveau entspreche (BSGE 101 aaO Rz. 27). Die Vorschrift des § 73 I 1 Nr. 1a AMG hat jedoch auch die Funktion sicherzustellen, dass von inländischen Endverbrauchern oder für diese von inländischen gesetzlichen Krankenversicherungen abgeschlossene Kaufverträge über im Wege des grenzüberschreitenden Versandhandels zu importierende Arzneimittel den im AMG vorgesehenen Bestimmungen über die Verschreibungspflicht und die Preisbildung unterstehen.

Es kommt hinzu, dass ausländische Apotheken, die über keine Erlaubnis verfügen, die dem deutschen Apothekenrecht im Hinblick auf die Vorschriften zum Versandhandel entspricht, nach dieser Bestimmung über eine deutsche Versandhandelserlaubnis verfügen und bei deren Beantragung nach § 11a Satz 1 Nr. 1 ApoG zusichern müssen, dass der Versand aus einer öffentlichen Apotheke zusätzlich zu dem üblichen Apothekenbetrieb und nach den dafür geltenden Vorschriften erfolgen wird, wobei zu diesen Vorschriften auch das Preisrecht zählt (*Cyran-Rotta*, Apothekenbetriebsordnung Kommentar [Stand: April 2010], § 17 Rz. 438 f.; *Detting* aaO 208; *Mand* aaO 584). Da es aber keinen Sinn ergäbe, die Beachtung der deutschen Preisvorschriften davon abhängig zu machen, ob eine ausländische Apotheke über eine Versandhandelsbefugnis nach ihrem nationalen Recht oder über eine entsprechende deutsche Erlaubnis verfügt, lässt sich diese Regelung nur damit erklären,

dass die AMPreisV bei Lieferungen an Verbraucher in Deutschland insges. anwendbar ist (*Mand* aaO; *Dettling* aaO 209).

e) Für die vom Senat vertretene Ansicht spricht weiterhin die Entstehungsgeschichte des Gesetzes (a.A. *Diekmann/Idel* aaO). Dieses sieht entgegen Art. 16 Nr. 4 des von den Fraktionen SPD und Bündnis 90/DIE GRÜNEN zunächst vorgelegten Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Gesundheitssystems (BT-Drucks. 15/1170 S. 52, 139) für den grenzüberschreitenden Handel mit Arzneimitteln bewusst gerade keine Ausnahme von der Preisbindung vor (*Dettling* aaO 208 f.). Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass Arzneimittel gemäß § 73 I 1 Nr. 1a AMG entsprechend den deutschen Vorschriften zum Versandhandel versandt werden müssen. Das BSG (aaO) hat sich zur Begründung seiner gegenteiligen Auffassung allerdings auch auf die Senatsentscheidung des BGH (Urt. vom 20.12.2007 – I ZR 205/04, GRUR 2008, 275 Rz. 26 = WRP 2008, 356<sup>3</sup> [Versandhandel mit Arzneimitteln]) gestützt. Der Senat hat sich dort jedoch allein zu der Frage geäußert, welche Voraussetzungen das nationale Recht der Versandapotheke bei einem grenzüberschreitenden Arzneimittelversandhandel an Endverbraucher erfüllen muss, damit es dem deutschen Apothekenrecht im Hinblick auf die Vorschriften zum Versandhandel entspricht.

f) Die vom Senat vertretene Beurteilung steht nicht in Widerspruch zum primären Gemeinschaftsrecht. Dabei kann unterstellt werden, dass die deutsche Regelung zur Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 34 AEUV darstellt. Die Regelung ist nämlich jedenfalls nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt.

Nach der Rspr. des EuGH ist bei der Prüfung, ob die Mitgliedstaaten die Bestimmungen des primären Gemeinschaftsrechts über die Verkehrsfreiheiten im Rahmen ihrer Zuständigkeit gemäß Art. 168 VII AEUV für den Erlass von Vorschriften zur Organisation von Diensten im Gesundheitswesen wie der öffentlichen Apotheken beachtet haben, zu berücksichtigen, dass die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang unter den in Art. 36 AEUV geschützten Gütern und Interessen einnehmen und dass die Mitgliedstaaten zu bestimmen haben, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dies erreicht werden soll. Da sich das Niveau von einem Mitgliedstaat zum anderen unterscheiden kann, steht den Mitgliedstaaten insoweit ein Wertungsspielraum zu (vgl. EuGH, Urt. vom 19.5.2009 – Rs C-171 u. 172/07, Slg. 2009, I-4171 = NJW 2009, 2112 Rz. 18 f. [Apothekenkammer u.a./Saarland], m.w.N.). Wenn eine Ungewissheit hinsichtlich des Vorliegens oder der Bedeutung der Gefahren für die menschliche Gesundheit bleibt, können die Mitgliedstaaten Schutzmaßnahmen treffen, ohne warten zu müssen, bis der Beweis für das tatsächliche Bestehen dieser Gefahren vollständig erbracht ist. Außerdem können sie diejenigen Maßnahmen treffen, die eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung einschließlich einer Gefahr für die sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung weitestgehend verringern (EuGH aaO NJW 2009, 2112 Rz. 30). In diesem Zusammenhang ist der ganz besondere Charakter der Arzneimittel zu berücksichtigen, die der Gesundheit aufgrund ihrer therapeutischen Wirkungen bei nicht veranlasseter oder falscher Einnahme schweren Schaden zufügen können, ohne dass sich der Pa-

---

<sup>3</sup> IPRspr. 2007 Nr. 157 (LS).

tient dessen bei ihrer Verabreichung bewusst ist (aaO Rz. 31 f.). Ein entsprechender Fehlgebrauch von Arzneimitteln führt zudem zu einer Verschwendung finanzieller Mittel, die umso schädlicher ist, als der Pharmabereich erhebliche Kosten verursacht und wachsenden Bedürfnissen entsprechen muss, die für die Gesundheitspflege verfügbaren finanziellen Mittel aber nicht unbegrenzt sind (aaO Rz. 33).

Nach dieser Rspr. des Gerichtshofs hat der deutsche Gesetzgeber den ihm insoweit zuerkannten Wertungsspielraum nicht dadurch überschritten, dass er verschreibungspflichtige Arzneimittel im Interesse der sicheren und qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung einer umfassenden und damit auch den grenzüberschreitenden Versandhandel erfassenden Preisbindung unterstellt hat, um so der Gefahr eines ruinösen Preiswettbewerbs unter Apotheken entgegenzuwirken. Es ist weder von der Bekl. vorgetragen worden noch sonst ersichtlich, welches konkrete System bei geringeren Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit dieser Gefahr ebenso wirksam entgegenwirken könnte (vgl. OLG München, A&R 2009, 184, 187). Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus dem EuGH-Urteil vom 11.12.2003 (Rs C-322/01, Slg. 2003, I-14887 = NJW 2004, 131 [Deutscher Apothekenverband e.V./0800 DocMorris NV u.a.]). Der Gerichtshof hat sich dort an der Feststellung, dass das Verbot des Versandhandels mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln in Deutschland (auch) durch Gründe der Intaktheit des nationalen Gesundheitswesens gerechtfertigt sein kann, nur deshalb gehindert gesehen, weil der Kläger in dem dem Vorlageverfahren zugrunde liegenden Ausgangsverfahren keine Argumente für die Erforderlichkeit der Arzneimittelpreisbindung vorgetragen hatte (vgl. NJW 2004 aaO Rz. 123).

g) Die Erstreckung der Arzneimittelpreisbindung auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Versandapotheken, die sich an Endverbraucher im Inland wenden, ist schließlich auch mit dem sekundären Gemeinschaftsrecht und insbes. mit der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel vom 6.11.2001 (ABl. Nr. L 311/67) vereinbar. Zwar wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, aus den Erwgr. 2, 3, 30 und 38 dieser Richtlinie folge die Unzulässigkeit einer solchen Erstreckung (*Diekmann/Idel* aaO 95 f.). Die o.g. Erwägungsgründe sind dafür aber nicht aussagekräftig. Dies gilt insbes. für den Erwgr. 38 der Richtlinie. Dieser spricht die Möglichkeit an, Großhändlern im Interesse des Schutzes der Volksgesundheit bestimmte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufzuerlegen. Aus dem Umstand, dass die Preisbindung von Apotheken dort nicht genannt ist, kann nicht im Umkehrschluss deren Unzulässigkeit abgeleitet werden. Die dort gebrauchten einleitenden Wörter ‚Einige Mitgliedstaaten erlegen Großhändlern ...‘ lassen erkennen, dass mit dem Erwägungsgrund lediglich bestimmte Regelungen einiger Staaten herausgegriffen und beurteilt werden sollten. Eine Aussage zur Preisfestsetzungskompetenz der Mitgliedstaaten enthält erst Art. 4 III der Richtlinie 2001/83/EG. Diese Vorschrift bestimmt jedoch ausdrücklich, dass die Zuständigkeiten der Behörden der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Festsetzung der Arzneimittelpreise durch die Richtlinie unberührt bleiben (vgl. OLG Hamburg, A&R 2009, 87, 90 f. = APR 2009, 32; OLG München, GRUR-RR 2010, 53, 55<sup>4</sup>).“

---

<sup>4</sup> IPRspr. 2009 Nr. 131.