



OGH Beschluss vom 27.3.2012, 4 Ob 13/12h – *Arzneimittel-Versandhandel II*

Fundstellen: RdM-LS 2012/28 = jusIT 2012/82, 171 (*Thiele*) = wbl 2012/154, 412 = ZTR 2012,190

- 1. Den Mitgliedstaaten der Union dürfen nach der Rsp des EuGH (11.12.2003, C-322/01 – *Doc Morris*), den Versandhandel mit Arzneimitteln lediglich für verschreibungspflichtige Medikamente einschränken.**
- 2. Das Versandhandelsverbot des österreichischen Arzneimittelrechts nach § 59 Abs 9 AMG umfasst auch andere (nicht verschreibungspflichtige) Arzneimittel und widerspricht daher dem Unionsrecht. Maßgebend ist stets die Verschreibungspflicht im Staat des Bestellers, nicht im Staat der Absendung.**
- 3. Erlaubt die nationale Rechtsordnung, in bestimmten Ausnahmefällen nicht zugelassene Arzneimittel im Inland abzugeben, gilt diese rechtliche Gleichbehandlung mit im Inland zugelassenen Arzneimitteln auch für den Umfang eines unionsrechtlich zulässigen Versandhandelsverbots.**

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Österreichische Apothekerkammer, Wien 9, Spitalgasse 31, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte OG in Wien, wider die beklagte Partei B***** D*****, vertreten durch ploil / krepp / boesch Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung, Veröffentlichung und 30,35 EUR sA (Streitwert im Sicherungsverfahren 68.500 EUR), infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien vom 24. November 2011, GZ 1 R 219/11z-13, womit infolge Rekurses der klagenden Partei der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 2. September 2011, GZ 10 Cg 70/11s-8, bestätigt wurde, folgenden

Beschluss

gefasst: Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.048,40 EUR (darin 341,41 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsrekursbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Begründung:

Die Klägerin nimmt als Körperschaft öffentlichen Rechts die wirtschaftlichen Interessen der österreichischen Apotheker wahr und schreitet unter anderem gegen gesetzwidriges Bewerben und Inverkehrbringen von Arzneimitteln ein. Die Beklagte mit Sitz in Deutschland betreibt eine Apotheke und verkauft Arzneimittel auch über einen Online-Shop auf ihrer Website. Sowohl auf ihrer Website als auch mittels Werbeanzeigen im österreichischen Printprodukt "Tele" bietet die Beklagte Arzneimittel zum Kauf an; Bestellungen sind online, per Post oder Telefon möglich.

Am 15. 2. 2011 bestellte ein Testkäufer der Klägerin, ein österreichischer Konsument, über den Online-Shop der Beklagten als österreichischer Konsument folgende Arzneimittel, ohne dafür eine ärztliche Verschreibung (Rezept) vorzulegen:

- a) Voltaren Schmerzgel 120 g (PZN: 0458532);
- b) Canesten extra Creme 20 g (PZN: 0679612);
- c) Otriven 0,1 % Nasenspray 10 ml (PZN: AT1247585);

d) Imodium akut Kapseln 12 Stück (PZN: 7296788).

Der Testkäufer erhielt die bestellten Arzneimittel mit Ausnahme des - ausverkauften - Nasenspray per Post an seine Adresse in Wien geliefert. In Deutschland sind die Arzneimittel a), b) und d) zugelassen und apotheken-, aber nicht verschreibungspflichtig. In Österreich ist ein Arzneimittel, das dem Arzneimittel a) inhalts- und wirkstoffgleich entspricht, unter der Bezeichnung "Voltadol-Schmerzgel" zugelassen und nicht rezeptpflichtig. Ein b) entsprechendes Arzneimittel ist in Österreich unter der Bezeichnung "Canesten Bifonazol-Creme" zugelassen und nicht rezeptpflichtig. Ein d) entsprechendes Arzneimittel ist in Österreich unter der Bezeichnung "Imodium akut 2 mg Schmelztabletten" in den Packungsgrößen 10 und 20 Stück zugelassen und nicht rezeptpflichtig. Ein c) inhalts- und wirkstoffgleiches Arzneimittel ist in Österreich unter der Bezeichnung "Otrivin 0,1 % Nasenspray 10 ml" zugelassen und nicht rezeptpflichtig.

Zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs beantragte die Klägerin, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, es im geschäftlichen Verkehr bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen,

a) verschreibungspflichtige Arzneimittel, insbesondere das in Österreich verschreibungspflichtige Arzneimittel "Voltaren Emulgel-Gel" und/oder in Österreich nicht zugelassene Arzneimittel, insbesondere die Arzneimittel "Voltaren Schmerzgel", "Canesten extra Creme" und "Imodium akut Kapseln 12 Stück" im Wege des Versandhandels an Letztverbraucher abzugeben;

b) Letztverbrauchern den Bezug von Arzneiwaren nach Österreich, die in Österreich nicht zugelassen sind, wie insbesondere die Arzneiwaren "Voltaren Schmerzgel 120 g", "Canesten extra Creme 20 g" und "Imodium akut Kapseln 12 Stück" und die im Fernabsatz, also im Wege des Abschlusses eines Vertrags unter ausschließlicher Verwendung eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel wie insbesondere Kataloge, Drucksachen, Pressewerbung, Ferngespräche, Telekopie, Teleshopping oder öffentlich zugängliche elektronische Medien, die eine individuelle Kommunikation ermöglichen, wie etwa das Internet oder elektronische Post (E-Mails), bestellt wurden, zu ermöglichen, insbesondere in Österreich nicht zugelassene Arzneiwaren über einen Online-Shop Letztverbrauchern zu verkaufen und diese nach Österreich zu schicken;

c) in Österreich nicht zugelassene Arzneimittel zu bewerben, insbesondere das in Österreich nicht zugelassene Arzneimittel "Voltaren Schmerzgel" mit den Hinweisen "Wirkstoff Diclofenac, Diethylaminsalz" und "Ind.: Zur äußerlichen Behandlung von Schmerzen, Entzündungen und Prellungen." sowie mit einer grafischen Wiedergabe der Verpackung und der Tube, und das in Österreich nicht zugelassene Arzneimittel "Otriven 0,1 % Nasenspray" mit dem Hinweis "Ind.: bei Schnupfen verschiedener Art" sowie mit einer grafischen Wiedergabe der Verpackung gegenüber Konsumenten zu bewerben.

Die Beklagte verstoße gegen das Versandhandelsverbot des § 59 Abs 9 AMG, gegen § 11 Abs 3 A WEG und gegen das Werbeverbot nach § 50a Abs 1 Z 1 AMG, weil die betroffenen Arzneimittel in Österreich nicht zugelassen seien, sowie gegen das Verbot des Bezugs von Arzneiwaren im Versandhandel (§ 17 A WEG). Sie handle damit unlauter iSd § 1 UWG.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Sicherungsantrags. Sie habe gegen keine gesetzlichen Bestimmungen verstoßen, weil keines der dem Testkäufer verkauften Arzneimittel in Österreich rezeptpflichtig sei. Sämtliche betroffenen Arzneiwaren bedürften gemäß § 7 Abs 1 Z 2 AMG iVm § 11 Abs 1 Z 2 A WEG keiner zusätzlichen Zulassung in Österreich. Die in § 11 Abs 3 A WEG enthaltene Beschränkung verstoße gegen Unionsrecht und sei nicht anzuwenden. Dies gelte auch für das allgemeine Versandhandelsverbot des § 59 Abs 9 AMG und das Werbeverbot des § 50a Abs 1 AMG, welche Bestimmungen gegen die Warenverkehrsfreiheit verstießen. Das Verbot des § 17 Abs 1 A WEG, Arzneiwaren im Fernabsatz zu beziehen, richte sich nicht an die Beklagte, sondern an den Konsumenten. Die Beklagte könne sich auf höchstgerichtliche Rechtsprechung berufen und habe mit guten

Gründen davon ausgehen können, dass der von ihr betriebene Versandhandel nach österreichischem Recht zulässig sei; ein allfälliger Verstoß gegen § 1 UWG sei ihr daher nicht vorwerfbar.

Das *Erstgericht* wies den Sicherungsantrag ab. Nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (Rs C-322/01 - DocMorris) und des Obersten Gerichtshofs (4 Ob 243/06y und 4 Ob 48/08z) fänden § 11 Abs 3 AWEG und § 59 Abs 9 AMG auf nicht verschreibungspflichtige Medikamente keine Anwendung. Die Beklagte habe auch nicht gegen § 17 AWEG verstoßen, weil sie nicht Normadressatin dieser Bestimmung sei. Das Werbeverbot des § 50a Abs 1 AMG sei restriktiv auszulegen und nicht auf Arzneimittel anzuwenden, die im Inland keiner (zusätzlichen) Zulassung nach § 11 Abs 1 Z 7 AWEG bedürften und nicht verschreibungspflichtig seien, weil ein nationales Werbeverbot für den Versandhandel mit Arzneimitteln, die im betreffenden Mitgliedstaat nur in Apotheken verkauft werden dürften, dem Unionsrecht entgegenstehe, soweit es auch nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel betreffe.

Das *Rekursgericht* bestätigte diesen Beschluss und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs mangels Rechtsprechung zur Frage zulässig sei, nach welchen Kriterien ein in Österreich nicht ausdrücklich für zugelassen erklärtes Arzneimittel als in Österreich rezeptpflichtig oder nicht rezeptpflichtig zu beurteilen sei und in welchem Verhältnis das Bezugsverbot des § 17 Abs 1 AWEG und das Werbeverbot des § 50a Abs 1 Z 1 AMG unter Beachtung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auszulegen seien. Nach § 11 Abs 1 Z 7 AWEG sei die Einfuhr von Arzneimitteln zur Anwendung am Menschen ohne Bescheinigung oder Meldung zulässig, die in einer dem üblichen persönlichen Bedarf des Empfängers entsprechenden Menge aus einer Vertragspartei des EWR bezogen würden und dort in Verkehr gebracht werden dürften. Der Bezug habe in diesem Fall über eine inländische öffentliche Apotheke zu erfolgen (§ 11 Abs 3 AWEG). Nach § 59 Abs 9 AMG sei die Abgabe von Arzneimitteln in Selbstbedienung oder durch Versandhandel verboten. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sei ein Versandhandelsverbot für Arzneimittel eine Maßnahme gleicher Wirkung iSv Art 28 EG (Rs C-322/01 - DocMorris). Auf die Rechtfertigung eines solchen Verbots durch Art 30 EG könnten sich die Mitgliedstaaten nur soweit berufen, als das Verbot Arzneimittel betreffe, die im Wohnsitzstaat des Bestellers verschreibungspflichtig seien. Eine in Österreich nicht rezeptpflichtige Arzneispezialität dürfe im Inland in üblichen, dem persönlichen Bedarf von Empfängern entsprechenden Mengen im Weg des grenzüberschreitenden Versandhandels aus dem EWR vertrieben werden, wenn sie im Versandestaat in Verkehr gebracht werden dürfe und (auch) dort nicht rezeptpflichtig sei. In diesem Fall schade auch das Fehlen einer inländischen Zulassung nach § 7 Abs 1 AMG nicht, da die Einfuhr nach § 11 Abs 1 Z 7 AWEG zulässig sei und der Apothekenvorbehalt (§ 11 Abs 3 AWEG, § 59 Abs 9 AMG) wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unangewendet zu bleiben habe.

Nach § 7 Abs 1 AMG dürften nur im Inland zugelassene Arzneispezialitäten im Inland abgegeben werden. Eine inländische Zulassung sei dann nicht erforderlich, wenn die Einfuhr nach § 11 AWEG erfolge (§ 7 Abs 1 Z 2 dritter Fall AMG). Sei dieser Ausnahmetatbestand (bei inländischer Rezeptpflichtigkeit) erfüllt, bestehe keine Zulassungspflicht für die Arzneispezialität und damit kein Verbot ihrer Abgabe nach § 7 AMG. Als Vorfrage zur Beurteilung, ob im Anfallsfall eine inländische Zulassungspflicht für die Arzneispezialitäten bestehe, sei daher im Hinblick auf § 11 Abs 3 AWEG maßgeblich, ob das betreffende Arzneimittel in Österreich rezeptpflichtig sei. Nach diesen Grundsätzen habe die Beklagte weder gegen das Verbot des Versandhandels (§ 59 Abs 9 AMG) noch gegen das Verbot der Abgabe nicht zugelassener Arzneimittelspezialitäten (§ 7 AMG) verstoßen, weil die von der Beklagten nach Österreich gelieferten Arzneimittel in ihrer Zusammensetzung inhalts- und

wirkstoffgleich zu in Österreich zwar zugelassenen, aber nicht rezeptpflichtigen Arzneimitteln seien. Mangels Rezeptpflicht finde der Apothekenvorbehalt des § 11 Abs 3 AWEG keine Anwendung. Da die Arzneien in einer dem üblichen persönlichen Bedarf des Empfängers entsprechenden Menge aus Deutschland, einer Vertragspartei des EWR, bezogen worden seien und dort in Verkehr gebracht werden dürften, gelange die Ausnahmeregelung des § 7 Abs 1 Z 2 dritter Fall AMG iVm § 11 Abs 1 Z 7 AWEG zur Anwendung, weshalb die Arzneimittel keiner inländischen Zulassung bedürft hätten. Das Versandhandelsverbot des § 59 Abs 9 AMG finde mangels inländischer Rezeptpflicht infolge des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts keine Anwendung. Auch das Verbot des § 17 Abs 1 AWEG (Beteiligung als Gehilfin am verbotenen Bezug von Arzneiwaren im Fernabsatz durch den Konsumenten) greife im Anlassfall nicht, weil es nur für im Inland rezeptpflichtige Arzneimittel gelte.

Die Beklagte habe auch nicht gegen das Werbeverbot des § 50a Abs 1 AMG verstoßen, nach welcher Bestimmung Werbung für Arzneimittel nur für zugelassene Arzneyspezialitäten betrieben werden dürfe. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs dürfe ein Versandhandel mit in Österreich nicht der Rezeptpflicht unterliegenden Arzneyspezialitäten nicht bloß betrieben, sondern auch im Internet beworben werden; für einen - wie hier - den Regeln des § 11 Abs 1 Z 7 AWEG unterliegenden Versandhandel könne nichts anderes gelten.

Der Revisionsrekurs ist zulässig, aber nicht berechtigt.

Die Klägerin macht geltend, das Rekursgericht vermenge die Frage der Zulässigkeit eines Versandhandelsverbots mit jener der Zulassung von Arzneimitteln; in letzterem Bereich stehe es mangels europarechtlicher Harmonisierung jedem Mitgliedstaat frei, autonome nationale Regeln aufzustellen. § 11 Abs 3 AWEG ordne eine Ausnahme zum grundsätzlichen Erfordernis einer nationalen Zulassung für Arzneimittel an und sei daher Teil des Arzneimittelzulassungsrechts, das nicht am Maßstab des Unionsrechts zu messen sei. Gleiches gelte sinngemäß für das Werbeverbot des § 50a AMG. Ein Arzneimittel, das aus bestimmten (Ausnahme-)Gründen auch ohne Zulassung im Inland vertrieben werden dürfe, gelte deshalb noch nicht als "zugelassen" iSd § 50a AMG. Diese Ausführungen überzeugen nicht.

1.1. Das Rekursgericht hat die maßgebliche Rechtsprechung zutreffend dargestellt:

1.2. Ein nationales Verbot des Arzneimittelversandhandels ist nach der EuGH-Entscheidung C-322/01 - DocMorris mit dem Gemeinschaftsrecht soweit vereinbar, als die Arzneimittel im Wohnsitzstaat des Bestellers verschreibungspflichtig sind. Soweit sich das Versandhandelsverbot des Arzneimittelgesetzes auf in Österreich zugelassene, nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel bezieht, widerspricht es dem Gemeinschaftsrecht. Maßgebend ist die Verschreibungspflicht im Staat des Bestellers, nicht in jenem der Absendung (RIS-Justiz RS0121930 [T1]).

1.3. Eine in Österreich nicht rezeptpflichtige Arzneyspezialität darf im Inland in üblichen, dem persönlichen Bedarf von Empfängern entsprechenden Mengen im Weg des grenzüberschreitenden Versandhandels aus dem EWR vertrieben werden, wenn sie dort in Verkehr gebracht werden darf und nicht rezeptpflichtig ist; ein solcher Vertrieb darf auch im Internet beworben werden (RIS-Justiz RS0121929).

1.4. Ein nationales Werbeverbot für den Versandhandel mit Arzneimitteln, die im betreffenden Mitgliedstaat nur in Apotheken verkauft werden dürfen, steht dem Gemeinschaftsrecht entgegen, soweit dieses Werbeverbot nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel betrifft (4 Ob 243/06y = RIS-Justiz RS0121931).

2.1. Nach geltender Rechtslage ist die Einfuhr oder das Verbringen von Arzneiwaren dosiert oder in Aufmachung für den Kleinverkauf, soweit das AWEG nichts anderes bestimmt, nur

zulässig, wenn im Fall der Einfuhr eine Einfuhrbescheinigung ausgestellt wurde (§ 3 Abs 1 AWEG).

2.2. Arzneispezialitäten dürfen im Inland ua dann ohne Zulassung durch das Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen abgegeben werden, wenn eine Einfuhrbescheinigung nach § 5 AWEG vorliegt (§ 7 Abs 1 Z 2 AMG).

2.3. Einer Einfuhrbescheinigung nach § 5 AWEG bedarf es ua ausnahmsweise nicht für Arzneispezialitäten zur Anwendung am Menschen, die in einer dem üblichen persönlichen Bedarf des Empfängers entsprechenden Menge aus einer Vertragspartei des EWR bezogen werden und dort in Verkehr gebracht werden dürfen (§ 11 Abs 1 Z 7 AWEG).

3.1. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist bei dieser Gesetzeslage die Frage der Zulässigkeit eines Versandhandelsverbots für Arzneimittel mit jener der Zulassung von Arzneimitteln untrennbar verknüpft.

3.2. Fällt nämlich eine Arzneispezialität unter die Ausnahmebestimmung des § 11 Abs 1 Z 7 AWEG, darf sie ohne Einfuhrbescheinigung eingeführt werden, was notwendig zur Folge hat, dass sie rechtlich so zu behandeln ist, als läge für sie eine Einfuhrbescheinigung nach § 5 AWEG vor. Das Wesen einer Ausnahmeregelung liegt nämlich gerade darin, dass Grundtatbestand und Ausnahmefall gleich zu behandeln sind und damit die selben Rechtsfolgen nach sich ziehen.

3.3. Eine Arzneispezialität darf demnach nicht nur dann im Inland ohne Zulassung durch das Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen abgegeben werden, wenn eine Einfuhrbescheinigung nach § 5 AWEG vorliegt (§ 7 Abs 1 Z 2 AMG), sondern gleichermaßen dann, wenn die Arzneispezialität deshalb keiner Einfuhrbescheinigung bedarf, weil sie unter die Ausnahmebestimmung des § 11 Abs 1 Z 7 AWEG fällt.

4.1. Die beklagte Apothekerin hat nur solche Arzneispezialitäten zur Anwendung am Menschen in einer dem üblichen persönlichen Bedarf des Empfängers entsprechenden Menge im Versandhandel von Deutschland nach Österreich verschickt bzw beworben, die in Deutschland zugelassen und apotheken-, aber nicht verschreibungspflichtig sind und für die in Österreich inhalts- und wirkstoffgleiche Arzneispezialitäten (wenn auch unter anderer Bezeichnung) zugelassen und hier nicht rezeptpflichtig sind.

4.2. Die hier streitgegenständlichen Arzneispezialitäten bedurften - wie aufgezeigt - keiner Einfuhrbescheinigung und sind im Inland zugelassenen Arzneispezialitäten gleichzuhalten. Erlaubt die nationale Rechtsordnung aber, in bestimmten Ausnahmefällen nicht zugelassene Arzneispezialitäten im Inland abzugeben, gilt diese rechtliche Gleichbehandlung mit im Inland zugelassenen Arzneispezialitäten auch für den Umfang eines unionsrechtlich zulässigen Versandhandelsverbots.

4.3. Dies führt bei sinngemäßer Anwendung der unter Punkt 1. aufgezeigten Rechtsprechung zum Arzneimittelversandhandel zu der vom Rekursgericht zutreffend erkannten Konsequenz, dass der Beklagten kein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften (§ 59 Abs 9 AMG, § 11 Abs 3 AWEG, § 50a Abs 1 Z 1 AMG, § 17 Abs 1 AWEG) vorzuwerfen ist. Dem Revisionsrekurs kann deshalb kein Erfolg beschieden sein.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.

Anmerkung*

I. Das Problem

Im Anlassfall klagte die Österreichische Apothekerkammer gegen einen deutschen Apothekenbetreiber, der über seinen Online-Shop nicht-rezeptpflichtige Medikamente anbot und diesen Shop auch in österreichischen Zeitungen mit Inseraten bewirbt. Bestellungen waren online, per Post oder Telefon möglich. Nach dem Testkauf eines österreichischen Konsumenten über (z.T. in Österreich verschreibungspflichtige) Medikamente machte die Klägerin geltend, dass dieser Vertrieb und die Werbung gegen das im österreichischen Arzneimittelgesetz enthaltene Versandhandels- und Werbeverbot verstieße und außerdem einen unzulässigen Vertrieb von in Österreich nicht zugelassenen Medikamenten darstellte. Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab; das Rekursgericht bestätigte. Letztlich hatte sich der OGH damit zu befassen, ob der Beklagte gegen das Versandhandelsverbot des § 59 Abs 9 AMG, gegen § 11 Abs 3 AWEG und gegen das Werbeverbot nach § 50a Abs 1 Z 1 AMG verstoßen hätte, weil die betroffenen Arzneimittel in Österreich nicht zugelassen waren, sowie gegen das Verbot des Bezugs von Arzneiwaren im Versandhandel (§ 17 AWEG) und damit unlauter iS des § 1 UWG gehandelt hätte?.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der OGH gab dem ordentlichen Rechtsmittel keine Folge und festigte seine bisherige Judikatur,¹ die der Grundsatzentscheidung des EuGH² gefolgt war. Ein nationales Verbot des Arzneimittelversandhandels war demnach mit dem Unionsrecht soweit vereinbar, als die Arzneimittel im Wohnsitzstaat des Bestellers verschreibungspflichtig sind. Soweit sich das Versandhandelsverbot des Arzneimittelgesetzes auf in Österreich zugelassene, nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel bezog, widerspräche es dem Unionsrecht. Maßgebend war allein die Verschreibungspflicht im Staat des Bestellers, nicht in jenem der Absendung. Eine in Österreich nicht-rezeptpflichtige Arzneispezialität durfte daher im Inland in üblichen, dem persönlichen Bedarf von Empfängern entsprechenden Mengen im Weg des grenzüberschreitenden Versandhandels aus dem EWR vertrieben werden, wenn sie dort in Verkehr gebracht werden durfte und nicht-rezeptpflichtig war; ein solcher Vertrieb dürfte auch im Internet beworben werden.

Als streitentscheidend hielt der OGH fest, dass der beklagte Apothekenbetreiber nur solche Arzneispezialitäten zur Anwendung am Menschen in einer dem üblichen persönlichen Bedarf des Empfängers entsprechenden Menge im Versandhandel von Deutschland nach Österreich verschickt bzw beworben hatte, die in Deutschland zugelassen und apotheken-, aber nicht verschreibungspflichtig waren und für die in Österreich inhalts- und wirkstoffgleiche Arzneispezialitäten (wenn auch unter anderer Bezeichnung) zugelassen und hier nicht-rezeptpflichtig waren.

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

¹ OGH 13.2.2007, 4 Ob 243/06y – *Lemocin*, MR 2007, 96 = wbl 2007/135, 293; 8.4.2008, 4 Ob 48/08z – *Wick MediNait*, RdM-LS 2009/9, 21 (*Zeinhofer*) = ÖBl-LS 2008/141/142 = ÖBl 2009/10, 69.

² Urteil vom 11.12.2003, C-322/01 – *Doc Morris*, ecollex 2004, 236 = wbl 2004/50, 128 = JAP 2003/2004, 245 (*Lust*); dazu *Nemetz*, Internetapotheken – Post DocMorris, ecollex 2004, 991 und *Gast/Reiser*, Arzneimittel aus der Internet-Apotheke? RdM 2004, 82 jeweils mwN.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Mit bemerkenswerter Deutlichkeit verneint der OGH eine Unlauterkeit nach § 1 UWG, da dem Beklagten kein Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschriften der § 59 Abs 9 AMG, § 11 Abs 3 AWEG, § 50a Abs 1 Z 1 AMG, § 17 Abs 1 AWEG vorzuwerfen ist. Das Ergebnis, so unbefriedigend es für österreichische Apotheken auch sein mag, entspricht den Vorgaben des Unionsrechts. Der EuGH hat sich für den aus den Niederlanden stammenden Medikamentenversandhandel „Doc Morris“ schon mehrmals mit der Frage der Zulässigkeit von Online-Shops für den Vertrieb von Medikamenten zu befassen.³ Dabei haben die Luxemburger Richter stets ausgesprochen, dass ein Versandhandelsverbot für Medikamente mit dem Unionsrecht nur dann vereinbar ist, wenn es sich um rezeptpflichtige Medikamente handelt. Soweit sich jedoch das Verbot auch auf nicht verschreibungspflichtige Medikamente bezieht, ist es unionswidrig. Dabei kommt es allerdings darauf an, ob das Medikament im Staat des Bestellers rezeptpflichtig ist: Nicht entscheidend ist, ob es im Absendestaat rezeptpflichtig ist.

In Deutschland ist demgegenüber der Versandhandel in großem Stil auch für rezeptpflichtige Medikamente seit acht Jahren erlaubt.⁴ Die Patienten können dort online bestellte Medikamente auch in Drogeriemärkten abholen. Bemerkenswerterweise geht aber der Trend wieder in die Gegenrichtung. Die deutschen Bundesländer haben im April 2012 eine Initiative für ein Verbot des Versandhandels gestartet⁵ und einen entsprechenden Beschluss im Bundesrat gefasst. Dieser hat zwar noch keinerlei rechtliche Wirkung, da für ein Verbot Bundestag und Regierung entsprechend tätig werden müssten, allerdings schöpfen Apotheker, die keinen Versandhandel betreiben, wieder Hoffnung.

Ausblick: Die vorliegende Entscheidung erlaubt österreichischen Konsumenten, ihren Bedarf nicht rezeptpflichtiger Medikamente über das EU-Ausland zu beziehen. Ob dem Patienten bei Online-Bestellungen die Beipackzettel zur Beratung und richtigen Anwendung ausreichen, oder ob sich der Kunde doch lieber auf seinen „drug store ums Eck“ verlassen möchte, muss jeder Kunde selbst entscheiden – über juristische Risiken und Nebenwirkungen informieren Gesetzestext, Anwalt oder Gericht.

Die Entwicklung bleibt also spannend, insbesondere zur Frage, ob sich Online-Zeitalter auf Dauer ein System der Abgabe von Medikamenten ausschließlich in Apotheken halten lässt.

IV. Zusammenfassung

Nach Ansicht des OGH dürfen Online-Apotheken aus dem EU-Ausland nicht-rezeptpflichtige Medikamente nach Österreich liefern. Für österreichische Apotheken bleibt das Verbot des Versandhandels nach dem AMG aufrecht. Sie dürfen Medikamente weder innerhalb Österreichs, noch in das EU-Ausland versenden.

³ Vgl. *Adler*, *Apropos: Aktuelles zum Versandhandel von Arzneimitteln*, *ecolex* 2011, 566 mwN.

⁴ So sollen zB 3.000 der 21.000 deutschen Apotheken einen Versandhandel betreiben.

⁵ Zit nach *Die Welt* vom 4.4.2012, abrufbar unter <http://www.welt.de/wirtschaft/article106156522/Arznei-Versand-soll-wieder-verboden-werden.html> (06.11.2012).