

UA 14457-3



verbraucherzentrale
Bundesverband

19. Dez. 2017

EINGEGANGEN

Landgericht Berlin

Im Namen des Volkes

Urteil

Geschäftsnummer: 16 O 389/16

verkündet am : 21.11.2017

Justizobersekretärin

In dem Rechtsstreit

des Bundesverbands der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.,
vertreten d.d. Vorstand Klaus Müller,
Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin,

Klägers,

- Prozessbevollmächtigter:

g e g e n

die DocMorris N.V.,
vertreten d.d. Vorstandsvorsitzenden Olaf Heinrich, d. Vorstand Prof. Dr. Christian Franken, Max Müller und Michael Veigel,
Avantisallee 152, 6422 RA Heerlen,
Niederlande,

Beklagte,

- Prozessbevollmächtigte:

hat die Zivilkammer 16 des Landgerichts Berlin in Berlin - Mitte, Littenstraße 12-17, 10179 Berlin,
auf die mündliche Verhandlung vom 21.11.2017 durch die Richterin am Landgericht als
Vorsitzender und die Richter am Landgericht

f ü r R e c h t e r k a n n t :

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, diese zu vollziehen am Vorstand der Beklagten, zu unterlassen,

a) im Rahmen geschäftlicher Handlungen auf der Internetseite www.docmorris.de gegenüber Verbrauchern Vertragsabschlüsse über den Versand von Arzneimitteln anzubieten bzw. anbieten zu lassen, ohne den Hinweis zu erteilen, dass der Kunde als Voraussetzung für die Arzneimittelbelieferung mit seiner Bestellung eine Telefonnummer anzugeben hat, unter der er durch pharmazeutisches Personal der Apotheke auch mittels Einrichtungen der Telekommunikation ohne zusätzliche Gebühren beraten wird und

b) nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge mit Verbrauchern über die Lieferung von Arzneimittel einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

[6. Ausschluss des Widerrufsrechts

[Das Widerrufsrecht besteht, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, u.a. nicht bei folgenden Verträgen:

- *Verträge zur Lieferung von Waren, die schnell verderben können oder deren Verfallsdatum schnell überschritten würde.*
- *Verträge zur Lieferung versiegelter Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde.*
- *Verträge zur Lieferung von Waren, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist oder die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind.]*

Hierzu gehören auch Arzneimittel. Da wir nicht überprüfen können, ob nach der Lieferung ein sachgemäßer Umgang mit den Medikamenten gewährleistet war, kommen diese nicht mehr in den Handel und werden zu Ihrer Sicherheit entsorgt. Aus diesem Grund ist bei Arzneimitteln die Widerrufsmöglichkeit ausgeschlossen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 200,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14. Januar 2017 zu zahlen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

4. Das Urteil ist zu Ziffer 1a) gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 15.000,00 €, zu Ziffer 1b) gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 2.500,00 € und im Übrigen gegen Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger ist ein in die Liste gemäß § 4 UKlaG eingetragener Verein zum Schutze der Verbraucher.

Die Beklagte, deren Sitz sich in den Niederlanden befindet, betreibt eine Versandapotheke, die auch Kunden in Deutschland beliefert. In ihrem über www.docmorris.de erreichbaren Online-shop hält sie ein Bestellformular vor, in dem sie Namen, Anschrift und Geburtsdatum abfragt. Für Rückfragen bietet sie eine kostenlose Telefon-Hotline und einen Video-LiveChat an, die zu bestimmten „Servicezeiten“ erreichbar sind. Sonstige Hinweise zur Kontaktaufnahme insbesondere per Telefon erteilt sie nicht. Ihre AGB enthalten die aus dem Tenor ersichtliche Klausel.

Der Kläger sieht in der fakultativen Angabe der Telefonnummer des Kunden eine Zuwiderhandlung gegen § 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a AMG in Verbindung mit §§ 20, 17 Abs. 2 a S. 1 Nr. 7 ApBetrO und in der Widerrufsbelehrung eine Zuwiderhandlung gegen §§ 312 g Abs. 1, 355 BGB. Er mahnte die Beklagte deswegen mit Schreiben vom 10. Dezember 2015 erfolglos ab. Mit der Klage macht er einen auf §§ 8, 3a UWG gestützten Unterlassungsanspruch und einen Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten geltend.

Der Kläger beantragt,

was erkannt wurde.

Die Beklagte beantragt,

die Klage kostenpflichtig abzuweisen.

Sie meint, die §§ 17, 20 ApBetrO fänden auf sie als ein Unternehmen mit Sitz in den Niederlanden keine Anwendung. Die Verpflichtung, ihren Kunden als Voraussetzung für die Belieferung die Bekanntgabe einer Telefonnummer abzuverlangen, unter der sie beraten werden könnten, stelle einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34, 36 AEUV dar. Sie benachteilige ausländische Apotheken gegenüber inländischen Apotheken. Sie, die ausländischen

Apotheken, seien auf den Vertriebsweg des Versandhandels angewiesen, während inländische Apotheken Arzneimittel auch über eine Präsenzapotheke abgeben könnten. Die §§ 17, 20 ApBetrO seien europarechtskonform einschränkend auszulegen. Sie stelle die erforderliche zeitnahe und unmittelbare Beratung unstreitig durch eine Telefonhotline und einen Video-LiveChat sicher. Die Dienste seien innerhalb der üblichen Öffnungszeiten einer Präsenzapotheke erreichbar. Das müsse genügen. Für im Einzelfall erforderliche Rücksprachen könne sie den Kunden über den Arzt kontaktieren, der das Rezept ausgestellt habe. Schließlich fehle es einem möglichen Wettbewerbsverstoß an der Spürbarkeit.

Der Ausschluss des Widerrufsrechts sei nicht nur bei Rezeptur-, sondern auch bei Fertigarzneimitteln rechters. Fertigarzneimittel stellten in gleicher Weise wie Rezepturarzneimittel „auf die persönlichen Bedürfnisse“, nämlich auf die individuelle Medikation des Patienten zugeschnittene Waren dar (§ 312 g Abs. 2 Nr. 1 BGB). Zudem handele es sich um schnell verderbliche Waren, § 312 g Abs. 2 Nr. 2 BGB. Nachdem zurückgegebene Medikamente schon im Großhandel von Gesetzes wegen als nicht (mehr) verkehrsfähig gälten (§ 7 b Abs. 2 S. 1 AM-HandelsV), müssten bei Rückgaben von Endverbrauchern mindesten dieselben Maßstäbe gelten. Da der Apotheker die Verkehrsfähigkeit der Rückgaben nicht sicher beurteilen könne, bspw. weil er die Verhältnisse bei Transport und Lagerung nicht kenne, dürfe er sie nicht erneut abgeben. Zurückgegebene Arznei müsse deshalb als „rechtlich verdorben“ angesehen werden.

Wegen des übrigen Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Landgericht Berlin ist für die Entscheidung international nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel-Ia-VO (VO (EU) Nr. 1215/2012) zuständig, weil der Erfolg der unlauteren Handlung in Deutschland eintritt. Das gilt auch mit Blick auf die Abmahnkosten, denn dem Kläger sind die zur vorprozessualen Rechtsverfolgung erforderlichen Kosten in Deutschland als Schaden erwachsen.

Gemäß Art. 6 Abs. 1 ROM-II-VO (VO Nr. 864/2007) findet deutsches Recht Anwendung. Die Beklagte wendet sich mit ihrem in deutscher Sprache gehaltenen Internetauftritt und dem Angebot, Bestellungen auch nach Deutschland zu versenden, an ein deutsches Publikum. Durch die beanstandeten Handlungen sind daher die kollektiven Interessen deutscher Verbraucher berührt, so dass der Sachverhalt nach deutschem Recht zu beurteilen ist.

Der Kläger ist nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG zur Geltendmachung der Unterlassungsansprüche und des Zahlungsanspruchs befugt.

Einwendungen gegen seine Klagebefugnis hat die Beklagte zu Recht nicht geltend gemacht.

II.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte der zu Ziff. 1a des Tenors antragsgemäß ausgeurteilte Unterlassungsanspruch aus § 3a UWG in Verbindung mit § 73 AMG und §§ 17, 20 ApBetrO zu.

Nach § 73 AMG darf eine ausländische Apotheke Arzneimittel nur dann in die Bundesrepublik Deutschland verbringen, wenn sie zusätzlich zu den Voraussetzungen des § 73 Abs. 1 S. 1 AMG auch die Vorgaben des § 73 Abs. 1 lit. 1a AMG erfüllt. Dazu zählt neben der generellen Befugnis zum Versand von Arzneimitteln an Endverbraucher die Beachtung der deutschen Vorschriften zum Versandhandel oder zum elektronischen Handel („entsprechend den deutschen Vorschriften zum Versandhandel oder zum elektronischen Handel“). Es kommt daher nicht darauf an, ob die Beklagte ihre Kunden auch nach den niederländischen Vorschriften um die Angabe einer Telefonnummer bitten muss. Als in Deutschland tätige Versandapotheke unterliegt sie den deutschen Vorschriften unabhängig davon, was nach ihrem Heimatrecht gilt.

Zu den zu beachtenden deutschen Vorschriften gehört das Zusammenspiel von §§ 20 und 17 ApBetrO. § 20 Abs. 1 S. 2 ApBetrO verpflichtet den Apotheker dazu, den Kunden zu informieren und zu beraten. Verlangt wird ein aktives Handeln des Apothekers, wie sich aus § 20 Abs. 2 S. 3 ApBetrO ergibt. Er darf sich nicht darauf beschränken, an ihn gerichtete Fragen des Kunden zu beantworten, sondern er ist gehalten, selbst durch Nachfrage den Informations- und Beratungsbedarf des Kunden festzustellen. Zu diesem Zweck schreibt § 17 Abs. 2a Nr. 7 ApBetrO vor, dass die behandelte Person als Voraussetzung für die Arzneimittelbelieferung eine Telefonnummer anzugeben hat, unter der sie beraten werden kann und dass die behandelte Person auf diesen Umstand hinzuweisen ist.

Die Beklagte missachtet diese gesetzliche Vorgabe, indem sie bei der Bestellung in ihrem Online-Shop keine Telefonnummer erfragt und den Kunden auch nicht darauf hinweist, dass die Angabe einer Telefonnummer Voraussetzung für seine Belieferung ist. Die Bereitstellung einer Telefonhotline und / oder eines Video-LiveChats in deutscher Sprache genügt nicht. Sie entspricht weder dem klaren Wortlaut des § 17 Abs. 2a Ziff. 7 ApBetrO, noch dem vorstehend beschriebenen Sinn und Zweck der Vorschrift. Die von der Beklagten angebotenen Dienste ermöglichen eine Beratung des Patienten nur dann, wenn er sich selbst an sie wendet. Die dem Apotheker nach § 20 ApBetrO auferlegte Informations- und Beratungspflicht geht aber, wie gezeigt, weiter. Sie verpflichtet ihn dazu, selbständig den Beratungsbedarf des Kunden zu erfragen. Hierzu besteht gerade im Hinblick auf mögliche Neben- und Wechselwirkungen von Medikamenten ein gesteigertes Bedürfnis. Der Kunde einer Versandapotheke soll in gleicher Weise über das Präparat informiert werden

wie in einer Präsenzapotheke, in der der Apotheker ebenfalls von sich aus mit einem Beratungsangebot auf den Kunden zugeht und nicht nur darauf wartet, ob der Kunde eine Frage hat. Vor diesem Hintergrund bildet auch die Kontaktmöglichkeit über den Arzt keinen adäquaten Ersatz, zumal sie von seinen Praxisöffnungszeiten abhängt.

§ 73 AMG stellt keine Maßnahme gleicher Wirkung dar, die den freien Warenverkehr innerhalb der Union beschränkt.

Als Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Art. 34 AEUV ist jede Regelung der Mitgliedsstaaten anzusehen, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zwischen den Mitgliedsstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern (EuGH GRUR Int 1974, 467 – Dassonville -). Zu unterscheiden ist zwischen warenbezogenen Regelungen und Regelungen von Verkaufsmodalitäten. Regelt eine Vorschrift nicht die Merkmale der Ware selbst, sondern nur bestimmte Modalitäten ihres Verkaufs, stellt sie nur dann eine Maßnahme gleicher Wirkung dar, wenn sie erstens für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gilt und sie zweitens den Absatz der inländischen und ausländischen Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berührt (EuGH GRUR 1994, 296 – Keck -). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Der Gesetzesbefehl, beim Kunden als Voraussetzung für die Belieferung die Angabe einer Telefonnummer zu verlangen, betrifft eine Verkaufsmodalität, die in- und ausländische Versandapotheken in gleicher Weise trifft. Sie berührt die Interessen aller Wirtschaftsteilnehmer in gleicher Weise. Das gilt auch dann, wenn, wie die Beklagte pauschal behauptet, besonders deutsche Verbraucher sich aus datenschutzrechtlichen Gründen scheuen, ihre Telefonnummer bei Bestellvorgängen im Internet anzugeben. Der Einwand, eine deutsche Versandapotheke betreibe daneben auch eine Präsenzapotheke, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Kennzeichnend für den Versandhandel ist die Überbrückung weiter Entfernungen. Der potentielle Kunde, der wegen der Abfrage seiner Telefonnummer von der Bestellung bei einer Versandapotheke absieht, wohnt nicht zwangsläufig in räumlicher Nähe zu der korrespondierenden Präsenzapotheke. Mithin wirkt sich der Gesetzesbefehl auch in Ansehung dieses – vom Kläger bestrittenen – Verhaltens deutscher Verbraucher bei in- und ausländischen Versandapotheken in gleicher Weise aus (vgl. auch LG Stuttgart, Urteil vom 23.02.2017 – 44 O 6/17 KfH -, abrufbar über juris).

Die Entscheidung des EuGH vom 19. Oktober 2016 – C-148/15 – (GRUR 2016, 1312) zur Unzulässigkeit der deutschen Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln ist nicht einschlägig, weil es hier nicht um eine Preisgestaltung, sondern um eine sonstige Verkaufsmodalität geht.

Der Verstoß ist geeignet, die Interessen der Verbraucher spürbar zu beeinträchtigen. § 17 Abs. 2 a Nr. 7 ApBetrO bezweckt den abstrakten Verbraucherschutz. Er dient dazu, Gesundheitsgefahren vom Verbraucher abzuwenden, indem er für die Versandapotheke jederzeit zum Zwecke der Beratung erreichbar ist. Verstöße gegen Marktverhaltensregelungen, die den Schutz der Gesund-

heit der Verbraucher bezwecken, sind ohne weiteres geeignet, die Interessen der Verbraucher im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG spürbar zu beeinträchtigen (BGH, Urteil vom 08. Januar 2015 – I ZR 123/13 –, Rn. 16, juris).

II.

Dem Kläger steht gegen den Beklagten aus § 3a UWG in Verbindung mit §§ 355, 312 g BGB ein Anspruch dahin zu, dass sie es künftig unterlässt, das Widerrufsrecht für Arzneimittel generell auszuschließen. Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass sich das Unterlassungsgebot nur gegen die im Tenor fett gedruckten Textpassagen richtet. Die kursiv gedruckten Textteile sind lediglich der besseren Verständlichkeit wegen wiedergegeben.

Nach § 312 g Abs. 1 BGB, der Art. 9 und 16 der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher umsetzt, steht dem Verbraucher bei Fernabsatzverträgen grundsätzlich ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu. Ausgenommen hiervon sind die in § 312 g Abs. 2 BGB aufgezählten Verträge. Dazu zählen u. a. Verträge zur Lieferung von Waren, die nicht vorgefertigt sind und die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind (§ 312 g Abs. 2 Nr. 1 BGB / Art. 16 lit. c der Richtlinie 2011/83 EU) und Verträge zur Lieferung von Waren, die schnell verderben können oder deren Verfallsdatum schnell überschritten würde (§ 312 g Abs. 2 Nr. 2 BGB / Art. 16 lit. d der Richtlinie 2011/83 EU). Verträge über die Lieferung von Arzneimitteln lassen sich nicht generell unter die zitierten Ausnahmetatbestände fassen, was nicht ausschließt, dass die Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen können. Fertigarzneimittel sind konfektionierte Medikamente, die in ihrer Zusammensetzung gerade nicht auf die individuellen Bedürfnisse des Patienten zugeschnitten sind. Sie sind auch weder generell leicht verderblich, noch besteht stets die Gefahr einer schnellen Überschreitung des Verfallsdatums.

Einen generellen Ausschluss des Widerrufsrechts für Verträge über die Lieferung von Arzneimitteln sieht weder Art. 16 der Richtlinie 2011/83 EU, noch der deren Umsetzung dienende § 312 g Abs. 2 BGB vor.

Eine ergänzende Auslegung oder analoge Anwendung der Ausnahmegesetze verbietet sich aus Rechtsgründen.

§ 312 g Abs. 2 BGB beruht, wie ausgeführt, auf Art. 16 der Richtlinie 2011/83 EU. Mit dieser Richtlinie wollte der Richtliniengeber ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherstellen. Ausweislich des Art. 4 und des Erwägungsgrundes 7 der Richtlinie 2011/83 EU handelt es sich um eine Vollharmonisierung. Dem nationalen Gesetzgeber ist es daher verwehrt, nationale Vorschriften zu erlassen, die dieses Schutzniveau unterlaufen. Ausgenommen hiervon sind lediglich die in der Richtlinie selbst genannten Ausnahmen, zu denen Art. 16 der Richtlinie 2011/83 EU nicht zählt.

Unter diesen Umständen ist es deshalb auch dem nationalen Gericht versagt, den Umfang der Ausnahmegesetze im Wege der ergänzenden Auslegung zu erweitern.

Zudem fehlt es auch an einer Regelungslücke als Voraussetzung für jedwede Auslegung. Zu der Zeit, als § 312 g BGB geschaffen wurde, war die Problematik des Widerrufs von Arzneimittelbestellungen bereits bekannt.

Die Kammer vermag sich daher der Ansicht der Beklagten und des LG Halle (Entscheidung vom 08.01.2013 – 8 O 105/12 - = MMR 2013, 711) nicht anzuschließen, wonach vom Verbraucher zurückgegebene Arzneimittel „rechtlich verdorben“ seien und daher unter den Ausnahmetatbestand des § 312 g Abs. 2 Nr. 2 BGB fielen. Die Entscheidung des LG Halle ist außerdem überholt, weil sie noch auf der Grundlage der Vorgängernorm § 312 d Abs. 4 Nr. 1 BGB erging. Stattdessen folgt die Kammer der Auffassung des OLG Naumburg, GRUR 2017, 1055 Tz. 24 ff an, wonach sich eine erweiternde Auslegung des § 312 g BGB aus den genannten Rechtsgründen verbietet.

§ 312 g BGB stellt eine Marktverhaltensregel im Sinne von § 3a UWG dar. Da die Vorschrift zugleich dem Schutz der Verbraucher dient, beeinträchtigt eine Zuwiderhandlung deren Interessen spürbar im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG.

III.

Die der Höhe nach unstreitigen Abmahnkosten stehen dem Kläger aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG zu. Der Zinsanspruch beruht auf §§ 288, 291 BGB.

IV.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 709 ZPO.

Die beantragte Erklärungsfrist auf den Schriftsatz des Klägers vom 8. November 2017 brauchte der Beklagten nicht gewährt zu werden, weil der Schriftsatz weder neues tatsächliches Vorbringen, noch neue rechtliche Gesichtspunkte enthält.

Ausgefertigt
Berlin, 19.12.2017

Justizobersekretärin

