



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 40/11

Verkündet am:
19. Juli 2012
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Pharmazeutische Beratung über Call-Center

UWG §§ 3, 4 Nr. 11; UKlaG § 1; AMG § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a; ApoG §§ 2, 11a; ApothBetrO § 3 Abs. 4, § 4 Abs. 4 Satz 2, § 17 Abs. 2a Satz 1 Nr. 7, § 20 Abs. 1; BGB § 307 Abs. 1 Satz 2 D

- a) Ein Apotheker darf zur pharmazeutischen Beratung seiner Kunden keine Telefon-Hotline zur Verfügung stellen, die nur gegen Gebühr in Anspruch genommen werden kann.
- b) Eine von einer ausländischen Versandapotheke gegenüber Kunden in Deutschland unter der Überschrift "Anwendbares Recht/Gerichtsstand" verwendete Allgemeine Geschäftsbedingung, nach der für alle im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung entstehenden Meinungsverschiedenheiten und Rechtsstreitigkeiten ausschließlich das Recht des Staates gilt, in dem die Versandapotheke ihren Sitz hat, benachteiligt die Kunden in Deutschland unangemessen.
- c) Eine ausländische Versandapotheke ist nicht gehindert, Tätigkeiten, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Abgabe von Arzneimitteln an die Kunden stehen, auch dann im Inland durch von ihr beauftragte Unternehmen ausführen zu lassen oder selbst auszuführen, wenn sie hier über keine Apothekenbetriebserlaubnis verfügt.
- d) Eine ausländische Versandapotheke darf Anrufe von Kunden im Inland, die Arzneimittel bestellen oder pharmazeutisch beraten werden wollen, nicht über eine Dienstleistungstelefonnummer von einer Drittfirma entgegennehmen und bearbeiten lassen.

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juli 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Prof. Dr. Schaffert und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 17. Februar 2011 unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die Beklagte nach dem Klageantrag zu I 4 verurteilt hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte ist eine in den Niederlanden ansässige Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach niederländischem Recht. Sie gehört zum S.-Konzern, der in Deutschland und in anderen Staaten Drogeriemärkte betreibt. Die Beklagte ist Inhaberin einer niederländischen Apothekenbetriebserlaubnis; sie betreibt an ihrem Betriebssitz eine Präsenzapotheke sowie - auf der Grundlage einer von der zuständigen niederländischen Stelle erteilten Erlaubnis - den Versandhandel mit Arzneimitteln nach Deutschland.
- 2 Die Klägerin ist die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. Sie hat mit ihrer nach vorangegangener Abmahnung vor dem Landgericht Mün-

chen I erhobenen Klage unter anderem beanstandet, dass die Beklagte in im April 2008 erschienenen Werbepublikationen ohne deutlichen Hinweis auf ihre Eigenschaft als niederländische Versandapotheke geworben hat (Klageantrag zu I 1), zur pharmazeutischen Beratung der deutschen Verbraucher eine Telefon-Hotline eingerichtet hat, deren Benutzung den Anrufer 14 Cent/Minute kostet (Klageantrag zu I 2), und Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die die vertraglichen Beziehungen der Beklagten zu ihren Abnehmern in Deutschland dem niederländischen Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts unterstellen (Klageantrag zu I 3 b). Darüber hinaus hat die Klägerin von der Beklagten die Erstattung von Abmahnkosten begehrt (Klageantrag zu II) und im ersten Rechtszug ihre hinsichtlich der Werbepublikationen der Beklagten erhobene Beanstandung auch auf deren Bestellformular erstreckt (Klageantrag zu I 1.1). Nachdem die Beklagte die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts München I mit der Begründung gerügt hatte, sie habe im Bezirk des Landgerichts Ulm eine gewerbliche Niederlassung, hat die Klägerin weiterhin beantragt, es der Beklagten zu verbieten, in Deutschland ohne die erforderliche Apothekenbetriebslaubnis einen Apothekenbetrieb auch nur teilweise zu unterhalten (Klageantrag zu I 4).

3 Das Landgericht Ulm, an das der Rechtsstreit auf Antrag der Klägerin verwiesen worden ist, hat der Klage mit den Anträgen zu I 1, I 1.1, I 3 b und II stattgegeben; mit den Anträgen zu 2 und zu 4 hat es die Klage abgewiesen. Hiergegen haben beide Parteien im Umfang ihres Unterliegens Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hatte daher über die Anträge der Klägerin zu entscheiden,

- I. es der Beklagten unter Androhung bestimmter Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr
 1. für Arzneimittel zu werben oder werben zu lassen, ohne dass in der Werbung deutlich darauf hingewiesen wird, dass es sich bei den beworbenen Arzneimitteln um Angebote der Beklagten als niederländische Versandapotheke handelt, wenn dies geschieht wie in den Anlagen K1 und/oder K2;

- 1.1 einen Bestell- und Abholschein zu verwenden oder verwenden zu lassen, aus dem sich nicht deutlich ergibt, dass es sich bei dem Vertragspartner um die Beklagte als niederländische Versandapotheke handelt, wenn dies geschieht wie in der Anlage K13;
 2. zur pharmazeutischen Beratung eine Telefon-Hotline zur Verfügung zu stellen, die nur gegen Gebühr in Anspruch genommen werden kann;
 - 3.b) in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Zusammenhang mit der Lieferung von Arzneimitteln gegenüber Verbrauchern wörtlich oder inhaltsgleich folgende Klausel zu verwenden und/oder sich bei der Abwicklung bestehender Verträge auf diese Klausel zu berufen:

"Anwendbares Recht/Gerichtsstand:
Für alle im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung entstehenden Meinungsverschiedenheiten und Rechtsstreitigkeiten gilt ausschließlich niederländisches Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts";
 4. in Deutschland ohne die erforderliche Apothekenbetriebserlaubnis einen Apothekenbetrieb auch nur teilweise zu unterhalten;
hilfsweise zu I 4 (in einem der nachfolgenden Reihenfolge entsprechenden Eventualverhältnis)
 - 4.a) bei Existenz einer selbständigen gewerblichen Niederlassung (auch Zweigniederlassung) in Deutschland ohne die erforderliche Apothekenbetriebserlaubnis apothekenpflichtige Arzneimittel anzubieten und/oder zu verkaufen;
 - 4.b) in Deutschland ohne die erforderliche Apothekenbetriebserlaubnis
 - 1) über eine selbständige gewerbliche Niederlassung (auch Zweigniederlassung) ihre den deutschen Markt betreffenden Marketingmaßnahmen zu leiten, Verträge mit deutschen Lieferanten, Dienstleistern, Krankenkassen und Logistikpartnern zu verhandeln und zu schließen, insbesondere größere und komplexere Einkaufsverhandlungen zu führen bzw. entsprechende Verträge zu schließen und/oder
 - 2) die pharmazeutische Beratung vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen und/oder
 - 3) die Rezeptverarbeitung durchzuführen bzw. durchführen zu lassen und/oder
 - 4) Arzneimittelretouren anzunehmen oder annehmen zu lassen;
 - 4.c) in Deutschland ohne die erforderliche Apothekenbetriebserlaubnis über eine selbständige gewerbliche Niederlassung (auch Zweigniederlassung) ihre den deutschen Markt betreffenden Marketingmaßnahmen zu leiten, Verträge mit deutschen Lieferanten, Dienstleistern, Krankenkassen und Logistikpartnern zu verhandeln und zu schließen, insbesondere größere und komplexere Einkaufsverhandlungen zu führen bzw. entsprechende Verträge zu schließen, und die pharmazeutische Beratung vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen und die Rezeptverarbeitung durchzuführen bzw. durchführen zu lassen und die Arzneimittelretouren anzunehmen bzw. annehmen zu lassen.
- II. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 208,65 € nebst Zinsen zu bezahlen.

4 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und auf die Berufung der Klägerin auch den Klageanträgen zu I 2 und I 4 stattgegeben (OLG Stuttgart, WRP 2011, 644).

5 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat sowohl die vom Landgericht abgewiesenen Klageanträge als auch die Klageanträge, denen das Landgericht stattgegeben hatte, für begründet erachtet und hierzu Folgendes ausgeführt:

7 Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte folge aus Art. 5 Nr. 3 Brüssel-I-VO. Begehungsort im Sinne dieser auch für Wettbewerbsverstöße geltenden Vorschrift sei neben dem Handlungsort auch der Erfolgsort, der im Streitfall in Deutschland liege, wo die beanstandete Werbung der Beklagten verbreitet worden sei und wo deren Vertriebsmodell zum Tragen kommen solle.

8 Soweit die Beklagte pharmazeutische Beratung über eine Telefon-Hotline anbiete, die nur gegen Gebühr in Anspruch genommen werden könne, sei dies mit den Beratungspflichten eines Apothekers unvereinbar und daher unlauter. Zulässig und ebenfalls begründet sei der Klageantrag, mit dem die Klägerin sich dagegen wehre, dass die Beklagte in Deutschland wesentliche pharmazeutische Tätigkeiten ausführe, obwohl sie keine deutsche Apothekenbetriebslaubnis besitze. Die Werbung der Beklagten sei insofern irreführend, als sie dort nicht klarstelle, dass es sich um Angebote einer niederländischen Versandapo-

theke handele. Die Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, wonach für alle im Zusammenhang mit Arzneimittellieferungen entstehenden Meinungsverschiedenheiten und Rechtsstreitigkeiten ausschließlich niederländisches Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts gelte, benachteilige den Verbraucher unangemessen. Der Kostenerstattungsanspruch der Klägerin folge daraus, dass deren Abmahnung ausweislich des Antwortschreibens der Prozessbevollmächtigten der Beklagten hinreichend genau und daher berechtigt gewesen sei.

9 II. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision nur insoweit nicht stand, als diese sich gegen die Bestimmtheit des Klageantrags zu I 4 richten.

10 1. Das Berufungsgericht hat mit Recht und von der Revision auch unangegriffen angenommen, dass die deutschen Gerichte für die Entscheidung des Streitfalls nach Art. 5 Nr. 3 Brüssel-I-VO international zuständig sind. Keinen Fehler lässt auch seine Beurteilung erkennen, das beanstandete Verhalten der Beklagten sei lauterkeitsrechtlich nach dem deutschen Wettbewerbsrecht als dem Recht des Orts zu beurteilen, auf dessen Markt die wettbewerblichen Interessen der Parteien aufeinanderträfen (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 2006 - I ZR 24/03, BGHZ 167, 91 Rn. 25 - Arzneimittelwerbung im Internet, mwN). Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob es der Beklagten mit der in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Rechtswahlklausel im Verhältnis zu ihren Kunden gelungen ist, die Geltung des niederländischen Rechts zu vereinbaren; denn eine - mittlerweile durch Art. 6 Abs. 4 Rom-II-VO überhaupt ausgeschlossene - Rechtswahl des Deliktsstatuts hätte nach Art. 42 Satz 1 EGBGB nur nachträglich erfolgen können und zudem nach Art. 42 Satz 2 EGBGB die Rechte Dritter unberührt gelassen.

11 2. Klageanträge zu I 1 und I 1.1

12 Vergeblich wendet sich die Revision gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Werbung der Beklagten gemäß den Anlagen K 1 und K 2 (Klageantrag zu I 1) und die Verwendung eines Bestell- und Abholscheins gemäß Anlage K 13 (Klageantrag zu I 1.1) seien irreführend und damit wettbewerbswidrig, weil sich aus diesen Unterlagen jeweils nicht deutlich ergebe, dass es sich bei demjenigen, für dessen Angebot geworben werde und für den Bestellungen entgegengenommen würden, um eine niederländische Versandapotheke handele.

13 a) Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen gewinnt der Verbraucher aus den genannten Unterlagen den unzutreffenden Eindruck, bei einem Vertragsschluss werde nicht die Beklagte, sondern das in Deutschland ansässige Drogeriemarktunternehmen S. sein Vertragspartner. Der durch den optischen Eindruck sowie die textliche Fassung geprägte falsche Gesamteindruck werde auch nicht dadurch korrigiert, dass der Verbraucher aus anderen Teilen der Werbung eine klarstellende Aufklärung erhalte. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

14 Soweit die Revision geltend macht, dem Verbraucher werde bei der Bestellangabe durch den schriftlichen Hinweis "Dieser Bestellung liegen die AGB von V. zugrunde" deutlich zu verstehen gegeben, dass sein Vertragspartner nicht die Drogeriemarktkette, sondern die Beklagte sei, begibt sie sich auf das ihr verschlossene Feld der tatrichterlichen Würdigung. Zudem stellt sie lediglich auf einen von ihr als wesentlich angesehenen Einzel Gesichtspunkt ab, ohne die übrigen vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang des Weiteren gewürdigten Umstände zu berücksichtigen.

15 b) Das Berufungsgericht hat die Klageanträge zu I 1 und I 1.1 zudem deshalb als begründet angesehen, weil die Beklagte mit ihrer in den Anlagen K 1, K 2 und K 13 enthaltenen Werbung unter Verstoß gegen § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 UWG 2004, § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG 2008 den unzutreffenden Eindruck erwecke, in Deutschland ansässig zu sein. Dies folge insbesondere aus dem in den Anlagen K 1 und K 2 hergestellten Bezug zum Drogeriemarktunternehmen S., den dort angegebenen Servicenummern mit der in Deutschland üblichen Vorwahl 0180 sowie der Bestelladresse in Aachen. Die hierin liegende Täuschung sei auch wettbewerbsrechtlich relevant, weil zahlreiche in Deutschland wohnhafte Verbraucher besonderen Wert darauf legten, Medikamente bei einer in Deutschland ansässigen Apotheke zu bestellen. Diese Beurteilung wird von der Revision nicht angegriffen und lässt auch keinen Rechtsfehler erkennen.

16 3. Klageantrag zu I 2

17 Das Berufungsgericht hat die von der Beklagten vorgenommene pharmazeutische Beratung über eine nur gegen Gebühr in Anspruch zu nehmende Telefon-Hotline mit Recht als nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG, § 11a ApoG, § 17 Abs. 2a Satz 1 Nr. 7, § 20 Abs. 1 ApBetrO unlauter und damit unzulässig beurteilt.

18 a) Nach der Regelung des § 20 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 ApBetrO in der bis zum 11. Juni 2012 geltenden Fassung, die insoweit durch die seither geltende neue Fassung dieser Bestimmung nicht geändert worden ist, hat der Apotheker Kunden im Interesse der Arzneimittelsicherheit zu informieren und zu beraten. Diese anlässlich der Novellierung der Apothekenbetriebsordnung im Jahr 1987 erstmals ausdrücklich normierte Pflicht konkretisiert lediglich eine vertragliche Pflicht des Apothekers, die bereits zuvor bestanden hatte und ihre Grundlage im anerkannten Berufsbild des Apothekers hat, dem nach § 1 Abs. 1 ApoG die

im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung obliegt (vgl. Cyran/Rotta, Apothekenbetriebsordnung, 8. Lfg. Juli 2000, § 20 Rn. 2). Nach § 3 Abs. 4 ApBetrO handelt es sich dabei um eine pharmazeutische Tätigkeit, die der Apotheker sowohl bei der Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel als auch bei der Abgabe nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel zu erfüllen hat, wobei er dem Kunden im zweiten Fall weitergehend auch die zur sachgerechten Anwendung des Mittels erforderlichen Informationen zu geben hat (§ 20 Abs. 1 Satz 3 ApBetrO; vgl. Cyran/Rotta aaO § 20 Rn. 14 bis 16).

- 19 b) Beim Versandhandel mit Arzneimitteln hat der Apothekenleiter gemäß § 17 Abs. 2a Satz 1 Nr. 7 ApBetrO sicherzustellen, dass die behandelte Person darauf hingewiesen wird, dass ihr die Beratung durch pharmazeutisches Personal auch mittels Einrichtungen der Telekommunikation zur Verfügung steht, wobei ihr die Möglichkeiten und Zeiten der Beratung mitzuteilen sind. Die seit dem 12. Juni 2012 geltende geänderte Fassung dieser Vorschrift, nach der die behandelte Person unter Mitteilung der Möglichkeiten und Zeiten der Beratung darauf hinzuweisen ist, dass sie als Voraussetzung für die Arzneimittelbelieferung mit ihrer Bestellung eine Telefonnummer anzugeben hat, unter der sie durch pharmazeutisches Personal der Apotheke mit Erlaubnis zum Versand apothekenpflichtiger Arzneimittel gemäß § 11a ApoG auch mittels Einrichtungen der Telekommunikation ohne zusätzliche Gebühren beraten wird, hat diese Verpflichtung des Apothekenleiters lediglich insoweit ergänzt, als dieser nunmehr auch dafür sorgen muss, dass der Kunde über die Gebührenfreiheit der telefonischen Beratung in der beschriebenen Weise informiert wird. Nach § 17 Abs. 2a Satz 2 ApBetrO darf die Versendung nicht erfolgen, wenn zur sicheren Anwendung des Arzneimittels ein Informations- oder Beratungsbedarf besteht, der nur durch eine persönliche Information oder Beratung durch einen Apotheker befriedigt werden kann. Diese Regelungen lassen erkennen, dass die Informations- und Beratungspflichten des Apothekers und die damit korrespondie-

renden Informations- und Beratungsrechte des Kunden beim Versandhandel mit Arzneimitteln keinen geringeren Stellenwert haben als beim stationären Handel mit Arzneimitteln. Der Apotheker, der Versandhandel mit Arzneimitteln betreibt, hat danach im Rahmen des ihm Möglichen und Zumutbaren auch dafür zu sorgen, dass der Kunde sich bei dieser Form der Versorgung mit Arzneimitteln in vergleichbarer Weise wie beim stationären Handel informieren und beraten lassen kann.

20 c) Der den Versandhandel mit Arzneimitteln betreibende Apotheker musste daher bereits nach der bis zum 11. Juni 2012 geltenden Rechtslage im Rahmen des ihm Möglichen und Zumutbaren dafür sorgen, dass dem Kunden zur Erlangung der ihm zu erteilenden Informationen und Beratung keine Kosten entstehen, die typischerweise höher sind als die Kosten, die ihm aus Anlass einer Information und Beratung in einer Präsenzapotheke entstehen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass den Kunden im zuletzt genannten Fall angesichts der Apothekendichte in Deutschland in den allermeisten Fällen durch das Aufsuchen einer Präsenzapotheke an ihrem Wohnort oder an ihrer Arbeitsstelle oder auf dem Weg zur Arbeit oder auch beim Einkaufen oder auf dem Weg zum Einkaufen keine gesonderten Kosten entstehen werden.

21 Die Frage, ob der Versandhandel betreibende Apotheker bereits nach der bis zum 11. Juni 2012 geltenden Rechtslage verpflichtet war oder nach der seither geltenden Rechtslage verpflichtet ist, den Kunden eine kostenlose Telefonverbindung anzubieten, braucht im Streitfall nicht entschieden zu werden. Dementsprechend kommt es hier entgegen der Ansicht der Revision auch nicht darauf an, welcher Schluss aus dem Umstand zu ziehen ist, dass eine Beratung durch pharmazeutisches Personal auch mittels Einrichtungen der Telekommunikation erst seit dem 12. Juni 2012 ohne zusätzliche Gebühren erfolgen muss (§ 17 Abs. 2a Satz 1 Nr. 7 ApBetrO). Es war auch zuvor nicht zulässig, allein eine Telefon-Hotline zur Verfügung zu stellen, die nur gegen Gebühr in An-

spruch genommen werden kann (vgl. Pieck in Pfeil/Pieck/Blume aaO § 20 Rn. 33a).

22 d) Die Revision hält dem vergeblich entgegen, eine entgeltliche pharmazeutische Beratung liege bei der von der Beklagten betriebenen Versandapotheke insbesondere deshalb nicht vor, weil die von der Beklagten geschaltete Nummer eine Service-Dienstleistungs-Nummer gemäß § 3 Nr. 8b TKG sei, bei der die dem Anrufer in Rechnung gestellte Telefongebühr in Höhe von 14 Cent pro Minute keine Gegenleistung für die pharmazeutische Beratung darstelle. Das Berufungsgericht hat den Klageantrag zu I 2 unter Berücksichtigung des von der Klägerin dazu gehaltenen Sachvortrags mit Recht dahin ausgelegt, dass er auf das Verbot gerichtet ist, die Beratung der Patienten über eine kostenpflichtige Telefon-Hotline vorzunehmen, bei der Kosten anfallen, die über die im Festnetz gemeinhin entstehenden Kosten hinausgehen.

23 e) Die Revision weist auch ohne Erfolg darauf hin, dass die Beklagte wahlweise eine pharmazeutische Beratung per E-Mail anbietet, bei der dem Kunden keine Kosten entstehen. Die Bestimmung des § 17 Abs. 2a Satz 1 Nr. 7 ApBetrO spricht zwar von der Möglichkeit einer Beratung durch pharmazeutisches Personal "auch mittels Einrichtungen der Telekommunikation". Der zweite Halbsatz der Vorschrift, wonach der behandelten Person die Möglichkeiten und Zeiten einer solchen Beratung mitzuteilen sind, lässt jedoch erkennen, dass der Verordnungsgeber allein eine fernmündliche Beratung als mit einer persönlichen Beratung in einer Präsenzapotheke grundsätzlich gleichwertig angesehen hat. Zudem hat nach wie vor ein nicht unerheblicher Teil der Bevölkerung keinen Zugang zum Internet und kann daher auch dort bestehende Beratungsangebote nicht in Anspruch nehmen. Dies gilt zumal für ältere Kunden, die andererseits in besonderer Weise auf qualifizierte pharmazeutische Informationen und Beratung angewiesen sind. Unabhängig davon scheuen erfahrungsgemäß viele Menschen - auch wenn sie über einen Internetzugang verfügen - vor

schriftlichen Anfragen zurück und verzichten auf weitere Informationen, wenn ihnen kein einfacher Weg für eine mündliche Beratung eröffnet ist.

- 24 f) Die Höhe der bei der Inanspruchnahme des telefonischen Beratungsdienstes der Beklagten anfallenden Gebühren ist entgegen der Ansicht der Revision auch durchaus geeignet, Kunden von einer solchen Beratung abzuhalten. Der Hinweis der Revision, die Service-Nummer der Beklagten biete den Kunden in Deutschland den Vorteil, kein Auslandsgespräch bezahlen zu müssen, steht dem schon deshalb nicht entgegen, weil ein - von der Revision dabei ersichtlich in den Blick genommenes - Auslandsgespräch ohne Nutzung des Call-by-Call-Verfahrens Kosten verursacht, die allemal jenseits dessen liegen, was den Kunden zugemutet werden kann. Andererseits betragen die Kosten eines im Call-by-Call-Verfahren geführten Auslandsgesprächs etwa nur ein Zehntel der Kosten, die im Falle der Benutzung der von der Beklagten geschalteten Service-Nummer anfallen. Nicht zu überzeugen vermag ferner der Hinweis der Revision auf den Vortrag der Beklagten, die meisten Beratungsgespräche seien nicht von langer Dauer und nähmen maximal einige Minuten Zeit in Anspruch. Es verbleiben die Fälle, in denen die Gespräche länger dauern, sowie Fälle, in denen die Kunden für sich zwar einen erheblichen Informations- oder Beratungsbedarf sehen, im Hinblick auf die nicht unerheblichen Kosten, die bei einer dementsprechend ausführlichen Information oder Beratung anfallen würden, aber von einem Anruf absehen. In diesem Zusammenhang ist zudem zu berücksichtigen, dass gerade Kunden von Versandapotheken nach der Lebenserfahrung nicht selten besonders preisbewusst sind und deshalb bei nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln und womöglich auch bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln einen Teil der Kosten einsparen möchten, die ihnen beim Bezug des Mittels über eine Präsenzapotheke entstehen. Es ist deshalb auch davon auszugehen, dass sie zusätzliche Kosten für Information und Beratung jedenfalls dann zu vermeiden suchen, wenn diese nicht völlig unerheblich sind.

25 Es kommt hinzu, dass zahlreiche Verbraucher mittlerweile die Erfahrung gemacht haben, dass an telefonische Auskunft- oder Beratungsdienste gerichtete Anrufe vielfach zunächst in eine Warteschleife geleitet werden und dass deshalb die Zeit, während deren eine Information oder Beratung erfolgt, nur einen mehr oder weniger geringen Teil der Zeit ausmacht, für die der Dienst zu bezahlen ist. Der von der Revision herausgestellte Umstand, dass die Beklagte nach den getroffenen Feststellungen in Fällen, in denen die Kapazitäten des von ihr in den Niederlanden betriebenen Call-Centers ausgeschöpft sind, die Anrufe zu dem weiteren Call-Center in Kornwestheim weiterleitet, nützt denjenigen Kunden nichts, die in Unkenntnis dieses "Überlaufs" von einem Anruf bei der Service-Nummer absehen. Weiter kommt hinzu, dass die Information und Beratung von Kunden durch das Call-Center in Kornwestheim nach den Ausführungen zu nachstehend III nicht den einschlägigen apothekenrechtlichen Erfordernissen entspricht. Der von der Revision angesprochene Umstand, dass die Mitglieder des Berufungssenats das Angebot einer Versandapotheke vermutlich nicht selbst in Anspruch nähmen, ändert nichts daran, dass sie zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören und damit das mutmaßliche Verhalten von Verbrauchern einschätzen können, die sich dem streitgegenständlichen Angebot der Beklagten gegenübersehen.

26 g) Die Revision weist zwar mit Recht darauf hin, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Versandhandels mit Arzneimitteln bewusst die Inanspruchnahme der Beratung durch den Apotheker in die freie Entscheidung des Kunden gestellt hat (vgl. BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2010 - 3 C 30.09, BVerwGE 137, 213 Rn. 21). Umso wichtiger ist es aber, dass diese Entscheidungsfreiheit nicht dadurch beschnitten wird, dass der Apotheker beim Versandhandel mit Arzneimitteln für die Kunden nach dem Gesetz unzulässige Hürden für die Inanspruchnahme der von ihm unentgeltlich zu erbringenden Informations- und Beratungsdienstleistungen errichtet.

27 h) Ebenfalls ohne Erfolg weist die Revision darauf hin, dass die Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände (ABDA) einen Arzneimittel-Haus-service anbietet und dafür ebenfalls eine kostenpflichtige Beratungs-Hotline gegen Gebühr in Höhe von 14 Cent pro Minute eingerichtet hat. Es handelt sich insoweit um eine Beratung, die über das Maß dessen hinausgeht, was der Apotheker nach § 20 ApBetrO bei der Abgabe von Arzneimitteln an Informationen und Beratung zu geben hat. Soweit die Revision ferner darauf verweist, dass die Bundesvereinigung den Apotheken in ihrem "Leistungskatalog der Beratungs- und Serviceangebote in Apotheken (Ausgabe 2011)" empfiehlt, den Patienten für bestimmte Beratungsleistungen eine Aufwandsentschädigung zu berechnen, verhält es sich entsprechend. Zudem stellt das betreffende Vorbringen einen in der Revisionsinstanz unzulässigen neuen Tatsachenvortrag dar.

28 i) Es besteht auch kein Anlass für eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV. Soweit das Verbot gemäß dem Klageantrag zu I 2 möglicherweise als mittelbar diskriminierende vertriebsbezogene Regelung wirkt, ist die darin liegende Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 AEUV jedenfalls aus Gründen des Gesundheitsschutzes nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt. Mit dem Verbot wird verhindert, dass Versandhandel mit Arzneimitteln ohne hinreichende fernmündliche Beratung betrieben wird. Dass auch eine Apotheke in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union, die die Voraussetzungen des § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a Fall 1 AMG erfüllt, in sachlicher Hinsicht die deutschen Vorschriften zum Versandhandel einhalten muss, entspricht, soweit die Apotheke dadurch in ihren Möglichkeiten zur Erbringung von Dienstleistungen beschränkt wird, der Regelung des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. Nach dieser zur Konkretisierung des Rechts auf freie Niederlassung erlassenen Richtlinie ermöglicht die Anerkennung der Berufsqualifikationen durch den Aufnahmemitgliedstaat der begünstigten Person, dort denselben Beruf wie den, für den sie in ihrem Herkunftsmitgliedstaat qualifiziert ist, aufzunehmen

und unter denselben Voraussetzungen wie ein Inländer auszuüben. Die Berufsanerkennungsrichtlinie geht daher im Bereich der Niederlassungsfreiheit von dem Grundsatz aus, dass auf der ersten Stufe für den Marktzugang das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (Herkunftslandprinzip) und auf der zweiten Stufe für das Marktverhalten der Grundsatz der Inländer(gleich)behandlung und damit das Aufnahmelandprinzip gilt (BGH, Urteil vom 25. März 2010 - I ZR 68/09, GRUR 2010, 1115 Rn. 15 = WRP 2010, 1489 - Freier Architekt, mwN). Zwar gewährleistet Art. 16 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt die Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich in einem weitergehenden Umfang. Die dortige Regelung findet jedoch nach Art. 17 Nr. 6 dieser Richtlinie auf Angelegenheiten, die unter den Titel II, das heißt die Art. 5 bis 9 der Richtlinie 2005/36/EG fallen, ebenso wenig Anwendung wie auf Anforderungen im Mitgliedstaat der Dienstleistungserbringung, die eine Tätigkeit - wie die Bestimmungen des deutschen Apothekenrechts für pharmazeutische Tätigkeiten - den Angehörigen eines bestimmten Berufs vorbehalten.

29 4. Klageantrag zu I 3 b

30 Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch dagegen, dass das Berufungsgericht die von der Beklagten in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete Rechtswahlklausel als eine unangemessene Benachteiligung der Kunden und damit zugleich als ein unzulässiges Verhalten im Wettbewerb angesehen hat.

31 a) Die Anspruchsberechtigung und Klagebefugnis (vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 1997 - IV ZR 220/96, NJW 1998, 454, insoweit nicht in BGHZ 136, 394; Urteil vom 25. September 2002 - VIII ZR 253/99, BGHZ 152, 121, 127 ff.) der Klägerin für diesen Klageantrag folgt, soweit sie den in dieser Hinsicht geltend gemachten Unterlassungsanspruch auf § 1 UKlaG in Verbindung mit § 307 BGB stützt, aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UKlaG, und soweit sie ihn aus §§ 8, 3, 4

Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 307 BGB herleitet, aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Die Bestimmung des § 307 BGB hat jedenfalls insoweit, als sie einer Benachteiligung des Kunden entgegenwirken soll, die sich aus intransparenten Allgemeinen Geschäftsbedingungen - wie der hier in Rede stehende Rechtswahlklausel (vgl. dazu sogleich in Rn. 32) - ergibt, eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion (vgl. Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., Vor § 307 BGB Rn. 90b; vgl. auch BGH, Urteil vom 31. März 2010 - I ZR 34/08, GRUR 2010, 1117 Rn. 29 f. = WRP 2010, 1479 - Gewährleistungsausschluss im Internet, zu § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB; Urteil vom 31. Mai 2012 - I ZR 45/11, GRUR 2012, 949 Rn. 45 bis 48 = WRP 2012, 1086 - Missbräuchliche Vertragsstrafe, zu § 307 BGB unter dem Gesichtspunkt einer unangemessenen Benachteiligung durch pauschale Abbedingung verschuldensunabhängiger Haftung, § 308 Nr. 1 BGB und § 309 Nr. 7 Buchst. a BGB). Wegen ihres prinzipiell unterschiedlichen Regelungsansatzes besteht zwischen den Vorschriften des Lauterkeitsrechts und den Bestimmungen des AGB-Rechts grundsätzlich auch Gesetzeskonkurrenz (vgl. BGH, GRUR 2010, 1117 Rn. 31 - Gewährleistungsausschluss im Internet; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen aaO Vor § 307 BGB Rn. 89, jeweils mwN).

- 32 b) Die beanstandete Rechtswahlklausel der Beklagten benachteiligt die Kunden sowohl nach der Rechtslage, die bis zum Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom-I-VO) am 17. Dezember 2009 gegolten hat (vgl. Art. 28, 29 Rom-I-VO), als auch nach der Rechtslage, die für ab diesem Zeitpunkt geschlossene Schuldverträge gilt, entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil sich aus ihr nicht klar und verständlich ergibt, welche Rechtsvorschriften für im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und ihren Kunden entstandene Streitigkeiten gelten sollen.

- 33 aa) Gemäß Art. 29 Abs. 1 EGBGB durfte eine Rechtswahl der Parteien bei bis zum 16. Dezember 2009 geschlossenen Verbraucherverträgen dem Verbraucher insbesondere dann nicht den Schutz entziehen, den ihm die zwingenden Vorschriften des Rechts des Staates gewährten, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, wenn dem Vertragsabschluss ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung in diesem Staat vorausgegangen war und der Verbraucher die zum Abschluss des Vertrags erforderlichen Rechtshandlungen dort vorgenommen (Nummer 1) oder der Vertragspartner die Bestellung des Verbrauchers dort entgegengenommen hatte (Nummer 2). Gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 1 Rom-I-VO können die Parteien auch bei seither abgeschlossenen Verbraucherverträgen das anzuwendende Recht grundsätzlich gemäß Art. 3 Rom-I-VO frei wählen. Nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Rom-I-VO darf eine solche Rechtswahl dem Verbraucher allerdings nicht den Schutz der Bestimmungen entziehen, von denen nach dem ohne die Rechtswahl anzuwendenden Recht nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Dementsprechend sind die §§ 305 ff. BGB auf Verbraucherverträge, die Verbraucher mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland geschlossen haben, sowohl nach dem früheren Recht als auch nach dem geltenden Recht anzuwenden (vgl. H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen aaO Teil 3 [7] Rechtswahlklauseln Rn. 8 und 12).
- 34 bb) Der Gesetzgeber geht danach davon aus, dass es dem Verbraucher grundsätzlich zuzumuten ist, sich bei einem Verbrauchervertrag auf die Wahl des Rechts eines anderen Staates als dem einzulassen, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass das Nebeneinander von zwingendem Verbraucherschutzrecht dieses Staates und dem ansonsten geltenden gewählten Recht (noch) nicht zur Folge hat, dass die Rechtslage aufgrund der getroffenen Rechtswahl so wenig klar und verständlich ist, dass sich daraus für den Verbraucher eine gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unangemessene Benachteiligung ergibt.

- 35 cc) Bei grenzüberschreitenden Arzneimittelkaufverträgen, wie sie im Streitfall in Rede stehen, kommen allerdings Besonderheiten hinzu, die jedenfalls zusammengenommen die Abwahl des im Hinblick auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verbrauchers an sich anzuwendenden deutschen Rechts zugunsten des niederländischen Rechts als des Heimatrechts der Beklagten jedenfalls dann als unangemessene Benachteiligung erscheinen lassen, wenn dem Verbraucher dabei keine aufklärenden Hinweise gegeben werden.
- 36 (1) Zu berücksichtigen ist vor allem, dass beim Arzneimittelkauf die dafür geltenden bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen der §§ 433 ff. BGB insbesondere im Bereich der Nebenpflichten durch die nicht zur Disposition der Parteien stehenden, sondern zwingenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Apothekenrechts ergänzt und modifiziert werden. So begründet etwa die oben unter Randnummer 18 behandelte Bestimmung des § 20 ApBetrO keine mit ihrer Einführung im Jahr 1987 neu geschaffene originäre Informations- und Beratungspflicht des Apothekers, sondern spezifiziert lediglich andere, im Kaufrecht statuierte und entwickelte schuldrechtliche (Neben-)Pflichten (vgl. Cyran/Rotta aaO § 20 Rn. 6; Mand/Köten, WRP 2006, 841, 847). Dementsprechend haftet der Apotheker bei Verletzung einer nach dieser Bestimmung bestehenden Pflicht nicht nur gemäß § 823 Abs. 2 BGB wegen Verletzung eines Schutzgesetzes, sondern auch wegen Vertragsverletzung (bei Kassenpatienten analog § 328 BGB) auf Schadensersatz (vgl. Cyran/Rotta aaO § 20 Rn. 30 bis 32). Vor diesem Hintergrund stellt sich die streitgegenständliche Rechtswahlklausel, die nicht nur keine Differenzierung vorsieht, sondern mit der Formulierung "... alle ... Ansprüche ..." im Gegenteil den Eindruck zu erwecken versucht, deutsches Recht sei in keiner Hinsicht anwendbar, als nicht klar und verständlich im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB dar.
- 37 (2) Dem vorstehend Ausgeführten kommt dann besondere Bedeutung zu, wenn ein Fehlverhalten des Apothekers bei seinem Kunden zu einem Ge-

sundheitsschaden geführt hat. In solchen Fällen wird der Apotheker regelmäßig nicht nur gegen eine vertragliche, sondern auch gegen eine den Schutz des Kunden bezweckende, nach dem Apothekenrecht bestehende zwingende öffentlich-rechtliche Pflicht verstoßen haben. Fraglich und zweifelhaft ist zudem, ob die Verweisung auf das niederländische Recht in entsprechenden Fällen immerhin für die Rechtsfolgenseite gilt. Auch in dieser Hinsicht fehlt es an einer zur Vermeidung einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlichen Klarstellung in der Rechtswahlklausel.

38 (3) Das Berufungsgericht hat ferner mit Recht berücksichtigt, dass die streitgegenständliche Rechtswahlklausel - was auch im Klageantrag berücksichtigt wurde - in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten unter der Überschrift "Anwendbares Recht/Gerichtsstand" enthalten ist. Dieser Umstand ist geeignet, Verbraucher glauben zu machen, sie könnten ihnen zustehende Ansprüche gegen die Beklagte allein auf der Grundlage des niederländischen Rechts und auch nur vor einem dortigen Gericht geltend machen. Er ist daher - ebenso wie die vorstehend in den Randnummern 36 und 37 angesprochenen Umstände - geeignet, den Verbraucher, der sich auf die streitgegenständliche Rechtswahlklausel einlässt, dadurch im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB unangemessen zu benachteiligen, dass ihm ein falsches Bild von den ihm nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten zustehenden Rechtsschutzmöglichkeiten vermittelt wird.

39 5. Danach war die von der Klägerin gegenüber der Beklagten unter dem 14. Mai 2008 ausgesprochene Abmahnung berechtigt. Die Vorinstanzen haben daher dem Zahlungsantrag gemäß Ziffer II des Klageantrags ebenfalls mit Recht stattgegeben (§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG). Der Inhalt des Antwortschreibens der Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 2. Juni 2008 zeigt, dass diese Abmahnung für die Beklagte durchaus erkennen ließ, auf welche Teile

ihres Werbematerials sich die im Abmahnschreiben enthaltenen Beanstandungen bezogen.

40 6. Klageantrag zu I 4

41 Das Berufungsgericht hat den Klageantrag zu I 4 mit der Begründung als hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO angesehen, die Klägerin habe jedenfalls in ihrem Sachvortrag und durch die Hilfsanträge zu diesem Klageantrag hinreichend klar zu erkennen gegeben, wegen welcher Tätigkeiten der Beklagten diese nach ihrer Ansicht einer apothekenrechtlichen Erlaubnis nach deutschem Recht bedürfe. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit Erfolg. Der Verbotsantrag lässt offen, welche Tätigkeiten der Beklagten im Einzelnen verboten werden sollen, weil sie nicht ohne Apothekenbetriebslaubnis vorgenommen werden dürfen.

42 a) Nach ständiger Rechtsprechung darf ein Verbotsantrag im Hinblick auf § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und die Entscheidung darüber, was diesem verboten ist, letztlich dem Vollstreckungsgericht überlassen bliebe (vgl. nur BGH, Urteil vom 4. November 2010 - I ZR 118/09, GRUR 2011, 539 Rn. 11 = WRP 2011, 742 - Rechtsberatung durch Lebensmittelchemiker; Urteil vom 6. Oktober 2011 - I ZR 117/10, GRUR 2012, 407 Rn. 15 = WRP 2012, 456 - Delan). Zur Auslegung des Antrags kann dabei gegebenenfalls auch auf die Klagebegründung zurückgegriffen werden (vgl. BGH, Urteil vom 4. September 2003 - I ZR 23/01, BGHZ 156, 126, 130 - Farbmarkenverletzung I; Urteil vom 29. Mai 2008 - I ZR 189/05, GRUR 2008, 1121 Rn. 16 = WRP 2008, 1560 - Freundschaftswerbung im Internet; BGH, GRUR 2011, 539 Rn. 16 - Rechtsberatung durch Lebensmittelchemiker). Eine auch danach noch auslegungsbedürftige Antrags-

fassung kann hinzunehmen sein, wenn eine weitere Konkretisierung nicht möglich ist und die Antragsformulierung zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im Hinblick auf eine bestimmte Geschäftspraxis erforderlich erscheint (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 2009 - I ZR 13/07, GRUR 2009, 977 Rn. 22 = WRP 2009, 1076 - Brillenversorgung I; Urteil vom 5. Oktober 2010 - I ZR 46/09, GRUR 2011, 433 Rn. 10 = WRP 2011, 576 - Verbotantrag bei Telefonwerbung; BGH, GRUR 2011, 539 Rn. 17 - Rechtsberatung durch Lebensmittelchemiker; GRUR 2012, 407 Rn. 15 - Delan).

43 b) Nach diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht den Klageantrag zu I 4 zu Unrecht als im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt angesehen.

44 aa) Der Klageantrag zu I 4, mit dem der Beklagten, die in Deutschland über keine Apothekenbetriebserlaubnis verfügt, untersagt werden soll, im Inland einen Apothekenbetrieb - und sei es auch nur teilweise - zu unterhalten, ist für sich gesehen nicht hinreichend bestimmt. Die Frage, wann eine ausländische Apotheke, die aufgrund einer ihr nach ihrem nationalen Recht erteilten Erlaubnis Versandhandel mit Arzneimitteln betreibt und im Hinblick darauf, dass dieses Recht dem deutschen Recht vergleichbare Sicherheitsstandards vorsieht (vgl. § 73 Abs. 1 Satz 3 AMG und dazu BGH, Urteil vom 20. Dezember 2007- I ZR 205/04, GRUR 2008, 275 Rn. 26 ff. = WRP 2008, 356 - Versandhandel mit Arzneimitteln), dazu gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a Fall 1 AMG auch im Inland berechtigt ist, bei von ihr in diesem Zusammenhang über die damit notwendig verbundenen Vertriebstätigkeiten hinaus entfaltet weitere Aktivitäten bereits einen eine gesonderte Erlaubnis erfordernden eigenen Apothekenbetrieb unterhält, ist im deutschen Recht nicht besonders geregelt. Der Begriff des Apothekenbetriebs ist insoweit daher zunächst unbestimmt und zudem zwischen den Parteien in hohem Maße streitig.

- 45 bb) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ergeben sich auch aus dem von der Klägerin gehaltenen Sachvortrag und den von dieser gestellten Hilfsanträgen keine hinreichend konkreten objektiven Maßstäbe zur Abgrenzung des zulässigen vom unzulässigen Verhalten, die unter diesen Voraussetzungen für die Annahme eines den Erfordernissen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO entsprechenden Unterlassungsantrags unverzichtbar sind (vgl. BGH, GRUR 2011, 539 Rn. 13 - Rechtsberatung durch Lebensmittelchemiker, mwN).
- 46 (1) Die Klägerin hat das nach ihrer Ansicht bestehende Erfordernis eines deutschen Apothekenbetriebs für die von der Beklagten in Deutschland vorgenommenen Tätigkeiten daraus abgeleitet, dass die Beklagte ihre hier relevanten Aktivitäten über eine hier ansässige gewerbliche Niederlassung betreut und in Deutschland auch schriftliche Bestellungen und Rezepte annimmt, zurückgegebene Arzneimittel zentral sammelt sowie Service-Tätigkeiten wie die Bearbeitung von Reklamationen, logistische Klärungen und pharmazeutische Beratung durch nach deutschen Vorschriften qualifiziertes pharmazeutisches Personal unter ihrer fachlichen Weisungsbefugnis durchführt. Sie hat bei ihrem insoweit gehaltenen, auf mehrere Schriftsätze verteilten, jeweils auf gegenteiligen Vortrag der Beklagten erwidern und insgesamt sehr umfangreichen Sachvortrag letztlich nicht deutlich gemacht, welche Merkmale des beanstandeten Verhaltens der Beklagten sie - einzeln oder zusammengefasst - als für die Verletzung des beantragten Verbots ausreichend ansieht.
- 47 (2) Die in dieser Hinsicht bestehenden Zweifel sind auch nicht, wie das Berufungsgericht gemeint hat, durch die von der Klägerin gestellten Hilfsanträge ausgeräumt oder immerhin auf ein hinzunehmendes Maß vermindert, sondern im Gegenteil sogar noch verstärkt worden. Diese - ihrerseits ebenfalls zumindest teilweise unbestimmten - Hilfsanträge lassen nicht erkennen, welche Verhaltensweisen der Beklagten als für das mit dem Hauptantrag erstrebte Verbot charakteristisch sein und - einzeln oder im Zusammenwirken mit ande-

ren Verhaltensweisen - für die Erfüllung des Verbotstatbestands ausreichen sollen.

48 7. Hilfsanträge zu I 4 a bis I 4 c

49 Aus den vorstehend (Rn. 43 ff.) dargestellten Gründen erweisen sich die Hilfsanträge zu I 4 a und zu I 4 b ebenfalls als unbestimmt. Damit ist im Hinblick auf den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes und den Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht geboten, um der Klägerin die Möglichkeit zu einer Neufassung ihres zu I 4 gestellten Antrags zu ermöglichen (§ 139 Abs. 1 ZPO; vgl. BGH, GRUR 2011, 539 Rn. 18 - Rechtsberatung durch Lebensmittelchemiker, mwN). Dementsprechend ist über den Hilfsantrag zu I 4 c hier nicht zu entscheiden.

50 III. Die Revision hat nach allem Erfolg, soweit sie sich gegen die Verurteilung der Beklagten nach dem Klageantrag zu I 4 richtet, wobei sie in diesem Umfang zur Zurückverweisung führt. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet und deshalb zurückzuweisen.

51 IV. Für die neue Verhandlung und Entscheidung weist der Senat auf Folgendes hin:

52 1. Mit der seit 2004 geltenden Regelung des Versandhandels mit Arzneimitteln verzichtet das Gesetz zwar auf die räumliche Bindung der Abgabe apothekenpflichtiger Arzneimittel an die Apotheke, hält aber gleichwohl am Erfordernis fest, dass die Abgabe solcher Arzneimittel institutionell allein durch eine Apotheke erfolgen darf (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2012 - I ZR 211/10, GRUR 2012, 954 Rn. 15 = WRP 2012, 1101 - Europa-Apotheke Budapest; BVerwG, Urteil vom 13. März 2008 - 3 C 27.07, BVerwGE 131, 1 Rn. 25). Dieses Erfordernis hindert den Apotheker, der über eine Versandhan-

delserlaubnis verfügt, allerdings nicht daran, in seinen Vertrieb etwa Logistikunternehmen einzuschalten oder auch mit Drogerien zusammenzuarbeiten, deren Niederlassungen als Abholstationen fungieren, solange diese Unternehmen sich nicht so verhalten, wie wenn sie selbst Arzneimittelhandel betrieben (BGH, GRUR 2012, 954 Rn. 17 - Europa-Apotheke Budapest; BVerwGE 131, 1 Rn. 25).

53 Danach ist die Beklagte - auch wenn sie über keine Apothekenbetriebs-
erlaubnis verfügt - nicht gehindert, Tätigkeiten, die nicht - wie die pharmazeuti-
sche Beratung von Kunden (vgl. dazu sogleich unter Rn. 54 ff.) - in unmittelba-
rem Zusammenhang mit der Abgabe von Arzneimitteln an die Kunden stehen,
auch im Inland durch von ihr beauftragte Unternehmen ausführen zu lassen
oder auch selbst auszuführen. Dementsprechend bestünden beispielsweise
keine Bedenken dagegen, dass die Beklagte über eine Niederlassung in
Deutschland Marketingstrategien entwickelt oder überwacht sowie mit deut-
schen Lieferanten, Dienstleistern, Krankenkassen und Logistikunternehmen
Verhandlungen führt und Verträge schließt.

54 2. Die Beklagte verstößt jedoch gegen §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbin-
dung mit § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG, §§ 11a, 2 ApoG, soweit sie nach ih-
rem Vortrag im Falle der Belegung ihrer Kapazitäten in den Niederlanden mit-
tels eines "Überlaufs" Anrufe über eine zur Bestellannahme und Beratung ge-
schaltete Dienstleistungstelefonnummer von einer Drittfirma in Kornwestheim
entgegennehmen und bearbeiten lässt.

55 Das Berufungsgericht hat dazu zutreffend festgestellt, dass eine solche
Vorgehensweise - anders als das Einsammeln und Übermitteln von Rezepten
und die Übergabe von Arzneimittelsendungen - pharmazeutisch relevante Tä-
tigkeiten betrifft, die sich nicht auf die innere Organisation der Beklagten be-
schränken, sondern unmittelbar auf die Kunden einwirken. Nach § 4 Abs. 4

Satz 3 ApBetrO (seit 12. Juni 2012: § 4 Abs. 4 Satz 2 ApBetrO) muss die pharmazeutische Beratung von Räumen aus erfolgen, die in angemessener Nähe zu der Apotheke liegen. Diesem Erfordernis entspricht die in Kornwestheim durch ein beauftragtes Dienstleistungsunternehmen vorgenommene fernmündliche Beratung und Rezeptannahme nicht.

56 Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang mit Recht auch die Kapazitäten der Beklagten in den Niederlanden und die Zahl der in Kornwestheim bearbeiteten Anrufe als unerheblich angesehen, weil bereits die Bearbeitung jeder einzelnen Anfrage durch das von der Beklagten beauftragte inländische Dienstleistungsunternehmen die vom Gesetzgeber als schutzwürdig anerkannten Rechtsgüter beeinträchtigt. Ebenso wenig unterliegt seine Beurteilung Bedenken, die begangenen Verstöße seien auch geeignet, die Interessen von Mitbewerbern oder Verbrauchern im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG spürbar zu beeinträchtigen, weil die Beklagte mittelbar selbst einräume, dass ein Hinweis auf die tatsächlichen Gegebenheiten Verbraucher davon abhalten könnte, mit ihr in geschäftliche Verbindung zu treten, und eine Erheblichkeit schon wegen des betroffenen Schutzguts und des Umfangs der Werbung gegeben sei.

57 Die vorliegende Beurteilung steht auch nicht in Widerspruch zu dem in BSGE 101, 161 veröffentlichten Urteil des Bundessozialgerichts. Dort wird ausgeführt, die Regelung des § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AMG - gemeint war ersichtlich § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG - wolle die tatsächlich bestehenden Sicherheitsstandards für den Versandhandel und den elektronischen Handel mit Arzneimitteln auf einem dem deutschen Recht entsprechenden Niveau absichern (aaO Rn. 27). Dieses Niveau wird insbesondere dadurch bestimmt, dass pharmazeutische Tätigkeiten allein auf der Grundlage einer Apothekenbetriebslaubnis erbracht werden, deren Einhaltung durch die zuständige Behörde überwacht wird. Daran fehlt es bei pharmazeutischen Tätigkeiten, die eine Versandhandelsapotheke, die im Ausland ansässig ist und auch nur dort über eine Apo-

thekenbetriebserlaubnis verfügt, durch ein von ihr beauftragtes Dienstleistungsunternehmen im Inland vornehmen lässt, das über keine solche Erlaubnis verfügt. Die pharmazeutische Tätigkeit des beauftragten Dienstleistungsunternehmens unterliegt in einem solchen Fall keiner adäquaten behördlichen Aufsicht.

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG Ulm, Entscheidung vom 19.05.2010 - 4 O 281/09 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 17.02.2011 - 2 U 65/10 -