



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 121/17

Verkündet am:
26. April 2018
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Applikationsarzneimittel

AMG § 43 Abs. 1, § 73 Abs. 1, § 78 Abs. 1; AMPPreisV §§ 1, 3; ApoG § 11; BOÄ Nordrhein § 31 Abs. 2; EuGH-Verfahrensordnung Art. 94 Buchst. a

- a) In einem Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV ist es Sache des vorliegenden Gerichts, den Sachverhalt festzustellen und dem Gerichtshof der Europäischen Union zur rechtlichen Beurteilung zu unterbreiten. Handelt es sich bei dem Ausgangsverfahren um einen Zivilprozess, trifft das vorliegende Gericht seine Feststellungen nach den Regeln der Zivilprozessordnung auf der Grundlage des Sachvortrags der Parteien.
- b) Ärzte, die Applikationsarzneimittel beschaffen und in ihrer Praxis am Patienten anwenden, verstoßen nicht gegen das in § 43 Abs. 1 AMG geregelte Verbot, apothekenpflichtige Arzneimittel für den Endverbrauch außerhalb von Apotheken in den Verkehr zu bringen.
- c) Einer Apotheke eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, die nach § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG Arzneimittel im Wege des Versandhandels an Endverbraucher in Deutschland liefern darf, ist es gestattet, Applikationsarzneimittel an den anwendenden Arzt zu liefern.
- d) Das Verbot des § 11 Abs. 1 Satz 1 ApoG erfasst Rechtsgeschäfte und Absprachen zwischen Apotheken und Ärzten, die Applikationsarzneimittel zum Gegenstand haben.
- e) Dem Verbot des § 11 Abs. 1 Satz 1 ApoG unterliegen nur Inhaber einer Erlaubnis nach dem Apothekengesetz, nicht dagegen Apotheken eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, die über eine Erlaubnis nach ihrem nationalen Recht verfügen.

BGH, Urteil vom 26. April 2018 - I ZR 121/17 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. April 2018 durch die Richter Prof. Dr. Koch, Prof. Dr. Schaffert, Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Löffler und die Richterin Dr. Schwonke

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 8. Juni 2017 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte hat ihren Sitz in den Niederlanden und betreibt dort eine Apotheke und eine Versandapotheke. Am 11. Februar 2014 versandte sie unter der Überschrift "Information für gynäkologische Praxen" ein Werbeschreiben und einen mit Preisen versehenen Bestellschein für verschiedene Intrauterin-pessare und andere Kontrazeptiva an einen in Deutschland ansässigen Frauenarzt. Im ersten Absatz des Schreibens heißt es: "Sie möchten in Ihrer Praxis die Kosten für Ihre selbstzahlenden Patienten deutlich reduzieren? Dann beziehen Sie jetzt für Ihre Patienten Medikamente von den Originalherstellern aus der Apotheke Bad Neuschanz." Die bestellten Produkte konnten bei der Beklagten in den Niederlanden selbst, durch einen Logistikdienstleister oder durch einen sogenannten Apothekenboten abgeholt werden.

- 2 Der Kläger ist der Verband Sozialer Wettbewerb. Er ist der Ansicht, die von der Beklagten beworbenen Arzneimittel und Intrauterin-pessare dürften nur

in Apotheken und nicht in Arztpraxen in den Verkehr gebracht werden. Die Beklagte verleite zudem Gynäkologen zu einem berufsordnungswidrigen Verhalten.

3 Der Kläger hat die Beklagte auf Unterlassung der Werbung auf dem deutschen Markt wie in dem Werbeschreiben vom 11. Februar 2014 und in dem beigefügten Bestellschein und auf Erstattung der Abmahnkosten in Höhe von 178,50 € nebst Zinsen in Anspruch genommen.

4 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben (LG Düsseldorf, MD 2016, 394). Das Berufungsgericht hat sie abgewiesen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 8. Juni 2017 - I-20 U 38/16, BeckRS 2017, 148872).

5 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, dem Kläger stehe gegen die Beklagte weder aus § 2 Abs. 1 Satz 1 UKlaG noch aus § 8 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 3a UWG ein Unterlassungsanspruch zu, weil die Beklagte mit ihrer Werbung weder Verbraucherschutzgesetze noch das Marktverhalten regelnde gesetzliche Vorschriften verletze. Zur Begründung hat es ausgeführt:

7 Die Klage sei zulässig, insbesondere sei der Kläger klagebefugt und der Streitgegenstand hinreichend bestimmt. Da der Kläger das Verbot einer konkreten Werbemaßnahme begehre, bilde diese den Streitgegenstand. In einem derartigen Fall überlasse es der Kläger dem Gericht, auf welchen Gesichtspunkt es

den Unterlassungsanspruch stütze. Der Beklagten sei die Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln nicht wegen Verstoßes gegen die Preisvorschriften gemäß § 78 Abs. 1 AMG in Verbindung mit §§ 1, 3 AMPPreisV zu verbieten. Diese Vorschriften seien auf die Beklagte als niederländische Versandapotheke entgegen § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG nicht anwendbar. Die Beklagte verleite Ärzte nicht unter Verstoß gegen § 43 AMG dazu, Arzneimittel in Verkehr zu bringen, weil es sich bei den in Rede stehenden Arzneimitteln um Applikationsarzneimittel handele. Die Beklagte verstoße deshalb auch nicht gegen das Verbringungsverbot des § 73 AMG. Außerdem liege kein Verstoß gegen § 11 ApoG vor, weil diese Vorschrift für die Beklagte als Inhaberin einer Apothekenerlaubnis nach niederländischem Recht nicht gelte. Die Beklagte verleite Ärzte auch nicht zu einem nach § 31 Abs. 2 der Berufsordnung für die nordrheinischen Ärztinnen und Ärzte (im Folgenden: BOÄ Nordrhein) verbotenen Verhalten.

8 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. Die Klage ist zulässig (dazu II 1), aber unbegründet (dazu II 2). Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung der beanstandeten Werbeaussagen wegen Verstoßes gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG aF sowie §§ 3 Abs. 1, 3a UWG, jeweils in Verbindung mit § 78 Abs. 1 AMG und §§ 1, 3 AMPPreisV (dazu II 2 b), § 43 Abs. 1 AMG (dazu II 2 c), § 73 AMG (dazu II 2 d), § 11 ApoG (dazu II 2 e) oder § 31 BOÄ Nordrhein (dazu II 2 f) besteht nicht. Deshalb steht dem Kläger auch kein Anspruch auf Ersatz von Abmahnkosten (§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG) nebst Zinsen (§§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB) zu.

9 1. Die Klage ist zulässig.

10 a) Der Klageantrag ist hinreichend bestimmt. Der Kläger hat die konkrete Verletzungsform zum Gegenstand des Unterlassungsbegehrens gemacht, indem er beantragt hat, es der Beklagten zu untersagen im geschäftlichen Verkehr auf dem deutschen Markt zu werben wie in dem in den Klageantrag eingeblendeten Schreiben vom 11. Februar 2014 und in dem diesem Schreiben bei-

gefügten Bestellschein. Ein auf die Untersagung der konkreten Verletzungsform gerichteter Verbotsantrag genügt dem Bestimmtheitserfordernis nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO (BGH, Urteil vom 28. November 2013 - I ZR 7/13, GRUR 2014, 398 Rn. 17 = WRP 2014, 431 - Online-Versicherungsvermittlung).

11 b) Das Berufungsgericht hat den Kläger sowohl nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG als auch nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG als klagebefugt angesehen. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

12 2. Die Klage ist nicht begründet. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass dem Kläger gegen die Beklagte weder aus § 2 Abs. 1 Satz 1 UKlaG noch aus § 8 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 3a UWG (§ 3, 4 Nr. 11 UWG aF) ein Unterlassungsanspruch zusteht. Mit ihrer Werbung verletzt die Beklagte weder Verbraucherschutzgesetze noch das Marktverhalten regelnde gesetzliche Vorschriften.

13 a) Der Kläger hat im Streitfall in dem Versand des Werbeschreibens und des beiliegenden Bestellscheins durch die Beklagte Verstöße gegen die Apothekenpflicht und gegen das Verweisungsverbot gesehen. Dies hinderte das Berufungsgericht nicht, das beanstandete Verhalten der Beklagten auch unter dem Aspekt zu prüfen, ob ein Verstoß gegen § 78 AMG oder § 73 AMG vorliegt. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass in Fällen wie dem vorliegenden, in denen sich die Klage gegen eine konkrete Werbemaßnahme richtet, diese Werbemaßnahme den Streitgegenstand bildet unabhängig davon, unter welchem Gesichtspunkt sie beanstandet worden ist oder beanstandet werden kann (BGH, Urteil vom 13. September 2012 - I ZR 230/11, BGHZ 194, 314 Rn. 24 bis 27 - Biomineralwasser). Da die rechtliche Würdigung der beanstandeten konkreten Verletzungshandlung Sache des Gerichts ist, kann das Gericht die angegriffene Werbemaßnahme unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten prüfen, unabhängig davon, ob der Kläger seine Klage auf diese Gesichtspunkte gestützt hat oder nicht (vgl. BGH, Urteil vom

30. Juni 2011 - I ZR 157/10, GRUR 2012, 184 Rn. 15 = WRP 2012, 194 - Branchenbuch Berg).

14 b) Das vom Kläger beanstandete Werbeschreiben der Beklagten vom 11. Februar 2014 verstößt nicht gegen § 78 AMG und §§ 1, 3 AMPPreisV.

15 aa) Rezeptpflichtige und damit gemäß § 43 Abs. 1, § 44 Abs. 3 AMG apothekenpflichtige Arzneimittel unterliegen der in Deutschland geltenden Arzneimittelpreisbindung. Nach § 78 Abs. 2 Satz 2 AMG ist ein einheitlicher Apothekenabgabepreis für Arzneimittel, die vom Verkehr außerhalb der Apotheken ausgeschlossen sind, zu gewährleisten. Die Vorschrift des § 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AMG bildet die Rechtsgrundlage für eine Rechtsverordnung, mit der Preisspannen für Arzneimittel, die in Apotheken im Wiederverkauf abgegeben werden, festgesetzt werden. Die Arzneimittelpreisverordnung legt nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 AMPPreisV für Arzneimittel, die im Voraus hergestellt und in einer zur Abgabe an den Verbraucher bestimmten Packung in den Verkehr gebracht werden (Fertigarzneimittel) und deren Abgabe nach § 43 Abs. 1 des Arzneimittelgesetzes den Apotheken vorbehalten ist, die Preisspannen der Apotheken bei der Abgabe im Wiederverkauf fest. Ausgenommen hiervon sind nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel (§ 1 Abs. 4 AMPPreisV). Die Vorschrift des § 3 AMPPreisV legt fest, wie der Preis bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln, die zur Anwendung bei Menschen bestimmt sind, durch die Apotheken zu berechnen ist. Die Arzneimittelpreisverordnung, die auf Grund von § 78 Abs. 1 Satz 1 AMG erlassen worden ist, gilt nach § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG auch für Arzneimittel, die gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG in den Geltungsbereich dieses Gesetzes verbracht werden.

16 bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, bei den von der Beklagten in ihrem Werbeschreiben angebotenen Produkten M. , I. , D. P. und S. P. handele es sich um Arzneimittel im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 AMG, die verschreibungspflichtig seien, so dass sie den arzneimittelpreisrechtlichen Vorschriften unterfielen. Deren Anwendbarkeit sei nicht

dadurch ausgeschlossen, dass die Arzneimittel nach dem beworbenen Geschäftsmodell an den Arzt oder einen in dessen Auftrag tätigen Boten in den Niederlanden übergeben würden. Diese Gestaltung diene ersichtlich der Umgehung des deutschen Arzneimittelpreissetzes, so dass sich die Beklagte so behandeln lassen müsse, als biete sie die Abgabe in Deutschland an. Der Gerichtshof der Europäischen Union habe jedoch entschieden, dass die im deutschen Recht vorgesehene Festlegung einheitlicher Apothekenabgabepreise mit dem Primärrecht der Europäischen Union nicht in Einklang stehe. Es bestehe keine Veranlassung, hierzu ein erneutes Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

17 cc) Für das Revisionsverfahren ist davon auszugehen, dass es sich bei den von der Beklagten beworbenen Produkten um verschreibungspflichtige Arzneimittel handelt, die der Arzneimittelpreisbindung des § 78 Abs. 2 Satz 2 AMG unterliegen.

18 (1) Nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 AMG gelten Gegenstände, die ein Arzneimittel nach § 2 Abs. 1 AMG enthalten oder auf die ein Arzneimittel nach § 2 Abs. 1 AMG aufgebracht ist und die dazu bestimmt sind, dauernd oder vorübergehend mit dem menschlichen oder tierischen Körper in Berührung gebracht zu werden, als Arzneimittel. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass es sich jedenfalls bei den Produkten M. , I. , D. P. und S. P. um derartige Arzneimittel handelt. Zu den weiteren von der Beklagten beworbenen Produkten hat das Berufungsgericht keine entsprechenden Feststellungen getroffen. Im Revisionsverfahren ist zugunsten des Klägers zu unterstellen, dass auch die übrigen Produkte Arzneimittel sind.

19 (2) Mangels abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts ist im Revisionsverfahren weiter davon auszugehen, dass diese Arzneimittel im Voraus hergestellt und in einer zur Abgabe an den Verbraucher bestimmten

Packung in den Verkehr gebracht werden und damit Fertigarzneimittel im Sinne von § 1 Abs. 1 AMPPreisV sind.

20 (3) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind jedenfalls die von der Beklagten beworbenen Intrauterin pessare und Kontrazeptiva M. , I. , D. P. und S. P. verschreibungspflichtig. Ihre Abgabe ist damit nach § 43 Abs. 1, § 44 Abs. 3 AMG den Apotheken vorbehalten. Dasselbe gilt für die weiteren von der Beklagten beworbenen Intrauterin pessare. Diese durften zum Zeitpunkt des Versands des beanstandeten Schreibens im Februar 2014 als Medizinprodukte berufs- oder gewerbsmäßig nur in Apotheken und nur bei Vorliegen einer ärztlichen oder zahnärztlichen Verschreibung in den Verkehr gebracht werden (§ 1 Abs. 1 MPVertrV, § 1 Abs. 1 Nr. 1 MPVerschrV und Nr. 1 der Anlage zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 MPVerschrV). Nunmehr sind Intrauterin pessare als Arzneimittel verschreibungspflichtig (§ 1 Nr. 1 der Verordnung über die Verschreibungspflicht von Arzneimitteln [AMVV, BGBl I 2005, S. 3632] und Anlage 1 zu § 1 Nr. 1 und § 5 AMVV in der derzeit geltenden Fassung).

21 dd) Die von der Beklagten beworbenen verschreibungspflichtigen Arzneimittel sollen gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG in den Geltungsbereich dieses Gesetzes verbracht werden.

22 (1) § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG erfasst Arzneimittel, die von einer Apotheke eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, welche für den Versandhandel nach ihrem nationalen Recht, soweit es dem deutschen Apothekenrecht im Hinblick auf die Vorschriften zum Versandhandel entspricht, oder nach dem deutschen Apothekengesetz befugt ist, entsprechend den deutschen Vorschriften zum Versandhandel oder zum elektronischen Handel versandt werden.

- 23 (2) Die Beklagte betreibt ein Abholmodell, bei dem die Bezieher der von ihr vertriebenen Arzneimittel diese an ihrem Betriebssitz unweit der deutschen Grenze selbst oder durch einen Botendienst abzuholen haben. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler festgestellt, dass dieses Abholmodell offenkundig dem Zweck dient, die deutschen Preisvorschriften für verschreibungspflichtige Arzneimittel zu umgehen. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die Beklagte sich unter diesen Umständen so behandeln lassen muss, als biete sie die Abgabe in Deutschland an. Nach der Rechtsprechung des Senats gilt die Arzneimittelpreisverordnung auch für Arzneimittel, die im Wege solcher Abholmodelle in Verkehr gebracht werden (BGH, Urteil vom 26. Februar 2014 - I ZR 77/09, GRUR 2014, 591 Rn. 15 = WRP 2014, 566 - Holland-Preise).
- 24 ee) Es ist davon auszugehen, dass die von der Beklagten beworbenen Preise nicht den in § 3 AMPreisV festgelegten Apothekenabgabepreisen entsprechen. Der Kläger hat zwar nicht vorgetragen, die von der Beklagten angebotenen Preise stünden nicht im Einklang mit dem deutschen Arzneimittelpreisrecht. Der Inhalt des beanstandeten Werbeschreibens der Beklagten ist hierfür allerdings ein maßgebliches Indiz. Das Berufungsgericht hat zwar einen Verstoß gegen § 3 AMPreisV nicht ausdrücklich festgestellt, ihn seiner Beurteilung jedoch zugrunde gelegt. Die Revisionserwiderung hat hiergegen keine Rügen erhoben. Von einem solchen Verstoß gegen die arzneimittelpreisrechtlichen Vorschriften ist deshalb im Revisionsverfahren auszugehen.
- 25 ff) Der rechtlichen Beurteilung im Streitfall ist jedoch zugrunde zu legen, dass die Regelung des § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG mit Art. 34 und 36 AEUV nicht in Einklang steht und deshalb im Verhältnis zur Beklagten nicht zur Anwendung gelangt.
- 26 (1) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat angenommen, die im deutschen Recht vorgesehene Festlegung einheitlicher Abgabepreise für verschreibungspflichtige Arzneimittel stelle eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Art. 34 AEUV dar,

weil sie sich auf in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland ansässige Apotheken stärker auswirke als auf im deutschen Hoheitsgebiet ansässige Apotheken und dadurch der Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker behindert werden könnte als für inländische Erzeugnisse (EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2016 - C-148/15, GRUR 2016, 1312 Rn. 26 f. = WRP 2017, 36 - Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale). Außerdem hat er angenommen, das deutsche Arzneimittelpreisrecht, das für verschreibungspflichtige Humanarzneimittel einheitliche Apothekenabgabepreise festsetzt, könne nicht mit dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen im Sinne von Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden, weil es nicht geeignet sei, die angestrebten Ziele zu erreichen (EuGH, GRUR 2016, 1312 Rn. 46 - Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale).

27 (2) Entscheidet der Gerichtshof der Europäischen Union auf Grund eines Vorabentscheidungsersuchens, dass nationale Rechtsvorschriften mit dem Unionsrecht unvereinbar sind, sind die Behörden des betreffenden Mitgliedstaats verpflichtet, die allgemeinen oder besonderen Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, die Beachtung des Unionsrechts in ihrem Hoheitsgebiet zu sichern. Solange dies nicht geschehen ist, ist das nationale Gericht gehalten, eine unionsrechtswidrige nationale Bestimmung außer Anwendung zu lassen, ohne dass es ihre vorherige Aufhebung durch den Gesetzgeber beantragen oder abwarten müsste (EuGH, Urteil vom 21. Juni 2007 - C-231/06 bis C-233/06, Slg. 2007, I-5149, NJW 2007, 3625 Rn. 38, 41 - Jonkmann). Danach kann im Streitfall die Regelung in § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG, die der deutsche Gesetzgeber bislang nicht geändert hat, nicht angewendet werden.

28 (3) Die Beurteilung des Gerichtshofs der Europäischen Union im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens "Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale" beruhte allerdings maßgeblich auf ungenügenden Feststellungen des vorlegenden Gerichts (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 2016 - I ZR 163/15, GRUR 2017, 635 Rn. 48 = WRP 2017, 694 - Freunde werben Freunde).

29 Das vorlegende Gericht hatte dem Gerichtshof der Europäischen Union zum einen die Frage (Frage 2) vorgelegt, ob die Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gemäß Art. 36 AEUV zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen gerechtfertigt wäre, wenn nur durch sie eine gleichmäßige und flächendeckende Arzneimittelversorgung der Bevölkerung in ganz Deutschland, insbesondere in den ländlichen Gebieten, gewährleistet wird, und zum anderen die Frage (Frage 3), welche Anforderungen an die gerichtliche Feststellung dieser Rechtfertigungsgründe gestellt werden (OLG Düsseldorf, GRUR Int. 2015, 1054 = WRP 2015, 1018). Wie sich bereits aus der Formulierung dieser Fragen des vorlegenden Gerichts an den Gerichtshof der Europäischen Union ergibt, hat es keine Feststellungen zu der Frage getroffen, ob nur durch die Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln eine gleichmäßigen und flächendeckenden Arzneimittelversorgung der Bevölkerung in Deutschland einschließlich der ländlichen Gebiete sichergestellt werden kann.

30 Der Gerichtshof der Europäischen Union hat entschieden, wie ein nationales Gericht eine nationale Regelung darauf zu prüfen hat, ob sie zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt ist (EuGH, GRUR 2016, 1312 Rn. 36 - Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale). Er hat darüber hinaus angenommen, die Geeignetheit der nationalen Regelung zur Erreichung des damit verfolgten Ziels sei nicht in einer Weise untermauert, die den Anforderungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs genüge (EuGH, GRUR 2016, 1312 Rn. 48 - Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale). Seine Entscheidung beruhte danach maßgeblich auf ungenügenden Feststellungen des vorlegenden Gerichts. Die ihm vorgelegte Frage 2, ob die Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gemäß Art. 36 AEUV zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen gerechtfertigt wäre, wenn nur durch sie eine gleichmäßige und flächendeckende Arzneimittelversorgung der Bevölkerung in ganz Deutschland, insbesondere in den

ländlichen Gebieten, gewährleistet wird, hat der Gerichtshof der Europäischen Union deshalb nicht beantwortet.

31 (4) Die Annahme des Gerichtshofs der Europäischen Union, einheitliche Apothekenabgabepreise für verschreibungspflichtige Arzneimittel könnten nicht mit dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen im Sinne von Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden, beruhte dagegen nicht - wie das Berufungsgericht meint - auf unzureichendem Sachvortrag der an dem Vorabentscheidungsverfahren beteiligten Bundesregierung. In einem Vorabentscheidungsverfahren ist es Sache des vorlegenden Gerichts, den Sachverhalt festzustellen und dem Gerichtshof der Europäischen Union zur rechtlichen Beurteilung zu unterbreiten (Art. 94 Buchst. a der Verfahrensordnung des Gerichtshofs der Europäischen Union [VerfO-EuGH]). Handelt es sich bei dem Ausgangsverfahren um einen Zivilprozess, trifft das vorlegende Gericht seine Feststellungen nach den Regeln der Zivilprozessordnung auf der Grundlage des Sachvortrags der Parteien. Ist zwischen den Parteien eines Zivilprozesses streitig, ob eine gesetzliche Regelung nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt ist, ist hierüber Beweis zu erheben. Dabei kann das Gericht nach § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO Behörden um die Erteilung amtlicher Auskünfte ersuchen, um die erforderlichen Feststellungen treffen zu können (vgl. BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 49 - Freunde werben Freunde). Auskünfte dieser Art hatte das vorlegende Gericht nicht eingeholt. Das vor dem Gerichtshof der Europäischen Union geführte Vorabentscheidungsverfahren und die den Mitgliedstaaten nach Art. 96 Abs. 1 Buchst. b VerfO-EuGH eingeräumte Möglichkeit, im Rahmen dieses Verfahrens Erklärungen abzugeben, entspricht der Einholung derartiger amtlicher Auskünfte nach den Regelungen der Zivilprozessordnung nicht.

32 (5) Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass in anderen Verfahren, in denen die Frage der Vereinbarkeit des deutschen Arzneimittelpreisrechts mit dem europäischen Primärrecht in Streit steht, diese Feststellungen nachgeholt werden können (BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 48 - Freunde werben Freunde).

Dafür müssen die Parteien zur Geeignetheit der deutschen Regelung der arzneimittelrechtlichen Preisbindung für eine flächendeckende und gleichmäßige Arzneimittelversorgung vortragen (BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 48 - Freunde werben Freunde). Sollte dies in schlüssiger Weise geschehen und werden entsprechende Feststellungen getroffen, kann ein erneutes Vorabentscheidungsersuchen in Betracht kommen (BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 48 - Freunde werben Freunde).

33 (6) Im Streitfall war das Berufungsgericht nicht gehalten, eine erneute Prüfung dazu anzustellen, ob das deutsche Arzneimittelpreisrecht mit dem primären Unionsrecht in Einklang steht. Zwar hat es keine Feststellungen zu der Frage getroffen, ob das deutsche Arzneimittelpreisrecht geeignet ist, das angestrebte Ziel einer gleichmäßigen und flächendeckenden Arzneimittelversorgung der Bevölkerung in ganz Deutschland zu erreichen. Hierzu war es jedoch nicht verpflichtet.

34 Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht hätte von sich aus die Umstände aufklären müssen, aus denen sich der Verstoß des nationalen Rechts gegen das europäische Primärrecht ergebe, es hätte deshalb von der Möglichkeit des § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO Gebrauch machen und zur Frage der Notwendigkeit einheitlicher Apothekenpreise für verschreibungspflichtige Arzneimittel für die Wahrung der Belange der Gesundheit der Bevölkerung amtliche Auskünfte staatlicher Stellen, insbesondere der Bundesregierung, einholen können und müssen (vgl. BGH, GRUR 2017, 635 Rn. 49 - Freunde werben Freunde).

35 Es kann offen bleiben, ob die Annahme des Berufungsgerichts, sämtliches Material zur Rechtfertigung der arzneimittelpreisrechtlichen Regelungen habe in früheren Verfahren bereits vorgelegen, ein neuerliches Auskunftersuchen an die Bundesregierung sei von vornherein zwecklos, eine unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung darstellt.

- 36 Im Streitfall haben die Parteien im Hinblick auf die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union übereinstimmend die Auffassung vertreten, die im Arzneimittelrecht bestehenden Preisbindungsvorschriften seien auf die Beklagte nicht anwendbar. Der Kläger hat weder geltend gemacht, das deutsche Arzneimittelpreisrecht diene dazu, die gebotene flächendeckende und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sicherzustellen und das finanzielle Gleichgewicht des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung abzusichern (vgl. hierzu GmS-OGB, Beschluss vom 22. August 2012 - GmS-OGB 1/10, BGHZ 194, 354 Rn. 25), noch hat er hierzu Vortrag gehalten. Der Kläger hat zudem - anders als die klagende Partei in dem Verfahren, das der Senatsentscheidung "Freunde werben Freunde" zugrunde lag - die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht in Frage gestellt. Unter diesen Umständen musste das Berufungsgericht nicht von sich aus der Frage nachgehen, ob nur durch die Preisbindung bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln eine gleichmäßige und flächendeckende Arzneimittelversorgung der Bevölkerung in ganz Deutschland, insbesondere in den ländlichen Gebieten, gewährleistet wird.
- 37 c) Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte verstoße mit dem Versand des beanstandeten Werbeschreibens an Gynäkologen in Deutschland nicht gegen § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG.
- 38 aa) Nach § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG dürfen Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 AMG, die nicht durch die Vorschriften des § 44 AMG oder der nach § 45 Abs. 1 AMG erlassenen Rechtsverordnung für den Verkehr außerhalb der Apotheken freigegeben sind, außer in den Fällen des § 47 AMG berufs- oder gewerbsmäßig für den Endverbrauch nur in Apotheken und ohne behördliche Erlaubnis nicht im Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden.

- 39 bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte verleite mit dem beanstandeten Schreiben den Arzt nicht zu einem Verstoß gegen § 43 AMG. Die in Rede stehenden Arzneimittel könne die Patientin nicht selbst anwenden, vielmehr gelangten diese durch den Arzt an der Patientin zur Anwendung. Die Anwendung derartiger Applikationsarzneimittel am Patienten durch den Arzt stelle kein In-den-Verkehr-Bringen im Sinne des § 43 AMG dar, weil die Patientin hierüber keine Verfügungsgewalt erlange. Die Applikation des Mittels stelle sich als Endverbrauch dar. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.
- 40 cc) Im Revisionsverfahren ist davon auszugehen, dass es sich bei den von der Beklagten beworbenen Produkten um Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 AMG handelt, die verschreibungspflichtig und damit apothekenpflichtig sind (dazu oben II 2 a cc Rn. 17 ff.).
- 41 dd) Nach der Regelung des § 43 Abs. 1 AMG ist nicht nur das gewerbsmäßige, also im Rahmen einer auf Dauer angelegten Erwerbstätigkeit erfolgende, sondern auch das berufsmäßige Inverkehrbringen von Arzneimitteln verboten. Das Verbot der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln außerhalb der Apotheken erfasst damit auch ein Inverkehrbringen im Rahmen freiberuflicher Tätigkeit durch Ärzte oder Zahnärzte, gleich ob es entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt (Hofmann in Kügel/Müller/Hofmann, AMG, 2. Aufl., § 43 Rn. 10).
- 42 ee) Die von der Beklagten beworbenen Arzneimittel sind auch für den Endverbrauch bestimmt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich bei den in Rede stehenden Arzneimitteln um Applikationsarzneimittel, die von den Patientinnen nicht selbst, sondern durch den Arzt an den Patientinnen angewandt werden. Dasselbe gilt für Intrauterinpressare, die von der Patientin nicht selbst angewendet werden können, sondern vom Arzt eingesetzt werden müssen. Der Endverbrauch im Sinne von § 43 Abs. 1 AMG erfasst nicht nur den Verbrauch durch den Patienten selbst, sondern auch die Anwendung

eines Arzneimittels durch den Arzt beim Patienten (Hofmann in Kügel/Müller/Hofmann aaO § 43 Rn. 12). Damit wird der Arzt nicht zum Endverbraucher. Endverbraucher ist der Patient. Die Vorschrift erfasst das Inverkehrbringen "für den Endverbrauch" und erfordert nicht das Inverkehrbringen "an den Endverbraucher".

43 ff) Nach dem Inhalt des beanstandeten Werbeschreibens der Beklagten soll dessen Empfänger die in Rede stehenden Arzneimittel jedoch nicht in den Verkehr bringen.

44 (1) Nach der Legaldefinition des § 4 Abs. 17 AMG ist Inverkehrbringen das Vorrätighalten zum Verkauf oder zu sonstiger Abgabe, das Feilhalten, das Feilbieten und die Abgabe an andere.

45 (2) Ein Inverkehrbringen setzt voraus, dass das Arzneimittel an den Endverbraucher abgegeben und ihm die Verfügungsgewalt darüber eingeräumt wird. Erfasst werden danach alle Handlungen auf verschiedenen Vertriebsstufen, deren Zweck es ist, dem Empfänger des Arzneimittels die Verfügungsgewalt darüber einzuräumen (Krüger in Kügel/Müller/Hofmann aaO § 4 Rn. 140). Ein Inverkehrbringen liegt nicht vor, wenn der Arzt im Rahmen einer Behandlung selbst oder durch überwachtes Personal Arzneimittel am Patienten anwendet, z. B. durch Injektion, Infusion, Verabreichen einer einzelnen Dosis oder ähnliche Maßnahmen (BGH, Urteil vom 11. Februar 1988 - I ZR 117/86, GRUR 1988, 623, 624 [juris Rn. 28] = WRP 1988, 527 - Betriebsärztlicher Dienst; BVerwGE 94, 341 [juris Rn. 36]; Rehmann, AMG, 4. Aufl., § 43 Rn. 2). Das Vorrätighalten von Arzneimitteln zum Zwecke der Anwendung ist ebenfalls kein Inverkehrbringen, da es der Anwendung am Patienten dient und dem Arzt an der Abgabeabsicht fehlt (Krüger in Kügel/Müller/Hofmann aaO § 4 Rn. 142).

46 (3) Das Berufungsgericht hat danach mit Recht angenommen, dass die Anwendung von Applikationsarzneimitteln am Patienten durch den Arzt und das Vorrätighalten solcher Arzneimittel zum Zwecke der Anwendung kein Inver-

kehrbringen darstellt. Der durch das beanstandete Werbeschreiben angesprochene Arzt soll nach der Intention der Beklagten nicht dazu bewogen werden, der jeweiligen Patientin die Verfügungsgewalt über das Arzneimittel einzuräumen, sondern es an ihr anzuwenden.

47 (4) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, das Senatsurteil "Betriebsärztlicher Dienst" rechtfertige die Verneinung der Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 AMG nicht, weil es zu einer früheren Fassung der Vorschrift ergangen sei. Zwar setzte § 43 AMG in der zum Zeitpunkt jener Entscheidung geltenden Fassung ein "Inverkehrbringen im Einzelhandel" voraus, während in der derzeit geltenden Fassung von einem "Inverkehrbringen für den Endverbrauch" die Rede ist. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, den Begriff des "Inverkehrbringens", der nach wie vor in der Vorschrift verwendet wird, in unterschiedlicher Weise auszulegen. Der Senat hat in der genannten Entscheidung maßgeblich darauf abgestellt, dass ein Inverkehrbringen ein Verbringen des Arzneimittels in die Verfügungsgewalt des Patienten voraussetzt. Dieses Verständnis ist nach wie vor zutreffend.

48 (5) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, dem Vertriebsmodell der Beklagten stehe der Zweck des Arzneimittelgesetzes entgegen, die Arzneimittelsicherheit und die Arzneimittelversorgung zu gewährleisten. Dieses Ziel schließe die umfangreiche Abgabe apothekenpflichtiger Arzneimittel an Ärzte nach einem prognostizierten Bedarf aus. Lagerüberschüsse könnten einen Einfluss darauf haben, welche Auswahlentscheidung der Arzt bei der Behandlung einer Patientin treffe. Die Lagerhaltung von Arzneimitteln in Arztpraxen führe zu Umsatzeinbußen der Apotheken vor Ort und zu einer Ausdünnung des Apothekennetzes. Diese Umstände rechtfertigen keine extensive Auslegung der Apothekenpflicht über den Wortlaut des § 43 Abs. 1 AMG hinaus. Ein Verbot des Vorrätighaltens von Applikationsarzneimitteln durch den Arzt zum Zwecke der Anwendung am Patienten stellt einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit

dar. Ein solcher Eingriff bedarf einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung (st. Rspr.; vgl. BVerfGE 141, 82 Rn. 47). Daran fehlt es.

49 d) Die Beklagte verstößt auch nicht gegen das Verbringungsverbot des § 73 Abs. 1 AMG.

50 aa) Nach § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG darf eine Apotheke eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, welche für den Versandhandel nach ihrem nationalen Recht, soweit es dem deutschen Apothekenrecht im Hinblick auf die Vorschriften zum Versandhandel entspricht, oder nach dem deutschen Apothekengesetz befugt ist, entsprechend den deutschen Vorschriften zum Versandhandel oder zum elektronischen Handel Arzneimittel im Wege des Versandhandels an Endverbraucher in Deutschland liefern.

51 bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte dürfe als eine in der Europäischen Union zugelassene Versandapotheke die Adressaten ihres Schreibens beliefern. Bei der Anwendung eines Applikationsarzneimittels habe allein der Arzt Verfügungsgewalt über das Arzneimittel und nicht der Patient, da die Anwendung durch den Arzt erfolge. Endverbraucher sei allein der Arzt und nicht die Patientin. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

52 cc) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass die in den Niederlanden ansässige Beklagte eine Apotheke ist, die den Anforderungen des § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG entspricht und deshalb zum Versandhandel an deutsche Endverbraucher zugelassen ist. Dagegen wendet sich die Revision nicht.

53 dd) Endverbraucher ist bei einem Arzneimittel grundsätzlich der Patient, weil ein Arzneimittel in seinem Körper wirkt und dieser es durch Einnahme oder Anwendung selbst "verbraucht". Grundsätzlich ist deshalb nach § 73 Abs. 1

Satz 1 Nr. 1a AMG eine Lieferung von Arzneimitteln im Wege des Versandhandels an Ärzte zur Weitergabe an Patienten nicht gestattet.

54 ee) Der Beklagten ist es nach § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG jedoch nicht verboten, Ärzte mit Applikationsarzneimitteln zu beliefern. Bei der Anwendung eines Applikationsarzneimittels durch den Arzt am Patienten handelt es sich nicht um ein Inverkehrbringen oder eine Abgabe, sondern um einen Endverbrauch im Sinne von § 43 Abs. 1 AMG (dazu oben II 2 c ee Rn. 42). Dies ist bei der Auslegung von § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG zu berücksichtigen. Der Umstand, dass der bestimmungsgemäße Einsatz des Arzneimittels bei einem Applikationsarzneimittel ärztlicher Hilfe bedarf, bedeutet zwar entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht, dass der Arzt dadurch zum Endverbraucher wird (aA Hofmann in Kügel/Müller/Hofmann aaO § 43 Rn. 13). Eine Lieferung eines Applikationsarzneimittels an den anwendenden Arzt stellt sich jedoch als Lieferung an den Patienten als Endverbraucher dar, weil dieser ohne die Hilfe des Arztes das Arzneimittel nicht verwenden und damit nur in den Praxisräumen des Arztes ein Endverbrauch stattfinden kann.

55 e) Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nicht gegen § 11 Abs. 1 ApoG verstoßen.

56 aa) Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 ApoG dürfen Erlaubnisinhaber und Personal von Apotheken mit Ärzten keine Rechtsgeschäfte vornehmen oder Absprachen treffen, die unter anderem eine bevorzugte Lieferung bestimmter Arzneimittel, die Zuführung von Patienten oder die Zuweisung von Verschreibungen zum Gegenstand haben.

57 bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte sei als niederländische Apotheke nicht an § 11 ApoG gebunden. Diese Vorschrift richte sich allein an deutsche Apotheken. Die Vorschrift des § 11 ApoG gehöre auch nicht zu den Vorschriften, die ausländische Versandapotheken nach § 73 Abs. 1

Satz 1 Nr. 1a AMG einhalten müssten. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

58 cc) Die Regelung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 ApoG soll sicherstellen, dass der Erlaubnisinhaber einer Apotheke sich bei seinem Kontakt zu anderen Gesundheitsberufen wie insbesondere zu Ärzten, die Einfluss auf sein Entscheidungsverhalten haben, nicht von sachfremden und vor allem nicht von finanziellen Erwägungen leiten lässt. Sie soll damit Verhaltensweisen der Apotheker entgegenwirken, die die ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln beeinträchtigen können (BGH, Urteil vom 18. Juni 2015 - I ZR 26/14, GRUR 2016, 213 Rn. 20 = WRP 2016, 193 - Zuweisung von Verschreibungen). Außerdem soll damit das Recht des Patienten auf freie Wahl der Apotheke gewahrt werden (Spickhoff/Sieper, Medizinrecht, 2. Aufl., § 11 ApoG Rn. 1).

59 dd) Die Vorschrift erfasst auch Absprachen, die Applikationsarzneimittel zum Gegenstand haben.

60 (1) Der Gesetzgeber hat in § 11 Abs. 2 ApoG für anwendungsfertige Zytostatikazubereitungen eine unmittelbare Abgabe durch die Apotheke an den anwendenden Arzt gestattet, bei der der behandelnde Arzt und nicht der Patient den Apotheker auswählt. Diese Ausnahme vom Verbot der Absprachen zwischen Ärzten und Apothekern hat der Gesetzgeber aus Sicherheitsgründen angeordnet, damit die Zytostatikazubereitungen nicht in die Hände der Patienten gelangen (vgl. Entwurf des Bundesrats eines Gesetzes zur Änderung des Apothekengesetzes, BT-Drucks. 14/756 S. 5). Bei derartigen Arzneimitteln kann es dem behandelnden Arzt nicht zugemutet werden, die Verantwortung für eine Behandlung mit diesen empfindlichen Zubereitungen zu übernehmen, wenn er nicht die vollständige Kontrolle über den Beschaffungsweg, die zwischenzeitlichen Lagerungsbedingungen, einschließlich der Zugriffsmöglichkeiten und des Zeitablaufs hat (vgl. hierzu BSGE 120, 122 Rn. 33).

61 (2) Bei Applikationsarzneimitteln besteht dagegen grundsätzlich keine entsprechende oder auch nur annähernd vergleichbare Notwendigkeit oder Vorteilhaftigkeit einer solchen Verkürzung des Versorgungswegs unter Ausschluss des Patienten (BGH, GRUR 2016, 213 Rn. 23 - Zuweisung von Verschreibungen). Der Inhaber einer Erlaubnis nach § 1 ApoG, der Applikationsarzneimittel wie Medikamente für die Ersteinstellung und Ersteinweisung von Hepatitis-C-Patienten direkt an den Arzt gegen Aushändigung des Rezepts abgibt, verstößt deshalb gegen das Verbot der Zuweisung von Verschreibungen in § 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 ApoG (BGH, GRUR 2016, 213 Rn. 21 - Zuweisung von Verschreibungen). Für verschreibungspflichtige Applikationsarzneimittel und Intrauterin-pessare gilt nichts anderes.

62 ee) Das Verbot des § 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 ApoG gilt jedoch nicht für die Beklagte.

63 (1) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Beklagte nicht Inhaberin einer Apothekenerlaubnis nach dem deutschen Apothekengesetz, sie verfügt vielmehr über eine Apothekenerlaubnis nach niederländischem Recht. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass sie deshalb dem Verbot des § 11 ApoG nicht unterliegt.

64 (2) Dies ergibt sich zunächst aus dem Wortlaut der Vorschrift. Die darin geregelten Verbote richten sich an Inhaber einer Erlaubnis nach dem deutschen Apothekengesetz und Personal von inländischen Apotheken. Sie gelten damit auch für inländische Versandapotheken, für deren Betrieb der Erlaubnisinhaber über eine zusätzliche Erlaubnis nach § 11a ApoG verfügen muss. Die in § 11 Abs. 1 Satz 1 ApoG geregelten Tatbestände verbieten damit die Kooperationen zwischen Inhabern von Erlaubnissen nach § 1 Abs. 2, § 14 Abs. 1, § 16 oder § 17 ApoG sowie dem Personal von Apotheken und Ärzten sowie anderen Personen, die sich mit der Behandlung von Krankheiten befassen (vgl. BGH, Urteil vom 12. März 2015 - I ZR 84/14, GRUR 2015, 1025 Rn. 15 = WRP 2015, 1085 - TV-Wartezimmer). Sie verbieten eine entsprechende Kooperation zwischen im

Ausland ansässigen Versandapotheken und deutschen Ärzten dagegen nicht ausdrücklich.

65 (3) Eine entsprechende Anwendung von § 11 ApoG auf in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ansässige Versandapotheken, die Arzneimittel gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG an Endverbraucher nach Deutschland versenden dürfen, kommt nicht in Betracht. Das Apothekengesetz legt in anderen Vorschriften ausdrücklich fest, wenn Erlaubnisinhaber nach dem Apothekengesetz und Apotheken, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum haben, gleich behandelt werden sollen, so in § 14 Abs. 4 und 5 Satz 2 Nr. 1 ApoG. Eine entsprechende Gleichstellung ist in § 11 ApoG nicht angeordnet.

66 Zwar mag es nach dem Sinn und Zweck des in § 11 Abs. 1 ApoG geregelten Abspracheverbots zwischen Ärzten und Apothekern geboten sein, es nicht auf inländische Apotheken zu beschränken und es auf in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ansässige Versandapotheken zu erstrecken. Ein entsprechender gesetzgeberischer Wille, wenn er denn vorgelegen haben sollte, hat in der Vorschrift jedoch keinen Ausdruck gefunden. Es handelt sich dabei um eine strenge und deshalb als abschließend anzusehende Regelung (BGH, GRUR 2016, 213 Rn. 25 - Zuweisung von Verschreibungen). Eine erweiternde Auslegung von § 11 Abs. 1 ApoG oder eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf die Beklagte scheidet deshalb aus.

67 f) Die Annahme des Berufungsgerichts, es liege kein Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BOÄ Nordrhein vor, hält den Angriffen der Revision im Ergebnis stand.

68 aa) Nach § 31 Abs. 2 BOÄ Nordrhein dürfen Ärztinnen und Ärzte ihren Patientinnen und Patienten nicht ohne hinreichenden Grund bestimmte Ärztinnen oder Ärzte, Apotheken, Personen oder Unternehmen, die Heil- und Hilfsmittel erbringen oder sonstige gesundheitliche Leistungen anbieten, empfehlen

oder an diese verweisen. Diese Vorschrift stimmt weitgehend mit § 31 Abs. 2 der Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte überein.

69 bb) Diese berufsrechtlichen Regelungen sollen die unbeeinflusste Wahlfreiheit des Patienten in Bezug auf Apotheken, Geschäfte und Anbieter gesundheitlicher Leistungen gewährleisten. Diese Wahlfreiheit ist schon dann beeinträchtigt, wenn der Arzt dem Patienten von sich aus einen bestimmten Erbringer gesundheitlicher Leistungen nahelegt oder auch nur empfiehlt. Anders verhält es sich, wenn der Patient - weil er keinen geeigneten Leistungserbringer kennt oder weil er eine Alternative sucht - den Arzt um eine Empfehlung bittet (BGH, Urteil vom 16. Juni 2016 - I ZR 46/15, GRUR 2017, 194 Rn. 42 = WRP 2017, 64 - Orthopädietechniker).

70 cc) Das Berufungsgericht hat angenommen, ein hinreichender Grund dafür, die Patienten an eine bestimmte Apotheke zu verweisen, liege im Streitfall darin, dass der Patientin ein erneutes Aufsuchen der Arztpraxis erspart werde. Dem stünden keine Gründe des Patientenschutzes entgegen. Im Falle der langfristig wirkenden Empfängnisverhütung sei regelmäßig davon auszugehen, dass der Arzt die Patientin umfassend über die Behandlung und etwa vorhandene Risiken und Nebenwirkungen aufkläre. Sinn des Zuweisungsverbots sei es entgegen der Ansicht des Klägers nicht, der Patientin eine nochmalige Überlegungsfrist einzuräumen. Dem kann nicht zugestimmt werden.

71 (1) Ein hinreichender Grund für die Verweisung an einen bestimmten Leistungserbringer im Sinne von § 31 Abs. 2 BOÄ Nordrhein kann sich aus der Qualität der Versorgung, der Vermeidung von Wegen bei gehbehinderten Patienten und aus schlechten Erfahrungen ergeben, die Patienten bei anderen Anbietern gemacht haben. Hingegen reicht entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts die größere Bequemlichkeit eines bestimmten Versorgungswegs für den Patienten für sich allein nicht als hinreichender Grund für eine Verweisung aus (BGH, Urteil vom 24. Juli 2014 - I ZR 68/13, GRUR 2015, 283 Rn. 36 = WRP 2015, 344 - Hörgeräteversorgung III). Danach rechtfertigt der Umstand,

dass Patienten der Gang zur Apotheke und ein erneuter Besuch in der Praxis erspart bleibt, keine Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot der Verweisung an einen bestimmten Leistungserbringer nach § 31 Abs. 2 BOÄ Nordrhein.

72 (2) Nichts anderes ergibt sich aus der Senatsentscheidung "Zuweisung von Verschreibungen" (GRUR 2016, 213 Rn. 25). Dort hat der Senat entschieden, dass die Regelung des § 11 ApoG keinen Raum für eine entsprechende Anwendung der Grundsätze bietet, die der Senat zur Frage der Zulässigkeit eines verkürzten Versorgungswegs bei Hörgeräten und bei Brillen entwickelt hat. Nach den dafür maßgeblichen berufsrechtlichen Bestimmungen ist die Verkürzung des Versorgungswegs - anders als bei den nach § 11 Abs. 1 ApoG geregelten Kooperationsverboten - schon dann zulässig, wenn dafür ein hinreichender Grund vorliegt. Das bedeutet jedoch nicht, dass schon der Umstand, dass Patientinnen die Praxis des Gynäkologen nicht erneut aufsuchen müssen, wenn sie sogleich mit Applikationsarzneimitteln aus dem Praxisvorrat versorgt werden, einen hinreichenden Grund für eine ärztliche Empfehlung der beklagten Apotheke als Lieferantin für diese Arzneimittel darstellt.

73 ee) Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich jedoch im Ergebnis als richtig.

74 (1) Das Verweisungsverbot in den ärztlichen Berufsordnungen dient der Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit bei der Zusammenarbeit mit Dritten. Der Patient soll sich darauf verlassen können, dass der Arzt die gesamte Behandlung einschließlich etwaiger Empfehlungen anderer Leistungserbringer allein an medizinischen Erwägungen im Interesse des Patienten ausrichtet. Im Hinblick auf diesen auf das Patienteninteresse abstellenden Schutzzweck umfasst der Begriff der Zuweisung in § 31 Abs. 1 BOÄ Nordrhein alle Fälle der Überweisung, Verweisung und Empfehlung von Patienten an bestimmte andere Ärzte, an Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen (zu § 31 NdsBOÄ vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2011 - I ZR 111/08, GRUR 2011, 345 Rn. 68 = WRP 2011, 451 - Hörgeräteversorgung II). Eine Zuweisung

liegt in jeder Einwirkung auf den Patienten mit der Absicht, dessen Wahl unter den Ärzten oder anderen Leistungserbringern zu beeinflussen; erfasst wird demnach jede erfolgreiche Patientenzuführung, ob durch Zuweisung oder Überweisung, Verweisung oder Empfehlung (Spickhoff/Scholz aaO § 31 MBO Rn. 3).

75 (2) Im Streitfall zielt das beanstandete Werbeschreiben schon nicht darauf ab, den Arzt dazu zu veranlassen, seine Patientinnen dazu zu bewegen, die beworbenen Arzneimittel bei der beklagten Apotheke zu erwerben. Vielmehr sollen die beworbenen Applikationsarzneimittel vom Arzt für seine Praxis zur Anwendung an den Patientinnen erworben werden. Es liegt danach bereits keine Einwirkung des Arztes auf die Patientinnen mit der Absicht vor, deren Wahl unter Apotheken zu beeinflussen.

76 (3) Ein Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BOÄ Nordrhein scheidet ferner deshalb aus, weil das Berufungsgericht eine Zuwiderhandlung der Adressaten des Werbeschreibens der Beklagten gegen diese Vorschrift nicht festgestellt hat. Die Beklagte betreibt eine Apotheke und gehört damit nicht zu den Ärztinnen und Ärzten, für die § 31 Abs. 2 BOÄ Nordrhein gilt. Ihre täterschaftliche Haftung kommt deshalb nicht in Betracht. Derjenige, der nicht selbst Adressat einer Verbotsnorm ist, kann nach den im allgemeinen Deliktsrecht und im Lauterkeitsrecht entsprechend geltenden strafrechtlichen Bestimmungen allenfalls als Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe) haften (BGH, GRUR 2015, 1025 Rn. 15 f. - TV-Wartezimmer, mwN). Der Kläger hat im Hinblick auf die Anstiftung von Ärzten zu einem Verstoß gegen das Verweisungsverbot des § 31 Abs. 1 BOÄ Nordrhein nur Versuchshandlungen vorgetragen. Diese erfüllen nach der entsprechend anzuwendenden Bestimmung des § 30 Abs. 1 StGB nicht den Tatbestand einer Zuwiderhandlung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG aF oder § 3a UWG nF (BGH, GRUR 2015, 1025 Rn. 20 - TV-Wartezimmer). Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass die ärztlichen Adressaten der angegriffenen Werbung bereits Verschreibungen vorgenommen haben und die Beklagte sie mit

Applikationsarzneimitteln beliefert hat. Die Revision macht dies auch nicht geltend.

77 III. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - C-283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 21 = NJW 1983, 1257 - C.I.L.F.I.T.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 Rn. 43 - Doc Generici, mwN). Im Streitfall stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt oder nicht zweifelsfrei zu beantworten ist.

78 IV. Danach ist die Revision zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Koch

Schaffert

Kirchhoff

Löffler

Schwonke

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 23.12.2015 - 14c O 121/14 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 08.06.2017 - I-20 U 38/16 -