

TE OGH 2012/3/27 4Ob13/12h

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.03.2012

Kopf

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

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.048,40 EUR (darin 341,41 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsrekursbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Begründung:

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

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

a) Voltaren Schmerzgel 120 g (PZN: 0458532);

b) Canesten extra Creme 20 g (PZN: 0679612);

c) Otriven 0,1 % Nasenspray 10 ml

(PZN: AT1247585);

d) Imodium akut Kapseln 12 Stück

(PZN: 7296788).

Der Testkäufer erhielt die bestellten Arzneimittel

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

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

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

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

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

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

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

gegen § 1 UWG sei ihr daher nicht vorwerfbar. Die Beklagte beantragte die Abweisung des Sicherungsantrags. Sie habe gegen keine gesetzlichen Bestimmungen verstoßen, weil keines der dem Testkäufer verkauften Arzneimittel in Österreich rezeptpflichtig sei. Sämtliche betroffenen Arzneiwaren bedürften gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, AMG in Verbindung mit Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 2, AWEG keiner zusätzlichen Zulassung in Österreich. Die in Paragraph 11, Absatz 3, AWEG enthaltene Beschränkung verstoße gegen Unionsrecht und sei nicht anzuwenden. Dies gelte auch für das allgemeine Versandhandelsverbot des Paragraph 59, Absatz 9, AMG und das Werbeverbot des Paragraph 50 a, Absatz eins, AMG, welche Bestimmungen gegen die Warenverkehrsfreiheit verstießen. Das Verbot des Paragraph 17, Absatz eins, AWEG, Arzneiwaren im Fernabsatz zu beziehen, richte sich nicht an die Beklagte, sondern an den Konsumenten. Die Beklagte könne sich auf höchstgerichtliche Rechtsprechung berufen und habe mit guten Gründen davon ausgehen können, dass der von ihr betriebene Versandhandel nach österreichischem Recht zulässig sei; ein allfälliger Verstoß gegen Paragraph eins, UWG sei ihr daher nicht vorwerfbar.

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

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

das Werbeverbot des Paragraph 50 a, Absatz eins, Ziffer eins, AMG unter Beachtung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auszulegen seien. Nach Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 7, AWEG sei die Einfuhr von Arzneimitteln zur Anwendung am Menschen ohne Bescheinigung oder Meldung zulässig, die in einer dem üblichen persönlichen Bedarf des Empfängers entsprechenden Menge aus einer Vertragspartei des EWR bezogen würden und dort in Verkehr gebracht werden dürften. Der Bezug habe in diesem Fall über eine inländische öffentliche Apotheke zu erfolgen (Paragraph 11, Absatz 3, AWEG). Nach Paragraph 59, Absatz 9, AMG sei die Abgabe von Arzneimitteln in Selbstbedienung oder durch Versandhandel verboten. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sei ein Versandhandelsverbot für Arzneimittel eine Maßnahme gleicher Wirkung iSv Artikel 28, EG (Rs C-322/01 - DocMorris). Auf die Rechtfertigung eines solchen Verbots durch Artikel 30, EG könnten sich die Mitgliedstaaten nur soweit berufen, als das Verbot Arzneimittel betreffe, die im Wohnsitzstaat des Bestellers verschreibungspflichtig seien. Eine in Österreich nicht rezeptpflichtige Arzneispezialität dürfe im Inland in üblichen, dem persönlichen Bedarf von Empfängern entsprechenden Mengen im Weg des grenzüberschreitenden Versandhandels aus dem EWR vertrieben werden, wenn sie im Versendestaat in Verkehr gebracht werden dürfe und (auch) dort nicht rezeptpflichtig sei. In diesem Fall schade auch das Fehlen einer inländischen Zulassung nach Paragraph 7, Absatz eins, AMG nicht, da die Einfuhr nach Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 7, AWEG zulässig sei und der Apothekenvorbehalt (Paragraph 11, Absatz 3, AWEG, Paragraph 59, Absatz 9, AMG) wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unangewendet zu bleiben habe.

Nach § 7 Abs 1 AMG dürften nur im Inland zugelassene Arzneispezialitäten im Inland abgegeben werden. Eine inländische Zulassung sei dann nicht erforderlich, wenn die Einfuhr nach § 11 AWEG erfolge (§ 7 Abs 1 Z 2 dritter Fall AMG). Sei dieser Ausnahmetatbestand (bei inländischer Rezeptpflichtigkeit) erfüllt, bestehe keine Zulassungspflicht für die Arzneispezialität und damit kein Verbot ihrer Abgabe nach § 7 AMG. Als Vorfrage zur Beurteilung, ob im Anlassfall eine inländische Zulassungspflicht für die Arzneispezialitäten bestehe, sei daher im Hinblick auf § 11 Abs 3 AWEG maßgeblich, ob das betreffende Arzneimittel in Österreich rezeptpflichtig sei. Nach diesen Grundsätzen habe die Beklagte weder gegen das Verbot des Versandhandels (§ 59 Abs 9 AMG) noch gegen das Verbot der Abgabe nicht zugelassener Arzneimittelspezialitäten (§ 7 AMG) verstoßen, weil die von der Beklagten nach Österreich gelieferten Arzneimittel in ihrer Zusammensetzung inhalts- und wirkstoffgleich zu in Österreich zwar zugelassenen, aber nicht rezeptpflichtigen Arzneimitteln seien. Mangels Rezeptpflicht finde der Apothekenvorbehalt des § 11 Abs 3 AWEG keine Anwendung. Da die Arzneien in einer dem üblichen persönlichen Bedarf des Empfängers entsprechenden Menge aus Deutschland, einer Vertragspartei des EWR, bezogen worden seien und dort in Verkehr gebracht werden dürften, gelange die Ausnahmeregelung des § 7 Abs 1 Z 2 dritter Fall AMG iVm § 11 Abs 1 Z 7 AWEG zur Anwendung, weshalb die Arzneimittel keiner inländischen Zulassung bedurft hätten. Das Versandhandelsverbot des § 59 Abs 9 AMG finde mangels inländischer Rezeptpflicht infolge des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts keine Anwendung. Auch das Verbot des § 17 Abs 1 AWEG (Beteiligung als Gehilfin am verbotenen Bezug von Arzneiwaren im Fernabsatz durch den Konsumenten) greife im Anlassfall nicht, weil es nur für im Inland rezeptpflichtige Arzneimittel gelte. Nach Paragraph 7, Absatz eins, AMG dürften nur im Inland zugelassene Arzneispezialitäten im Inland abgegeben werden. Eine inländische Zulassung sei dann nicht erforderlich, wenn die Einfuhr nach Paragraph 11, AWEG erfolge (Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, dritter Fall AMG). Sei dieser Ausnahmetatbestand (bei inländischer Rezeptpflichtigkeit) erfüllt, bestehe keine Zulassungspflicht für die Arzneispezialität und damit kein Verbot ihrer Abgabe nach Paragraph 7, AMG. Als Vorfrage zur Beurteilung, ob im Anlassfall eine inländische Zulassungspflicht für die Arzneispezialitäten bestehe, sei daher im Hinblick auf Paragraph 11, Absatz 3, AWEG maßgeblich, ob das betreffende Arzneimittel in Österreich rezeptpflichtig sei. Nach diesen Grundsätzen habe die Beklagte weder gegen das Verbot des Versandhandels (Paragraph 59, Absatz 9, AMG) noch gegen das Verbot der Abgabe nicht zugelassener Arzneimittelspezialitäten (Paragraph 7, AMG) verstoßen, weil die von der Beklagten nach Österreich gelieferten Arzneimittel in ihrer Zusammensetzung inhalts- und wirkstoffgleich zu in Österreich zwar zugelassenen, aber nicht rezeptpflichtigen Arzneimitteln seien. Mangels Rezeptpflicht finde der Apothekenvorbehalt des Paragraph 11, Absatz 3, AWEG keine Anwendung. Da die Arzneien in einer dem üblichen persönlichen Bedarf des Empfängers entsprechenden Menge aus Deutschland, einer Vertragspartei des EWR, bezogen worden seien und dort in Verkehr gebracht werden dürften, gelange die Ausnahmeregelung des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, dritter Fall AMG in Verbindung mit Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 7, AWEG zur Anwendung, weshalb die Arzneimittel keiner inländischen Zulassung bedurft hätten. Das Versandhandelsverbot des Paragraph 59, Absatz 9, AMG finde mangels inländischer Rezeptpflicht infolge des Vorrangs

des Gemeinschaftsrechts keine Anwendung. Auch das Verbot des Paragraph 17, Absatz eins, AWEG (Beteiligung als Gehilfin am verbotenen Bezug von Arzneiwaren im Fernabsatz durch den Konsumenten) greife im Anlassfall nicht, weil es nur für im Inland rezeptpflichtige Arzneimittel gelte.

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

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist zulässig, aber nicht berechtigt.

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

1.1. Das Rekursgericht hat die maßgebliche Rechtsprechung zutreffend dargestellt:

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

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

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

2.1. Nach geltender Rechtslage ist die Einfuhr oder das Verbringen von Arzneiwaren dosiert oder in Aufmachung für den Kleinverkauf, soweit das AWEG nichts anderes bestimmt, nur zulässig, wenn im Fall der Einfuhr eine Einfuhrbescheinigung ausgestellt wurde (§ 3 Abs 1 AWEG).

2.1. Nach geltender Rechtslage ist die Einfuhr oder das

Verbringen von Arzneiwaren dosiert oder in Aufmachung für den Kleinverkauf, soweit das AWEG nichts anderes bestimmt, nur zulässig, wenn im Fall der Einfuhr eine Einfuhrbescheinigung ausgestellt wurde (Paragraph 3, Absatz eins, AWEG).

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

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

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

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

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

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

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

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

Rekursgericht zutreffend erkannten Konsequenz, dass der Beklagten kein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften (Paragraph 59, Absatz 9, AMG, Paragraph 11, Absatz 3, AWEG, Paragraph 50 a, Absatz eins, Ziffer eins, AMG, Paragraph 17, Absatz eins, AWEG) vorzuwerfen ist. Dem Revisionsrekurs kann deshalb kein Erfolg beschieden sein.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 393, Absatz eins, EO in Verbindung mit Paragraphen 41, 50, Absatz eins, ZPO.

Schlagworte

1 Generalabonnement, 6.1 gewerblicher Rechtsschutz, Arzneimittel?Versandhandel II

Textnummer

E100428

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2012:E100428

Im RIS seit

24.04.2012

Zuletzt aktualisiert am

24.01.2023

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at