# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

I ZR 210/07

Verkündet am:
12. November 2009
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Tierarzneimittelversand

AMG § 43 Abs. 5; GG Art. 12 Abs. 1, Art. 20a

Das in § 43 Abs. 5 AMG geregelte Verbot des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Tierarzneimitteln erfasst nicht solche Fälle, in denen eine durch die spezifischen Risiken des Versandhandels verursachte Fehlmedikation weder eine Gesundheitsgefahr für den Menschen noch eine im Blick auf Art. 20a GG relevante Gefahr für die Gesundheit des behandelten Tieres begründet. Eine solche Gefahr ist grundsätzlich bei Tierarzneimitteln ausgeschlossen, die bestimmungsgemäß nur bei nicht zu Ernährungszwecken gehaltenen Haustieren anzuwenden sind.

BGH, Urteil vom 12. November 2009 - I ZR 210/07 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 15. November 2007 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 27, vom 31. August 2006 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Beklagte betreibt eine Versandapotheke. Sie bot seit 2004 über ihre Website neben anderen Tierarzneimitteln auch das zur Bekämpfung von Flöhen

und Zecken bei Hunden zugelassene apothekenpflichtige Tierarzneimittel "exspot" zum Erwerb im Wege des Versendungskaufs an.

2 Die Klägerin verkauft das Mittel "exspot" an den Großhandel sowie an Tierärzte und Apotheken zur Weiterveräußerung an Tierhalter und bewirbt das Mittel auch diesen gegenüber. Sie sieht in dem Vertrieb des Mittels durch die Beklagte einen Verstoß gegen das in § 43 Abs. 5 AMG geregelte grundsätzliche Verbot des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Tierarzneimitteln und zugleich ein unzulässiges Verhalten im Wettbewerb.

3 Die Klägerin hat beantragt,

> es der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen,
>
> 1. Arzneimittel, die der Bekämpfung von Flöhen und/oder Zecken beim Hund dienen, die nicht für den Verkehr außerhalb der Apotheken freigegeben sind, insbesondere das Tierarzneimittel "Exspot®", an den Tierhalter oder an andere in § 47 Abs. 1 AMG nicht genannte Personen zu verkaufen und/oder verkaufen zu lassen, ohne dass das Arzneimittel in der Apotheke der Beklagten oder durch einen Tierarzt ausgehändigt wird,
>
> und/oder
>
> 2. Arzneimittel, die der Bekämpfung von Flöhen und/oder Zecken beim Hund dienen, die nicht für den Verkehr außerhalb der Apotheken freigegeben sind, insbesondere das Tierarzneimittel "Exspot®", gegenüber dem Tierhalter oder gegenüber anderen in § 47 Abs. 1 AMG nicht genannten Personen zum Versendungskauf anzubieten und/oder anbieten zu lassen,
>
> insbesondere wie dies auf der Website www.<...>.de geschieht.

4 Das Landgericht hat der Klage mit dem Zusatz

> Ausgenommen von dem Verbot sind der Verkauf und der Versand von Fütterungsarzneimitteln sowie solche Handlungen, die der Lieferung von Tierarzneimitteln nach § 24 Apothekenbetriebsordnung dienen (Sammelstellen).

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

stattgegeben (LG Hamburg, Urt. v. 31.8.2006 - 327 O 391/06, juris). Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (OLG Hamburg MD 2008, 641). Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückverweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

5 I. Das Berufungsgericht hat das Bestehen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien bejaht und das in § 43 Abs. 5 AMG geregelte grundsätzliche Verbot des Inverkehrbringens von apothekenpflichtigen Tierarzneimitteln durch eine Versandapotheke als eine auch nach der grundsätzlichen Freigabe des Versandhandels mit Humanarzneimitteln aufgrund des am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 14. November 2003 (BGBl. I S. 2190 - GMG) mit der Berufsausübungsfreiheit der Apotheken (Art. 12 Abs. 1 GG) und dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) vereinbare Marktverhaltensregelung angesehen. Gegen diese habe die Beklagte verstoßen. Die Klageanträge reichten nicht zu weit. Das Vorgehen der Klägerin sei auch nicht rechtsmissbräuchlich. Der Einwand der Verwirkung greife ebenso wenig durch wie die Einrede der Verjährung.

6 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, dass das in § 43 Abs. 5 AMG geregelte grundsätzliche Verbot des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Tierarzneimitteln die von der Klägerin beanstandete Verhaltensweise der Beklagten auch bei verfassungskonformer Auslegung dieser Bestimmung erfasst.

7 1. Das Berufungsgericht hat das in § 43 Abs. 5 AMG geregelte Verbot als eine Berufsausübungsregelung i.S. des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG angesehen, die durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt und auch erforderlich sei. Das Verbot solle einer unkontrollierten Anwendung apothekenpflichtiger Arzneimittel durch die Tierhalter vorbeugen. Im Interesse des Verbraucherschutzes und zur Verhütung des Arzneimittelmissbrauchs dürften diese Mittel nur kontrolliert unter tierärztlicher Überwachung angewendet werden. Vorgebeugt werde einer Fernbehandlung, die in Wirklichkeit keine Behandlung im Sinne des Arzneimittelgesetzes sei, weil sie nicht auf einer Untersuchung des Tieres aufbaue. Das Verbot sei verhältnismäßig, da es sowohl dem Tierschutz als auch dem Gesundheitsschutz des Menschen diene. Bei ohne ärztliche Beratung abgegebenen Arzneimitteln habe auch das Bundesverfassungsgericht die Bedeutung einer persönlichen Beratung durch den Apotheker für den Gesundheitsschutz hervorgehoben. Dass der Versandhandel mit Tierarzneimitteln anders als der mit Humanarzneimitteln nicht in den Grenzen des § 43 Abs. 1 AMG zulässig sei, sei sachlich gerechtfertigt, weil der Versandhandel mit Tierarzneimitteln nach den in der Vergangenheit mit Antibiotika, Hormonen und anderen bedenklichen Arzneimittelrückständen im Fleisch gemachten Erfahrungen für den Verbraucher größere Risiken berge als der Versandhandel mit Humanarzneimitteln. Anders als ein Tierhalter, der keine entsprechenden eigenen Risiken unmittelbar zu besorgen habe, werde ein vernünftiger, auf das eigene Wohlergehen bedachter Mensch bei der Einnahme nicht verordneter Arzneimittel schon deswegen vorsichtig sein, weil ihn etwaige Nebenwirkungen oder Gesundheitsschäden durch einen unsachgemäßen Arzneimittelkonsum persönlich beträfen. Aber auch Menschen, deren besondere Sorge Tieren gelte, könnten diesen durch in falsch verstandener Zuwendung unkontrolliert im Versand bezogene Tierarzneimittel schaden.

8 2. Das Berufungsgericht ist bei diesen Ausführungen im rechtlichen Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass eine gesetzliche Beschränkung der freien Berufstätigkeit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einer Nachprüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG nur standhält, wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist (vgl. BVerfGE 103, 1, 10 - Hennenhaltungsverordnung; 107, 186, 196 - Impfstoffversand). Zu Unrecht hat es aber gemeint, die Regelung des § 43 Abs. 5 AMG entspreche diesem Erfordernis auch insoweit, als sie den Versandhandel mit apothekenpflichtigen Tierarzneimitteln von den in Satz 2 geregelten - im Streitfall nicht einschlägigen - Sonderfällen abgesehen ausnahmslos und damit auch bei denjenigen Mitteln verbietet, die bestimmungsgemäß ausschließlich bei nicht zu Ernährungszwecken gehaltenen Haustieren anzuwenden sind.

9 a) Zu den durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten berufsbezogenen Handlungen gehört bei den Apothekern die Abgabe der Arzneimittel. Die Reglementierung der Vertriebsformen und die hiermit verbundenen Pflichten, die sich im Arzneimittelgesetz, im Apothekengesetz, in der Apothekenbetriebsordnung sowie im Heilmittelwerbegesetz finden, stellen deshalb einen Eingriff in die selbst verantwortete Berufsausübung dar und müssen sich dementsprechend an Art. 12 Abs. 1 GG messen lassen (BVerfGE 107, 186, 196 - Impfstoffversand).

10 Die zahlreichen Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit, die sich auf die Abgabe von Arzneimitteln beziehen, dienen im weitesten Sinne der Gesundheit der Bevölkerung und damit einem Gemeinschaftsgut von hohem Rang, das selbst empfindliche Eingriffe in die Berufsfreiheit rechtfertigen kann. Mit vielen Vorschriften begegnet der Gesetzgeber allerdings nicht unmittelbar bestimmten Gesundheitsgefahren, sondern sucht über die Gestaltung von Rahmenbedingungen die Arzneimittelsicherheit zu verbessern, wobei dies außer durch Vorgaben für den Umgang mit Arzneimitteln auch durch Beratungs-

und Informationspflichten geschehen kann (BVerfGE 107, 186, 196 f. - Impfstoffversand).

11 Im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG muss zwischen dem Nutzen für das Gemeinwohl und den die Berufstätigen belastenden Vorkehrungen noch sinnvoll abgewogen werden können. Aus diesem Grund muss der Bezug gesetzlich angeordneter Maßnahmen zum Gemeinschaftsgut hinreichend spezifisch sein und zur Begründung von Eignung und Erforderlichkeit ein nachvollziehbarer Wirkungszusammenhang bestehen. Je enger der Bezug von Vorschriften zu einem Schutzgut ist, desto eher lassen sich Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit verfassungsrechtlich rechtfertigen. Dagegen kann das Gemeinschaftsgut der Gesundheit der Bevölkerung bei einem nur entfernten Zusammenhang mit der Beschränkung der freien Berufstätigkeit nicht generell Vorrang vor dieser beanspruchen (BVerfGE 107, 186, 197 - Impfstoffversand).

12 b) Die Regelung des § 43 Abs. 5 AMG genügt diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht, soweit sie den Versandhandel mit apothekenpflichtigen Tierarzneimitteln verbietet, die bestimmungsgemäß allein bei nicht zu Ernährungszwecken gehaltenen Haustieren anzuwenden sind. Die Vorschrift erfasst daher bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung unter Berücksichtigung der der Beklagten durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsausübungsfreiheit das von der Klägerin beanstandete Verhalten nicht.

13 aa) Es lässt sich nicht erkennen, inwiefern die Regelung des § 43 Abs. 5 AMG, soweit sie sich auch auf Arzneimittel für nicht zu Ernährungszwecken gehaltene Haustiere bezieht, dem Gemeinwohlbelang des Schutzes der menschlichen Gesundheit dient. Eine durch die Abgabe von Arzneimitteln im Wege des Versandhandels etwa verursachte Fehlmedikation von solchen Tieren führt regelmäßig weder unmittelbar noch auch - da die Tiere und ihre Er-

zeugnisse bestimmungsgemäß nicht in die Nahrungskette gelangen - mittelbar zu Gesundheitsgefahren für die Bevölkerung. Abweichendes mag in Ausnahmefällen wie dem vom Oberverwaltungsgericht Koblenz (PharmR 2006, 186, 189) gebildeten Fallbeispiel gelten, dass ein ungeeignetes Wurmmittel, das einem Hund verabreicht wird, zur Infizierung eines Kindes führen kann, das mit dem Hund spielt. Eine entsprechende Gefahr ist im Streitfall jedoch nicht gegeben.

14 bb) Ebenso wenig ist ersichtlich, dass die Regelung des § 43 Abs. 5 AMG, soweit sie die freie Berufstätigkeit der Apotheker auch bei der Abgabe von apothekenpflichtigen Tierarzneimitteln beschränkt, die zur Anwendung bei nicht zu Ernährungszwecken gehaltenen Haustieren bestimmt sind, im Hinblick auf die gemäß der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG zu berücksichtigenden Belange des Tierschutzes hinreichend gerechtfertigt ist.

15 (1) In diesem Zusammenhang muss insbesondere berücksichtigt werden, dass Hunde - wie auch die weiteren nicht zu Ernährungszwecken gehaltenen Haustiere - weit überwiegend nicht aus Erwerbsgründen, sondern - als weitere "Hausgenossen" - aus ideellen Gründen in den Haushalt aufgenommen werden. Dementsprechend besteht bei ihnen auch nicht die Gefahr einer aus Erwerbsgründen gesteigerten übermäßigen Medikation, der gegebenenfalls durch das in § 43 Abs. 5 Satz 1 AMG geregelte Erfordernis der persönlichen Aushändigung des Tierarzneimittels entgegengewirkt werden kann. Allerdings verbleibt die Möglichkeit einer durch übermäßige Sorge um das Wohlergehen des Haustieres verursachten Übermedikation. Dieselbe Gefahr besteht aber auch bei Humanarzneimitteln. So liegt es nach der Lebenserfahrung nicht fern, dass Eltern ihren Kindern aus übersteigerter Sorge um deren Gesundheit und/oder Leistungsfähigkeit apothekenpflichtige Arzneimittel im Übermaß verabreichen. Soweit der Gesetzgeber dieses bei der Abgabe von Humanarznei-

mitteln im Wege des Versandhandels erhöhte Risiko in den seit dem 1. Januar 2004 geltenden Regelungen über den Versandhandel mit - apothekenpflichtigen wie auch verschreibungspflichtigen - Humanarzneimitteln beim Menschen für hinnehmbar hält, kann für die - zudem nur apothekenpflichtigen - Tierarzneimittel schwerlich allein im Blick auf den dort zu gewährleistenden Tierschutz ein strengerer Maßstab gelten.

16 (2) Soweit Hunde wie auch andere nicht zu Ernährungszwecken gehaltene Haustiere teilweise etwa zu Zucht- oder Ausstellungszwecken oder auch im Rahmen einer berufssportmäßigen Betätigung genutzt werden, kann allerdings ebenfalls die Gefahr einer aus Erwerbsgründen vorgenommenen übermäßigen Medikation bestehen. Dieser Gefahr kann jedoch auch dadurch entgegengewirkt werden, dass die betreffenden Mittel beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 Nr. 2 AMG der Verschreibungspflicht unterstellt werden. Eine solche Maßnahme ist einerseits wirksamer als das in § 43 Abs. 5 AMG bestimmte Erfordernis der Aushändigung des Mittels und greift andererseits weniger stark in das den Apothekern zustehende Grundrecht der Freiheit der Berufsausübung ein. Damit stellt sich die Regelung des § 43 Abs. 5 AMG auch in dieser Hinsicht nicht als erforderlich dar.

17 cc) Das Gemeinschaftsrecht, das grundsätzlich Vorrang auch vor kollidierendem nationalem Verfassungsrecht hat (vgl. EuGH, Urt. v. 9.3.1978 - 106/77, Slg. 1978, 629 = NJW 1978, 1741 Tz. 17 f. - Simmenthal; BVerfGE 73, 339, 387 - Solange II; 102, 147, 162 ff. - Bananenmarktordnung; 118, 79, 95 - Emissionshandel), erfordert keine abweichende Beurteilung. Die Revisionserwiderung macht zwar geltend, dass auch das Gemeinschaftsrecht bei den Mindestanforderungen an den Handel mit Tierarzneimitteln grundsätzlich nicht zwischen Haus- oder Heimtieren und Nutztieren unterscheidet, sondern lediglich bei den Nutztieren im Interesse des Verbraucherschutzes zusätzliche Verschär-

fungen vorsieht. Im vorliegend zu beurteilenden Zusammenhang ist jedoch allein entscheidend, dass die Zulässigkeit des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Tierarzneimitteln, die nicht zur Anwendung bei Nutztieren bestimmt sind, dem Gemeinschaftsrecht nicht widerspricht.

18 dd) Die verfassungskonforme Auslegung hat allerdings dort ihre Grenze, wo sowohl der Wortlaut des Gesetzes als auch der Wille des Gesetzgebers eindeutig in die gegenteilige Richtung weisen; denn die verfassungskonforme Auslegung darf nicht dazu verwendet werden, den eindeutig erkennbaren Willen des Gesetzgebers in sein Gegenteil zu verkehren (vgl. BVerfGE 8, 28, 30; 80, 130, 144 - Josefine Mutzenbacher; 120, 378, 423 f. - Automatisierte Kennzeichenerfassung; Sachs in Sachs, GG, 5. Aufl., Einf. Rdn. 54 m.w.N.). Die Revisionserwiderung weist hierzu darauf hin, dass der Gesetzgeber in der Begründung des Regierungsentwurfs zu Art. 23 Nr. 1 GMG, mit dem das bis dahin geltende allgemeine Versandverbot für Humanarzneimittel aufgehoben und der Versand dieser Mittel unter behördlichen Erlaubnisvorbehalt gestellt wurde, für Arzneimittel zur Anwendung am oder im tierischen Körper ausdrücklich bestimmt hat, dass es insoweit beim bisherigen Verteilungsweg nach § 43 Abs. 5 AMG - und damit beim Ausschluss des Versandhandels bei anderen Tierarzneimitteln als Fütterungsarzneimitteln - bleibe (BT-Drucks. 15/1525, S. 165 zu Art. 23 Nr. 1 GMG a.E.). Er hatte dabei aber ersichtlich nicht Fälle wie den vorliegend gegebenen im Auge, in denen eine durch die spezifischen Risiken des Versandhandels mit Tierarzneimitteln etwa verursachte Fehlmedikation - wie oben unter II 2 b aa und bb dargelegt - weder eine Gesundheitsgefahr für den Menschen noch eine im Blick auf Art. 20a GG relevante Gefahr für die Gesundheit des behandelten Tieres begründet.

19 III. Nach allem ist das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und die Klage unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils abzuweisen.

20 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm Büscher Schaffert

Kirchhoff Koch

Vorinstanzen:
LG Hamburg, Entscheidung vom 31.08.2006 - 327 O 391/06 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 15.11.2007 - 3 U 231/06 -