

Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. und wiss. Mitarbeiterin Eva-Maria Müller*
Bonn

Der werbliche Auftritt von Online-Apotheken im Europäischen Binnenmarkt

In der Europäischen Gemeinschaft ist die Möglichkeit einer Arzneimittelbestellung über das Internet Realität geworden. Schon seit einiger Zeit bieten Internet-Apotheken im benachbarten EG-Ausland auf ihrer Homepage auch deutschen Endverbrauchern allgemeine Informationen zu gesundheitlichen Aspekten, ein www-Forum sowie ein via Suchmaschine in tabellarischer Form abrufbares Arzneimittelsortiment an.¹⁾ Kombiniert mit dem Optionsbutton „Warenkorb füllen“ erhält eine vom Patienten abgerufene Arzneimittel-Wirkstoff-Preis-Relation den Charakter eines Bestellformulars und ermöglicht Patienten in Deutschland den direkten Bezug von Arzneimitteln für deren persönlichen Bedarf, ohne dass der Weg über eine niedergelassene Präsenz-Apotheke beschritten werden muss. Die Produktpalette der Online-Apotheke reicht von apotheken- bzw. verschreibungspflichtigen Medikamenten bis hin zu in Deutschland nicht zugelassenen Arzneimitteln. Im Lichte des Grundsatzes der Freiheit des Warenverkehrs sowie der Problematik eines grenzüberschreitenden Arzneimittelversandes an deutsche Kunden sucht die folgende Abhandlung, die Zulässigkeit derartiger Internet-Auftritte unter heilmittelwerblichen Aspekten zu beleuchten.

I. Einleitung

Der Internet-Handel zählt in Deutschland zu der umstrittensten Vertriebsform für Arzneimittel. Online können deutsche Patienten direkt mit der Internet-Apotheke einen Vertrag über die Lieferung der gewünschten Arzneimittel in jeweils für ihren persönlichen Bedarf erforderlichen Mengen schließen. Da das Internet-Angebot für apotheken-, verschreibungs- und zulassungspflichtige Arzneimittel gleichermaßen gilt und im Internet die für eine ordnungsgemäße Bestellung erforderliche Angabe einer Arzneimittel-Wirkstoff-Preis-Relation nebst Bestelloptionsspalte digital geboten wird, stellt sich die Frage nach einer Vereinbarkeit solcher Internet-Präsentationen mit dem deutschen und europäischen Heilmittelwerblich. Dabei spielen die Vorgaben der Richtlinie 92/28/EWG vom 31. 3. 1992 über die Werbung für Humanarzneimittel²⁾, insbesondere der in Art. 1 Abs. 3 vorgegebene EG-rechtliche Werbebegriff, eine große Rolle. Aufgrund der Vorschrift des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a Arzneimittelgesetz (AMG) ist deutschen Patienten der Arzneimittelbezug aus einem anderen EG-Mitgliedstaat zum persönlichen Gebrauch gestattet, was auch von Seiten des *EuGH* nicht als Umgehung des Apothekenmonopols sowie der Apothekenpflicht gewertet

wurde.³⁾ Selbst das deutsche Versandverbot des § 43 Abs. 1 AMG steht dem Arzneimittelbezug über die Online-Apotheke nicht entgegen, da beim Online-Vertrieb keine gewerbs- oder berufsmäßige Vermittlung durch die Apotheke im Sinne eines handelsmittelnden Dritten stattfindet.⁴⁾ Daher wird vorrangig die Vereinbarkeit der Bestellformular-Präsentation – welche eine Vergewärtigung der Kaufoption auch für in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel darstellt – mit § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG zu überprüfen sein. Eine große Rolle spielt in diesem Rahmen auch das Verhältnis von § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG zu § 3a HWG, welcher allgemein die Öffentlichkeitswerbung für in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel untersagt. Schließlich wird die Einschlägigkeit des Verbotes einer Werbung für den Arzneimittelbezug im Wege des Teleshopping gemäß § 8 Abs. 2 Alt. 1 HWG Gegenstand dieser Abhandlung sein.

II. Die Anwendbarkeit des deutschen Heilmittelwerbegesetzes auf international abrufbare Internet-Werbung

Grundsätzlich ist deutsches Heilmittelwerblich auch auf die Online-Werbung von Unternehmen mit Sitz im Ausland anwendbar, wenn sich der werbliche Inhalt einer ausländischen Unternehmens-Homepage bestimmungsgemäß auch an deutsche Internet-Nutzer richtet.⁵⁾ Aufgrund der ubiquitären Ausrichtung des Internets⁶⁾ muss daher als Mindestanforderung eine Eignung zur spürbaren Marktbeeinflussung gegeben sein.⁷⁾ Zudem muss die Werbung geeignet sein, derart auf das inländische Marktgeschehen einzuwirken, dass die Absatzsituation und/oder die wettbewerblichen Interessen der deutschen Marktteilnehmer betroffen sind (wettbewerbliche Interessenskollision im Sinne des Marktortprinzips).⁸⁾ Beurteilungsmaßstab ist stets die objektiv wahrnehmbare Ausrichtung der Internet-Seite, nicht dagegen der subjektive Wille des Anbieters.⁹⁾ Das Marktortprinzip bedarf jedoch im Bereich Internet-Werbung der Einschränkung. Dass der deutsche Endkundenmarkt Zielrichtung des Angebotes einer Internet-Apotheke ist, kann nicht schon daraus geschlossen werden, dass das Warensortiment wie auch die einzelnen Produktinformationen international und daher auch in Deutschland über das World Wide Web abrufbar sind. Vielmehr müssen bei einer Beurteilung der Ausrichtung von Web-Seiten bestimmte Kriterien¹⁰⁾ einschlägig sein:

3) *EuGH*, NJW 1989, 2185 f. – Schumacher.

4) *Koenig/Engelmann*, *PharmaR* 9/2000, EA 1f.

5) *OLG Frankfurt*, K&R 1999, 138 f. m. Anm. *Kotthoff*; *BPI, PharmInd.* 1999, 809 f.

6) *Doepner*, *HWG-Kommentar*, 2. Aufl., 2000, Vor § 13 Rn. 4.

7) *Dethloff*, NJW 1998, 1596, 1600; *Sack*, *WRP* 2000, 275, 277; *Mankowski*, *GRUR Int.* 1999, 909, 915; auch *Leupold/Bräutigam/Pfeiffer*, *WRP* 2000, 575, 582.

8) *Sander et al.*, *PharmInd.* 1999, 809 ff; zum Marktortprinzip vgl. *BGH*, NJW 1988, 644, 645.

9) *Kotthoff*, *CR* 1997, 676, 680 f.

10) Dazu eingehend *Doepner*, *HWG-Kommentar*, 2. Aufl., 2000, vor § 13 Rn. 4; *Koch*, *CR* 1999, 121, 124; *BPI, PharmInd.* 1999, 809, 809; *Mankowski*, *GRUR Int.* 1999, 909, 915; *Leupold/Bräutigam/Pfeiffer*, *WRP* 2000, 575, 582.

* Der Erstautor ist Direktor, die Zweitautorin Referentin am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Die Autoren haben ein Rechtsgutachten für eine niederländische Internet-Apotheke erstellt. Das Landgericht Frankfurt hat entgegen der hier vertretenen Auffassung entschieden, dass der Betrieb der niederländischen Internet-Apotheke in Deutschland gegen das Arzneimittelgesetz (AMG) und das Heilmittelwerbegesetz (HWG) verstößt. (Az. 2-03 0 366/00), (Az. 2-03 0 365/00)

1) So z.B. eine niederländische Online-Apotheke unter www.0800DocMors.de.

2) *ABl. EG* 1992 Nr. L 113 v. 30. 4. 1992, S. 13-18.

Ein Domain-Name mit der *country code top level domain* „.de“ für Deutschland signalisiert eindeutig, dass der deutsche Endverbraucher erreicht werden soll. Der Kreis ausdrücklich von Seiten der Online-Apotheke angesprochener Endkunden wird dadurch konkretisiert, dass im Menü „Sprache“ die Option „Deutsch“ gewählt wird und der Nutzer per Mausclick das Internetangebot in deutscher Sprache abrufen kann. Auch Preisangaben erfolgen dann in der Währung Deutsche Mark. Werden als Möglichkeiten der Kontaktaufnahme mit dem Apothekenteam eine deutsche geographische sowie eine E-Mail-Adresse und eine Telefonnummer im deutschen Verbindungsnetzbereich ausgewiesen, richtet sich die Internet-Seite der Online-Apotheke ausdrücklich auch an deutsche Endkunden, womit deutsches Recht unmittelbar anwendbar ist.¹¹⁾

III. Die Vereinbarkeit des Internet-Auftrittes einer Online-Apotheke mit § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG

1. Zum rechtsdogmatischen Verhältnis von § 3 a HWG zu § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG

Zielt eine Internet-Präsentation von online käuflichen Produkten auch auf den deutschen Endkundenmarkt und befinden sich darunter auch in Deutschland nicht zugelassene bzw. als nicht zugelassen geltende Arzneimittel, könnte der Internet-Auftritt gemäß § 3 a HWG unzulässig sein. § 3 a HWG verbietet die Werbung für solche Arzneimittel, „die der Pflicht zur Zulassung unterliegen und die nicht nach arzneimittelrechtlichen Vorschriften zugelassen sind oder als zugelassen gelten.“

§ 3 a beruht auf Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 92/28/EWG¹²⁾: Danach „untersagen [die Mitgliedstaaten] die Werbung für ein Arzneimittel, für dessen Inverkehrbringen keine Genehmigung nach den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft erteilt worden ist“.

Aufgrund einer dynamischen Verweisung in der Vorgabe des Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 92/28/EWG erfasst § 3 a HWG nach richtiger Auffassung¹³⁾ solche Arzneimittel, die beworben werden, aber weder nach §§ 21ff. AMG (nach Vorgabe des Art. 3 der Richtlinie 65/65/EWG des Rates vom 26. Januar zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über Arzneispezialitäten¹⁴⁾ bzw. Art. 3 Abs. 1 oder 2 der Verordnung 2309/93/EWG des Rates vom 22. Juli 1993 zur Schaffung einer Europäischen Agentur für die Beurteilung von Arzneimitteln¹⁵⁾ zugelassen sind noch aufgrund gegenseitiger Anerkennung mitgliedstaatlicher Zulassungen als zugelassen gelten. Die zentrale gemeinschaftsweite Zulassung ist erst seit 1995 fakultativ – bei technologisch hochwertigen Arzneimitteln sogar obligatorisch – möglich.¹⁶⁾ Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 92/28/EWG bezieht sich aber jedenfalls auf Art. 3 der Richtlinie 65/65/EWG,

wonach eine Arzneispezialität in einem Mitgliedstaat erst dann in den Verkehr gebracht werden darf, wenn die zuständige Behörde dieses Mitgliedstaates die Genehmigung dafür erteilt hat. Da die Richtlinie 65/65/EWG in der zuletzt geänderten Fassung als Gemeinschaftsrecht auf die innerstaatlichen Zulassungsvorschriften verweist, sind auch die nicht dem zentralen Verfahren unterfallenden Arzneimittel nach Vorgabe des Europäischen Gemeinschaftsrechtes im Sinne des Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 92/28/EWG zugelassen.

Sinn und Zweck des § 3 a HWG ist es zu verhindern, dass durch Werbung eine Animation zur Umgehung der jedenfalls von Art. 3 der Richtlinie 65/65/EWG sowie ihren Änderungsrichtlinien vorgegebenen nationalen Zulassungspflicht erfolgt, um einen größtmöglichen Verbraucherschutz im Sinne des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 65/65/EWG zu gewährleisten.¹⁷⁾ Doch gibt es von dem Grundsatz, zulassungspflichtige Arzneimittel nicht unter Verstoß gegen das Zulassungserfordernis in Deutschland in Verkehr zu bringen, auch Ausnahmen: § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG statuiert, dass zulassungspflichtige, aber im Wege der Einzeleinfuhr eingeführte Arzneimittel gerade keiner Zulassung mehr bedürfen. Aus dem Blickwinkel des Regelungsinhaltes von § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG, der die Werbung bereits für ebendiese Einzelbezugsform nicht zugelassener Arzneimittel verbietet, stellt sich daher die Frage eines Anwendungsspielraumes, der noch für § 3 a HWG verbleibt. Da überdies der Internet-Arzneimittelhandel auf der Arzneimitteleinzeleinfuhr nach § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG aufbaut, ist vorrangig das Verhältnis von § 8 Abs. 2 Alt. 2 zu § 3 a HWG zu klären.¹⁸⁾

Sowohl § 8 Abs. 2 Alt. 2 als auch § 3 a HWG enthalten einen Verbotstatbestand, der in Deutschland zulassungspflichtige, aber tatsächlich nicht zum Inverkehrbringen genehmigte Arzneimittel als Bezugsgegenstand hat. Während aber § 3 a HWG auf ein Werbeverbot für in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel schlechthin abstellt, hat § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG dagegen ein Werbeverbot für den Einzelbezug, d. h. für eine Vertriebsform, von in Deutschland nicht zugelassenen Arzneimitteln zum Gegenstand. Damit richtet sich § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG nicht primär auf die Bewerbung von Arzneimitteln als solche, sondern auf die Bewerbung einer *Transaktionsform* für dieselben, im Falle der 2. Alternative nämlich auf den Einzelbezug. Arzneimittel, die in Deutschland zwar der Zulassungspflicht unterliegen, aber über den Internet-Handel gerade *ohne* deutsche Zulassung einzeleingeführt werden, bedürfen gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG auch nach dem Import keiner deutschen Zulassung mehr.¹⁹⁾

Folgende Sichtweisen zum Verhältnis von § 3 a HWG und § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG sind vor diesem Hintergrund denkbar: Zum einen ließe sich an die Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Vorschriften anknüpfen. Während bei § 3 a HWG der Werbebezug auf Arzneimittel fällt, muss sich die Werbung bei § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG auf die Vertriebsform von Arzneimitteln richten. Damit haben beide Vorschriften vordergründig einen anderen Regelungsinhalt und stünden im Rang gleichwertig nebeneinander. Zum anderen könnte § 3 a HWG aber immer auch dann erfasst sein, wenn für den Einzelbezug in Deutschland nicht zugelassener – aber noch im Ausland befindlicher – Arzneimittel geworben wird, da im Falle

11) Vgl. zum Erfordernis der hinreichend substantiierten Verknüpfung der Homepage eines ausländischen Unternehmens mit einem Inlandssachverhalt von Czetztritz, *PharmaR* 1997, 88, 91.

12) So auch Doepner, *HWG-Kommentar*, 2. Aufl. 2000, § 3 a Rn. 13; Forstmann, *ZLR* 1994, 177, 178.

13) Zweifelsfrei dagegen Gröning, *WRP* 1995, 576 (576, Fn. 10); angesichts der Tatsache, dass bei Erlass der Richtlinie 92/28/EWG noch keine gemeinschaftlichen Zulassungsverfahren, wie das zentrale gemäß der Verordnung 2309/93/EG bzw. das dezentrale gemäß der Richtlinie 65/65/EWG in der Fassung der Richtlinie 93/39/EWG, existent waren, könne nicht unmittelbar aus der Richtlinie 92/28/EWG darauf geschlossen werden, dass mit „Rechtsvorschriften der Gemeinschaft“ ein gemeinschaftsweit einheitliches Zulassungssystem im Sinne der Verordnung 2309/93/EWG gemeint war. Dies würde vielmehr für eine Auslegung dahingehend sprechen, dass die Vorschriften gemäß Richtlinie 92/28/EWG zu beachten sind.

14) ABL EG 1965 Nr. L 22, S. 369-373, in der Fassung der Richtlinie 93/39/EWG, ABL EG 1993 Nr. L 214, S. 22.

15) ABL EG 1993 Nr. L 214, S. 1.

16) Koenig/Müller, *PharmaR* 2000, 148, 152.

17) Gröning, *HWG-Kommentar*, 1998, § 3 a Rn. 2.

18) Dies übersieht Meyer, *E-Commerce mit Arzneimitteln*, Stuttgart 2000, S. 39.

19) Gröning, *HWG-Kommentar*, 1998, § 3 a Rn. 4.

des Eingreifens von § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG nicht zugelassene Arzneimittel stets inzident mit erworben werden. § 3 a würde dann als Auffangtatbestand fungieren und als *lex generalis* hinter § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG zurücktreten. Wenn § 8 Abs. 2 Alt. 2 und § 3 a HWG in einem *lex specialis - lex generalis* - Verhältnis zueinander stehen, dann enthält § 8 Abs. 2 Alt. 2 alle Tatbestandsmerkmale des § 3 a HWG und darüber hinaus mindestens ein zusätzliches Merkmal.²⁰⁾ Sowohl § 3 a als auch § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG nennen als Tatbestandsmerkmale Arzneimittel, die grundsätzlich im Geltungsbereich des deutschen AMG der Zulassungspflicht unterliegen. Überdies qualifiziert aber das Merkmal der Einzeleinfuhr im Sinne des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG den § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG als *lex specialis* gegenüber § 3 a HWG.

2. Anwendung auf den Fall einer Online-Apotheke

Läge im Falle des Internet-Angebotes der Online-Apotheke Werbung vor, die in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel zum Gegenstand hat, müsste vor einer Prüfung des § 3 a HWG untersucht werden, ob nicht vielmehr eine Werbung für den Einzelbezug derselben im Sinne des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG vorliegt. Dies gilt jedoch nur für den Fall, dass noch keine Einzeleinfuhr dieser Arzneimittel stattgefunden hat, denn § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG betrifft die Werbung, Arzneimittel im Wege der Einzeleinfuhr einzuführen, d. h. einen dem tatsächlichen Import vorgelagerten Werbeprozess. § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG bezieht sich dagegen nicht auf Werbung, Arzneimittel eingeführt zu haben. Auch § 3 a HWG wäre auf eine Bewerbung von Arzneimitteln, die bereits über die Einzelbezugserlaubnis nach Deutschland eingeführt worden sind, nicht anwendbar. Denn diese aufgrund der Bestimmung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG importierten Arzneimittel bedürfen trotz grundsätzlicher Zulassungspflicht in diesem Fall gerade keiner Zulassung in Deutschland. Damit tritt § 3 a HWG bei gleichzeitiger Werbung für den Arzneimittelbezug i.S.d. § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG, hier im Wege des Internet-Handels, als *lex generalis* zurück. Zunächst wird daher eine Vereinbarkeit des Internet-Auftrittes einer Online-Apotheke mit § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG zu prüfen sein.

3. Der Tatbestand des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG

Nach § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG ist es unzulässig, für eine Vertriebsform von in Deutschland nicht zugelassenen Arzneimitteln, den Bezug im Wege der Einzeleinfuhr i.S.v. § 73 Abs. 2 Nr. 6 a oder § 73 Abs. 3 AMG, zu werben. Obwohl der Bezug im Wege des Einzelimportes²¹⁾ gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG ausnahmsweise zulässig ist, soll ein Werbeverbot den Ausnahmecharakter der Einzeleinfuhr betonen.²²⁾

20) Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Heidelberg 1995, S.88.

21) *Gröning*, HWG-Kommentar, 1998, § 8 Rn. 6.

22) Dies hat der *EuGH* in seinem Urteil *Ortscheit/Eurim Pharm* im Jahr 1994 ausdrücklich unterstrichen: „Außerdem soll das Werbeverbot gemäß § 8 Abs. 2 HWG (...) den Ausnahmecharakter der Einzeleinfuhr nicht zugelassener Arzneimittel wahren, um zu verhindern, dass das grundsätzliche Erfordernis einer nationalen Zulassung nach den deutschen Rechtsvorschriften systematisch umgangen wird. Wenn nämlich in Deutschland für dort nicht zugelassene Arzneimittel erworben werden dürfte, bestünde die Gefahr, dass die Hersteller die Zulassung der Arzneimittel in einem Mitgliedsstaat, der geringere Anforderungen stellt, beantragen und sie dann aufgrund von Einzelbestellungen, die sie durch Werbeaktionen ausgelöst haben, nach Deutschland einführen würden.“ *EuGH*, Slg. 1994, I-5243, 5265 Rn. 19 - *Ortscheit/Eurim Pharm*.

a) Der Begriff der Werbung im Sinne des HWG

Bei Online-Arzneimittelangeboten handelt es sich dann um werbliche Maßnahmen im Sinne des HWG, wenn die terminologischen Vorgaben der Richtlinie 92/28/EWG erfüllt sind, da das HWG auf diesen beruht. Nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/28/EWG sind unter „Werbung für Arzneimittel“ alle „Maßnahmen zur Information, zur Marktuntersuchung und zur Schaffung von Anreizen [zu verstehen] mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern“, dabei insbesondere solche, die sich an Fachkreise²³⁾ (Art. 1 Abs. 3, Spiegelstrich 2) und die Öffentlichkeit (Art. 1 Abs. 3, Spiegelstrich 1) richten.

aa) Die Unterscheidung zwischen Image- und Produktwerbung

Bei der Beurteilung heilmittelwerblicher Maßnahmen ist zwischen Imagewerbung einerseits und produktbezogener Absatzwerbung andererseits zu unterscheiden, denn nur letztere unterfällt den Vorschriften der Richtlinie 92/28/EWG und denen des HWG.²⁴⁾ Bei der Image- oder allgemeinen Unternehmenswerbung stehen das Ansehen und die Leistungsfähigkeit des Unternehmens im Vordergrund. Weder Produktbeschreibungen noch -bezeichnungen werden verwendet, so z. B. bei alleinigem Hervorheben des Gesamtsortimentes des Unternehmens. Hingegen zielt die produktbezogene Absatzwerbung auf bestimmte, zumindest aber individualisierbare Arzneimittel ab.²⁵⁾ Für diese heilmittelwerblich relevante Produktwerbung müssen die Absatzinteressen des Unternehmens im Vordergrund stehen, wie etwa bei der Anpreisung von durch Bezeichnung und Beschreibung konkretisierten Produkten.²⁶⁾ Die Beurteilung und Einordnung von Maßnahmen in eine Werbekategorie richtet sich jedoch nicht nach dem subjektiven Willen des Werbenden, sondern nach dem objektiven Eindruck des Internet-Nutzers aufgrund des Gesamterscheinungsbildes der Homepage.²⁷⁾

Angewandt auf den Fall einer Online-Apotheke sind Angaben über die Größe des Gesamtsortimentes der Apotheke primär als Hervorhebung der Leistungsfähigkeit des Unternehmens und damit als Imagewerbung zu qualifizieren. Sie unterfallen mangels Konkretisierung der zu bewerbenden Präparate noch nicht dem HWG.²⁸⁾ Anders gestaltet sich der Fall, wenn das Startsortiment über Suchbefehle und Links produktbezogen konkretisiert werden kann. Mit dem Arzneimittelnamen verlinkte Beschreibungen, wie Wirkstoffe, Rezeptpflichtigkeit oder Packungsgrößen implizieren als individualisierende Merkmale jedenfalls ein Anbieten und die Angabe von Preisen zudem ein objektives Absatzinteresse. Überdies wird eine abrufbare Präparat-Wirkstoff-Preis-Relation durch gleichzeitige Angabe einer Optionsspalte „Warenkorb füllen“ - also einer symbolisierten Vergegenwärtigung der Internet-Bezugsmöglich-

23) Fachkreise sind nach der Richtlinie 92/28/EWG enger auszulegen als nach dem HWG, vgl. Art. 1 Abs. 3, Spiegelstrich 2 der Richtlinie 92/28/EWG.

24) BGH, WRP 1995, 310ff. - *Pharma Hörfunkwerbung*.

25) OLG Frankfurt v. 25. 9. 1980, ES-HWG, § 1 „Werbung“ Nr. 5; LG Hamburg v. 26. 11. 1980, ES-HWG, § 1 „Werbung“ Nr. 6.

26) BT-Drucks. IV/1867, S. 5.

27) *Doepner*, WRP 1993, 445, 446.

28) Vgl. BGH, GRUR 1992, 873 f. - *Pharma-Werbespot*.

keit²⁹⁾ – zum Internet-Bestellformular. Unter Zugrundelegung eines weiten Werbebegriffes läge damit grundsätzlich eine als produktbezogene Absatzwerbung³⁰⁾ im Sinne des HWG einzuordnende Maßnahme vor.

bb) Die Einordnung der Online-Arzneimittelwerbung anhand des weiten Heilmittelwerbebegriffes – Gesamtbetrachtung der Internet-Homepage oder gesonderte Beurteilung einzelner Homepage-Seiten?

Schwierigkeiten bereitet die Eigenart der Internet-Homepage als „Werbebläche“. Durch Links³¹⁾ oder einzelne Frames³²⁾ verbunden lassen sich mehrere Seiten und damit auch Image- und produktbezogene Absatzwerbung miteinander kombinieren, was die Abgrenzung im einzelnen schwierig gestaltet. Einerseits besteht die Möglichkeit, eine Internet-Homepage als Ganzes zu betrachten und den objektiven Gesamteindruck für die Einordnung des Angebotes als HWG-relevante Werbung heranzuziehen.³³⁾ Spricht der Eindruck mehr für produktbezogene Absatzwerbung als für Imagewerbung, ist der Werbebegriff im Sinne des HWG erfüllt. Die gesamte Homepage muss sich dann am HWG messen lassen. Andererseits könnte eine gesonderte Bewertung nur einzelner Seiten einer Internet-Homepage verhindern, dass im Fall von Produktwerbung die gesamte Homepage einem heilmittelwerblichen Verbot zu unterziehen ist. Statt dessen wären nur diejenigen Seiten betroffen, die sich in ihrer Wirkung auf den Verbraucher durch produktbezogene Absatzwerbung auszeichnen.

Aber auch bei der Beurteilung nur einzelner Seiten dürfte die eventuell vorliegende Imagewerbung keine eindeutigen Schlüsse auf bestimmte Produkte zulassen. So darf bei seitenweise abgegrenzter Beurteilung die „Ausstrahlungswirkung“ der Produktwerbung auf Seiten mit reiner Imagewerbung nicht verkannt werden.³⁴⁾ Gerade als Nachwirkung einer unmittelbar zuvor erfolgten Präsentation kann die über einen Link erreichte Imagewerbung Rückschlüsse auf bestimmte Produkte hervorrufen. Dieser Effekt³⁵⁾ lässt sich generell jedoch nur schwer vermeiden und muss – sofern sie unintendiert erfolgt – hingenommen werden. Wird diese Wirkung jedoch gezielt für produktbezogene Werbeeinflüsse ausgenutzt, indem eine über einen Link erreichbare Imagewerbeseite derart gestaltet wird, dass unweigerlich Assoziationen des Internet-Nutzers mit Produkten entstehen, die auf der den Link enthaltenden Seite präsentiert werden, ist Produktwerbung anzunehmen. Ein ungewollter Verdacht ließe sich durch Zwischenschaltung neutraler Seiten bzw. solcher mit einer Ankündigung der Produktwerbung umgehen.³⁶⁾

Trotz bestehender Missbrauchsmöglichkeiten kann es nicht Sinn des HWG sein, die Gesamtbetrachtung einer Homepage als Bewertungsebene festzuschreiben und

damit auch umfangreiche Homepages von großen Unternehmen, die neben werbenden Aspekten meist eine große Palette an allgemeinen Informationen zur Arzneimittelherstellung, -prüfung oder -anwendung bieten, wegen einzelner Verstöße gegen das Heilmittelwerberecht faktisch auszuschließen.³⁷⁾ Daher ist eine am Maßstab des HWG vorzunehmende Untersuchung auf werbliche Aspekte hin für einzelne Internet-Seiten gesondert vorzunehmen, was auch für die Bewertung der Internet-Seiten einer Online-Apotheke gilt.

b) Die Einzeleinfuhr gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG als Zielrichtung der Werbung des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG

Für eine Erfüllung des Verbotstatbestandes des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG muß die Internetpräsentation der Online-Apotheke zur Befriedigung der Absatzinteressen geradezu darauf abzielen, dass Privatpersonen Arzneimittel im Wege einer Einzeleinfuhr beziehen. Eine Vergegenwärtigung der Bezugsmöglichkeit für Endverbraucher stellen jedenfalls die bereits erwähnten digitalen Bestellformulare sowie Hinweise auf eine „erlaubte Einzelbezugsmöglichkeit nach § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG“ dar. Finden sich zudem laufende Zeilen mit dem Inhalt „Die ersten drei Bestellungen kostenlos“ sowie „Bestellungen ab 40 Euro versandkostenfrei“, signalisiert dies konkretes Absatzinteresse der Online-Apotheke. Nach vorbezeichnetem weiten Werbebegriff läge dann eine vom Verbotstatbestand des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG erfasste Werbung vor, wenn nicht der weite Werbebegriff gemeinschaftsrechtskonform einschränkend ausgelegt werden muss.

c) Der Sonderfall Online-Apotheke – EG-primärrechtskonforme Auslegung des Werbebegriffes gemäß Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/28/EWG und des Werbeverbotes gemäß § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG

Nach dem dargelegten weiten Werbebegriff werden sämtliche die Arzneiprodukte konkretisierenden Darstellungen mit dem Ziel des Absatzinteresses als Werbung i.S.d. Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/28/EWG und damit auch als Werbung i.S.d. HWG eingestuft. Auch bei isolierter Beurteilung nur einzelner Web-Seiten am Maßstab des HWG enthielte jedes digitale Bestellformular gleichzeitig eine produktbezogene Absatzwerbung. Diese digitale Präsentationsform ist aber unverzichtbar für den Betrieb eines Internet-Arzneimittelhandels, der z. B. ohne die Abbildung von Online-Bestellformularen als solcher faktisch unmöglich gemacht würde. Das Werbeverbot gemäß § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG könnte daher wegen Unvereinbarkeit des ihm zugrundeliegenden weiten Werbebegriffes im Sinne des Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/28/EWG mit den Vorgaben des Art. 28 EG – bezogen auf den Internet-Arzneimittelhandel – unanwendbar sein. Es ist daher eine Auslegung des weiten Werbebegriffes gemäß Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/28/EWG und des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG im Lichte des EG-Primärrechtes angezeigt. Im Falle unterschiedlicher Auslegungsmöglichkeiten einer sekundärrechtlichen Richtliniendefinition bzw. einer nationalen Rechtsvorschrift ist der EG-primärrechtskonformen Auslegung der Vorzug einzuräumen.³⁸⁾

29) Zur Problematik elektronischer Verträge im Rahmen der kommerziellen Kommunikation Tettenborn, K&R 1999, 252, 255.

30) Nach LG Ravensburg v. 12. 9. 1978, ES-HWG § 1 „Werbung“ Nr. 2 ist der verkaufsfördernde Charakter einer Produktpräsentation zu bejahen, wenn neben den Anwendungsgebieten eines Arzneimittels auch die Bestellnummer und der Preis angegeben sind.

31) Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, 580.

32) Zur rechtlichen Problematik von Links und Frames etwa Ernst, K&R 1998, 536, 538 f.

33) So der pharmazeutische Ausschuss der Europäischen Kommission, zitiert nach Sander/Epp, PharmInd. 1999, 808, 811; Gröning, WRP 1994, 355, 359.

34) Zur Problematik Erinnerungswerbung vgl. Doeppner, HWG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 4 Rn. 69 ff.

35) BPI, PharmInd. 1999, 809, 810.

36) BPI, PharmInd. 1999, 809, 810.

37) Vgl. dazu auch BT-Drucks. 7/3060, 67 (Amtl. Begr. zum HWG).

38) Zur EG-rechtskonformen Auslegung innerstaatlicher Rechtsvorschriften Jarass, EuR 1991, 211 ff.

aa) Der Einfluss des Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 92/28/EWG auf die Auslegung des Werbebegriffes gemäß Art. 1 Abs. 3 dieser Richtlinie

Da die Einzelbezugseinfuhr für Arzneimittel und auch digitale Bestellformulare als *conditio sine qua non* des Internet-Arzneimittelhandels angesehen werden müssen, kann zunächst Art. 1 Abs. 4 der EG-Richtlinie 92/28/EWG eine enge Auslegung des Werbebegriffes erforderlich machen.³⁹⁾ Art. 1 Abs. 4 der EG-Richtlinie 92/28/EWG nimmt in Spiegelstrich 3 u. a. Preislisten und Verkaufskataloge, für den Fall, dass sie „keine weiteren Angaben über das Arzneimittel enthalten, (...)“, vom Regelungsbereich der Richtlinie und damit auch vom Definitionsbereich des weiten Werbebegriffes aus.⁴⁰⁾

Art. 1 Abs. 4 Spiegelstrich 3 lautet:

„Diese Richtlinie betrifft nicht (...)“

– die konkreten Angaben und die Unterlagen, die beispielsweise Änderungen der Verpackung, Warnungen vor unerwünschten Nebenwirkungen im Rahmen der Arzneimittelüberwachung sowie Verkaufskataloge und Preislisten betreffen, sofern diese keine Angaben über das Arzneimittel enthalten, (...)“.

Die in Art. 1 Abs. 4 Spiegelstrich 3 genannten Preislisten und Verkaufskataloge würden andernfalls als konkretisierende Darstellungen zur Absatzförderung unter den weiten Werbebegriff des Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/28/EWG fallen. Doch sind darin gleichzeitig notwendige geschäftsbezogene Informationen für den Arzneimittel-Handel zu sehen. Gleiches gilt sinngemäß für ein digitales Bestellformular als notwendiger Maßnahme zur Vorbereitung und Ermöglichung der nach primärem Gemeinschaftsrecht zulässigen Arzneimitteleinfuhr. Auch im digitalen Bestellformular läge – unter Zugrundelegung des weiten Werbebegriffes nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/28/EWG – eine unzulässige werbliche Maßnahme. Zwar enthält ein Bestellformular einerseits ein „Mehr“ verglichen mit einer Preisliste, denn letztere soll in erster Linie eine Sortimentenübersicht darstellen, die die Ordertätigkeit erleichtert.⁴¹⁾ Andererseits weist das digitale Bestellformular weniger beschreibende Angaben auf als ein Katalog – insbesondere keine Bilder. Das Bestellformular liegt sozusagen zwischen beiden Informationsformen. Würde man auch beim Bestellformular den weiten Werbebegriff zugrundelegen, führte dies zu einer Vereitelung der grenzüberschreitenden Warenverkehrstransaktion Internet-Arzneimittelhandel. Die Ratio des Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 92/28/EWG spricht daher für eine Auslegung dahingehend, Online-Bestellformulare im Sonderfall des Internet-Handels neben Verkaufskatalogen und Preislisten vom Werbebegriff auszunehmen.

bb) Die Beschränkung des freien Warenverkehrs

Eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des auf der Definition des Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/28/EWG beruhenden Werbebegriffes mit Blick auf die Ermöglichung des Internet-Arzneimittelhandels stützt dieses Er-

gebnis. Als Maßstab für diese primärrechtskonforme Auslegung ist der Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 EG heranzuziehen; dieser findet vorliegend Anwendung, da sich das Werbeverbot für die grenzüberschreitende Einfuhr von Arzneimitteln auf unverzichtbare Grundlagen der Vertriebsform „Internet-Handel“ bezieht, d. h. zugleich auch zu einer massiven Behinderung der Arzneimitteleinfuhr aus anderen EG-Mitgliedstaaten führen würde.

(1) Dassonville

Das Werbeverbot des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG stellt eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung i.S.d. Art. 28 EG dar. Darunter ist nach der *Dassonville*-Formel des *EuGH* jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten zu verstehen, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.⁴²⁾ Das Werbeverbot des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG auf der Grundlage des Werbebegriffes des Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/28/EWG bewirkt, dass die Patienten in Deutschland nicht über die Einfuhrmöglichkeit nach § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG informiert werden können, so dass der innergemeinschaftliche Handel auf dem Endkundenmarkt behindert wird. Unter alleiniger Berücksichtigung der *Dassonville*-Formel läge somit eine Maßnahme gleicher Wirkung vor.

(2) Keck und Mithouard

Stellte das Werbeverbot des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG eine unterschiedslos geltende Verkaufsmodalität dar, welche nicht unmittelbar den Marktzugang für ausländische Waren verhindert, fielen es nach der *Keck*-Formel aus dem Anwendungsbereich des Art. 28 EG heraus. Da das Werbeverbot des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG unterbinden soll, dass ausländische Arzneimittel gezielt unter Ausnutzung des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG nach Deutschland eingeführt werden, um damit das deutsche Versandverbot bzw. das deutsche Zulassungsverfahren zu umgehen, stellt es zwar die Untersagung einer nicht produktbezogenen Verkaufsmodalität dar.⁴³⁾ Jedoch unterfallen solche Verkaufsmodalitäten nicht der *Keck*-Formel des *EuGH*, die schon den Zugang zum Endkundenmarkt verhindern und sich nicht erst nach Marktzugang erschwerend auswirken. Daher werden diese trotz ihres vertriebsmodalitären Charakters als Beschränkung des freien Warenverkehrs eingeordnet.

Speziell zu nicht produktbezogenen Werbeverboten hat der *EuGH* keine einheitliche Rechtsprechungslinie verfolgt. So ordnete er in seinen Entscheidungen *Hünernmund*⁴⁴⁾ sowie *Leclerc*⁴⁵⁾ sowohl das Verbot der Werbung für apothekenübliche Waren außerhalb von Apotheken als auch das Verbot der Fernsehwerbung für den Vertriebssektor als unter die *Keck*-Formel fallende Verkaufsmodalitäten ein. Dagegen wurde vom *EuGH* in seinem Urteil *De Agostini*⁴⁶⁾ erstmals eingeräumt, dass ein vollständiges Verbot der Absatzförderung eines Erzeugnis-

39) Dies verkennt Meyer, ohne auf die Besonderheiten des digitalen Bestellformulars einzugehen, Meyer, E-Commerce mit Arzneimitteln, Stuttgart 2000, S. 40 f.

40) Vgl. hierzu auch Gröning, HWG-Kommentar, 1998, § 8 Rn. 23.

41) Doepner, HWG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 1 Rn. 23.

42) Vgl. erstmals *EuGH*, Slg. 1974, 837 Rn. 5 – *Dassonville*.

43) Im HWG ist gerade die Produktbezogenheit der werblichen Maßnahme erforderlich, um den Heilmittelwerbebegriff zu erfüllen, vgl. auch OLG Frankfurt v. 25. 9. 1980, ES-HWG § 1, „Werbung“ Nr. 5 sowie OLG Hamburg v. 26. 11. 1980, ES-HWG § 1, „Werbung“ Nr. 6.

44) *EuGH*, Slg. 1993, I-6797, 6822 f. – *Hünernmund*.

45) *EuGH*, Slg. 1995, I-179, 217 – *Leclerc-Siplec*.

46) *EuGH*, Slg. 1997, I-3843, 3890 – *De Agostini*.

ses als Marktzugangssperre wirken kann und daher an Art. 28 EG zu messen ist. Fraglich ist daher, ob vorliegend die Kriterien⁴⁷⁾ eines spezifischen Marktzugangshindernisses erfüllt sind.

Das deutsche Verbot des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG bewirkt nicht nur eine Einflussnahme auf die Absatzmenge der nach Deutschland einzeingeführten zulassungspflichtigen Arzneimittel, vielmehr verhindert es die Inkenntnissetzung der Patienten über die Einzelbezugsmöglichkeit. Eine Vorschrift, die den Hinweis auf eine Transaktionsform schon insoweit unterbindet, als ein Bestellformular mit Bezugsadresse – gleichgültig, ob Internet-Adresse oder geographische Adresse – nicht präsentiert werden darf, führt zur Vereitelung des Internet-Handels schlechthin. Der Tatbestand des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG erfasst neben der speziellen Bezugsform immer auch die weiteren Merkmale des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG, nämlich im Herkunftsland zugelassene Arzneimittel. Legte man also den weiten Werbebegriff zugrunde, unterfielen diese die Bezugsform im digitalen Bestellformular ergänzenden Angaben inzident dem Werbeverbot des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG.

Ob nun die Anwendung des Werbeverbotes aus § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG tatsächlich den Marktzugang der im Internet vertriebenen Arzneimittel vereitelt, lässt sich insbesondere unter Heranziehung der *tatsächlichen Vorgänge* beim Arzneimittelkauf per Einzelbezug beurteilen: Während der durch die Festbetragsregelung „verunsicherte“ Patient hinsichtlich der Relation Präparat-Wirkstoff-Preis die persönliche Beratung von „Angesicht zu Angesicht“ vorziehen wird, von daher also in der Präsenzapotheke als in Frage kommender Anlaufstelle auf Präparat- und Preislisten verzichtet werden kann, wird ein die Homepage einer Online-Apotheke besuchender Verbraucher ohne eine auf der Homepage verzeichnete Bezugsadresse bzw. listenmäßige Angaben in Form von Präparat-Wirkstoff-Preis-Relationen eher von einer Vertragsanbahnung Abstand nehmen. Schon deshalb kann in einem Internet-Bestellformular nicht auf die gleichzeitige Darstellung einer Präparat-Wirkstoff-Preis-Relation in Verbindung mit der Bestelloptionspalte⁴⁸⁾ sowie einer Internetadresse verzichtet werden. Überdies hat schon der Arzt im Rahmen seiner Aufklärungspflicht den Patienten auf die Festbetrags-Deckelung hinzuweisen. Der Kunde der herkömmlichen Präsenzapotheke kann im Lichte der ärztlichen Beratung sofort das persönliche Gespräch von „Angesicht zu Angesicht“ mit dem Apotheker dahingehend aufnehmen, dass sich das verordnete Medikament preislich im Rahmen der Festbeträge verhält. Dagegen muss die Internet-Apotheke alle Preisangaben von vornherein deutlich ausweisen. Das „Arzneimittel mit der Präferenz Internet-Bestellung“ kann ohne die Angaben der Präparat-Wirkstoff-Preis-Relation sowie der Internetadresse nicht seinen spezifischen Endkundenmarkt erreichen. Würde das Werbeverbot hier nach § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG gemäß der Vorgabe des Werbebegriffes aus Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/28/EWG schematisch angewandt, würde der Marktzutritt über das deutsche Werbeverbot vereitelt. Zusätzlich kann darauf abgestellt werden, dass sich das Verbot des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG ausdrücklich

auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten bezieht. Obgleich § 3 a HWG ein entsprechendes Verbot auch für inländische Sachverhalte enthält, handelt es sich bei § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG um eine Vorschrift, die spezifisch die Einfuhr von in Deutschland nicht zugelassenen Arzneimitteln beschränkt und damit den Absatz in- und ausländischer Arzneimittel nicht in der gleichen Weise berührt.⁴⁹⁾ Schon wegen dieser Ungleichbehandlung fällt das Verbot der Werbung für die Einzeleinfuhr nicht im Sinne der *Keck-Formel* aus dem Anwendungsbereich des Art. 28 EG heraus. § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG ist damit im Falle des Internet-Arzneimittelhandels als eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 28 EG anzusehen. Damit ist der Tatbestand einer Beschränkung des freien Warenverkehrs erfüllt.

cc) Rechtfertigung des Werbeverbotes aus Gründen des Gesundheitsschutzes?

Die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit durch das deutsche Werbeverbot aus § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG könnte gemäß Art. 30 EG aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt sein. Erforderlich ist, dass der betreffende Regelungsbereich nicht bereits durch Gemeinschaftsrecht harmonisiert worden ist. Letzterenfalls wäre nämlich ein gemeinschaftsweit einheitliches Schutzniveau geschaffen worden, so dass es zur Durchsetzung eines effektiven öffentlichen Gesundheitsschutzes keiner mitgliedstaatlichen Vorschriften mehr bedürfte.⁵⁰⁾ Zwar ist der Bereich der Heilmittelwerbung durch die Richtlinie 92/28/EWG bereits harmonisiert worden, jedoch bezieht sich die Vorschrift des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG auf die Wahrung des Versandverbotes sowie der Zulassungsvorschriften für Arzneimittel. Auch die Verordnung 2309/93/EWG führt nicht zu einer Vereinheitlichung des Arzneimittelzulassungsrechtes, vielmehr wird der Anwendungsbereich des zentralen, gemeinschaftlichen Verfahrens nur für die in Anhang A der Verordnung aufgelisteten Medikamente verbindlich festgeschrieben. Für die in Anhang B aufgeführten Arzneimittel ist das zentrale Verfahren lediglich fakultativ. Sie durchlaufen andernfalls das dezentrale, auf jeweils nationalem Zulassungsrecht beruhende Verfahren der gegenseitigen Anerkennung. Die Harmonisierung der nationalen Arzneimittel-Zulassungsregelungen ist daher noch nicht vollständig abgeschlossen. Dies ließe sich erst für den Fall eines gänzlich für alle Arzneimittel geltenden gemeinschaftlichen Genehmigungsverfahrens über eine zentrale gemeinschaftliche Zulassungsstelle annehmen, was auch die *EuGH-Entscheidung Ortscheit/Eurim Pharm* bestätigt.⁵¹⁾ Jedoch kann eine „Totalharmonisierung“ über Sekundärrecht, das – wie die Verordnung 2309/93/EWG in Anhang B – nationales Recht weiterhin einfließen lässt, gar nicht erreicht werden. Die mitgliedstaatlichen Regulierungsmöglichkeiten werden aber zumindest schrittweise um den Grad ei-

47) Konkrete Vorgaben läßt das De Agostini-Urteil des EuGH jedoch vermissen.

48) Die Optionsspalte „Warenkorb füllen“ stellt gerade die Vergegenwärtigung der Internet-Bezugsmöglichkeit dar.

49) So EuGH, Slg. 1994, I-5243, 5261f. Rn. 9 – *Ortscheit/Eurim Pharm*; ausführlicher Generalanwalt *Gulmann*, Schlussanträge zu dieser Entscheidung, 5247 f., Rn. 8.

50) Vgl. etwa EuGH, Slg. 1979, 3369, 3388 ff. – *Denkavit*; Slg. 1994, I-5077 Rn. 31 – *Centre d'insémination de la Crespelle*; Slg. 1996, I-2553, 2611 Rn. 18 – *Hedley Lomas*.

51) In Ziffer 14 führt der EuGH aus: „Vorab ist darauf hinzuweisen, dass Art. 36 EWG-Vertrag auf dem Gebiet der Herstellung und des Inverkehrbringens von Arzneyspezialitäten so lange weiterhin anwendbar ist, wie die Harmonisierung der nationalen Regelungen in diesem Bereich noch nicht vollständig erreicht ist.“

ner Teilharmonisierung, wie er nach der Urteilsverkündung in der Sache *Ortscheit/Eurim Pharm* mit Tätigkeitsaufnahme der europäischen Zulassungsagentur EMEA erreicht wurde, vermindert.⁵²⁾ Die Mitgliedstaaten dürfen sich grundsätzlich noch auf den Rechtfertigungsgrund des Schutzes der Gesundheit berufen, sind in ihrem Regulierungsspielraum jedoch zunehmend eingeschränkt.⁵³⁾

Eine weite Auslegung des Werbebegriffes des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG auf Grundlage des Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/28/EWG ist – bezogen auf den Internet-Arzneimittelhandel – nur dann mit Art. 28 EG vereinbar, wenn andernfalls der Schutz der öffentlichen Gesundheit nicht ebenso effektiv gewährleistet werden könnte. Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn durch einen engen Werbebegriff, der Internet-Bestellformulare bzw. Hinweise auf die Einzeleinfuhrmöglichkeit des § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG von der Definition der Werbung ausnimmt, das nationale Arzneimittelzulassungssystem gänzlich untergraben oder durch Anregung zu unkontrollierter Selbstmedikation die Gesundheit der Patienten gefährdet würde.

Schon bei der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung der Einzelbezugsregelung, die an die Warenverkehrsfreiheit anknüpft, kann es – entgegen den Ausführungen von Meyer⁵⁴⁾ – für diese Frage der weitläufigen Umgehung der nationalen Zulassungsvorschriften nicht darauf ankommen, dass der Einzelbezug gehäuft in Anspruch genommen wird. Der Einzelbezug darf aufgrund der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG) durchaus auch häufiger auftreten, da der Binnenmarkt (Art. 14 EG) gerade auf dauerhafte grenzüberschreitende Transaktionen zur Herstellung eines Raumes ohne Binnengrenzen angelegt ist.

Bei der Bestellung von Arzneimitteln in Online-Apotheken anderer EG-Mitgliedstaaten wird das nationale Zulassungssystem dann nicht untergraben, wenn der Bezug auf zum persönlichen Bedarf zugeschnittene Mengen beschränkt ist, zumal es sich bei dem Bezug über § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG nicht zwangsläufig um nicht zugelassene Mittel handelt.⁵⁵⁾ Die Ermöglichung eines solchen Einzelbezuges mittels der hierfür erforderlichen Internet-Bestellformulare und auch der Hinweis darauf führen daher auch nicht zur Untergrabung des Zulassungssystems. Ansonsten würde eine praktisch wirksame Einzeleinfuhr durch ein Online-Werbeverbot in einer mit dem EG-Primärrecht des Art. 28 EG unvereinbaren Weise vereitelt.

Jedoch birgt das digitale Bestellformular möglicherweise die Gefahr einer risikoreichen unkontrollierten Selbstmedikation in sich, wenn nämlich Patienten mit unzureichender Fachkenntnis allein im Vertrauen auf

die Angaben im Internet-Bestellformular Arzneimittel direkt beziehen. Diese Gefahr dürfte nicht durch werbliche Anreize im Bestellformular verschärft werden. Dem entspricht auch Sinn und Zweck des Art. 1 Abs. 4, Spiegelstrich 3 der Richtlinie 92/28/EWG, wonach Preislisten und Kataloge nur dann vom Anwendungsbereich der Richtlinie und damit vom weiten Werbebegriff ausgenommen sind, wenn sie „keine Angaben über das Arzneimittel enthalten.“ Diese auch als „no product claims“ bekannte Formulierung stellt heraus, dass Aussagen, die medizinisch-pharmakologischer Art sind und das Arzneimittel hinsichtlich seiner Indikation und Wirkungsweise näher konkretisieren, über das eine Preisliste charakterisierende Maß an Angaben hinausgehen. Angaben zur genauen Wirkungsweise, zur Darreichungs- und Dosierungsform sowie zu Nebenwirkungen sollten entsprechend dem Schutzzweck des Werbeverbotes als Angaben, die über das für den Bestellvorgang im Internet erforderliche Maß hinausgehen, dem weiten Werbebegriff unterstellt werden.

Fraglich ist aber, ob auch das Indikationsgebiet der vom Patienten ausgewählten Arzneimittel – abrufbar über einen installierten Link am Produktnamen – eine Angabe darstellt, die über die *conditio sine qua non* für einen Bestellvorgang im Internet hinausgeht. Dagegen spricht, dass der Patient im Internet sein Arzneimittel selbst aus dem Sortiment auswählt, wobei ihm zur eindeutigen Identifikation des für seine Behandlung in Frage kommenden Produktes nur eine beschränkte Anzahl an Kriterien zur Verfügung steht.

Insbesondere wegen des im Zulassungsrecht fehlenden Gebotes, ein Arzneimittel in der Gemeinschaft unter einheitlicher Bezeichnung in Verkehr zu bringen, sind wirkstoffgleiche Medikamente unter verschiedenen Namen erhältlich. Ein dem Patienten unter einem bestimmten Namen geläufiges Arzneimittel, das jedoch in der Internet-Apotheke – bedingt durch deren mitgliedstaatlichen Standort – unter einer anderen Bezeichnung geführt wird, ließe sich allenfalls über einen Vergleich der Wirkstoffe aus dem Warensortiment auswählen. Angesichts der sehr fachspezifischen chemischen Bezeichnungen ist gerade dies für einen Nicht-Fachmann sehr riskant, da erhöhte Gefahr von Verwechslungen bei minimal unterschiedlichen Wirkstoffnamen besteht.

Die Indikationsangabe von Arzneimitteln in einer Preisliste kann, sofern sie nicht mit einer Dosierungsanleitung oder der Beschreibung der Wirkweise des Medikamentes einhergeht, als notwendige Angabe für den Kauf eines Arzneimittels im Internet anzusehen sein. Jedoch wäre zwischen mehreren Indikationen die Grenze zu unzulässigen beschreibenden Angaben schwer zu ziehen, weshalb im Zweifel darauf verzichtet werden sollte. Statt dessen ist das Inverkehrbringen von Arzneimitteln unter gemeinschaftsweit einheitlicher Bezeichnung anzuraten.

Neben Preislisten und Katalogen unterfallen folglich auch die eine „Zwischenform“ darstellenden digitalen Bestellformulare – sofern sie unverzichtbar für die Ermöglichung der Einzeleinfuhr über den Internet-Handel sind – nicht dem Werbebegriff der Richtlinie 92/28/EWG und damit auch nicht dem Verbot des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG.⁵⁶⁾ Ein elektronisches Internet-Bestellformular un-

52) Dementsprechend hat Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen zur Entscheidung Kommission/Deutschland ausgeführt: „Es trifft zu, dass im Arzneimittelbereich noch keine vollständige Harmonisierung erreicht ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es den Mitgliedstaaten noch völlig freistünde, Einfuhren von Arzneimitteln jeder beliebigen Beschränkung zu unterwerfen. Es wäre mit Sicherheit irrig, anzunehmen, dass die Mitgliedstaaten den Art. 36 so lange uneingeschränkt anwenden könnten, bis der letzte Schritt auf dem Wege zur vollständigen Harmonisierung getan ist. Wenn die Harmonisierung nach und nach erfolgt, kann jeder Schritt in diesem Prozess das Ausmaß verringern, in dem ein Rückgriff auf Art. 36 gerechtfertigt ist. Meiner Ansicht nach ist genau dies in Bezug auf den Arzneimittelhandel geschehen.“ Vgl. Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge zu EuGH Slg. 1992, I-2575, 2598 Rn. 18 – Kommission/Deutschland.

53) So auch EuGH, Slg. 1989, 617, 638 f. Rn. 15 – Schumacher; EuGH Slg. 1992, I-2575, 2605 Rn. 10 – Kommission/Deutschland; EuGH Slg. 1994, I-5243, 5263 Rn. 14 – Ortscheit/Eurim Pharm.

54) Meyer, E-Commerce mit Arzneimitteln, Stuttgart 2000, S. 35 ff.

55) Dazu Koenig/Engelmann, PharmaR 9/2000, EA 1f.

56) Für eine Ausnahme von für den zulässigen Versandhandel unerlässlichen Informationen aus dem Werbebegriff auch Gröning, HWG-Kommentar, 1998, § 8 Rn. 22 f.

ter Adressangabe stellt keine von § 8 Abs. 2 HWG erfasste Werbung dar.

4. Das Verbot des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG im Lichte der EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (sog. E-Commerce-Richtlinie⁵⁷⁾)

a) Die Online-Werbung als Bestandteil des koordinierten Bereiches der E-Commerce-Richtlinie

Die Gemeinschaftsrechtskonformität des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG, der unter Zugrundelegung des weiten Werbebegriffes auch Bestellformulare erfassen würde, könnte mit Blick auf die Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie fraglich sein. Soweit nämlich Online-Werbung seitens eines in einem anderen EG-Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmens in Rede steht, ist ein Dienst der Informationsgesellschaft betroffen, welcher gemäß Art. 2 lit. h i), Spiegelstrich 2 in den koordinierten Bereich der E-Commerce-Richtlinie fällt. Deren koordinierter Bereich umfasst sämtliche Anforderungen, die in den nationalen Rechtssystemen an die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft oder an die Dienste selbst gestellt werden. Es zählen daher auch solche Anforderungen zum koordinierten Bereich, die nicht durch eigene Harmonisierungsvorgaben der E-Commerce-Richtlinie angeglichen werden, so z. B. die auf den Vorgaben der Richtlinie 92/28/EWG beruhenden Anforderungen des HWG an die Heilmittelwerbung – sofern sie online erfolgen. Dies wird auch durch Erwägungsgrund 21 gestützt, wonach die Online-Werbung ausdrücklich zum koordinierten Bereich der Richtlinie zählt. Auch die in § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG statuierte Anforderung an die Arzneimittelwerbung fällt damit gemäß Art. 2 lit. h i), Spiegelstrich 2 als Unterfall einer Anforderung an Qualität und Inhalt des Dienstes der Informationsgesellschaft in den koordinierten Bereich der E-Commerce-Richtlinie.

Nach Ablauf ihrer Umsetzungsfrist könnte eine weite Auslegung des deutschen Verbotes der Werbung für den Arzneimittelbezug im Wege der Einzeleinfuhr nach § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG betreffend den Internet-Arzneimittelhandel nicht mehr aufrechterhalten werden. Denn für die rechtliche Beurteilung des Online-Auftritts von Unternehmen im Bereich der Europäischen Gemeinschaft ist Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie von entscheidender Bedeutung. Dort wird als zentrales Prinzip das sog. Herkunftslandprinzip statuiert.⁵⁸⁾ Statt gemeinschaftsweit einheitliche Anforderungen aufzustellen, wird damit festgelegt, dass Anbieter von Informationsdienstleistungen aus der Europäischen Gemeinschaft grundsätzlich nur die Vorschriften ihres Niederlassungsstaates beachten müssen.⁵⁹⁾ Die Mitgliedstaaten dürfen also den freien Verkehr von Dienstleistungen der Informationsgesellschaft aus anderen Mitgliedstaaten nicht aus Gründen einschränken, die in den von der Richtlinie koordinierten Bereich fallen. Die Online-Werbung für den

Einzelbezug von Arzneimitteln gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG fällt laut Erwägungsgrund 21 ausdrücklich in den koordinierten Bereich der E-Commerce-Richtlinie. Dies bedeutet, dass das Verbot des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG betreffend die Werbung für die Einzeleinfuhr bei dessen weiter Auslegung im Falle von Online-Arzneimittelbestellungen wegen Unvereinbarkeit mit der E-Commerce-Richtlinie nicht mehr durchgesetzt werden kann.

b) Das Verbot der Online-Werbung als Rechtsstand der Gemeinschaft im Sinne des Art. 1 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie

Wenn das mitgliedstaatliche Verbot der Werbung für den Einzelbezug von Arzneimitteln in Umsetzung gemeinschaftlicher Rechtsakte erfolgt ist und als Schutzniveau für die öffentliche Gesundheit der Gemeinschaftsbürger nicht berührt werden soll, könnte das Verbot des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG auf Art. 1 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie gestützt werden. Art. 1 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie stellt eine Kollisionsnorm dar, die das Rangverhältnis der E-Commerce-Richtlinie zu den aufgeführten sekundärrechtlichen Schutzvorschriften regelt.

aa) Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 92/28/EWG als Rechtsstand der Gemeinschaft

Das einzelstaatliche Werbeverbot des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG lässt sich auf Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 92/28/EWG stützen, welcher lautet: „Die Mitgliedstaaten untersagen die Werbung für ein Arzneimittel, für dessen Inverkehrbringen keine Genehmigung nach den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft erteilt worden ist.“

Auch nach Einsetzung der zentralen Zulassungsbehörde EMEA erfolgt *mangels gänzlicher Vereinheitlichung* der Arzneimittelzulassungsverfahren ein großer Teil an Zulassungen noch immer über einzelstaatliche Vorschriften, die auf der Richtlinie 65/65/EWG sowie ihren Änderungsrichtlinien beruhen. Zudem sind die Kriterien über die nationale Zulassungserteilung bis heute nicht vollständig harmonisiert worden. Von daher ließe sich argumentieren, dass auch § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG als Rechtsstand der Europäischen Gemeinschaft, der von der E-Commerce-Richtlinie lediglich ergänzt werden darf, zum Schutze der öffentlichen Gesundheit anzuerkennen ist. Denn im Lichte des Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 92/28/EWG dient § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG jedenfalls auch dazu, dass die nationalen Zulassungsvorschriften nicht durch werbliche Animation zur Einzeleinfuhr nach § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG umgangen werden. Insoweit könnte das bestehende Schutzniveau, das § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG nach Vorgabe des Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 92/28/EWG aufstellt, durch eine einzelbezugsorientierte Internet-Werbung nachhaltig betroffen sein. § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG in der weiten Auslegungsvariante wäre daher als Rechtsstand der Gemeinschaft im Sinne des Art. 1 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie grundsätzlich anzuerkennen.

bb) Unzulässige Beschränkung von Diensten der Informationsgesellschaft

Andererseits darf ein Verbot nicht auf Art. 1 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie gestützt werden, wenn dadurch die „Freiheit, Dienste der Informationsgesellschaft anzubieten, eingeschränkt“ wird. Um nicht die gesamte

57) Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. EG 2000 Nr. L 178, S. 1 ff.

58) Kritisch etwa Hoeren, MMR 1999, 192, 194 ff.; Landfermann, ZUM 1999, 795, 798 f.; Spindler, ZUM 1999, 775, 780 ff.; zur kommerziellen Kommunikation Tettenborn, K&R 1999, 252, 255.

59) Vgl. dazu Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, 583, die dem Anwendungsbereich des Herkunftslandsprinzips bereits einen Ausnahmecharakter zuschreiben.

Vorschrift des Art. 1 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie leerlaufen zu lassen, kann aber nicht jegliche Einschränkung der „Freiheit, Dienste der Informationsgesellschaft anzubieten“, dazu führen, dass eine innerstaatliche Umsetzungsvorschrift nicht als unantastbarer Rechtsstand der Gemeinschaft anerkannt wird. Zumindest wenn eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft gänzlich unterbunden würde, kann die jeweilige Verbotsnorm nicht aus Gründen des öffentlichen Gesundheits- und Verbraucherschutzes auf Art. 1 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie gestützt werden. Greift aus diesem Grund die Kollisionsnorm des Art. 1 Abs. 3 nicht ein, so gelten die Vorschriften der E-Commerce-Richtlinie uneingeschränkt.

Im Falle der Durchsetzung eines weit ausgelegten Verbotes der Online-Werbung für die Einfuhr von Arzneimitteln nach § 73 Abs. 2 Nr. 6 a AMG dürfte nicht nur ein bestimmter Anteil an Arzneimitteln im Zusammenhang mit der Transaktionsform Internet-Handel nicht beworben werden, sondern alle über die Online-Apotheke zu beziehenden Arzneimittel ausnahmslos. Denn das Werbeverbot des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG bezieht sich konkret auf die *Bezugsform*, die *conditio sine qua non* für den Internet-Arzneimittelhandel ist und nicht auf Arzneimittel, die alternativ aus dem Werbesortiment hätten genommen werden können. Durch ein Werbeverbot für die Transaktionsform würde die Freiheit der hier einschlägigen Informationsdienstleistung, nämlich des Zurverfügungstellens der Möglichkeit einer „Internet-Arzneimittelbestellung“, nicht nur erheblich eingeschränkt, sondern vielmehr unmöglich gemacht, wenn das Anbieten von durch Namen und Preis individualisierbaren Arzneimitteln unter Angabe einer Bezugsadresse, d. h. vor dem Hintergrund der Einzelbezugsform, bereits als Werbung eingestuft würde. Da diese Präsentationsform – konkretisierte Arzneimittel unter Adressangabe anzubieten – die *conditio sine qua non* für den Online-Apothekenhandel bildet, würde die als Dienst der Informationsgesellschaft einzuordnende Internet-Präsentation praktisch unmöglich gemacht. Jedoch ist die Möglichkeit des Kaufvertragsabschlusses über ein digitales Bestellformular im Internet als Dienst der Informationsgesellschaft im Sinne der E-Commerce-Richtlinie grundsätzlich zu gewährleisten. Würde man den Werbebegriff nicht einschränkend dahingehend auslegen, dass diese Bestellformulare aus der Definition der Werbung auszunehmen sind, würde die Freiheit, eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft anzubieten, und damit die praktische Wirksamkeit („*effet utile*“) der E-Commerce-Richtlinie konterkariert. Das Verbot des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG unter Zugrundelegung des weiten Werbebegriffes kann daher jedenfalls nach Ablauf der Umsetzungsfrist der E-Commerce-Richtlinie nicht aus Gründen des öffentlichen Gesundheitsschutzes auf Art. 1 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie gestützt werden.

IV. Vereinbarkeit der Internet-Präsentation einer Online-Apotheke mit § 3 a HWG

Für den Fall einer werblichen Präsentation, die sich schlechthin auf in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel, also nicht auch darüber hinaus auf den Einzelbezug dieser Arzneimittel bezieht, wäre § 3 a HWG als *Auffangnorm* weiterhin einschlägig.

1. Werbung für in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel

Wird in der alphabetischen oder indikationsspezifischen Auflistung der online erhältlichen und damit konkretisierten Arzneimittel darauf hingewiesen, dass Arzneimittel möglicherweise unter anderen Marken angeboten werden, als sie in einigen Mitgliedstaaten „für den identischen Wirkstoff und die identische Dosierung“ gängig sind, kann nicht schon aus den Divergenzen in den Bezeichnungen darauf geschlossen werden, dass es sich um Arzneimittel handelt, die nicht in Deutschland zugelassen sind⁶⁰. Selbst das zentrale Zulassungsverfahren nach Verordnung 2309/93/EWG schreibt für den Fall einer gemeinschaftsweit einheitlich erteilten Genehmigung zum Inverkehrbringen nicht auch eine einheitliche Bezeichnung des zugelassenen Arzneimittels in allen Mitgliedstaaten vor. Umfasst ein Internet-Angebot in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel und sind – auch unter Zugrundelegung des engen Werbebegriffes – Angaben auf der Homepage enthalten, die als Werbung für nicht zugelassene Arzneimittel qualifiziert werden müssen, unterfiele der Internet-Auftritt dem Verbot des § 3 a HWG.

2. In Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel als Bezugspunkt der Online-Werbung

Sollte im Rahmen der deutschsprachigen Internet-Präsentation ein in Deutschland nicht zugelassenes Arzneimittel außerhalb eines digitalen Bestellformulars werblich angepriesen werden, z. B. durch Abbildung oder eingehendere Produktbeschreibung (Wirkungsweise, Dosierungsanleitung, allgemeine Informationen zu Krankheitserscheinungen etc.), so wären nicht zugelassene Medikamente Bezugspunkt der finalen Online-Apothekenwerbung bei deutschen Endverbrauchern. Überdies zielte jede für deutsche Internet-Nutzer als Hilfestellung anzusehende Dienstleistung direkt auf den deutschen Endkundenmarkt.

3. Der Tatbestand des § 3 a HWG im Lichte der E-Commerce-Richtlinie

§ 3 a HWG stellt eine in innerstaatliches Recht umgesetzte Vorgabe des Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 92/28/EWG dar und ist als Rechtsstand auf Gemeinschaftsrechtsebene aufgrund Art. 1 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie anzusehen. Das in Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie statuierte Herkunftslandprinzip steht den Schutznormen nicht entgegen. § 3 a HWG kann damit gegenüber den von der Online-Apotheke präsentierten digitalen Bestellformularen aufrechterhalten werden, soweit darin Angaben enthalten sind, die über das für die Transaktion Notwendige hinausgehen und nicht zugelassene Arzneimittel betreffen.⁶¹

60) So aber ohne weiteres Meyer, E-Commerce mit Arzneimitteln, Stuttgart 2000, S. 39.

61) Praktisch hat dies jedoch keine sanktionsrechtlichen Auswirkungen, da ein Verstoß gegen § 3 a keine Ordnungswidrigkeit im Sinne des 15 HWG begründet. Dieser erfasst in Absatz 1 Nr. 4 allein den Tatbestand des § 8 Abs. 2 Alt. 2 HWG. Auch für den Fall, dass der Verweis von § 3 a HWG auf §§ 14, 15 HWG im Rahmen der 8. AMG-Novelle lediglich vergessen worden ist (so auch Doepner, HWG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 3 a Rn. 12; Kleist/Hess/Hoffmann, HWG-Kommentar, 1998, § 3 a Rn. 6), scheidet eine Ordnungswidrigkeit aus. Denn auch im Ordnungswidrigkeitenrecht gilt der Grundsatz *nulla poena sine lege*.

V. Vereinbarkeit des Internet-Auftrittes mit § 8 Abs. 2 Alt. 1 HWG

Die Internet-Präsentation einer Online-Apotheke könnte durch § 8 Abs. 2 Alt. 1 HWG untersagt sein, wonach die Werbung für den Bezug von Arzneimitteln im Wege des Teleshopping verboten ist. Maßgeblich ist, ob der Internet-Arzneimittelhandel durch Online-Apotheken als Teleshopping zu charakterisieren ist.

Nach Art. 1 f. der Richtlinie 97/36/EG (Neufassung der Fernsehrichtlinie) definiert sich Teleshopping als Ausstrahlung von Angeboten an die Öffentlichkeit für den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt im Rahmen von Fernsehsendungen. Nicht vom Teleshopping erfasst sind dagegen andere Dienstleistungen per Telekommunikation im weitesten Sinn.⁶²⁾

Im Unterschied zum Teleshopping erfolgt beim Internet-Handel die Arzneimittelabgabe direkt durch die Apotheke und nicht im Wege einer durch Programmhafte gekennzeichneten Präsentationsform von Seiten geschulter Verkaufsmanager. Schon aus diesem Grund ist der Internet-Handel durch Apotheken deutlich vom Teleshopping abzugrenzen. Zudem war zum Zeitpunkt der Einfügung des Teleshoppingverbotes in das HWG im Jahre 1998 die Bezugsmöglichkeit „Internet“ bereits bekannt und wurde dennoch nicht in den Wortlaut von § 8 Abs. 2 Alt. 1 HWG aufgenommen. Hinweise auf den Bezug von Arzneimitteln aus Online-Apotheken sind nicht als Werbung für den Arzneimittelbezug in der Form des Teleshopping zu charakterisieren. § 8 Abs. 2 Alt. 1 HWG steht daher einem Online-Apotheken-Auftritt nicht entgegen.

62) Vgl. dagegen Doepner, HWG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 8 Rn. 42.

Dr. Volker Deutsch

Vorsitzender Richter am LG a.D., Hamburg

Titelschutz bei gemeinfrei gewordenen Werken

– zugleich ein Beitrag zur Klagebefugnis in Titelstreitigkeiten

1. Zusammengehörigkeit von Titel und Werk

In der Festschrift für Prof. Teplitzky stellt Prof. Hertin in seinem Beitrag „Schutz des Titels an urheberrechtlich gemeinfrei gewordenen Werken und fiktiven Figuren?“¹⁾ die These auf, dass der Titel eines urheberrechtlich geschützten Werkes nach Ablauf der Schutzfrist ebenso frei werde wie das Werk, das dann beliebig vervielfältigt, bearbeitet oder verändert werden dürfe, mit der Folge, dass der Werktitel nunmehr von jedermann auch zur Kennzeichnung anderer Werke identisch benutzt werden dürfe. Allenfalls das Irreführungsverbot (§ 3 UWG) könne entgegenstehen.

Dieser These ist nachdrücklich zu widersprechen. Auch wenn der Urheberschutz für ein Werk erlischt, können

1) WRP 2000, 889 ff.; dagegen bereits Delp, WRP 2000, 1086 ff.

VI. Vereinbarkeit des Internet-Auftrittes mit § 8 Abs. 1 HWG

Der Internet-Apothekenauftritt mit Einzelbezugshinweis könnte als Werbung für den Versand von Arzneimitteln dem Verbotstatbestand des § 8 Abs. 1 HWG unterfallen: „Unzulässig ist eine Werbung, die darauf hinwirkt, Arzneimittel, deren Abgabe den Apotheken vorbehalten ist, im Wege des Versandes zu beziehen. Dieses Verbot gilt nicht für eine Werbung, die sich auf die Abgabe von Arzneimitteln in den Fällen des § 47 des Arzneimittelgesetzes bezieht“ (§ 8 Abs. 1 HWG).

Die Richtlinie 92/28/EWG enthält keine Regelung, auf der § 8 Abs. 1 als einzelstaatlicher Umsetzungsakt beruht. In Art. 5 der Richtlinie 92/28/EWG, welcher Elemente erwähnt, die die Öffentlichkeitswerbung nicht enthalten darf, ist der Versandhandel nicht aufgeführt. Eine Reduktion des Anwendungsbereiches des Werbebegriffes ergibt sich daher zumindest nicht bereits im Wege einer EG-richtlinienkonformen Auslegung. Da die Internet-Transaktion aber ohnehin von Art. 28 EG geschützt ist, darf deren praktische Wirksamkeit von daher nicht durch ein weit ausgelegtes Werbeverbot konterkariert werden. Zusätzlich fällt der Regelungsgehalt von § 8 Abs. 1 HWG in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie, da § 8 Abs. 1 HWG keine Umsetzung eines EG-Sekundärrechtsaktes darstellt und Art. 1 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie insoweit nicht greift. Wenn das Recht des Niederlassungsstaates einer Online-Apotheke kein Verbot der Werbung für den Arzneimittelversand kennt, müssen Maßnahmen der Apotheke im Internet mit konkretem Versandhandelsbezug auch in Deutschland grundsätzlich als rechtlich zulässig anerkannt werden.