

# **Ausschluss des Widerrufsrechts bei Arzneimitteln**

## **Eigener Leitsatz:**

Das Widerrufsrecht ist bei Fertigarzneimitteln mangels Verkehrsfähigkeit ausgeschlossen, wenn diese aus Gründen der Arzneimittelsicherheit nicht ein zweites Mal in den Verkehr gebracht werden dürfen. Zwar existiert für Fertigarzneimittel kein eindeutiges Verbot zum Wiederverkauf, aber Apotheken und Arzneigroßhandel sind rechtlich dazu verpflichtet, zurückgenommene Arzneimittel getrennt von den zur Abgabe bestimmten Waren zu lagern und als „nicht verkehrsfähig“ zu kennzeichnen, abzusondern und der Vernichtung zuzuführen, da eine fachgerechte Lagerung zuvor bei Verbrauchern nicht gewährt werden kann.

## **Landgericht Halle**

**Urteil vom 08.01.2013**

**Az.: 8 O 105/12**

## **Tatbestand:**

Der Verfügungskläger macht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen den Verfügungsbeklagten geltend.

Der Verfügungskläger ist ein in die Liste qualifizierter Einrichtungen gem. § 4 UKlaG eingetragener Verbraucherschutzverein.

Der Verfügungsbeklagte betreibt eine Versandapotheke.

In der unter [www. ... .de](http://www. ... .de) abrufbaren Widerrufsbelehrung des Verfügungsbeklagten heißt es unter „Besondere Hinweise“ wie folgt:

„Ein Widerrufsrecht besteht gemäß §312 d Abs. 4 Ziff. 1 BGB nicht bei Verträgen zur Lieferung von Waren, die nach Kundenspezifikationen angefertigt werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind oder aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für die Rücksendung geeignet sind oder schnell verderben können oder deren Verfallsdatum überschritten würde. Aus diesem Grund besteht ein Widerrufsrecht nicht für Arzneimittel. Derartige Waren sind dadurch erkennbar, dass auf der Packung der Hinweis „Apothekenpflichtig“ oder „Verschreibungspflichtig“ angegeben ist.“

Hinsichtlich der Widerrufsfrist weist der Verfügungsbeklagte darauf hin, dass diese nicht vor Erfüllung seiner Pflichten gem. § 312e Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 246 § 3 EGBGB beginne.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verfügungsbeklagten enthalten in § 5 eine Regelung, wonach der Kunde mit Gegenansprüchen nur aufrechnen kann, soweit diese rechtskräftig festgestellt oder unbestritten sind. Nach § 6 seiner AGB bleibt die gelieferte Ware bis zur vollständigen Bezahlung aller Zahlungsverpflichtungen im Eigentum der Apotheke. Schließlich enthält § 7 seiner AGB eine Haftungsbeschränkung dahingehend, dass eine unbegrenzte Haftung nur besteht, wenn im Einzelfall eine Garantie übernommen worden ist, wenn die Pflichtverletzung vorsätzlich oder grob fahrlässig begangen worden ist sowie bei Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit. Im übrigen besteht eine Haftung lediglich bei der Verletzung vertragswesentlicher Pflichten, die die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages erst ermöglichen (Kardinalpflichten), insoweit allerdings beschränkt auf 5 % des Verkaufswertes pro Schadensfall.

Der Verfügungskläger erachtet den Widerrufsabschluss für

verschreibungspflichtige und apothekenpflichtige Arzneimittel für wettbewerbswidrig, weil diese Produkte weder zur Rücksendung ungeeignet noch per se verderblich seien. Ferner meint er, dass die Widerrufsbelehrung des Verfügungsbeklagten nicht hinreichend deutlich hervorgehoben sei. Der Hinweis zum Beginn der Widerrufsfrist sei insoweit unrichtig, als auf § 312e Abs. 1 S. 1 BGB verwiesen werde, der Regelungen zum Wertersatz beinhalte. Das in den AGB des Verfügungsbeklagten enthaltene Aufrechnungsverbot (§ 5), der Eigentumsvorbehalt (§ 6) sowie die Haftungsbeschränkung bei Verletzung vertragswesentlicher Pflichten (§ 7) seien wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam.

*Der Verfügungskläger beantragt,*

dem Verfügungsbeklagten bei Meidung eines Ordnungsgeldes in Höhe von 5,- EUR bis zu 250.000,- EUR, an dessen Stelle im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ordnungshaft bis zu 6 Monaten tritt, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten – im Falle mehrfacher Zuwiderhandlung bis zu 2 Jahren – für jeden Fall der Zuwiderhandlung gem. §§ 935 ff. 890 ZPO zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr gegenüber Verbrauchern

eine Widerrufsbelehrung zu verwenden,

soweit diese das Widerrufsrecht für verschreibungspflichtige und apothekenpflichtige Arzneimittel ausschließt;

wenn diese – soweit sie in AGB erteilt wird – nicht drucktechnisch aus dem übrigen Vertragstext deutlich herausgehoben wird;

wenn diese – soweit es sich um einen Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr handelt – nicht einen sinngemäßen Hinweis darauf enthält, dass die Widerrufsfrist „jedoch nicht vor Erfüllung unserer Pflichten gem. § 312g Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 246 § 3 EGBGB“ beginnt;

Bestimmungen in Verträge als AGB einzubeziehen sowie sich auf

diese Bestimmungen bei der Abwicklung von nach dem 01.04.1977 geschlossenen Verträgen zu berufen, denen zufolge

die Aufrechnung mit Gegenansprüchen auf rechtskräftig festgestellte oder unbestrittene Ansprüche beschränkt wird;

die gelieferte Ware bis zur vollständigen Bezahlung aller Zahlungsverpflichtungen im Eigentum des Verfügungsbeklagten bleibt;

der Verfügungsbeklagte bei der Verletzung vertragswesentlicher Pflichten, die die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages erst ermöglichen (Kardinalpflichten) zwar haftet, diese Haftung allerdings auf 5 Prozent des Verkaufswertes pro Schadensfall beschränkt wird; wenn dies jeweils geschieht wie in Anlage AS 2 dargestellt.

*Der Verfügungsbeklagte beantragt,*

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Er bestreitet, dass die durch den Verfügungskläger seinen Verfahrensbevollmächtigten, eine Anwaltssozietät mit der ausländischen Rechtsform einer LLP, erteilte Prozessvollmacht durch vertretungsberechtigte Mitglieder des Vorstandes des Verfügungsklägers in vertretungsberechtigter Anzahl unterzeichnet worden sei. Ferner bestreitet der Verfügungsbeklagte die Berechtigung von Rechtsanwalt H. zur Vertretung der LLP im Hinblick auf die von ihm erteilte Untervollmacht zur Terminswahrnehmung vor der Kammer durch Rechtsanwalt K..

Darüber hinaus bezweifelt der Verfügungsbeklagte die Aktivlegitimation des Verfügungsklägers. Er bestreitet mit Nichtwissen, dass der Verfügungskläger die sich aus § 4 Abs. 2 UKlaG ergebenden Voraussetzungen erfülle.

Im Übrigen meint der Verfügungsbeklagte, dass ein

Widerrufsausschluss bei Arzneimitteln zulässig sei. Rezepturarzneimittel seien individuell für den Kunden angefertigt. Fertigarzneimittel könnten aus Gründen der Arzneimittelsicherheit bei Rücksendung nicht ein zweites Mal in den Verkehr gebracht werden und seien daher zur Rücksendung ungeeignet. Einer hervorgehobenen und deutlich gestalteten Widerrufsbelehrung bedürfe es in Textform erst spätestens bei Lieferung der Ware, nicht jedoch bei bloßer Information vor Vertragsabschluss. Soweit es um die beanstandeten AGB-Klauseln gehe, liege eine unangemessene Benachteiligung nicht vor.

### **Entscheidungsgründe:**

#### **I.**

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig.

Zulässigkeitsbedenken unter dem Gesichtspunkt fehlender Postulationsfähigkeit (§ 78 ZPO) bestehen nicht. Der Verfügungskläger wird nach den allgemein zugänglichen Verlautbarungen im Gemeinsamen Registerportal der Länder, abrufbar unter [www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de), allein durch den in der Antragsschrift benannten Vorstand M. H. vertreten. Die im Original vorgelegte Prozessvollmacht vom 16.10.2012 (Bl. 61 GA) ist mit einem als „M. H“ entnehmbaren Schriftzug unterzeichnet. Die Echtheit der Urkunde ist unstreitig.

Auch im Hinblick auf die Untervollmacht (Bl. 60 GA) bestehen keine Bedenken. Die Prozessvollmacht ist nicht alleine der LLP, sondern auch eigens namentlich genannten Rechtsanwälten, insbesondere ausdrücklich Rechtsanwalt H, erteilt worden. Dieser war daher zur Erteilung der Untervollmacht berechtigt.

#### **II.**

Der Antrag ist teilweise begründet.

1. Der Verfügungskläger ist gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG antragsbefugt. Er hat durch Vorlage der vom Bundesverwaltungsamt ausgestellten Bescheinigung vom

08.12.2010 (Anlage AS 1) nachgewiesen, dass er in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragen ist. Darüber, ob die sachlichen Voraussetzungen für die Eintragung (noch) vorliegen, hat die Kammer nicht zu befinden (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 8 Rdnr. 3.61). Unabhängig davon sind begründete Zweifel am Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen weder von der Beklagten vorgetragen noch sonst ersichtlich.

2. Dem Verfügungskläger steht im Hinblick auf den Widerrufsausschluss kein Unterlassungsanspruch gegen den Verfügungsbeklagten gem. §§ 3, 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG oder §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 312c BGB i.V.m. Art. 246 § 1 Nr. 10 EGBGB zu.

Nach Auffassung der Kammer ist bei Arzneimitteln ein Widerrufsausschluss bei Fernabsatzverträgen zulässig. Ein Widerrufs- oder Rückgaberecht besteht bei Fernabsatzverträgen gem. § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB in den Fällen nicht, wenn die zu liefernden Waren nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder auf die persönlichen Verhältnisse des Kunden zugeschnitten oder aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für die Rücksendung geeignet sind, schnell verderben können bzw. deren Verfalldatum überschritten würde.

Soweit es sich um individuell hergestellte Rezeptur Arzneimittel handelt, sind diese unzweifelhaft nach Kundenspezifikation angefertigt bzw. auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten, so dass ein Widerrufsausschluss nach § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB gedeckt ist.

Nach einer Entscheidung des AG Köln (NJW 2008, 236) hat ein Medikament, ob apothekenpflichtig oder nicht, keine besondere Beschaffenheit, die es zur Rücksendung ungeeignet mache. An der Eignung fehle es insbesondere deswegen nicht, weil es vor der Versendung gefahrbringenden Manipulationen ausgesetzt worden sein könnte. Der Umstand, dass das Medikament möglicherweise nicht mehr in den Verkehr gebracht werden

dürfe, liege allein in dem Risikobereich des Unternehmers.

Nach anderer Auffassung soll das Widerrufsrecht bei Fertigarzneimitteln mangels Verkehrsfähigkeit ausgeschlossen sein, wenn aus Gründen der Arzneimittelsicherheit diese nicht ein zweites Mal in den Verkehr gebracht werden dürfen (vgl. Mand NJW 2008, 190 ff.; Becker/Föhlisch NJW 2008, 3751, 3754 f.).

Die Kammer schließt sich der letztgenannten Auffassung an.

Die Ausnahmevorschrift der Ungeeignetheit zur Rücksendung nach § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB meint weniger eine technische Unmöglichkeit, vielmehr eine Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit aus rechtlichen Gründen (vgl. Mü-Ko/Wendehorst, BGB, 6. Aufl., § 312d Rdnr. 25; Staudinger/Thüsing (2013), BGB, § 312d Rdnr. 50). Das wird immer der Fall sein, wenn es dem Unternehmer nicht zugemutet werden kann, dass er die Ware zurücknimmt, weil sie sich nicht mehr in dem Zustand befindet, in dem er sie an den Verbraucher ausgeliefert hat. Der Gesetzgeber hat als Beispiel in den Gesetzesmaterialien die Lieferung von Heizöl genannt, das sich im Tank des Kunden dergestalt mit anderem Heizöl vermischt, dass es nicht mehr bestimmten DIN-Normen entspricht und daher entwertet ist (vgl. Mü-Ko/Wendehorst, a.a.O., Staudinger/Thüsing, a.a.O.).

Die Kammer schließt der Auffassung von Mand (a.a.O. S. 191 f) an, wonach Fertigarzneimittel aus rechtlichen Gründen nach einer Rücksendung an die Apotheke nicht mehr veräußerbar sind. Eine klare gesetzliche Regelung existiert zwar nicht. Für ein solches Verbot spricht aber insbesondere § 7b der Betriebsordnung für Arzneimittelgroßhandelsbetriebe (AMGrHdlBetrV). Danach ist der Arzneimittelgroßhandel verpflichtet, zurückgenommene Arzneimittel getrennt von den zur Abgabe bestimmten Beständen zu lagern, ferner als „nicht verkehrsfähig“ kenntlich zu machen, abzusondern und der Vernichtung zuzuführen, wenn der Zurückgebende keine Angaben zur Verkehrsfähigkeit macht. A maiore ad minus sollte

Entsprechendes auch für Apotheken sprechen gelten. Bei privaten Endverbrauchern ist die fachgerechte Lagerung und die Konstanz der qualitätsbestimmenden Faktoren (Arzneimittelstabilität) noch weniger gewährleistet als im Großhandelsbereich durch Apotheken. Insbesondere können Verbraucher keine verlässlichen Angaben zur Verkehrsfähigkeit der zurückgegebenen Arzneimittel machen (vgl. Mand a.a.O., S. 192). Dagegen spricht auch nicht die Regelung in § 3 Abs. 6 AMPreisV, die bei der Weiterveräußerung zurückgegebener verschreibungspflichtiger Arzneimittel einen reduzierten Festzuschlag von 5,80 EUR vorsieht. Nach der Gesetzesbegründung bezieht sich diese Regelung primär auf den Sonderfall der Abgabe von Arzneimitteln in Alten- und Pflegeheime sowie Hospizen. Sie steht in direktem Zusammenhang mit dem gleichzeitig neu gefassten § 5b Abs. 6 BtMVV. Danach dürfen nicht mehr benötigte Betäubungsmittel, die ein Arzt für Patienten in den genannten Einrichtungen in eigener Verantwortung lagert, an eine versorgende Apotheke zum Zwecke der Weiterverwendung in einer entsprechenden Einrichtung zurückgegeben werden (vgl. Mand a.a.O. S. 192). Mand ist daher darin zuzustimmen, dass vor diesem Hintergrund § 3 Abs. 6 AMPreisV keinen Rückschluss auf die Zulässigkeit des Weiterverkaufs von Arzneimittel erlaubt, die eine Apotheke zuvor an Verbraucher versendet und anschließend zurückerhalten hat.

Aus Gründen der Arzneimittelsicherheit sind daher nach Auffassung der Kammer Arzneimitteln zur Rücksendung wegen rechtlicher Unzumutbarkeit nicht geeignet.

3. Dem Verfügungskläger steht auch kein Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 360 BGB wegen Verstoßes gegen das Deutlichkeitsgebot zu.

Das Deutlichkeitsgebot bei der Widerrufsbelehrung nach § 360 BGB betrifft die Belehrungspflicht bei Vertragsschluss, die in Textform erfolgen und erforderlichenfalls hervorgehoben und deutlich gestaltet sein muss. Demgegenüber sind die

Informationspflichten vor Abgabe einer Vertragserklärung nach § 312 c BGB i.V.m. Art. 246 §§ 1, 2 EGBGB lediglich klar und verständlich in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise mitzuteilen. Dass die Belehrung im Internetauftritt in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verfügungsbeklagten eingebettet ist, zieht also kein Erfordernis deutlicher Gestaltung und Hervorhebung nach sich (vgl. KG NJW 2006, 2006, 3215 – bei juris Rdnr. 19).

4. Demgegenüber steht dem Verfügungskläger jedoch ein Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 312c Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB wegen unrichtiger Belehrung über den Beginn der Widerrufsfrist.

Bis zum 04.08.2011 war die Belehrung des Verfügungsbeklagten, wonach die Widerrufsfrist nicht vor Erfüllung der Pflichten gem. § 312e Abs. 1 S.1 BGB i.V.m. Art. 246 § 3 EGBGB beginnt, zutreffend. Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Anpassung von Vorschriften über den Wertersatz beim Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge vom 27.07.2011 (BGBl. 2011, 1600) sind die Pflichten nunmehr in § 312g BGB geregelt. Die Unrichtigkeit wird insoweit von dem Verfügungsbeklagten auch nicht in Abrede gestellt.

5. Ferner kann der Verfügungskläger von dem Verfügungsbeklagten nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 1 UKlaG, § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 307 ff. BGB wegen Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen Unterlassung verlangen.

a) Das Aufrechnungsverbot in § 5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verfügungsbeklagten ist wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 BGB unwirksam.

Der BGH hat im Werkvertragsrecht eine Unwirksamkeit damit begründet, dass im Falle der Wirksamkeit des Aufrechnungsverbotes bei konnexen Gegenforderungen, die dazu dienen, das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis

von Leistung und Gegenleistung herzustellen, die Klauselverbote des § 309 Nr. 2 a) und b) BGB konterkariert würden und dadurch ein nicht hinzunehmender Wertungswiderspruch entstünde (vgl. NJW 2011,1729). Denn vor Umwandlung des Zurückbehaltungsrechtes in einen aufrechenbaren Gegenanspruch könne dem Vergütungsanspruch des Verwenders ein Zurückbehaltungsrecht entgegengehalten werden, ohne dass insoweit die Möglichkeit bestünde, dieses durch Allgemeine Geschäftsbedingungen auszuschließen (vgl. BGH a.a.O.). Diese Entscheidung ist auf das Kaufrecht übertragbar, jedenfalls soweit es – wie hier – um den nicht kaufmännischen Geschäftsverkehr geht. Insoweit unterscheiden sich die Regelungen bei mangelhafter Leistung im Werkvertragsrecht und Kaufrecht nicht wesentlich.

b) Ebenso ist die Regelung in § 6 seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach sich der Verfügungsbeklagte das Eigentum an der Ware bis zur vollständigen Bezahlung aller Zahlungsverpflichtungen vorbehält, wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 BGB unwirksam.

Die Klausel dehnt den Eigentumsvorbehalt auf andere Forderungen aus anderen Verträgen aus und enthält somit einen sog. erweiterten Eigentumsvorbehalt. Die Kammer schließt sich der Auffassung an, dass ein erweiterter Eigentumsvorbehalt im nichtkaufmännischen Bereich durch Formularbedingungen nicht wirksam vereinbart werden kann (vgl. OLG Koblenz NJW-RR 1989, 1460; OLG Frankfurt NJW 1981, 130). Ein erweiterter Eigentumsvorbehalt widerspricht der gesetzlichen Regelung des § 433 Abs. 1 BGB, die dem Verkäufer als Hauptpflicht die Verpflichtung auferlegt, dem Käufer das Eigentum an der verkauften Sache zu verschaffen. Mit der Verzögerung der Eigentumsübertragung bis zur Bezahlung aller bestehenden Forderungen, also auch solcher aus anderen Kaufverträgen, wird der Kunde unangemessen benachteiligt (vgl. OLG Koblenz a.a.O.). Es ist mit dem Zweck der jeweils abgeschlossenen neuen Kaufverträge nicht zu vereinbaren, dass die Übertragung

des Eigentums wegen früher begründeter Forderungen nicht stattfinden soll, obwohl die neu gekaufte Sache bezahlt ist (vgl. OLG Frankfurt, a.a.O. – bei juris Rdnr. 28).

c) Schließlich ist die Haftungsbeschränkung bei vertragswesentlichen Pflichten in § 7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verfügungsklägers wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 BGB unwirksam.

Eine Haftungsbegrenzung bei fahrlässiger Verletzung von wesentlichen Vertragspflichten ist nach der Rechtsprechung des BGH nur dann wirksam, wenn die Höchstsumme die vertragstypischen, vorhersehbaren Schäden abdeckt (vgl. BGH ZIP 2012, 1545 m.w.N. – bei juris Rdnr. 40). Dass ein Betrag von 5 % des Kaufpreises genügt, um infolge von z.B. mangelhafter Lieferungen eintretende Sach- und Vermögensschäden auszugleichen, darf bezweifelt werden. Jedenfalls fehlt es aber insoweit an konkretem Tatsachenvortrag des Verfügungsbeklagten.

### **III.**

Die Dringlichkeit wird gem. § 12 Abs. 2 UWG vermutet.

### **IV.**

Die Androhung von Ordnungsmitteln beruht auf § 890 ZPO.

### **V.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hinsichtlich der Teilabweisung beruht auf §§ 708 Nr. 6, 711 S. 1 und 2 ZPO. Eines Ausspruchs über die Vollziehbarkeit der dem Antrag stattgebenden Verfügung bedarf es nicht.