

Christa Tobler

INTERNETAPOTHEKEN

IM EUROPÄISCHEN RECHT

**Positive und negative Integration am Beispiel des grenz-
überschreitenden Verkaufs
von Arzneimitteln in der EU und in der Schweiz**

Das **Europainstitut der Universität Basel** ist ein rechts-, politik- und wirtschaftswissenschaftliches Zentrum für interdisziplinäre Lehre und Forschung zu europäischen Fragen. Das Institut bietet ein einjähriges, praxisbezogenes und interdisziplinäres Nachdiplomstudium zum *Master of Advanced Studies in European Integration* an, sowie die Vertiefungsstudien *Major in Conflict and Development* und *Major in International Business*. Daneben führt das Institut zusammen mit der Juristischen, der Wirtschaftswissenschaftlichen und der Philosophisch-Historischen Fakultät der Universität Basel einen *Masterstudiengang European Studies* durch. Es finden ausserdem regelmässig spezielle Weiterbildungskurse, Seminare und Vorträge statt. In der Forschung werden in Zusammenarbeit mit benachbarten Instituten sowohl fachspezifische wie multidisziplinäre Themen bearbeitet. Das Europainstitut ist als Ansprechpartner für Politik, Wirtschaft und Verwaltung beratend tätig.
www.europa.unibas.ch

ISBN-13: 978-3-905751-12-3

ISBN-10: 3-905751-12-7

Christa Tobler ist Professorin für europäisches Recht an den Europainstituten der Universitäten Basel und Leiden (Niederlande). In ihren Forschungsarbeiten legt sie ein besonderes Gewicht auf Fragen der Rechtsgleichheit und Diskriminierung, sowohl im Wirtschaftsrecht wie auch im Sozialrecht. Sie ist Expertin in zwei Expertisennetzwerken der Europäischen Kommission zu Diskriminierungsfragen. Christa Tobler war an der Entwicklung von Tafeln zum EG-Recht beteiligt, einem neuartigen Lehrmittel im Bereich des europäischen Rechts (Christa Tobler/Jacques Beglinger, *Essential EC Laws in Charts*, Budapest: HVG-Orac 2007, see <http://www.eur-charts.eu>). Sie ist überzeugt vom didaktischen Wert sogenannter Moot Courts (nachgestellten fiktiven Gerichtsfällen) und amtiert regelmässig als Richterin im European Law Moot Court (www.elmc.org).

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung Christa Tobler	5
I. Einleitung	7
II. Die Brüder Tinbergen	8
III. Negative und positive Integration	12
IV. Internetapotheken	23
V. Grenzüberschreitender Verkauf von Arzneimitteln am Beispiel der Rechtssache <i>DocMorris</i>	33
VI. Und die Schweiz?	68
VII. Zum Schluss	78
Anhang: Powerpoint-Präsentation	80

Vorbemerkung

Beim folgenden Text handelt es sich um die schriftliche Version der von Prof. Dr. Christa Tobler, LL.M., am 13. Juni 2007 an der Universität Basel gehaltenen Antrittsvorlesung. Der Redestil wurde beibehalten und der Text mit Fussnoten und erklärenden Einschüben versehen. Der Text kann auf zwei Ebenen gelesen werden: entweder in der Form des reinen Redetextes der Antrittsvorlesung, wie sie am 13. Juni 2007 gehalten wurde, oder aber in Kombination mit den Fussnoten und erklärenden Einschüben. Diese enthalten – dem gemischten Publikum der Vorlesung entsprechend - verhältnismässig viele allgemeine Erklärungen.

Zusätzlich zum erweiterten Text der Vorlesung enthält die vorliegende Publikation am Ende die am 13. Juni 2007 verwendete Powerpoint-Präsentation.

Basel, im Juni 2009

Prof. Dr. Christa Tobler

Antrittsvorlesung von Christa Tobler vom 13. Juni 2007 an der Universität Basel:

INTERNETAPOTHEKEN IM EUROPÄISCHEN RECHT

Positive und negative Integration am Beispiel des grenzüberschreitenden Verkaufs von Arzneimitteln in der EU und in der Schweiz

I. Einleitung

Frau Prodekanin, sehr geehrte Damen und Herren,
Der Titel meiner Antrittsvorlesung enthält mehrere Elemente. Internetapotheken kommen darin vor und der Handel mit Arzneimitteln, welchen sie grenzüberschreitend in Europa betreiben. Anhand dieses Themas, so sagt Ihnen der Titel weiter, sollen heute Abend die Begriffe der negativen und der positiven Integration erläutert werden. Mit ihnen möchte ich anfangen. Wie ich sogleich zeigen werde, verbinden sie den heutigen Anlass in der ehrwürdigen Alten Aula der Universität Basel mit dem Land, in welchem sich meine zweite Universität befindet, nämlich die Niederlande. Indirekt besteht sogar eine Verbindung mit jener Universität selbst, nämlich der Universität Leiden. Auch in Leiden gibt es übrigens einen historischen Universitätssaal mit Porträts, die denjenigen dieses Saales ganz ähnlich sind. Beide Universitäten sind die ältesten in ihrem jeweiligen Land. Die Basler Universität ist allerdings noch gut 100 Jahre älter, und darauf darf sie durchaus stolz sein¹ – die hier anwesenden Vertreter der Universität Leiden werden mir diese Bemerkung verzeihen.

¹ Die Universität Basel wurde im Jahr 1460 gegründet (siehe <http://www.unibas.ch/index.cfm?5EB72BAD128C6D631377F62DD1AE8EE>), die Universität Leiden im Jahr 1575 (siehe <http://www.leiden.edu/aboutleiden/>).

II. Die Brüder Tinbergen

Ich beginne mit dem sozialgeschichtlichen Hintergrund der europäischen Integration und in diesem Zusammenhang mit einem Gedenkjahr. Im Jahr 2007 gedenkt die Universität Leiden des 100. Geburtstages eines ihrer bedeutendsten Professoren.² Es handelt sich um Nikolaas Tinbergen, einen Nobelpreisträger für Medizin.³ Nikolaas Tinbergen hatte einen wissenschaftlich ebenso bedeutenden Bruder, Jan Tinbergen, seinerseits Nobelpreisträger für Ökonomie und „Erfinder“ der Begriffe der negativen und der positiven Integration.⁴

Die Brüder Tinbergen gehörten zu jener Generation in Europa, in deren Lebensspanne zwei entsetzliche Kriege fielen: zuerst der Grosse Krieg, den wir heute den ersten Weltkrieg nennen, und später der zweite Weltkrieg. Zwar konnten die Niederlande im ersten Weltkrieg neutral bleiben, doch wurde das Elend dieses Krieges unter anderem in der Flüchtlingswelle aus dem besetzten Nachbarland Belgien unmittelbar sichtbar. Im zweiten Weltkrieg waren die Niederlande dann selbst besetztes Gebiet. Es war eine Zeit der Angst, des Hungers und der Verfolgung. Auch die Familie Tinbergen war davon betroffen, denn Nikolaas war zwei Jahre lang in einem Gefangenenlager interniert. Der Grund dafür lag darin, dass er zusammen mit anderen Professoren der Universität Leiden durch Amtsniederlegung gegen die Entlassung von jüdischen Kollegen protestiert hatte.

2 Siehe <http://www.100jaarnikotinbergen.nl>. Zum Leben von Nikolaas Tinbergen siehe seine Autobiographie, http://nobelprize.org/nobel_prizes/medicine/laureates/1973/tinbergen-autobio.html.

3 Der Nobelpreis wurde Nikolaas Tinbergen zusammen mit Karl von Frisch und Konrad Lorenz verliehen.

4 Es handelte sich um den ersten Nobelpreis für Ökonomie. Er wurde Jan Tinbergen zusammen mit Ragnar Frisch verliehen. Zum Leben von Jan Tinbergen siehe Marcel Boumans, ‚Tinbergen, Jan‘, in: Biografisch Woordenboek van het Socialisme en de Arbeidersbeweging in Nederland (BWSA) 2001, 296-301, sowie http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1969/tinbergen-cv.html.

Diese Entlassungen reihten sich in eine Serie von Ausschlussmassnahmen ein, welche die deutsche Besetzungsmacht in den Niederlanden gegen jüdische Menschen ergriff. Im September 1940 erging das Verbot der Anstellung oder Beförderung in Amtsstellen und im November 1940 wurden jüdische Beamte und Beamtinnen entlassen. An der Universität Leiden protestierte der Rechtsprofessor Rudolph Cleveringa gegen diese Massnahme. Seine berühmt gewordene Rede begann mit dem Motto der Universität Leiden: 'Praesidium libertatis' (Bollwerk der Freiheit). Als Folge dieser Rede wurde Cleveringa verhaftet, worauf die Studierenden streikten. Darauf schloss die Besetzungsmacht die Universität Leiden, die erst nach dem Krieg im September 1945 wieder eröffnet wurde. Zur Erinnerung an die Protestrede von Cleveringa organisiert die Universität Leiden besondere Cleveringa-Vorlesungen. Ausserdem trägt das Unterrichtsinstitut der Universität seinen Namen.⁵

Cleveringa protestierte mit seiner Rede insbesondere gegen die Entlassung seines Doktorvaters und Kollegen Eduard Maurits Meijers. Prof. Meijers wurde in den Konzentrationslagern Westerkamp und Theresienstadt interniert. Er überlebte die Lagerhaft. Heute trägt das Forschungsinstitut der Universität Leiden seinen Namen.⁶

Bekanntlich waren es solche Erfahrungen, die nach dem Krieg den Prozess der europäischen Integration in Gang brachten und dabei insbesondere zur Gründung von drei Europäischen Gemeinschaften führten, die später den Grundstock für die Europäische Union bilden sollten.

Es handelte sich um die Europäische Kohlen- und Stahlgemeinschaft von 1951 (EGKS oder Montanunion, in Kraft seit dem 23. Juli 1952) sowie die Europäische Gemeinschaft für Atomenergie (Euratom) und die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG), beide von 1957 (in Kraft seit dem 1. Januar 1958). Die EWG änderte ihren Namen in der Vertragsrevision von Maastricht von 1992 (in

5 Siehe <http://www.law.leiden.edu/organisation/cleveringa/cleveringa-institute.jsp>

6 Siehe <http://www.law.leiden.edu/organisation/meijers/>

Kraft seit dem 1. November 1993) in „Europäische Gemeinschaft“, um die seit ihrer Gründung erfolgte Ausweitung des EWG-Rechts über wirtschaftliche Themen hinaus zu reflektieren. Die Montanunion war auf eine Lebensdauer von 50 Jahren angelegt; sie besteht heute nicht mehr.⁷

Die anderen beiden Gemeinschaften sind heute Bestandteile der mit dem Vertrag von Maastricht gegründeten Europäischen Union, welche dem bisherigen Integrationsprojekt weitere Tätigkeitsbereiche hinzufügte. Die Europäische Union wird oft mit dem Bild eines Tempels verglichen, in welchem die Gemeinschaften die sog. erste Säule bilden. Die zweite Säule ist die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und die dritte Säule die Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS). Vor der Vertragsrevision von Amsterdam (in Kraft seit dem 1. Mai 1999) trug diese Säule den Namen „Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres“.⁸

Zur zukünftigen Entwicklung: der am 13. Dezember 2007 in Lissabon unterzeichnete sog. „Reformvertrag“ bzw. „Lissabon-Vertrag“ sieht vor, dass die EG (nicht aber Euratom) in die EU integriert wird (Art. 1 VEU).⁹ Damit würde die EG aufhören, unter diesem Namen

7 Siehe dazu Europäische Kommission, *CECA, EKSF, EGKS, EKAX, ECSC, EHTY, EKSG, 1952-2002: Fünfzig Jahre Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Luxembourg: Office des Publications officielles des Communautés européennes 2002.

8 Siehe Christa Tobler/Jacques Beglinger, *Essential EC Law in Charts*, Budapest: HVG-Orac 2007, Charts 2/7-2/12.

9 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, ABl. 2007 C 306. Der Name „Reformvertrag“ geht auf das Mandat zurück, das der Europäische Rat im Juni 2007 der Regierungskonferenz 2007 erteilte; siehe http://europa.eu/lisbon_treaty/library/index_de.htm, unter dem Stichwort „Mandat für die RK 2007“. Zum Lissabon-Vertrag siehe etwa Paul Craig, 'The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance', *European Law Review* 2008, 137-166, sowie Michael Dougan, 'The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts', *Common Market Law Review* 2008, 617-703. Die Abkürzung „VEU“ bezieht sich auf den Unionsvertrag nach der Revision von Lissabon.

zu existieren. Der bisherige EG-Vertrag würde in „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ umbenannt. Der Vertrag von Lissabon wird gegenwärtig in den EU-Mitgliedstaaten ratifiziert.¹⁰ Er sieht in Art. 2 Abs. 2 vor, dass er – rechtzeitige Ratifikation durch alle 27 EU-Mitgliedstaaten vorausgesetzt - am 1. Januar 2009 in Kraft tritt. Dies ist nicht erfolgt, weil der Ratifikationsprozess durch die negative Volksabstimmung vom 13. Juni 2008 in Irland einen herben Rückschlag erlitten. Im Laufe des Jahres 2009 soll nun in Irland ein zweites Mal abgestimmt werden.

Bei der Gründung der Europäischen Gemeinschaften ging es darum, die ehemals verfeindeten Länder, allen voran Frankreich und Deutschland, zusammenzuführen, um auf diese Weise weitere Kriege zu verhindern. Zusammenführung hiess damals in erster Linie *wirtschaftliche* Integration. Sie wurde - und wird heute noch - gezielt als Mittel für die Wahrung des Friedens und die Schaffung von Stabilität und Wohlstand in Europa eingesetzt. Nicht von ungefähr schrieb Jan Tinbergen im Jahr 1945, die Vermeidung von Konflikten zwischen Ländern sei eines der Ziele der Regelung der internationalen wirtschaftlichen Beziehungen.

Tinbergen schrieb damals:¹¹ „In our opinion, the aims of a regulation of international relations may [...] be formulated as follows [...]: a) production as large as is possible; b) a production of the greatest possible stability; c) a distribution, as fair as is possible, among 1. persons and classes, and 2. peoples; d) a number of conflicts as low as possible, both within the borders of each country separately and among the various nations; e) a liberty as great as is possible for the parts, i.e. for individuals, enterprises and states.“

10 Zum Stand der Ratifikation siehe http://europa.eu/lisbon_treaty/countries/index_de.htm.

11 Jan Tinbergen, *International Economic Co-operation*, Amsterdam/Brüssel/London/New York: Elsevier 1945, S. 106.

III. Negative und positive Integration

1. Die Begriffe

Die Begriffe der negativen und der positiven Integration hängen unmittelbar mit diesem Hintergrund zusammen. Ich werde Ihnen im Folgenden drei Definitionen vorstellen: zuerst eine moderne politologische, dann die klassische ökonomische von Tinbergen und schliesslich eine juristische Definition. - Bitte beachten Sie, wie ich auf diese Weise zugleich allen drei Disziplinen unseres Basler Europainstitutes die Referenz erweise ...

Das Europainstitut der Universität Basel ist ein wissenschaftliches Zentrum für interdisziplinäre Lehre und Forschung in Fragen der europäischen Integration. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen in den Rechts-, Wirtschafts- und Politikwissenschaften. Das Europainstitut Basel nimmt wegen seines konsequent interdisziplinären Konzepts sowie der ausgeprägten Multinationalität seines Dozierendenteams und der Studierenden in der Schweiz eine besondere Stellung ein. Das Europainstitut ist Ausbildungszentrum, Kompetenzzentrum, Entwicklungszentrum, Veranstaltungszentrum und Dokumentationszentrum zu Fragen der europäischen Integration.¹²

Zur *politologischen* Definition der negativen und der positiven Integration: wenn heute im deutschsprachigen Raum und im europäischen Kontext von der negativen und der positiven Integration die Rede ist, so wird meist Fritz Scharpf zitiert. Scharpf, ein früherer Direktor des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung in Köln, veröffentlichte im Jahr 1999 ein viel beachtetes Buch mit dem Titel „Regieren in Europa“, dessen zweites Kapitel sich mit der negativen

¹² Für weitere Informationen siehe <http://www.unibas.ch>.

und der positiven Integration befasst.¹³ Laut dem Autor handelt es sich um unterschiedliche Dimensionen einer auf Erweiterung des Wirtschaftsraums über nationalstaatliche Grenzen hinaus gerichteten staatlichen Politik. Ich zitiere: „Bei der negativen Integration geht es um die Beseitigung von Zöllen, von quantitativen und qualitativen Beschränkungen des freien Handels und von Behinderungen des freien Wettbewerbs. Bei der positiven Integration geht es dagegen um die Ausübung wirtschaftspolitischer und regulativer Kompetenzen auf der Ebene der grösseren wirtschaftlichen Einheit.“ Dabei verweist Scharpf auf Tinbergen, wenn auch nur in ganz knapper Weise.

Scharpf erwähnt die dritte Ausgabe von Tinbergens Buch von 1965, wohl weil dort die Begriffe der negativen und der positiven Integration erstmals ausdrücklich in dieser Form erscheinen. Wie sogleich zu zeigen sein wird, geht die Unterscheidung in der Sache aber auf die zweite Ausgabe von 1954 zurück, und die Forderung nach negativer Integration sogar bereits auf die erste Ausgabe von 1945.

Zur *ökonomischen* Definition: der Ökonomie Tinbergen veröffentlichte im Jahr 1945 ein Buch mit dem Titel „International Economic Co-operation“ – eben jenes, in welchem er auf die Wichtigkeit der Vermeidung von Konflikten zwischen Ländern hinwies. In diesem Buch betonte er die Wichtigkeit des Freihandels und insbesondere der Abschaffung von Zöllen, Verboten und Quoten.¹⁴ In der zweiten Ausgabe seines Buches, das 1954 unter dem leicht geänderten Titel „International Economic Integration“ erschien, bezeichnete Tin-

13 Fritz Scharpf, *Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?*, Frankfurt/New York: Campus Verlag 1999. Siehe auch schon vom selben Autor: *Balancing Positive and Negative Integration: The Regulatory Options for Europe*, MPIfG Working Paper 97/8, November 1997, im Internet erhältlich unter der Adresse <http://www.mpifg.de/pu/workpap/wp97-8/wp97-8.htm>.

14 Tinbergen (Fn 11), S. 128 nd 131 ff.

bergen den Abbau von solchen Handelshemmnissen als den *negativen* Aspekt einer auf internationale Integration gerichteten Wirtschaftspolitik.¹⁵ Neu fügte er bei, dass solche negative Massnahmen durch *positive* Massnahmen ergänzt werden sollten, insbesondere durch die Angleichung von Unterschieden in den Regelungen der verschiedenen Länder. Als konkretes Gebiet, wo positive Integration nötig ist, erwähnte Tinbergen damals übrigens die Steuern – und damit ein Integrationsthema, das ja in der Schweiz seit einiger Zeit die Gemüter erhitzt ... ich werde später kurz darauf zurückkommen.¹⁶

In der Zweitausgabe von 1954 erklärt Tinbergen die negativen und positiven Aspekte wie folgt: „The instruments to be discussed are in particular quantitative restrictions (Q.R.) on current transactions and customs duties. Recent policies of integration, especially in Europe, have been primarily concerned with these instruments. On the basis of the main thesis of the free trade doctrine their elimination is considered the main aim of this policy. It should be observed that this is not a complete policy of integration and that it rather represents the negative part of such a policy. [...] [T]his will be a slow process which may be accelerated by positive action. This positive policy of integration consists of two elements. First, there is a need for certain supplementary measures in order to remove inconsistencies that may exist between the duties and taxes of different countries. [...] Secondly, there is a need for positive action in the field of production.“¹⁷

In der dritten Ausgabe des Buches von 1965 (das formal als eine Zeitausgabe der Version von 1954 präsentiert wurde) schreibt Tinbergen: „It appears useful to make a distinction between negative and positive integration. By the former we mean measures consisting of the abolition of a number of impediments to the proper operation of an integrated area. By the latter we mean a creation

15 Jan Tinbergen, *International Economic Integration*, Second, completely revised, edition of *International Economic Co-operation*, Amsterdam/Brüssel: Elsevier 1954.

16 Vgl. unten III.2.

17 Tinbergen (Fn 15), S. 117 ff.

of new institutions and their instruments or the modification of existing instruments. [...] Negative integration consists primarily of the reduction of trade impediments between national economies, that is, the reduction of import duties or the expansion of quotas. [...] Positive integration or the creation both of new institutions with their instruments and the modification of existing instruments applies, in principle, to the institutions and instruments requiring centralized handling. As a minimum, this refers to measures needed to avoid a distortion of the process of free competition. The most important example [...] concerns indirect taxation. While there is not much harm in difference of the general level of indirect taxes between member countries, there is in the differences between such taxes for individual commodities. If commodity A is taxed more heavily than commodity B in country I, this should also be so in country II and to the same extent if distortions in the competitive situation are to be avoided. We may formulate this rule by saying that the relative indirect taxation of any two countries must be uniform.¹⁸

Spezifisch in Bezug auf die (damalige) Europäische Wirtschaftsgemeinschaft wurden diese wirtschaftswissenschaftlichen Begriffe im Folgenden z.B. von Pinder¹⁹ und Pelkmans²⁰ aufgegriffen.

18 Jan Tinbergen, *International Economic Integration*, second, revised, edition, Amsterdam/London/New York: Elsevier Publishing Company 1965, S. 76-78.

19 John Pinder, 'Positive integration and negative integration. Some problems of economic union in the EEC', *The World Today* 1968, 88-110, S. 90 ff.

20 Jacques Pelkmans, *Market Integration in the European Community*, Studies in Industrial Organization Volume 5, Den Haag/Boston/Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers 1984, S. 4.

Schliesslich zur *juristischen* Definition, wie sie z.T. in Lehrbüchern zum EU-Recht verwendet wird:²¹ wenn man diese Definitionen in einen juristischen Rahmen stellt, so ergeben sich folgende Umschreibungen. Die negative Integration erfolgt durch Verbotsbestimmungen. Im System des EG-Rechts finden sie sich in erster Linie im EG-Vertrag, also im sog. Primärrecht, und zwar in den Bestimmungen über den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital sowie im Wettbewerbsrecht. Ihrem Wesen nach negativ ist weiter das Verbot der Lohndiskriminierung aufgrund des Geschlechts, das ursprünglich ebenfalls als eine wettbewerbsrechtliche Bestimmung gedacht war.

Wichtige Beispiele solcher Verbotsvorschriften sind:

- Das Verbot von Zöllen und Massnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten nach Art. 25 EG.
- Das Verbot von mengenmässigen Beschränkungen der Einfuhr und Ausfuhr von Waren sowie von Massnahmen gleicher Wirkung nach den Art. 28 und 29 EG.
- Das Verbot von Diskriminierungen wegen der (EU-)Staatsangehörigkeit sowie von Beschränkungen in Bezug auf den Verkehr von Arbeitskräften nach Art. 39 EG, die Niederlassung nach Art. 43 EG, den Dienstleistungsverkehr nach den Art. 49 und 50 EG sowie den Kapitalverkehr nach Art. 56 EG.
- Das Verbot von Diskriminierungen wegen der (EU-)Staatsangehörigkeit nach Art. 12 Abs. 1 EG in all denjenigen Bereichen des EG-Rechtes, wo dazu keine besonderen Bestimmungen bestehen.

21 So im führenden niederländischen Lehrbuch P.J.G. Kapteyn/P. VerLoren van Themaat/L.A. Geelhoed, K.J.M. Mortelmans/C.W.A. Timmermans (Hrsg.), *Kapteyn/VerLoren van Themaat. Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, 6., vollständig revidierte Ausgabe, Deventer: Kluwer 2003, S. 97f., bzw. in der kürzlich neu erschienenen englischen Ausgabe: P.J.G. Kapetyn/A.M. McDonnell/ K.J.M. Mortelmans/C.W.A. Timmermans (Hrsg.), *The law of the European Union and the European Communities*, fourth revised edition, Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands: Kluwer Law International 2008, S. 120.

- Das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen durch das Zusammenspiel von Unternehmungen nach Art. 81 EG sowie durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EG.
- Das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts in Bezug auf das Arbeitsentgelt. Es ergibt sich aus der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, nach Art. 141 Abs. 1 und 2 EG für Lohngleichheit zu sorgen. Es handelt sich um eine sozialrechtliche Bestimmung, die auf Andringen von Frankreich in den Vertrag aufgenommen wurde. Frankreich besass damals als einziges der sechs ursprünglichen Mitgliedländer (Frankreich, Deutschland, Italien und die Benelux-Länder) entsprechende Vorschriften und befürchtete darum in einem integrierten Markt Wettbewerbsnachteile.²²

Durch solche Vorschriften werden die Rechtssysteme der verschiedenen Länder einander bis zu einem bestimmten Grad angenähert, gelten doch für alle dieselben Verbote. Im Gegensatz dazu basiert die positive Integration auf Vorschriften, welche in positiver Weise etwas vorschreiben – etwa wie Schokolade hergestellt werden soll, um ein Beispiel zu erwähnen, das mir nur schon meines Familiennamens wegen besonders am Herzen liegt. Man spricht hier auch von Harmonisierung.²³ Solche Regeln finden sich ausschliesslich im sog. Sekundärrecht, d.h. in Richtlinien und Verordnungen als Rechtsinstrumenten einer im Vergleich zum EG-Vertrag tieferen Stufe.²⁴

22 Vgl. dazu insbesondere Luc Imbrechts, «L'égalité de rémunération entre hommes et femmes», *Revue trimestrielle de droit européen* 1986, 231-242, und Catherine Barnard, «The economic objectives of Article 119», in: Tamara K. Hervey & David O. O'Keefe (Hrsg.), *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester: Wiley 1996, 320-334.

23 Dazu etwa Piet Jan Slot, «Harmonisation», *European Law Review* 1996, 378-397.

24 Auch „abgeleitetes Recht“, weil sich der Erlass jeglicher sekundärer Gesetzgebung durch die Institutionen auf den EG-Vertrag stützen muss; vgl. dazu Art. 5 und 7 Abs. 1 Schlusssatz EG.

So gibt es eine Schokoladenrichtlinie, welche unter anderem vorschreibt, wann eine Schokolade „Gianduja“ genannt werden darf.²⁵

Die Schokoladenrichtlinie bestimmt u.a., welche anderen Fette als Kakaobutter für die Herstellung von Schokolade verwendet werden dürfen. Die Harmonisierung dieser Frage war bei der Revision der ursprünglichen Schokoladerichtlinie aus dem Jahr 1975 ein besonders heikler Punkt.²⁶ Nach Art. 2 Abs. 1 der heute gültigen Richtlinie dürfen ausschliesslich die im Anhang II zur Richtlinie umschriebenen pflanzlichen Fette verwendet werden, nämlich Fette, die aus den folgenden Pflanzen gewonnen werden: Illipe, Borneo-Tang oder Tengawang (*shorea* spp.), Palmöl (*ealeis guineensis*, *ealeis olifera*), Sal (*shorea robusta*), Shea (*butyrospermum parkii*), Kokum gurgi (*garcinia indica*), und Mangokern (*mangifera indica*). Als Ausnahme können die Mitgliedstaaten ausserdem die Verwendung von Kokosnussöl in Schokolade zulassen, die für die Herstellung von Eiscreme und ähnlichen gefrorenen Erzeugnissen verwendet wird. Die Richtli-

25 Richtlinie 2000/36/EG über Kakao- und Schokoladeerzeugnisse für die menschliche Ernährung, ABl. 2000 L 197/19.

26 Richtlinie 73/241/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für zur Ernährung bestimmte Kakao- und Schokolade-erzeugnisse, ABl. 1975 L 228/23. Diese Richtlinie sah (noch) keine gemeinschaftsweite Lösung der Frage der Zulassung anderer Fette vor. In der Präambel zur Richtlinie war dazu zu lesen: „Die Verwendung von anderen pflanzlichen Fetten als Kakaobutter in Schokoladeerzeugnissen ist in einigen Mitgliedstaaten zugelassen; von dieser Möglichkeit wird in grossem Umfang Gebrauch gemacht. Allerdings kann nicht schon jetzt darüber entschieden werden, ob und wie die Möglichkeit einer Verwendung dieser Fette auf die gesamte Gemeinschaft ausgedehnt werden kann, da es auf Grund der bisher verfügbaren wirtschaftlichen und technischen Informationen nicht möglich ist, einen endgültigen Standpunkt festzulegen. Die Lage muß folglich im Lichte der künftigen Entwicklung erneut geprüft werden.“ Zur Rechtslage bei Fehlen von Harmonisierung (Anwendbarkeit der Bestimmungen des EG-Vertrages) siehe Rs. C-12/00 Kommission gegen Spanien, Slg. 2003, S. I-459. Zu den Hintergründen der Harmonisierung siehe etwa <http://www.american.edu/ted/chocolat.htm> (mit weiteren Hinweisen).

nie begrenzt den Anteil der erwähnten Fette in der Schokolade. Sie dürfen „nach Abzug des Gesamtgewichts der anderem im Einklang mit Abschnitt B des Anhangs I gegebenenfalls verwendeten Lebensmittel höchstens 5 % des Enderzeugnisses betragen, wobei der Mindestgehalt an Kakaobutter oder Gesamtkakaotrockenmasse nicht verringert werden darf.“

Der Anhang I zur Richtlinie umschreibt die Bezeichnungen „Kakaobutter“ (Punkt 1), „Kakaopulver, Kakao“ (Punkt 2), „Schokolade“ (Punkt 3), „Milchschokolade“ (Punkt 4), „Haushaltsmilchschokolade“ (Punkt 5), „Weisse Schokolade“ (Punkt 6), „Gefüllte Schokolade“ (Punkt 7), „Chocolate a la taza“ (Punkt 8), „Chocolate familiar a la taza“ (Punkt 9) sowie Pralinen (Punkt 10). Punkt 3 Buchstabe a des Anhangs I zur Schokoladenrichtlinie definiert „Schokolade“ wie folgt: „Erzeugnis aus Kakaoerzeugnissen und Zuckerarten, das vorbehaltlich Buchstabe b mindestens 35 % Gesamtkakaotrockenmasse, davon mindestens 18 % Kakaobutter und mindestens 14 % entölte Kakaotrockenmasse, enthält.“ Punkt 3 Buchstabe b bestimmt weiter: „Wird diese Bezeichnung jedoch ergänzt durch [...] «Gianduja»-Haselnuss- (oder eine von «Gianduja» abgeleitete Bezeichnung), so muss das Erzeugnis aus Schokolade mit einem Mindestgehalt an Gesamtkakaotrockenmasse von 32 % und an entölter Kakaotrockenmasse von 8 % hergestellt sein und darf ferner je 100 g Erzeugnis nicht weniger als 20 g und nicht mehr als 40 g fein gemahlene Haselnüsse enthalten. Folgende Zusätze sind zulässig: a) Milch und/oder aus verdampfter Milch stammende Milchtrockenmasse in einem solchen Verhältnis, dass das Enderzeugnis nicht mehr als 5 % Milchtrockenmasse enthält, b) Mandeln, Haselnüsse und andere Nüsse, ganz oder in Stücken, wenn das Gewicht dieser Zusätze, einschließlich der gemahlene Haselnüsse, 60 % des Gesamtgewichts des Erzeugnisses nicht übersteigt.“ Eine Umschreibung des Zusatzes „Gianduja“ findet sich auch im Zusammenhang mit der Milchschokolade.

Nach Art. 3 der Richtlinie sind die im Anhang I vorgesehenen Verkehrsbezeichnungen den dort aufgeführten Erzeugnissen vorbehalten und müssen im Handel zur Benennung dieser Erzeugnisse verwendet werden.

Die durch diese Art der Regelung erreichte Integration geht weiter als die negative Integration, weil solch einheitliche Produktionsvorschriften es einem Unternehmen ermöglichen, seine Gianduja-Schokolade überall in der EU zu verkaufen.

In harmonisierenden Vorschriften über Waren wird dies durch Freihandelsklauseln erreicht. In der Schokoladenrichtlinie findet sich ein diesbezügliches Element in Art. 2 Abs. 2. Danach dürfen „die Schokoladeerzeugnisse, die gemäß Absatz 1 andere pflanzliche Fette als Kakaobutter enthalten, [...] in allen Mitgliedstaaten vermarktet werden, sofern die Angaben auf dem Etikett gemäß Artikel 3 durch den ins Auge fallenden und deutlich lesbaren Hinweis «enthält neben Kakaobutter auch andere pflanzliche Fette» ergänzt werden. Dieser Hinweis erscheint im selben Blickfeld wie die Liste der Zutaten, deutlich abgesetzt von dieser Liste, in mindestens genauso großer Schrift und in Fettdruck und in der Nähe der Verkehrsbezeichnung; unabhängig davon kann die Verkehrsbezeichnung auch an anderer Stelle erscheinen.“

2. Relevanz der Unterscheidung

Wozu dienen nun aber die Begriffe der negativen und der positiven Integration in der Praxis? Laut dem Ökonomen Tinbergen handelt es sich um zwei grundsätzlich unterschiedliche Mechanismen der Wirtschaftspolitik, die sich ergänzen. Nur durch ihre Kombination lässt sich in kürzester Frist den in höherem Interesse wünschbaren Grad der wirtschaftlichen Integration erlangen.²⁷ Laut dem Politologen Scharpf dient die Unterscheidung zwischen der negativen und der positiven Integration dem Verständnis von unterschiedlichen politischen Mechanismen. Er spricht von einer Asymmetrie, welche sich in einem „institutionellen Vorteil“ der negativen Integration zeigt: währenddem die positive Integration weitgehend vom politischen Willen der Mit-

²⁷ Tinbergen (Fn 15), S. 122.

gliedstaaten im EU-Ministerrat abhängt, kann die negative Integration durch die Europäische Kommission und den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg (EuGH) vorangetrieben werden, ohne dass dafür auf Formen der politischen Legitimation zurückgegriffen werden muss.²⁸ Dies zeigt sich insbesondere in der Tatsache, dass die Verbotsbestimmungen des EG-Vertrages wegen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes oft eine überraschend grosse Reichweite haben – wir werden heute ein Beispiel davon sehen.²⁹

Aus rechtlicher Sicht sind die Begriffe der negativen und der positiven Integration schlicht unverzichtbar, um das Funktionieren des Rechtssystems der Europäischen Gemeinschaft zu verstehen.³⁰ Besonders anspruchsvoll ist dabei das komplexe Verhältnis zwischen den beiden Ebenen. Nur wer es versteht, wird in praktischen Fällen zu den richtigen Argumenten und damit auch zu den richtigen Lösungen finden. Dasselbe gilt übrigens auch für das bilaterale Recht.³¹ Allerdings habe ich öfter den Eindruck, dass sich die Schweiz mit dem Verständnis der negativen und der positiven Integration schwer tut. In der letzten Zeit zeigt sich dies besonders in der Diskussion über die Unternehmensbesteuerung in gewissen Kantonen. Die diesbezüglichen Vorwürfe der Europäischen Kommission beziehen sich auf das Ver-

28 Scharpf (Fn 13), S. 52ff. sowie S. 69.

29 Unten V.

30 Bereits die ursprüngliche Ausgabe des oben (Fn 21) erwähnten Lehrbuches Kapteyn/VerLoren van Themaat wies nachdrücklich darauf hin, dass die Verbotsvorschriften im Vertrag über den gemeinsamen Markt durch Harmonisierungsmassnahmen ergänzt werden müssen, um den freien Verkehr zu realisieren; P.J.G. Kapteyn/P. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Kluwer: Deventer/Samsoen: Alphen a.d. Rijn und Brüssel 1970, S. 67, 203ff. sowie 249ff.

31 Zum bilateralen Recht siehe auch unten VI.

bot von staatlichen Beihilfen im bilateralen Freihandelsabkommen,³² und damit auf die negative Integration.³³ Vor allem am Anfang konterte die Schweiz, das bilaterale Recht sehe keine Harmonisierung des Steuerrechts vor, also mit einem Argument auf der Ebene der positiven Integration. Damit redet sie aber schlicht an der EU vorbei, und man muss sich denn auch nicht wundern, wenn sich die EU – die von Anfang an im ökonomischen, politischen und juristischen Diskurs auf diese fundamentale Unterscheidung abstellt – wenn sich also die EU von solchen Argumenten nicht beeindruckend lässt.³⁴

Doch soll der heutige Abend nicht von Unternehmenssteuern handeln, sondern von Internetapotheken. Im Folgenden möchte ich die Komplexität der negativen und der positiven Integration anhand eines konkreten Beispiels illustrieren. Es eignet sich dazu aus verschiede-

32 Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Europäischen Wirtschafts-gemeinschaft und der schweizerischen Eidgenossenschaft, für die Schweiz SR 0.632.401, für die EWG ABl. 1972 L 300/189. Art. 23 Abs. 1 Buchst. iii des Abkommens bestimmt: „(1) Mit dem guten Funktionieren dieses Abkommens sind unvereinbar, soweit sie geeignet sind, den Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz zu beeinträchtigen, [...] jede staatliche Beihilfe, die den Wettbewerb durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige verfälscht oder zu verfälschen droht.“

33 Siehe dazu die Entscheidung der Europäischen Kommission vom 13. Februar 2007 über die Unvereinbarkeit bestimmter schweizerischer Körperschaftssteuerregelungen mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 22. Juli 1972, KOM(2007) 411 endg.

34 Siehe dazu auch Christa Tobler, 'Bilaterale Beziehungen (punktuell) auf den Prüfstand? Einige Bemerkungen zum sog. Steuerstreit aus juristisch-systematischer Sicht', in: Christa Tobler (Hrsg.), *Aspekte des Finanzdienstleistungs- und Unternehmenssteuerrechts nach dem EG-Recht und dem bilateralen Recht*, Basler Schriften zur europäischen Integration Nr. 86, Basel: EuropaInstitut der Universität Basel 2008, 29-64, mit weiteren Hinweisen (Text erhältlich unter <http://www.europa.unibas.ch/cms4/index.php?id=6>).

nen Gründen: zum ersten gewährt es einen Einblick in das Internetrecht der EG.³⁵ Weiter zeigt es, wie dort eine spezielle Kombination der negativen und der positiven Integration letztlich das deutsche Verbot von Internetapotheken zu Fall brachte, und wie dabei das auch hierzulande viel diskutierte Cassis de Dijon-Prinzip eine entscheidende Rolle spielte.³⁶ Und schliesslich kann das Beispiel als Ausgangspunkt für einen Vergleich mit der Rechtslage in der Schweiz dienen.³⁷

IV. Internetapotheken

Beginnen wir diesen nächsten Teil mit einigen einleitenden Bemerkungen über Internetapotheken. Sie sind eine relativ junge Erscheinung, der jedoch immer wieder eine grosse Zukunft vorausgesagt wird.³⁸ Der Trend sei klar, liest man im Internet – und ich zitiere: “Immer mehr Menschen werden ihre Medikamente online bestellen. Die Internetapotheke wird ein wichtiger Faktor. Was vor Jahren noch undenkbar war, wird nun zunehmend zur Normalität. Mit der Zeit wird sich jede Apotheke umstellen müssen und einen eigenen Onlineshop eröffnen, dann heisst es: Medikamente per Klick. Denn im Internet können die Medikamente oftmals viel günstiger und preiswerter bestellt werden.”³⁹ Als weitere Vorteile von Internetapotheken werden etwa die zeitsparende und diskrete Bestellung von zuhause aus und die Möglichkeit

35 Unten V.2.

36 Unten V.3.

37 Unten VI.

38 Mit der Geschichte der Pharmazie beschäftigt sich das Pharmazie-Historische Museum in Basel, das u.a. eine Apotheke aus dem späten 19. Jahrhundert (nämlich den Museumsladen „Herbarium“) sowie ein Apothekerlabor aus dem 18. Jahrhundert beherbergt. Das Museum befindet sich am Totengässlein 3 in Basel; siehe <http://www.pharmaziemuseum.ch>.

39 ‚Die Internet Apotheke: Online Medikamente günstig bestellen & kaufen‘, <http://www.123such.de/Medikamente-bestellen-Versand-Apotheke-online.htm>.

von besonderen Dienstleistungen erwähnt - z.B. eine elektronische Erinnerung daran, dass ein Mittel zu einem bestimmten Zeitpunkt eingenommen werden muss.⁴⁰ Aus der Sicht der Apotheken selbst ist natürlich insbesondere das enorme Marktpotenzial zu nennen.⁴¹

Nicht alle sind aber über die neuen Möglichkeiten glücklich. Kritische Stimmen weisen darauf hin, dass die Preisvorteile von Internetinkäufen von Arzneimitteln oft illusorisch sind und zudem die Preise stark schwanken können. So erwähnt eine deutsche Untersuchung Aspirintabletten, welche je nach Internetanbieter zwischen 1,00 Euro und 7,10 Euro je zehn Tabletten kosteten. Noch grösser war der Preisunterschied für das Potenzmittel Viagra, nämlich zwischen 39 und 324 Euro je zehn Kapseln.⁴² Ein weiteres Problem liegt darin, dass das Internet den Bezug von gefährlichen Medikamenten unter Umständen allzu leicht macht. Bei unseriösen Firmen können sich selbst Minderjährige und Süchtige problemlos mit gefährlichen Stoffen versorgen,

40 Vgl. dazu der Hinweis in der letzten Fn sowie weiter etwa ‚Internetapotheken‘, <http://www.artikel-base.de/medizin/internetapotheken.aspx>, sowie Harri Ovaskainen, ‚Internet pharmacies: advantages and risks‘, WHO Drug Information Vol. 15, No. 3 & 4, 2001, S. 149-151.

41 Siehe auch Marcus Rolfes, Internetapotheken. Rechtliche Probleme der Heilmittelwerbung im Internet und die Zulässigkeit des E-Commerce mit Arzneimitteln, München: Beck 2003, S. 14.

42 Es handelt sich um eine Untersuchung der Verbraucherzentrale Baden-Württemberg; vgl. den Hinweis darauf in ‚Online-Apotheken. Medikamentenkauf im Internet‘, <http://www.br-online.de/politik-wirtschaft/mittagsmagazin/dynamisch/specials/Internetapotheken/Internetapotheken.htm>, sowie die Informationen der Verbraucherzentrale zum Thema ‚Preisvergleich freiverkäuflicher Medikamente: Unterschiede nur in Versandapotheken‘, <http://www.vz-bawue.de/UNI118422835825751/link311722A.html>.

ganz nach dem Motto: “No prescription? No doctor? No problem!”⁴³ Dazu kommt, dass zahlreiche gefälschte Medikamente auf dem Markt sind.⁴⁴ Dies alles führte das Schweizerische Heilmittelinstitut (Swissmedic) dazu, den Bezug von Arzneimitteln via das Internet schlicht und einfach als Gesundheitsrisiko zu bezeichnen.⁴⁵ Ganz ähnlich das Österreichische Bundesinstitut für Gesundheitswesen (ÖBIG): es schreibt vom „Surfen in gefährlichen Gewässern“ und warnt in phantasievoller Abwandlung des Sprichwor-

43 So und ähnlich diverse Internetanbieter von Arzneimitteln. – Aus rechtlicher Sicht vgl. Urs Jaisli, ‚Informationsbedürfnisse von Patienten und Patientenorganisationen über verschreibungspflichtige Arzneimittel. Ansprüche im Spannungsfeld zwischen Rule of Law and Selbstdeklaration‘, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller/Marco Sassòli/Walter Stoffel/Beatrice Wagner Pfeiffer (Hrsg.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat. Liber amicorum Luzius Wildhaber, Baden-Baden: Nomos sowie Zürich: Dike 2007, 1315-1343; zu den Informationsmöglichkeiten via Internet, siehe S. 1333 ff.

44 Vgl. dazu etwa die Pressemeldung ‚Online-Handel mit illegalen Medikamenten boomt. Internationaler Suchtstoffkontrollrat präsentiert Jahresbericht‘ vom 2. März 2005, <http://www.presetext.at/pte.mc?pte=050302011>; sowie ‚Tablettenschmuggel. Illegaler Pillen-Handel im Internet‘ vom 2. Februar 2006, http://www.focus.de/gesundheit/ratgeber/zukunftsmedizin/news/tablettenschmuggel_nid_29865.html. Zu gefälschten Medikamenten siehe auch das Fact sheet no 275 der Weltgesundheitsorganisation zum Thema ‚Counterfeit medicines‘; <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs275/en/index.htm>.

45 Vgl. dazu die Pressemeldung ‚Arzneimittel und Internet: Neuer Swissmedic-Leitfaden warnt vor Risiken‘ vom 22. Juli 2004, <http://www.swissmedic.ch/html/content/Medienorientierung-22-07-04-d.html>, sowie den sog. Internetleitfaden selbst, http://www.swissmedic.ch/de/industrie/overall.asp?theme=0.00110.00002&theme_id=981. Der Leitfaden stützt sich auf einen Ratgeber des Europarates (http://www.coe.int/T/E/Social_Cohesion/soc-sp/RD_E_InternetLeaflet.pdf), der seinerseits auf einen Ratgeber Weltgesundheitsorganisation hinweist: ‚Medical Products and the Internet: A guide to finding reliable information‘ (World Health Organization Geneva 1999, WHO/EDM/QSM/99.4). Der Text dieses Ratgebers ist u.a. auf der folgenden (australischen) Website erhältlich: <http://www.tga.gov.au/docs/html/whointer.htm>

tes „Jung gefreit, nie bereut“: „Per Klick bestellt, rasch bereut!“⁴⁶

Nun sind sowohl Swissmedic wie auch das ÖBIG staatliche Institutionen. Wie soll sich denn der Staat angesichts der erwähnten Gefahren verhalten? Es gibt drei grundsätzliche Varianten:

1) Der radikale Verbotsansatz:

Hier vertritt der Staat die Auffassung, dass die Menschen vor den erwähnten Gefahren unbedingt geschützt werden müssen, weshalb er jeglichen Internethandel mit Arzneimitteln verbietet.

2) Der „laissez faire, laissez aller“-Ansatz:

Hier geht der Staat davon aus, dass jedes Medium seine guten und seine schlechten Seiten hat, also auch das Internet. Die Menschen sollen aktiv Verantwortung übernehmen und selbst herausfinden, was gut für sie ist. Internethandel ist daher voll umfänglich erlaubt.

3) Der relative Ansatz:

Hier geht man von einem „sowohl als auch“ aus: das Internet ist nützlich, es birgt aber auch Gefahren. Dem entsprechend ist der Internethandel mit Arzneimitteln entweder grundsätzlich verboten, wobei aber Ausnahmen gewährt werden, oder aber er ist grundsätzlich erlaubt, aber nur unter bestimmten, einschränkenden Bedingungen.

Die soeben erwähnten unterschiedlichen Haltungen beziehen sich vorab auf den Handel mit Arzneimitteln innerhalb eines Landes. Die Sache kompliziert sich zusätzlich, wenn es darum geht, ob Medikamente per Internet aus dem Ausland importiert werden können,

46 ÖBIG, ‚Medikament aus dem Internet‘, <http://www.bmgfj.gv.at/cms/site/detail.htm?thema=CH0083&doc=CMS1051012974929>.

wenn es also um den grenzüberschreitenden Handel geht. Hier geht es nicht nur um Vertriebswege, sondern zum Beispiel auch um die Zulässigkeit von Parallelimporten. Das konkrete Beispiel, das ich Ihnen heute Abend schildern werde, betrifft aber nicht diesen letzteren Aspekt. Zum Parallelimport von Arzneimitteln erwähne ich deshalb nur die bekannte Tatsache, dass sich die Schweiz damit noch immer schwer tut, währenddem der Parallelimport von Arzneimitteln in der Europäischen Union wie auch im Europäischen Wirtschaftsraum erlaubt ist, sobald das betreffende Produkt einmal rechtmässig in der EU bzw. im EWR auf den Markt gebracht worden ist. Ich verweise hier etwa auf die Entscheide Boehringer⁴⁷ und Paranova.⁴⁸

Aus rechtlicher Sicht geht es dabei insbesondere um die komplexe Frage des Erschöpfungsprinzips im Patentrecht, bzw. auf die geographische Definition dieses Prinzips. Das Patentrecht gewährt gewisse ausschliessliche Rechte. Dazu gehört u.a. das Recht, über das Inverkehrsetzen des Produktes zu bestimmen. Dieses Recht findet ein Ende (es „erschöpft sich“), sobald der Inhaber bzw. die Inhaberin das Produkt selbst oder z.B. vermittels einer Lizenz zum ersten Mal tatsächlich auf den Markt bringt. Je nach der anwendbaren Rechtsordnung entscheidet dabei das Inverkehrsetzen auf dem nationalen Markt (nationale Erschöpfung), auf einem regionalen Markt (z.B. der EU oder des EWR; regionale Erschöpfung) oder auf dem globalen

47 Rs. C-348/04 Boehringer Ingelheim KG und andere gegen Swingward Ltd und Dowelhurst Ltd, Slg 2007, S. I-3391. Siehe dazu ‚Ein Urteil zugunsten des Freihandels. Parallelimporte obsiegen beim Europäischen Gerichtshof‘, Neue Zürcher Zeitung vom 28./29. April 2007.

48 Case E-3/02, Paranova AS gegen Merck & Co., Inc. and Others, EFTA Court Report 2004, S. 1. Siehe dazu ‚Auch im Pharmabereich für Freihandel. Urteil des EFTA-Gerichts im Sinne der Parallelimporteure‘, Neue Zürcher Zeitung vom 10. Juli 2003.

Markt (also irgendwo auf der Welt; internationale Erschöpfung).⁴⁹

In der Europäischen Union gilt sowohl im Marken- wie auch im Patentrecht das regionale Erschöpfungsprinzip. Für das Markenrecht ergibt sich dies heute aus einschlägigem Sekundärrecht,⁵⁰ für das Patentrecht aus der Rechtsprechung des EuGH zum freien Warenverkehr.⁵¹ Das regionale Erschöpfungsprinzip gilt auch für den EWR, hier aber nur in Bezug auf den Warenhandel innerhalb der Region, weil sich das EWR-Abkommen nicht auf Waren aus Drittländern bezieht. Aus diesem Grund sind die EWR-EFTA-Mitgliedländer - anders als die EU-EFTA-Mitglieder, die wegen ihrer EU-Mitgliedschaft diesbezüglich an das EU-Recht gebunden sind - frei, mit Bezug auf die Einfuhr von Waren aus Drittländern die internationale Erschöpfung vorzusehen (so der

49 Für einen rechtsvergleichenden Überblick sowie weitere Literaturhinweise siehe etwa Joseph Straus/Paul Katzenberger, Rechtsgrundlagen zur Erschöpfung im Patentrecht (im Auftrag des schweizerischen Bundesrates), München 2002, www.ige.ch/d/jurinfo/documents/j100a02d.pdf.

50 Siehe Art. 7 Abs. 1 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. 1989 L 40/1 (mit seitherigen Änderungen), sowie Art. 13 Abs. 1 der Verordnung 40/94/EG über die Gemeinschaftsmarke, ABl. 2994 L 11/1 (mit seitherigen Änderungen); auch bereits Straus/Katzenberger (Fn 49), S. 38 ff.

51 Rs. 15/74 *Centrafarm BV und Adriaan de Peijper gegen Sterling Drug Inc.*, Slg. 1974, S. 1147, mit Bezug auf die damaligen Art. 30 und 36 EWG-Vertrag (heute Art. 28 und 30 EG).

EFTA-Gerichtshof in der Entscheidung *Maglite*⁵² in Bezug auf das Markenrecht).⁵³

In der Schweiz galt bislang zwar nicht für das Markenrecht, wohl aber für das Patentrecht aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichtes das nationale Erschöpfungsprinzip (*Kodak*).⁵⁴ Dies ermöglichte es dem Inhaber oder der Inhaberin eines Patentes, den Parallelimport der geschützten Produkte aus dem Ausland in die Schweiz abzuwehren. Vorbehalten blieben wettbewerbsrechtlich unzulässige Beschränkungen (Art. 3 Abs. 2 Kartellgesetz)⁵⁵ sowie

52 Rs. E-2/97 *Mag Instruments Inc. gegen California Trading Company*, EFTA Court Report 1997, S. 127. Dazu Christa Tobler, 'Zur Reichweite des Erschöpfungsprinzips im Europäischen Markenrecht. Anmerkung zum Entscheid des EFTA-GH vom 3. Dezember 1997 in der Rechtssache E-2/97, *Mag Instruments Inc./California Trading Company* (Entscheid *Maglite*)', *Jus & News* 1997, 309-319

53 Der EWR umfasst heute die 27 EU-Mitgliedsländer und die drei EWR-EFTA-Mitgliedsländer Island, Liechtenstein, Österreich. Das vierte EFTA-Mitglied, die Schweiz, ist dem EWR bekanntlich nicht beigetreten bzw. hat den Beitrittsvertrag als Folge der negativen Volksabstimmung vom 6. Dezember 1992 nicht ratifiziert.

54 BGE 126 II 129 (*Kodak*). Dazu im spezifischen Kontext von Heilmitteln Thomas Cottier/Alexandra Leber, 'Parallelimporte und technische Handelshemmnisse im Welthandelsrecht und im bilateralen Verhältnis der Schweiz zur EU: Das Beispiel der Pharmazeutika', in: Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Markus Wyssling (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006/Annuaire Suisse de droit européen 2005/2006*, Bern: Stämpfli/Zürich: Schulthess 2006, 327-345. - Zu den Folgen der unterschiedlichen Regelungen in den beiden Rechtsgebieten vgl. etwa Frank Schnyder/Lorenz Ehrler, 'Das Patentrecht als Mittel zur Umgehung der internationalen Erschöpfung', *sic* 2007, 397-413.

55 Dazu Roger Zäch, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Auflage, Bern: Stämpfli 2005, S. 138ff.

Spezialregelungen, z.B. für Arzneimittel (Art. 14 Abs. 2 HMG).⁵⁶ Auch namhafte Wirtschaftsverbände stellten sich gegen den Parallelimport von patentgeschützten Waren.⁵⁷ Die schweizerische Wettbewerbskommission (Weko) dagegen bezeichnete die nationale Erschöpfung im schweizerischen Patentrecht als Anachronismus.⁵⁸ Der schweizerische Bundesrat hat sich wiederholt für die Beibehaltung des nationalen Erschöpfungsprinzips und gegen einen Systemwechsel ausgesprochen.⁵⁹ Im Dezember 2007 legte er die Botschaft zur Änderung des Patentgesetzes vor.⁶⁰ Darin bekräftigte er seine Präferenz für den Grundsatz der nationalen Erschöpfung und sprach sich

56 Für die Zulassung von Arzneimitteln sieht Art. 14 Abs. 2 des Heilmittelgesetzes ein vereinfachtes Verfahren vor; dazu Gerhard Schmid/Felix Uhlmann, Kommentar zu Art. 14 HMG, Rz. 23 ff., in: Thomas Eichenberger/Urs Jaisli/Paul Richli (Hrsg.), *Basler Kommentar Heilmittelgesetz*, Basel/Genf/München: Helbing & Lichtenhahn 2006. Auf den Vorwurf, das schweizerische Heilmittelinstitut (Swissmedic) trage dazu bei, den Parallelimport solcher Produkte künstlich zu erschweren, reagierte Swissmedic mit einer Änderung der Vorschriften; siehe ‚Swissmedic will effizienter werden. Bisher sieben parallel importierte Arzneimittel zugelassen‘, *Neue Zürcher Zeitung* vom 31. Mai 2006.

57 Vgl. dazu das ‚Factsheet Parallelimporte und Patentrecht‘ des Wirtschaftsverbandes *economiesuisse* (http://www.economiesuisse.ch/web/de/PDF%20Download%20Files/FS_ParImp_20070502_1.pdf) sowie die Informationen des Verbandes der forschenden pharmazeutischen Firmen der Schweiz, Interpharma, zu Parallelimporten (<http://www.interpharma.ch/de/215.asp>). 58 So Weko-Präsident Walter Stoffel an der Jahresmedienkonferenz der Weko; siehe ‚Parallelimport-Verbot als Anachronismus. Die Weko kämpft gegen Abschottung‘, *Neue Zürcher Zeitung* vom 20. Februar 2008. Vgl. auch die Meinung des Weko-Mitglieds Jörg Niklaus, ‚Parallelimporte sollten selbstverständlich sein. Staatlich geschützte Monopole kosten Wohlstand‘, *Neue Zürcher Zeitung* vom 20. September 2007.

59 Siehe die Berichte des Bundesrates zum ‚Parallelimport und Patentrecht‘ vom 8. Mai 2000, 29. November 2002 und 3. Dezember 2004, sowie ‚Erläuternder Bericht zum Systementscheid bei der Erschöpfung im Patentrecht‘ vom 18. April 2007.

60 Botschaft zur Änderung des Patentgesetzes (Systementscheid bei der Erschöpfung im Patentrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl. 2007 303.

dafür aus, diesen im Patentgesetz zu verankern. In Presseberichten wurde im März 2008 für den Fall, dass das Bundesparlament angesichts dieser Sachlage nicht handle, eine Volksinitiative für Parallelimporte angekündigt.⁶¹ Die Signale aus dem Bundesparlament waren vorerst gemischt. Im April 2008 sprach sich die nationalrätliche Kommission für Wirtschaft und Abgaben für die einseitige Einführung der regionalen (d.h. EWR-weiten) Erschöpfung aus.⁶² Im Juni 2008 lehnte es der Nationalrat aber ab, Parallelimporte patentgeschützter Waren zu erlauben.⁶³ Im Juli 2008 sprach sich die ständerätliche Kommission für Wirtschaft für einen Systemwechsel aus, allerdings unter Ausnahme von Waren mit sog. administrierten Preisen, darunter Medikamente. Wegen dieser letzteren Ausnahme ist in der Presse von einer „Lex Pharma“ die Rede.⁶⁴ Im September 2008 schloss sich der Ständerat diesem Vorschlag an.⁶⁵ Im Oktober 2008 entschied sich der Nationalrat wiederum gegen die einseitige Einführung des regionalen Erschöpfungsprinzips. Stattdessen befürwortete er – nicht zuletzt im

61 ‚Initiative für Parallelimporte liegt bereit‘, *Tages-Anzeiger* vom 3. März 2008. Die Initiative wurde im August 2008 bei der Bundeskanzlei zur Vorprüfung eingereicht; *Neue Zürcher Zeitung* vom 29. August 2008.

62 ‚Wankendes Verbot von Parallelimporten. Kommission für Öffnung gegenüber EWR‘, *Neue Zürcher Zeitung* vom 16. April 2008.

63 ‚Parallelimporte sollen verboten bleiben‘, *Tagesanzeiger* Fernausgabe vom 10. Juni 2008.

64 ‚Ständeräte für Billigimporte‘, *Tagesanzeiger Fernausgabe* vom 8. Juli 2008; siehe auch ‚Ständeratskommission für Parallelimporte. CVP-Modell setzt sich durch‘, *Neue Zürcher Zeitung* vom 3. Juli 2008.

65 ‚Ständerat will Parallelimporte zulassen; Medikamente ausgeschlossen‘, *Handelszeitung Online & Wallstreet Journal* vom 24. September 2008, http://www.handelszeitung.ch/artikel/Unternehmen-AWP_KORR_CH_Staenderat-will-Parallelimporte-zulassen-Medikamente-ausgeschlossen-AF-_402174.html.

Hinblick auf die Anforderungen des WTO-Rechts⁶⁶ – den Abschluss eines auf Gegenseitigkeit beruhenden Abkommens mit der EU.⁶⁷ Daraufhin bestätigte jedoch die Wirtschaftskommission des Ständerates ihren Standpunkt.⁶⁸ Im Dezember 2008 lenkte der Nationalrat schliesslich ein.⁶⁹ Nach dem Parlamentsbeschluss sollen Parallelimporte patentgeschützter Waren aus dem europäischen Wirtschaftsraum am offiziellen Vertriebskanal vorbei ermöglicht werden. Für Arzneimittel besteht eine Schutzklausel.⁷⁰ Am 1. Juli 2009 tritt das revidierte Patentgesetz in Kraft. - Avenir Suisse argumentiert in einer Studie, dass die Zulassung von Parallelimporten auch bei preisregulierten Produkten wie Arzneimitteln sinnvoll wäre.⁷¹

Was schliesslich das von der Schweiz mit der (damaligen) Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft abgeschlossene bilaterale Freihandelsabkommen von 1972⁷² anbelangt, so lehnte es das

66 Dazu insbesondere Thomas Cottier/Rachel Liechti, ‚Ist die einseitig statuierte regionale Erschöpfung im schweizerischen Patentrecht mit dem WTO-Recht vereinbar?‘, in: Astrid Epiney/Tamara Civitella (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2007/2008*, Bern: Stämpfli/Zürich: Schulthess 2008, 261-284.

67 ‚Rückschlag für Parallelimport-Befürworter. Nationalrat setzt im Patentrecht auf ein Abkommen mit der EU‘, *Neue Zürcher Zeitung* vom 3. Oktober 2008.

68 ‚Ständerat weiterhin für Parallelimporte. Standfeste Kommission‘, *Neue Zürcher Zeitung* vom 1./2. November 2008.

69 ‚Gegenwind für Importmonopole. Nationalrat billigt Parallelimporte patentgeschützter Güter‘, *Neue Zürcher Zeitung* vom 16. Dezember 2008.

70 ‚Jährelanges Hin und Her um Parallelimporte beendet. Klare Zustimmung des Nationalrates nach letztem Schlagabtausch‘, *Neue Zürcher Zeitung* vom 19. Dezember 2008.

71 ‚Plädoyer für Parallelimporte auf allen Märkten. Eine unaufgeregte und fundierte Analyse von Avenir Suisse‘, *Neue Zürcher Zeitung* vom 5. September 2008.

72 Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der schweizerischen Eidgenossenschaft, für die Schweiz SR 0.632.401, für die EWG ABI. 1972 L 300/189.

schweizerische Bundesgericht ab, die Rechtsprechung des EuGH über die Erschöpfung auf dieses Abkommen zu übertragen (OMO).⁷³

V. Grenzüberschreitender Verkauf von Arzneimitteln am Beispiel der Rechtssache DocMorris

1. DocMorris: der Hintergrund

Kommen wir nun zu unserem konkreten Beispiel. Es handelt sich um die Rechtssache *DocMorris*.⁷⁴ Ich habe sie gewählt, weil sie sich als Illustration der Komplexität des Verhältnisses zwischen der negativen und der positiven Integration ganz besonders eignet. Zudem fiel mir auf, dass in den wissenschaftlichen Kommentaren zu dieser Entscheidung gerade diese verschiedenen Dimensionen der Integration meist ausser Acht gelassen werden. Hier gilt es also etwas nachzuholen.

Der Fall *DocMorris* betrifft Deutschland, wo Internetapotheken zur rechtserheblichen Zeit verboten waren.⁷⁵ Zwar waren, um genau zu sein, nicht Internetapotheken an sich verboten, wohl aber jeglicher Versandhandel mit Arzneimitteln, was logischerweise ein Verbot von Internetapotheken zur Folge hatte. § 43 Abs. 1 des deutschen Arzneimittelgesetzes bestimmte damals: „Arzneimittel dürfen für den Endverbrauch nur in Apotheken und nicht im Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden. Ausserhalb der Apotheken darf kein Handel getrieben werden.“ Dieses Verbot war zusammen mit dem sog. allgemeinen Verbringungsverbot nach § 73 Abs. des Arzneimittelgesetzes der Auslöser für ein Gerichtsverfahren in Deutschland, welches schliesslich zu jener wegweisenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg führte, die ich im Folgenden

⁷³ BGE 105 II 49 (OMO).

⁷⁴ Rs. C-322/01 *Deutscher Apothekerverband gegen 0800 DocMorris NV und Jacques Waterval*, Slg. 2003, S. I-14887.

⁷⁵ Zur damaligen Rechtslage in Deutschland siehe *DocMorris* (Fn 74), Erw. 23 ff.

darstellen möchte.⁷⁶

Was war geschehen?⁷⁷ Apotheken in Deutschland hatten festgestellt, dass sie via das Internet unerwünschte Konkurrenz erhalten hatten, indem eine niederländische Internetapotheke namens „0800DocMorris NV“ (kurz: DocMorris) auf ihrer Website ihre Produkte u.a. in deutscher Sprache anbot.⁷⁸

Die damalige Internetgeschäftstätigkeit von DocMorris wird vom EuGH anschaulich wie folgt beschrieben (wobei mit der Umschreibung „Beklagter des Ausgangsverfahrens“ DocMorris gemeint ist):⁷⁹ „Der Internetauftritt unterteilt sich dem Vorlagebeschluss zufolge in die Rubriken „Apotheke“, „Gesundheitsforum“, „Über uns“, „Kontakt“ und „Hilfe“. Die einzelnen Medikamente sind nach Produktgruppen in die Rubriken „Schmerzmittel“, „Blutdrucksenker“, „Krebstherapeutika“, „Immunstimulanzien“, „Blutfettsenker“, „Potenz-Prostata-Mittel“, „Entwöhnungsmittel“ sowie weitere Rubriken aufgeteilt. Jede Rubrik enthält zunächst eine aus wenigen Sätzen bestehende Einleitung. Anschließend sind die Medikamente alphabetisch nach ihrem Produktnamen aufgeführt, der Packungsinhalt wird beschrieben und der Preis in Euro angegeben. Zur weiteren Information über das Produkt selbst kann der Produktname angeklickt werden.

76 Dem gingen verschiedene andere deutsche Verfahren voraus, welche jedoch nicht zu einer Vorlage an den EuGH führten; vgl. dazu insbesondere die Hinweise bei Christian Koenig, ‚Das Urteil des EuGH in der Rechtssache Deutscher Apothekerverband/ DocMorris‘, in: Alfred Söllner/Wolfgang Gitter/Raimund Waltermann/Richard Giesen/Oliver Ricken (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze*, München: Beck 2004, 501-514, S. 502, Fn 3. Koenig war der Rechtsvertreter von DocMorris vor dem EuGH.

77 Zum im Folgenden beschriebenen Sachverhalt siehe *DocMorris* (Fn 74), Erw. 34ff.

78 In den Niederlanden zeigt die Telefonnummer 0800 ein Gratistelefon an (keine Anruferkosten). Die Abkürzung NV bezieht sich auf „naamloze vennootschap“, was in der Schweiz der Aktiengesellschaft entspricht.

79 *DocMorris* (Fn 74), Erw. 37-40.

Ist ein bestimmtes Arzneimittel verschreibungspflichtig, so findet sich ein Hinweis bei der Beschreibung des Produktes. Ein bestimmtes Arzneimittel wird als verschreibungspflichtig eingestuft, wenn es entweder in den Niederlanden oder in dem Mitgliedstaat, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, als verschreibungspflichtig eingestuft wird. Dabei werden die jeweils strengeren Regeln über die Rezeptpflicht im Herkunfts- oder im Bestimmungsland angewandt. Die Auslieferung derartiger Medikamente erfolgt erst nach Vorlage des Originalrezepts.

Für den Verbraucher besteht ferner die Möglichkeit, durch Anklicken des entsprechenden Symbols das Sortiment der Beklagten des Ausgangsverfahrens nach einem bestimmten Produkt zu durchsuchen oder eine Gesundheitsberatung durch den Expertenbeirat in Anspruch zu nehmen. Generell kann der Verbraucher neben einer Kommunikation über das Internet mit den Beklagten des Ausgangsverfahrens auch über eine kostenlose Telefonnummer oder per Brief in Kontakt treten.

Die Zustellung kann auf verschiedene Weise erfolgen. So kann der Verbraucher die Bestellung entweder persönlich bei der Apotheke in Landgraaf, einer Stadt in der Nähe der Grenze zwischen den Niederlanden und Deutschland, abholen oder, ohne zusätzliche Kosten, mit ihrer Abholung und Lieferung an die von ihm angegebene Adresse einen von den Beklagten des Ausgangsverfahrens empfohlenen Kurierdienst beauftragen. Er kann auf eigene Kosten auch einen anderen, ebenfalls von den Beklagten des Ausgangsverfahrens empfohlenen Kurierdienst beauftragen, der die bestellten Waren abholt und an die Zustelladresse ausliefert. Schließlich kann er jeden sonstigen Kurierdienst auf eigene Kosten beauftragen.“

Inzwischen ist dies bereits wieder eine vergleichsweise traditionelle Art des elektronischen Verkaufs von Arzneimitteln, haben

sich doch neue Formen entwickelt, z.B. Internetauktionshäuser.⁸⁰

Dies führte zu einer Klage des deutschen Apothekerverbandes gegen DocMorris und deren Direktor, Jacques Waterval, beim Landgericht Frankfurt.⁸¹ Der Apothekerverband argumentierte, die Geschäftstätigkeit von DocMorris verstosse gegen das deutsche Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln und zudem gegen das deutsche Heilmittelwerbegesetz. Vor Gericht versuchte DocMorris natürlich, sich gegen diese Vorwürfe zu wehren. Die Tatsachen abstreiten konnte das Unternehmen nicht. Es musste also rechtliche Argumente suchen, welche die Vorwürfe des Apothekerverbandes entkräften konnten. Es argumentierte unter anderem, wenn sein Verhalten wirklich deutsches Recht verletze, so sei es dennoch nach den Vorschriften des EG-Rechts erlaubt. Anders gesagt: die deutschen Verbote des Versandhandels mit Medikamenten und der Werbung für Heilmittel widersprächen dem EG-Recht über den grenzüberschreitenden Handel und seien daher ihrerseits gar nicht zulässig.

Hierzu muss man wissen, dass die Vorgaben des EG-Rechts von den Mitgliedländern absolut beachtet werden müssen. Das EG-Recht hat Vorrang vor dem nationalen Recht. Wenn ein Land dies nicht respektiert und Vorschriften aufstellt, welche dem EG-Recht widersprechen, so dürfen diese in der Praxis nicht angewendet werden.⁸² Genau das wollte DocMorris erreichen.

Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem einzelstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten ist eines der grundlegenden Merkmale

80 Siehe dazu Dennis Schultz, ‚Die Haftung von Internetauktionshäusern für den Vertrieb von Arzneimitteln‘, *WRP – Wettbewerb in Recht und Praxis* 2004, 1347-1355.

81 Zur früheren deutschen Rechtsprechung über Internetapotheken siehe Petra Marwitz, ‚Internetapotheken zwischen Gerichten und Gesetzgebern‘, *Multimedia und Recht* 2004, 218-222, S. 221.

82 Siehe Tobler/Beglinger (Fn 8), Chart 6/1.

des EG-Rechts. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hielt erstmals in der Entscheidung *Costa*⁸³ fest, dass die Mitgliedstaaten durch die Gründung der Gemeinschaft einen Rechtskörper geschaffen haben, der für ihre Angehörigen und sie selbst verbindlich ist. Einzelstaatliches Recht muss deshalb mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang stehen: „Dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht können wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer garteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.“⁸⁴ Die praktische Folge des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht ist der Anwendungsvorrang des ersteren: dem Gemeinschaftsrecht widersprechendes nationales Recht darf nicht angewendet werden.⁸⁵

Eine für die Rechtspraxis besonders bedeutsame Ausprägung des Vorrangprinzips ist die unmittelbare Wirkung von EG-rechtlichen Vorschriften, durch welche Einzelpersonen oder Unternehmen Rechte verliehen werden. Hat eine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung unmittelbare Wirkung, so können sich Einzelpersonen vor den mitgliedstaatlichen Gerichten darauf berufen, mit der Folge, dass nationales Recht, das im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht steht, nicht angewendet werden kann. Im Falle von Vertragsbestimmungen (um welche es im Fall *DocMorris* letztlich ging) ist die unmittelbare Wirkung dann gegeben, wenn die fragliche Bestimmung hinreichend bestimmt und unbedingt gefasst ist, und wenn sie den Mitgliedstaaten keine gesetzgeberische Freiheit belässt.⁸⁶

83 Rs. 6/64 *Flaminio Costa gegen E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1253.

84 Idem, Erw. 3.

85 Rs. 106/77 *Staatliche Finanzverwaltung gegen S.p.A. Simmenthal* [1978] ECR 629.

86 So der EuGH erstmals in Rs. 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos gegen Niederländische Finanzverwaltung*, Slg. 1963, 3.

Im Fall *DocMorris* berief sich das Unternehmen DocMorris auf die unmittelbare Wirkung des laut seiner Argumentation anwendbaren EG-Rechts.

Damit stellte sich als erstes die Frage, ob es denn überhaupt EG-Recht gibt, das für den grenzüberschreitenden Handel von Internetapotheken massgeblich ist. Von vornherein deutlich war dies darum nicht, weil es kein spezielles EG-Internetapothekenrecht gibt. Es galt deshalb herauszufinden, ob aus der ungeheuren Menge des EG-Rechtes – immerhin etliche zehntausend Seiten – irgendetwas mehr oder weniger indirekt relevant sein könnte.⁸⁷ Das Landgericht Frankfurt konnte sich zwar bestimmte Vorschriften vorstellen, war sich seiner Sache aber nicht sicher. Es machte daher von einer verfahrensrechtlichen Möglichkeit Gebrauch, welche ihm erlaubte, den bei ihm hängigen Prozess einstweilen ruhen zu lassen und im sog. Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG eine Auskunft vom Europäischen Gerichtshof in Luxemburg einzuholen.⁸⁸ Zum einen wollte das Landgericht wissen, ob das Verbot von mengenmässigen Beschränkungen des freien Warenverkehrs in Art. 28 des EG-Vertrages massgeblich sei, also eine negative Vorschrift. Zum anderen fragte es, ob vielleicht zwei Harmonisierungsrichtlinien zu beachten seien, nämlich die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (die sog. e-com-

87 Zum Umfang des Rechtsbestandes der EU kursieren unterschiedliche Zahlen. Eine oft gehörte Zahl betreffend der Gesetzgebung (d.h. EU-Recht ohne Rechtsprechung des EuGH) ist 80000 Seiten. Kritische Stimmen sprechen jedoch von über 170000 Seiten; siehe Openeurope briefing note ‚Just how big is the Acquis?‘, im Internet erhältlich via www.openeurope.org.uk/research/acquis.pdf.

88 Siehe Tobler/Beglinger (Fn 8), Chart 12/18.

merce-Richtlinie)⁸⁹ und die Richtlinie über die Arzneimittelwerbung.⁹⁰

Dass der Fall heikel und wichtig zugleich war, zeigt die Tatsache, dass die Entscheidung von 13 der damals insgesamt 15 Richterinnen und Richtern des EuGH gefällt wurde.⁹¹ Die Antwort des Gerichtshofes auf die Fragen des Landgerichts Frankfurt illustriert die Komplexität der negativen und der positiven Integration. Der EuGH befand nämlich, dass keine der beiden vom Landgericht erwähnten Richtlinien relevant war, sondern vielmehr eine ganz andere Richtlinie, und dass zudem die Bestimmungen im EG-Vertrag über den freien Warenverkehr durchaus eine Rolle spielten, aber anders, als es sich das Landgericht vorstellte. Lassen Sie mich erklären, warum der EuGH zu diesem Schluss gelangte und was dies für *DocMorris* bedeutete. Ich werde mich dabei auf die Frage konzentrieren, ob der grenzüberschreitende Handel mit *zugelassenen*

89 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. 2000 L 178/1.

90 Richtlinie 92/28/EWG über die Werbung für Humanarzneimittel, ABl. 1992 L 113/13.

91 In Internetmeldungen wie auch z.T. in der wissenschaftlichen Literatur ist manchmal davon die Rede, dass der EuGH in einer Vollsitzung 15 Richterinnen und Richtern entschied (die EU bestand zur Zeit der Urteilsfällung in der Rechtssache *DocMorris* aus 15 Mitgliedstaaten, von denen jeder eine Richterin oder einen Richter stellte); siehe dazu z.B. die Pressemeldung von DocMorris selbst (https://www.docmorris.de/de/ueber_docmorris/presse/Pressemitteilungen/031211_recht_bekommen.jsp) sowie Thorsten Götz, ‚Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln und die Zukunft der Keck-Rechtsprechung‘, *European Law Reporter* 2004, 107-113, S. 110. Auf dem Urteil des EuGH stehen indessen nur 13 Namen von Richterinnen und Richtern. Offenbar waren ursprünglich 15 Richterinnen und Richter beteiligt, doch schieden im Verlauf des Verfahrens der damalige Präsident Rodriguez Iglesias sowie ein weiterer Richter aus; dazu Elmar Mand, ‚EuGH: DocMorris‘, *Multimedia und Recht* 2004, 149-158, S. 155.

Arzneimitteln zulässig ist. Auf den Handel mit nicht zugelassenen Arzneimitteln sowie auf die Werbung werde ich nicht eingehen.⁹²

In der Europäischen Gemeinschaft dürfen Arzneimittel nur dann auf den Markt gebracht werden, wenn sie offiziell zugelassen sind (Art. 6 des Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel).⁹³ Der Handel mit nicht zugelassenen Arzneimitteln ist demnach verboten. Die Zulassung kann auf zweierlei Arten erfolgen: entweder durch die zuständige Behörde des betreffenden Mitgliedstaates nach den Vorschriften des Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel oder aber im zentralen Gemeinschaftsverfahren nach den Vorschriften der Verordnung 726/2004/EG.⁹⁴ Die EG-rechtliche Gesetzgebung über die Zulassung von Medikamenten hat sich seit den 1960er Jahren entwickelt.⁹⁵ Zur rechtserheblichen Zeit des

92 Zu den nicht zugelassenen Arzneimitteln *DocMorris* (Fn 74), Erw. 47 ff., zur Werbung Erw. 138 ff. Für die Situation in der Schweiz vgl. insbesondere Heidi Bürgi, ‚Richtlinien der Swissmedic zur Arzneimittelwerbung im Internet – kritische Bemerkungen‘, *AJP* 2007, 70-78.

93 Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, ABl. 2001 L 311/67, mit seitherigen Änderungen. Der Gemeinschaftskodex ersetzt die frühere Richtlinie 92/28/EWG über die Werbung für Humanarzneimittel (ABl. 1992 L 113/13), welche auch schon ein Werbeverbot vorsah.

94 Verordnung 726/2004/EG zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. 2004 L 136/1.

95 Lisman unterscheidet verschiedene Phasen, nämlich 1958-1965, 1965-1975, 1975-1985, 1985-1995, 1995-2005; J.A. Lisman, ‚De toelating van geneesmiddelen. Hoe effectief is ons systeem?‘, in: Vereniging voor gezondheidsrecht, *Geneesmiddelen en Recht. Preadvies 2006*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, 13-133, S. 25 ff. Vgl. auch Christa Tobler, ‚Art. 13 HMG‘, in: Thomas Eichenberger/Urs Jaisli/Paul Richli (Hrsg.), *Basler Kommentar Heilmittelgesetz*, Basel/Genf/München: Helbing & Lichtenhahn 2006, Rz. 35 ff. Allgemein zum Gesundheitsrecht der EU, siehe Hervey Tamara K. & MacHale Jean V., *Health law and the European Union*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

Falles DocMorris waren Vorläufer der heutigen Gesetzgebung in Kraft. Dies ändert aber nichts am Grundsatz der Zulassungspflicht.

2. DocMorris: kein Fall für die e-commerce-Richtlinie

Wenden wir uns also der Frage zu, welche Vorschriften herangezogen werden müssen, um zu entscheiden, ob der grenzüberschreitende Internethandel mit zugelassenen Arzneimitteln nach dem EG-Recht erlaubt ist. Der Ausgangspunkt dafür ist das Verhältnis zwischen Vorschriften auf der Ebene der negativen und solchen auf der Ebene der positiven Integration bzw. allgemeiner zwischen den Vorschriften des Vertrages und jenen von Verordnungen und Richtlinien. Im EG-Recht gilt, dass bei der Suche nach dem auf einen konkreten Fall anwendbaren Recht immer zuerst festgestellt werden muss, ob es spezielles sekundäres Recht gibt. Die Vertragsregeln gelangen nur dann zur Anwendung, wenn es kein solches Recht gibt.

Es handelt sich um das sog. *Tedeschi*-Prinzip.⁹⁶ Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Tedeschi*⁹⁷ aus dem Jahr 1977 betraf den grenzüberschreitenden Handel mit Futtermitteln für Tiere. In dieser Rechtssache hielt der EuGH fest, dass nationale Massnahmen zur Regelung der Zusammensetzung von Futtermitteln nach Art. 30 EWG-Vertrag (heute Art. 28 EG) verbotene Massnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen darstellen. Ausnahmsweise können solche Massnahmen aber nach Art. 36 EWG-Vertrag (heute Art. 30 EG) im Hinblick auf den Schutz der Gesundheit von Menschen oder Tieren gerechtfertigt sein. Allerdings ist der Rückgriff auf die Ausnahmerebestimmung nur dann zulässig, wenn kein den Gesundheitsschutz harmonisierendes Gemeinschaftsrecht vorliegt. Der EuGH führt dazu Folgendes aus:⁹⁸ „Wenn [...] Richtlinien der Gemeinschaft die Harmonisierung der zur Gewährleistung

96 Siehe Tobler/Beglinger (Fn 8), Chart 11/7.

97 Rs. 5/77 *Carlo Tedeschi gegen Denavit Dommerciale s.r.l.*, Slg. 1977, S. 1555.

98 Idem, Erw. 33/35.

des Schutzes von Tieren und Menschen notwendigen Massnahmen vorsehen und gemeinschaftliche Verfahren zur Kontrolle ihrer Einhaltung regeln, ist der Rückgriff auf Artikel 36 nicht mehr gerechtfertigt, und der von der Harmonisierungsrichtlinie gezogene Rahmen ist nunmehr massgeblich für die Durchführung der geeigneten Kontrollen und den Erlass von Schutzmassnahmen.“

In einer neueren Entscheidung, welche im Zusammenhang mit Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) sowie der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) erging, ist hierzu lesen:⁹⁹ „Solche Massnahmen [gemeint sind Massnahmen, welche eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen] wären nur dann zulässig, wenn sie einen mit dem EG-Vertrag vereinbaren berechtigten Zweck verfolgten und aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt wären, soweit keine gemeinschaftliche Harmonisierungsmaßnahme vorliegt, die bereits die zur Gewährleistung des Schutzes dieser Interessen erforderlichen Massnahmen vorsieht.“

Was heisst dies nun für Internetapotheken? Sucht man nach möglicherweise massgeblichem sekundärem Recht, so drängt sich als erstes die e-commerce-Richtlinie¹⁰⁰ auf, denn sie bezieht sich zwar nicht ausdrücklich auf Internetapotheken, wohl aber auf das soge-

99 Rs. C-389/05 *Kommission gegen Frankreich*, Entscheidung vom 18. Juli 2008, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht, Erw. 67.

100 Siehe oben, Fn 89.

nannte e-business.¹⁰¹ Diese Richtlinie wird darum oft als das zentrale Element des e-commerce-Rechts der EG bezeichnet.¹⁰² Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, die sog. Dienste der Informationsgesellschaft ohne Zulassungspflicht zu erlauben. Weiter enthält sie harmonisierende Vorschriften für ausgewählte Fragen. Im Übrigen schreibt die Richtlinie vor, dass im internationalen Verhältnis jeweils dasjenige Land für die rechtliche Regelung von Internetdienstleistungen zuständig ist, in dem das Unternehmen, das die Dienstleistung anbietet, ansässig ist. Das Empfangsland ist grundsätzlich - d.h. unter dem Vorbehalt bestimmter Ausnahmen - dazu verpflichtet, aus dem EU-Ausland kommende Internetdienstleistungen zu akzeptieren.

Zu den Diensten der Informationsgesellschaft gehören nach der Präambel der e-commerce-Richtlinie ausdrücklich auch der Online-Verkauf von Waren (Erwägungsgrund 18). Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass ihr Rechtssystem den Abschluss von Verträgen auf elektronischem Weg ermöglicht (Art. 9 Abs. 1). Außerdem müssen Unternehmen, die online Dienste anbieten, gewissen Informationspflichten genügen (Art. 10), und es gelten bestimmte

101 Allgemein zur e-commerce-Richtlinie siehe etwa Martien Schaub, *European Legal Aspects of E-commerce*, Groningen: European Law Publishing 2004, S. 25 ff.; Frithjof A. Maennel, 'Die europäische Richtlinie zum Electronic Commerce', in: Michael Lehmann (Hrsg.), *Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht*, München: Verlag C.H. Beck/Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2002, S. 44-68; Quinten R. Kroes, *E-business Law of the European Union*, Den Haag/London/New York: Kluwer Law International 2003, S. 2ff.; John Dickie, *Producers and Consumers in EU E-Commerce Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2005, S. 35 ff.; Paul Todd, *E-Commerce Law*, London: Cavendish Publishing 2005, 207f.; Ugo Draetta, *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, Paris: Forum Européen de la Communication/ Bruxelles: Bruylant 2003, S. 73ff.

102 Siehe etwa Schaub (Fn 101), S. 25.

Grundsätze für die elektronische Abgabe der Bestellung (Art. 11).¹⁰³

Die zentrale Bestimmung der e-commerce-Richtlinie ist Art. 3. Art. 3 Abs. 1 enthält den Grundsatz, dass im internationalen Verhältnis dasjenige Land für die rechtliche Regelung von Diensten der Informationsgesellschaft zuständig ist, in dem das Unternehmen, das die Dienstleistung anbietet, ansässig ist (sog. Herkunftsstaatsprinzip). Art. 3 Abs. 2 statuiert den Grundsatz, dass das Empfangsland die ausländische Dienstleistung akzeptieren muss (sog. Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, auch „Cassis de Dijon-Prinzip“).¹⁰⁴ Die Ausnahmen dazu finden sich in Art. 3 Abs. 4, ergänzt durch die Abs. 5 und 6. Art. 3 Abs. 3 bezieht sich auf Ausnahmen vom Anwendungsbereich der beiden erwähnten Grundsätze, die jedoch im Zusammenhang von *DocMorris* keine Rolle spielen. Insgesamt lautet Art. 3 wie folgt:

„(1) Jeder Mitgliedstaat trägt dafür Sorge, daß die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen.

(2) Die Mitgliedstaaten dürfen den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden keine Anwendung auf die im Anhang genannten Bereiche.

(4) Die Mitgliedstaaten können Maßnahmen ergreifen, die im Hinblick auf einen bestimmten Dienst der Informationsge-

103 Vgl. dazu etwa Andrew Murray, „Articles 9-11, ECD. Contracting Electronically in the Shadow of the E-Commerce Directive, in: Lilian Edwards (Hrsg.), *The new legal framework for e-commerce in Europe*, Hart: Oxford and Portland, Oregon 2005, S. 68-91.

104 Dazu unten V.3.

sellschaft von Absatz 2 abweichen, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind:

a) Die Maßnahmen

i) sind aus einem der folgenden Gründe erforderlich:

— Schutz der öffentlichen Ordnung, insbesondere Verhütung, Ermittlung, Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, einschließlich des Jugendschutzes und der Bekämpfung der Hetze aus Gründen der Rasse, des Geschlechts, des Glaubens oder der Nationalität, sowie von Verletzungen der Menschenwürde einzelner Personen,

— Schutz der öffentlichen Gesundheit,

— Schutz der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Wahrung nationaler Sicherheits- und Verteidigungsinteressen,

— Schutz der Verbraucher, einschließlich des Schutzes von Anlegern;

ii) betreffen einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft, der die unter Ziffer i) genannten Schutzziele beeinträchtigt oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung dieser Ziele darstellt;

iii) stehen in einem angemessenen Verhältnis zu diesen Schutzzielen. [...]"

b) Der Mitgliedstaat hat vor Ergreifen der betreffenden Maßnahmen unbeschadet etwaiger Gerichtsverfahren, einschließlich Vorverfahren und Schritten im Rahmen einer strafrechtlichen Ermittlung,

— den in Absatz 1 genannten Mitgliedstaat aufgefordert, Maßnahmen zu ergreifen, und dieser hat dem nicht Folge geleistet oder die von ihm getroffenen Maßnahmen sind unzulänglich;

— die Kommission und den in Absatz 1 genannten Mitgliedstaat über seine Absicht, derartige Maßnahmen zu ergreifen, unterrichtet.

(5) Die Mitgliedstaaten können in dringlichen Fällen von den in Absatz 4 Buchstabe b) genannten Bedingungen abweichen. In diesem Fall müssen die Maßnahmen so bald wie möglich und unter Angabe der Gründe, aus denen der Mitgliedstaat der Auffassung ist, daß es sich um einen dringlichen Fall handelt,

der Kommission und dem in Absatz 1 genannten Mitgliedstaat mitgeteilt werden.

(6) Unbeschadet der Möglichkeit des Mitgliedstaates, die betreffenden Maßnahmen durchzuführen, muß die Kommission innerhalb kürzestmöglicher Zeit prüfen, ob die mitgeteilten Maßnahmen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind; gelangt sie zu dem Schluß, daß die Maßnahme nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, so fordert sie den betreffenden Mitgliedstaat auf, davon Abstand zu nehmen, die geplanten Maßnahmen zu ergreifen, bzw. bereits ergriffene Maßnahmen unverzüglich einzustellen.“

Verständlicherweise wünschen sich Unternehmen, die in irgendeiner Weise mit dem Internet arbeiten, dass ihr Fall von dieser Richtlinie erfasst wird, denn dies vereinfacht ihnen das Arbeiten ungemein: statt dass sie die unterschiedlichen Vorschriften von 30 Ländern des Europäischen Wirtschaftsraums kennen und befolgen müssen, brauchen sie sich nur an die Vorschriften der Richtlinie und an das Recht ihres eigenen Staates zu halten. Das spart Zeit, Geld und Unannehmlichkeiten.

Nun stützte aber der EuGH, wie ich schon sagte, seine Entscheidung in der Rechtssache *DocMorris* eben gerade nicht auf die e-commerce-Richtlinie. Warum sie in einem solchen Fall nicht anwendbar ist, erklärt der Gerichtshof nicht. Im gerichtlichen Gutachten von Generalanwältin Stix-Hackl ist dazu zu lesen, dass die e-commerce-Richtlinie im vorliegenden *konkreten* Fall aus zeitlichen Gründen nicht anwendbar sein konnte.¹⁰⁵

EG-Richtlinien müssen von den Mitgliedstaaten in ihr einzelstaatliches Recht umgesetzt werden (Art. 249 EG). Der Fall *DocMorris* ereignete sich zu einer Zeit, als die Umsetzungsfrist für die e-commerce-Richtlinie noch nicht abgelaufen war; sie lief bis zum 17. Januar 2002

105 *DocMorris* (Fn 74), Rz. 50 in den Schlussanträgen von Generalanwältin Stix-Hackl.

(Art. 22 Abs. 1 der e-commerce-Richtlinie). Der Rechtsstreit zwischen dem deutschen Apothekerverband und DocMorris begann aber früher; das Ersuchen des Landgerichts Frankfurt ging beim EuGH im August 2001 ein. Vor Ablauf der Umsetzungsfrist entfalten Richtlinien nur sehr beschränkte Wirkungen. Insbesondere können sich Einzelpersonen nicht auf die in ihnen enthaltenen und umzusetzenden Bestimmungen stützen (keine unmittelbare Wirkung).¹⁰⁶

Generalanwälte und Generalanwältinnen haben nach Art. 222 EG die Aufgabe, den Gerichtshof zu unterstützen, indem sie „öffentlich in völliger Unparteilichkeit und Unabhängigkeit begründete Schlussanträge zu den Rechtssachen [...] stellen“. Sie sind Mitglieder des Gerichtshofes und gehören zu dessen oberer Ebene (also nicht zum Gericht erster Instanz). Ihre ausführlichen Darlegungen in den Schlussanträgen werden allerdings nicht immer gleichermassen geschätzt. So ist in einem Kurzkomentar zu *DocMorris* zu lesen:¹⁰⁷ „Pour respecter l'esprit de la présente chronique, on ne s'aventurera pas dans les méandres de la discussion approfondie marquée du sceau de la rigueur germanique de l'Avocat général.“ Die (mittlerweile ehemalige) Generalanwältin Stix-Hackl ist übrigens Österreicherin.

Damit ist die grundsätzliche Frage nach der Anwendbarkeit der e-commerce-Richtlinie aber nicht gelöst. Die meisten wissenschaftlichen Kommentare lassen sie ausser Acht.¹⁰⁸ Die Antwort findet, wer die e-commerce-Richtlinie sorgfältig liest: dabei stellt man fest, dass die Richtlinie einen im Grunde genommen sehr beschränkten An-

106 Siehe Tobler/Beglinger (Fn 8), Charts 6/4 und 6/8.

107 X, ‚Vente de médicament par Internet‘, *Journal du droit international* 2004, 575-576, S. 576.

108 Löbliche Ausnahmen bilden Erik Vollebregt, ‚Vrij verkeer van goederen en geneesmiddelenverkoop via het internet‘, *Nederlands tijdschrift voor europees recht* 2004, 65-70, S. 69, sowie Margit Nemetz, ‚Internetapotheken - Post DocMorris. Zum Verbot des Versandhandels für Arzneimittel im Internet‘, *ecollex* 2004, 991-994, S. 993.

wendungsbereich hat. Zwar erfasst sie durchaus den Internetverkauf unterschiedlichster Produkte - die Europäische Kommission erwähnt in einem Bericht sogar ausdrücklich Arzneimittel.¹⁰⁹ Allerdings gelten die Vorschriften der Richtlinie nur für die sog. „Online-Aspekte“ eines Internetrechtsgeschäftes, also für all das, was elektronisch erfolgt – zum Beispiel den Vertragsschluss vermittelt einer Internetplattform. Nicht erfasst sind dagegen die „Offline-Aspekte“, darunter auch die Logistik, das heisst die Auslieferung der online gekauften Waren. Dafür müssen andere Regeln herangezogen werden.

Die e-commerce Richtlinie zielt nicht auf die Schaffung eines umfassenden Rahmens für e-commerce in der EU bzw. in ihren Mitgliedstaaten.¹¹⁰ Dementsprechend ist der von ihr erfasste koordinierte Bereich in seinem Umfang beschränkt. So werden laut der Präambel der Richtlinie „Tätigkeiten wie die Auslieferung von Waren als solche oder die Erbringung von Offline-Diensten als solche [...] nicht erfasst“ (Erwägungsgrund 18), und umfasst der koordinierte Bereich „nur Anforderungen betreffend Online-Tätigkeiten, beispielsweise Online-Informationdienste, Online-Werbung, Online-Verkauf und Online-Vertragsabschluss; er betrifft keine rechtlichen Anforderungen der Mitgliedstaaten bezüglich Waren, beispielsweise Sicher-

109 Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss - Erster Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr), KOM(2003)702 endg., S. 4.

110 Kroes (Fn 101), S. 3. Für ein Beispiel eines Handbuchs, welches das e-commerce-Recht aus der Sicht eines Mitgliedstaates (deutsches Recht aus europäischer Sicht) umfassend behandelt, siehe Hans-Werner Moritz/Thomas Dreier (Hrsg.), Rechts-Handbuch zum E-Commerce, 2. Aufl., Köln: Otto Schmidt 2005. Allgemein zum Internetrecht in Deutschland siehe etwa die regelmässig aktualisierte Internetpublikation von Thomas Hoeren, *Internetrecht*, <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/> (unter „Materialien“).

heitsnormen, Kennzeichnungspflichten oder Haftung für Waren, und auch keine Anforderungen der Mitgliedstaaten bezüglich der Lieferung oder Beförderung von Waren, einschliesslich der Lieferung von Humanarzneimitteln.“ (Erwägungsgrund 21). Dementsprechend bestimmt Art. 2 Buchst. h Unterabsatz ii, dass der koordinierte Bereich u.a. keine Anforderung betreffend die Lieferung von Waren umfasst. Schaub fasst die Rechtslage wie folgt zusammen: „[...] all rules that somehow affect commercial on-line activities fall within the coordinated field. [...] Put shortly, the coordinated field includes rules that apply to the on-line selling of goods and services but it does not include the rules that apply to the physical delivery of those goods and services.“¹¹¹ In den Worten von Kroes: „[T]he Directive does not apply to offline activities, even if these take place as the result of an online transaction.“¹¹² Genau darum geht es aber im Fall *DocMorris*.

Die für den Konsumentenschutz zuständige EU-Kommissarin Kuneva ist sich der Problematik der Online-Käufe bewusst. Im Sommer 2008 kündigte sie an, in Bälde den Entwurf für eine Rahmengesetzgebung über Konsumentenverträge präsentieren zu wollen, der sowohl online- wie auch offline-Aspekte umfassen würde („a new framework of consumer contract law that covers buying and

111 Dazu Schaub (Fn 101), S. 35. Siehe auch Nemetz (Fn 108), S. 993, sowie Vollebregt (Fn 108), S. 69.

112 Kroes (Fn 101), S. 3. - Im Übrigen sieht die e-commerce-Richtlinie auch in Bezug auf die grundsätzlich von ihr erfassten Online-Dienste gewisse Ausnahmen vor. Nicht erfasst sind die Besteuerung und der Datenschutz, weiter Fragen betreffend Vereinbarungen und Verhaltensweisen, welche dem Kartellrecht unterstehen, sowie die notarielle Tätigkeiten sowie die Vertretung von Mandantinnen und Mandanten vor Gericht (Art. 1 Abs. 5). Für den Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips sowie des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung gelten zudem die Ausnahmen nach Art. 3 Abs. 2 bzw. nach dem Anhang der Richtlinie.

selling online and off-line in Europe's Internal Market“).¹¹³ Im Oktober 2008 legte die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie vor, welche vier bestehende Richtlinien vereinfacht und in einem Regelwerk zusammenfasst.¹¹⁴ Zu diesen Richtlinien gehört auch die sog. Fernabsatzrichtlinie, welche – wie im folgenden Abschnitt sogleich zu zeigen sein wird – in der Rechtssache *DocMorris* anwendbar ist.

3. *DocMorris*: ein Fall für die Fernabsatzrichtlinie – und damit zugleich für den EG-Vertrag

Welches andere EG-Recht in Bezug auf die Lieferung von online eingekauften Waren massgeblich ist, hängt von der Sachverhaltskonstellation ab. Handelt es sich um einen unter Kaufleuten geschlossenen Vertrag (im Jargon: „business to business“ oder B2B), so gelangen unmittelbar die Vorschriften des EG-Vertrages über den freien Warenverkehr zur Anwendung.¹¹⁵ In einem solchen Fall untersteht das Internetrechtsgeschäft daher einer Kombination von positiv- und negativrechtlichen Vorschriften. Handelt es sich dagegen um eine Privatperson, welche Arzneimittel kauft („business to consumer“ oder B2C), so ist das EG-Konsumentenschutzrecht und insbes. die Fernabsatz-

113 Rede von Kommissarin Meglena Kuneva vom 20. Juni 2008 in London zum Thema „Key Challenges for Consumer Policy in the Digital Age“, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/347&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

114 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614. Siehe auch ‚Consumers: Commission proposes EU-wide rights for shoppers‘, press release of 8 October 2008, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1474>.

115 Allgemein zur Bedeutung der Warenverkehrsfreiheit für den Handel mit Arzneimitteln vgl. Alexander P. Kröck, *Der Einfluss der europäischen Grundfreiheiten am Beispiel der Ärzte und Arzneimittel*, Konstanz: Hartung-Gorre Verlag 1998, S. 172 ff.

richtlinie¹¹⁶ relevant, und damit neben der e-commerce-Richtlinie eine weitere Massnahme auf der Ebene der positiven Integration.

In der Entscheidung *DocMorris* erklärte der EuGH die Fernabsatzrichtlinie als anwendbar.¹¹⁷ Diese Richtlinie betrifft Verbraucherverträge, welche im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems geschlossen werden. Sie schreibt vor, dass für den Fernabsatz bestimmte Regeln beachtet werden müssen. Dies impliziert, dass der Fernabsatz grundsätzlich zulässig ist. Allerdings sieht Art. 14 eine Ausnahme vor. Ich zitiere: „Die Mitgliedstaaten können im Interesse der Allgemeinheit den Vertrieb im Fernabsatz für bestimmte Waren und Dienstleistungen, insbesondere Arzneimittel, in ihrem Hoheitsgebiet unter Beachtung des EG-Vertrages verbieten.“ Indem Art. 14 vermittelt einer Verweisklausel auf die Verbotsbestimmungen im Vertrag zurückgreift, verbinden sich *innerhalb* der Richtlinie die Ebenen der positiven und der negativen Integration.¹¹⁸

Der EuGH führt aus:¹¹⁹ „Zwar ist jede nationale Regelung in einem Bereich, der auf Gemeinschaftsebene abschliessend harmonisiert wurde, anhand der fraglichen Harmonisierungsmassnahme und nicht des primären Gemeinschaftsrechts zu beurteilen [...]. Jedoch ist die den Mitgliedstaaten in Artikel 14 Absatz 1 der Richtlinie 97/7 verliehene Befugnis, wie in dieser Bestimmung ausdrücklich gesagt wird, unter Beachtung des EG-Vertrags auszuüben. Eine solche Bestimmung macht eine Prüfung der Frage, ob sich das im Ausgangsfall fragliche nationale Verbot mit den Artikeln 28 EG bis 30

116 Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. 1997 L 144/19 (mit seitherigen Änderungen).

117 *DocMorris* (Fn 74), Erw. 63.

118 Von einer Verweisklausel spricht Gert Meier, „Bemerkung zum Urteil „DocMorris“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2004, 225.

119 *DocMorris* (Fn 74), Erw. 64f.

EG vereinbaren lässt, daher nicht entbehrlich.“¹²⁰

Zur Illustration seien zwei weitere Beispiele dieser spezifischen Kombination der negativen und der positiven Integration erwähnt. Das erste Beispiel ist Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 89/552/EWG über audiovisuelle Mediendienste (früher Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“).¹²¹ Danach können die Mitgliedstaaten „Mediendienstanbieter, die ihrer Rechtshoheit unterworfen sind, verpflichten, strengeren oder ausführlicheren Bestimmungen in den von dieser Richtlinie koordinierten Bereichen nachzukommen, sofern diese Vorschriften im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht stehen.“ Auch hier dürfen die Mitgliedstaaten demnach von den sekundärrechtlichen Vorschriften (positive Integration) abweichen, müssen dabei aber die Vorschriften des Vertrages (negative Integration) einhalten. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 89/552/EWG spielte z.B. in der Rechtssache *Dermoestética*¹²² betr. Werbung für Schönheitschirurgie eine wichtige Rolle.

120 Im wissenschaftlichen Schrifttum äusserte sich Streinz bereits im Vorfeld der Entscheidung in diesem Sinne; Rudolf Streinz, „Das Verbot des Apothekenversandhandels mit Arzneimitteln. Eine Verkaufsmodalität im Sinne der Keck-Rechtsprechung?“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2003, 37-44, S. 38.

121 Ursprünglich Richtlinie 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehätigkeit, ABl. 1989 L 298/23. Nach Art. 1 der Änderungsrichtlinie 2007/65/EG (Abl. 2007 L 332/27) lautet der vollständige Titel der Richtlinie neu wie folgt: „Richtlinie 89/552/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste)“.

122 Rs. C-500/06 *Corporación Dermoestética SA v To Me Group Advertising Media*, Entscheidung vom 17. Juli 2008, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht.

Das zweite Beispiel betrifft die Verordnung 338/97/EG über den Tier- und Pflanzenschutz.¹²³ Diese Verordnung zielt darauf ab, den Schutz und die Erhaltung wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch die Regelung des Handels mit ihnen im Einklang mit dem Übereinkommen über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten frei lebender Tiere und Pflanzen (*Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*, CITES)¹²⁴ sicherzustellen. Der dritte Erwägungsgrund in der Präambel zur Richtlinie lautet: „Unbeschadet der Bestimmungen dieser Verordnung können die Mitgliedstaaten unter Einhaltung des Vertrags, insbesondere in bezug auf den Besitz von Exemplaren von Arten, die unter diese Verordnung fallen, strengere Maßnahmen ergreifen oder beibehalten.“ Diese Möglichkeit spielte in der Rechtssache *Andibel*¹²⁵ eine wichtige Rolle. Sie ergibt sich letztlich bereits aus Art. 176 EG, wonach Schutzmassnahmen, die wie die Verordnung 338/97/EG aufgrund von Art. 175 EG getroffen werden, die einzelnen Mitgliedstaaten nicht daran hindern, verstärkte Schutzmassnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, die mit dem EG-Vertrag vereinbar sein müssen.

Im Falle von *DocMorris* bedeutete die Verbindung der positiven und der negativen Integration, dass der EuGH im Rahmen von Art. 14 der Fernabsatzrichtlinie untersuchen musste, wie ein mitgliedstaatliches Verbot des Fernhandels nach den Bestimmungen des EG-Vertrages zu beurteilen ist. Das Ergebnis dieser Analyse deute ich nur mit einigen wenigen Stichworten an. Es geht um einen komplexen Rechtsbegriff, nämlich jenen der „Massnahmen gleicher Wirkung“ im Verbot von mengenmässigen Beschränkungen der Einfuhr von Waren nach

123 Verordnung 338/97/EG über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels, ABl. 1997 L 61/1.

124 Siehe <http://www.cites.org/>.

125 Rs. 219/07 *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers VZW und Andibel VZW gegen Belgische Staat*, Urteil vom 19. Juni 2008, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht.

Art. 28 EG. Die Rechtsprechung hat diesem Begriff eine sehr weite Bedeutung gegeben.¹²⁶ Er bezieht sich nach der Entscheidung *Dassonville*¹²⁷ auf jede staatliche Massnahme, welche direkt oder indirekt, tatsächlich oder potentiell den Warenverkehr beschränkt oder beschränken kann. Dies schliesst sogar Massnahmen ein, welche nicht spezifisch auf Importwaren zielen, sondern unterschiedslos für sämtliche Waren im betreffenden Land gelten, es sei denn, der Staat habe dafür zwingende Gründe, welche im allgemeinen Interesse liegen. Wie der EuGH in seiner berühmten *Cassis de Dijon*-Entscheidung¹²⁸ ausführte, müssen die Mitgliedstaaten Waren, die anderswo in der EU rechtmässig hergestellt worden sind, grundsätzlich akzeptieren. Mit anderen Worten: sie sollen auch ohne Harmonisierung in die Regelungen der anderen Mitgliedstaaten bzw. in deren Vorschriften zum Schutz vor Gefährdungen Vertrauen haben. Von hier stammt das Herkunftsprinzip oder eben das *Cassis de Dijon*-Prinzip. Eine Kategorie von Massnahmen allerdings fällt als Ausnahme nicht unter das Verbot gemäss Art. 28 EG: laut der EuGH-Entscheidung *Keck*¹²⁹ sind dies jene Vorschriften, welche sich auf die Umstände des Verkaufs von Waren statt auf die Waren selbst beziehen, für alle Waren gleich gelten und auch für alle die gleiche Wirkung haben.

Art. 28 EG bestimmt: „Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.“ Die zentralen Aussagen der drei Leitentscheide

126 Siehe Tobler/Beglinger (Fn 8), Chart 8/18-8/22.

127 Rs. 8/74 *Procureur du Roi gegen Benoît und Gustave Dassonville*, Slg. 1974, 837.

128 Rs. 120/78 *Rewe-Zentral AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Slg. 1979, 649. Die Rechtssache betraf die französische Spezialität „Cassis de Dijon“. Da es mehrere „Rewe“-Rechtssachen gibt, wird im vorliegenden Zusammenhang üblicherweise diese Bezeichnung verwendet.

129 Verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 *Bernard Keck und Daniel Mithouard*, Slg. 1993, S. I-6097.

zur Auslegung des Begriffs der „Massnahmen gleicher Wirkung“ in dieser Bestimmung¹³⁰ lauten wie folgt:

- *Dassonville*, Erw. 5: „Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Massnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Beschränkung anzusehen.“
- *Cassis de Dijon*, Erw. 8: „In Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung der Herstellung und Vermarktung von Weingeist [...] ist es Sache der Mitgliedstaaten, alle die Herstellung von Vermarktung von Weingeist und alkoholischen Getränken betreffenden Vorschriften für ihr Hoheitsgebiet zu erlassen. Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden [...].“ Nach Erw. 14 stellt es „ein mit Artikel 30 [heute: Art. 28 EG] des Vertrages unvereinbares Handelshemmnis dar, wenn ein Mitgliedstaat durch Rechtsvorschriften einseitig einen Mindestweingeistgehalt als Voraussetzung für die Verkehrsfähigkeit alkoholischer Getränke festsetzt. Es gibt somit keinen stichhaltigen Grund dafür, zu verhindern, dass in einem Mitgliedstaat rechtmässig hergestellte und in den Verkehr gebrachte alkoholische Getränke in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden; dem Absatz dieser Erzeugnisse kann kein gesetzliches Verbot von Getränken entgegeng gehalten werden, die einen geringeren Weingeistgehalt haben, als im nationalen Recht vorgeschrieben ist.“
- *Keck*, Erw. 16-17: „Da sich die Wirtschaftsteilnehmer immer

130 Derselbe Begriff hat im Zusammenhang mit Art. 29 EG über mengenmässige Beschränkungen der Ausfuhr von Waren eine engere Bedeutung; siehe dazu Rs. 15/79 *P.B. Groenveld BV gegen Produktschap voor Vee en Vlees*, Slg. 1979, 3409, sowie Rs. C-205/07 *Lodewijk Gysbrechts und Santurel Inter BVBA*, Entscheidung vom 18. Juli 2008, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht.

häufiger auf Artikel 30 EWG-Vertrag [heute: Art. 28 EG] berufen, um jedwede Regelung zu beanstanden, die sich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit auswirkt, auch wenn sie nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtet ist, hält es der Gerichtshof für notwendig, seine Rechtsprechung auf diesem Gebiet zu überprüfen und klarzustellen.

Nach dem Urteil *Cassis de Dijon* (Urteil vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78, *Rewe-Zentral*, Slg. 1979, 649) stellen Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften daraus ergeben, daß Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmässig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen (wie etwa hinsichtlich ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihrer Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung), selbst dann, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten, nach Artikel 30 verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung dar, sofern sich die Anwendung dieser Vorschriften nicht durch einen Zweck rechtfertigen lässt, der im Allgemeininteresse liegt und den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht. Demgegenüber ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils *Dassonville* (Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74, Slg. 1974, 837) unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.

Sind diese Voraussetzungen nämlich erfüllt, so ist die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von

Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen, nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut. Diese Regelungen fallen daher nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 EWG-Vertrag.“

Im *DocMorris*-Entscheid erklärte der EuGH, dass ein Verbot des Versand- bzw. des Internethandels zwar den Verkauf betrifft und unterschiedslos anwendbar ist, dass es aber ungleiche Auswirkungen hat: deutsche Apotheken können in Deutschland trotz des Verbotes Arzneimittel verkaufen, nämlich in ihren herkömmlichen Apotheken. Ausländische Apotheken jedoch haben diese Möglichkeit nicht und werden deshalb vom Verbot ungleich härter getroffen. Deshalb fällt das Versandhandelsverbot nicht unter die *Keck*-Ausnahme.¹³¹

Im Tenor der Entscheidung wird dieses Ergebnis in folgende Worte gefasst: „Ein § 43 Absatz 1 des Arzneimittelgesetzes in der Fassung vom 7. September 1998 entsprechendes nationales Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln, die in dem betreffenden Mitgliedstaat ausschliesslich in Apotheken verkauft werden dürfen, stellt eine Massnahme gleicher Wirkung im Sinne von Artikel 28 EG dar.“

Wie mir übrigens die für diesen Fall zuständige Generalanwältin Stix-Hackl im Gespräch sagte, erachtete sie diesen Aspekt der Rechtssache als besonders interessant. Die wissenschaftlichen Kommentare teilen diese Meinung - wobei sich einige davon sogar ausschliesslich mit der Bedeutung der Entscheidung des EuGH für die *Keck*-Rechtsprechung befassen, ohne das Zusammenspiel

¹³¹ *DocMorris* (Fn 74), Erw. 66-86. Ein weiteres Beispiel für diese Konstellation aus der neueren rechtssprechung ist die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-141/07 *Kommission gegen Deutschland*, Entscheidung vom 11. September 2008, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht.

der verschiedenen Integrationsebenen auch nur zu erwähnen.¹³²

Dabei geht es um den letzten Teil der sog. *Keck*-Formel, wonach Verkaufsmodalitäten vom Anwendungsbereich von Art. 28 EG ausgenommen (und damit von vornherein nicht verboten) sind, „sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“ (Erfordernisse der Universalität und der Neutralität der nationalen Regelung).¹³³ Laut Lang liegt hier das eigentliche Problem von *Keck*: „If anyone were ever required to sum up the problem with the *Keck* test in one sentence, they could do worse than declare: „The problem with the *Keck* test lies in the so-called third limb, and specifically in the phrase ‚in fact‘.“¹³⁴ Zwar hatte sich der EuGH dazu bereits in früheren Fällen geäußert, doch führte das nicht zu einer vollständigen Klärung bezüglich der Reichweite der *Keck*-Formel.¹³⁵

Vor diesem Hintergrund bestätigt *DocMorris* zunächst, dass Verkaufsmodalitäten, welche eines oder beide *Keck*-Erfordernisse nicht erfüllen, grundsätzlich verbotene Massnahmen gleicher Wir-

132 Besonders deutliche Beispiele sind Christopher Lenz, ‚Waren-verkehrsfreiheit nach der *DocMorris*-Entscheidung zum Versand von Arzneimitteln‘, *Neue juristische Wochenschrift* 2004, 332-334, und Götz (Fn 91). Beide erwähnen weder Art. 14 der Fernabsatzrichtlinie noch die e-commerce-Richtlinie.

133 Zu dieser Terminologie siehe die Schlussanträge der Generalanwältin zu *DocMorris* (Fn 74), Rz. 59.

134 Richard Lang, (Urteilsbesprechung zu *DocMorris*), *Common Market Law Review* 2005, 190-204, S. 20; siehe auch Streinz (Fn 120), S. 41.

135 Siehe dazu insbesondere die Ausführungen von Generalanwältin Stix-Hackl zu *DocMorris* (Fn 74), Rz. 61ff., sowie die meisten der im vorliegenden Beitrag erwähnten Urteilsbesprechungen.

kung darstellen.¹³⁶ Weiter macht die Entscheidung deutlich, dass:¹³⁷ es entsprechend der Auffassung von Generalanwältin Stix-Hackl beim Erfordernis der Neutralität um den Einfluss der Regelung auf den *Zugang* zum Markt geht,¹³⁸

- dass dabei der nationale Markt der Endverbraucherinnen und –verbraucher relevant ist,¹³⁹
- dass es genügt, wenn den betroffenen Unternehmen ein zusätzliches oder alternatives Mittel des Marktzuganges genommen wird (statt des einzigen Mittels),¹⁴⁰
- sowie dass in diesem Zusammenhang selbst ein nur potentieller Unterschied in der Wirkung der nationalen Regelung auf im betreffenden Land und im EU-Ausland ansässige Unternehmen von Bedeutung ist.¹⁴¹ Dieser Punkt entspricht m.E. letztlich der Logik von *Dassonville*, wonach – wie oben ausgeführt – auch Handelsregelungen, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel bloss potentiell zu behindern, als Massnahme gleicher Wirkung

136 *DocMorris* (Fn 74), Erw. 76. Dazu etwa Catherine Barnard, 'The Discrimination Doctor', *The Cambridge Law Journal* 2004, 300-303, S. 302.

137 Sämtliche in der Folge erwähnten Punkte finden sich in *DocMorris* (Fn 74), Erw. 74.

138 Schlussanträge der Generalanwältin zu *DocMorris* (Fn 74), Rz. 74 ff. Dazu etwa Koenig (Fn 76), S. 505.

139 Laut Koenig (Fn 76), S. 505, bietet die Entscheidung aber lediglich einen Ansatz zur Bestimmung des Marktbegriffes.

140 Dazu etwa Vollebregt (Fn 108), S. 68.

141 Dazu etwa Barnard (Fn 136), S. 302. Vgl. auch etwa Mand (Fn 91), S. 156, wo von einer „sehr chancen- und zukunftsorientierten Betrachtung“ durch den EuGH die Rede ist: „bereits die Möglichkeit, dass ausländische Apotheken durch das Versandverbot [...] stärker betroffen sein könnten als inländische Apotheken, reicht dem EuGH, um eine ungleiche Behandlung ausländischer Waren und inländischer Erzeugnisse und damit eine Massnahme gleicher Wirkung gem. Art. 28 EG anzunehmen.“

wie eine mengenmässige Beschränkung anzusehen sind.¹⁴² Ein konkretes Beispiel aus der Rechtsprechung nach *DocMorris*, in welchem der EuGH beide Erfordernisse (Universalität und Neutralität) für gegeben erachtete, ist die Rechtssache *Karner*.¹⁴³ Der Fall betraf eine österreichische Regelung über öffentliche Bekanntmachungen des Verkaufs von Waren, die aus einer Konkursmasse stammten, aber nicht mehr zum Bestand der Konkursmasse gehörten. Für solche Mitteilungen wurde unabhängig vom Wahrheitsgehalt der Mitteilung jede Bezugnahme auf die Herkunft der Ware aus einer Konkursmasse verboten.

Doch kehren wir zu *DocMorris* zurück. Hier war nun einzig noch abzuklären, ob ein mitgliedstaatliches Versandhandelsverbot unter Berufung auf den Gesundheitsschutz nach Art. 30 EG gerechtfertigt werden kann.¹⁴⁴

Der Gesundheitsschutz erscheint im Primärrecht zu den mengenmässigen Beschränkungen (Art. 28-30 EG) auf zwei Ebenen. Zum einen ist er ausdrücklich in Art. 30 EG erwähnt. Diese Bestimmung listet Ausnahmen zu den Verboten von Art. 28 und 29 EG auf. Es handelt sich um nationale Massnahmen, welche aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums getroffen

142 Allgemein zur Rechtslage nach *DocMorris*, siehe Marcus Schmitt/Elisabeth Köck, *Versandhandelsverbot in der EU – DocMorris und die Folgen*, Wien: WUV Universitätsverlag 2006.

143 Rs. C-71/02 *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH gegen Troostwijk GmbH*, Slg. 2004, S. I-3025; dazu Barnard (Fn 136), S. 302.

144 Zur Frage der Rechtfertigung siehe insbesondere Kamiel Mortelmans, ‚Botsende belangen en de werking van de interne markt‘, *Sociaal-economische wetgeving* 2004, 240-252, S. 243, allgemeiner auch Gerold G. Sander, *Der Vertrieb von Arzneimitteln über das Internet im Spannungsfeld von Freihandel und Gesundheitsschutz*, Eschborn: Govi-Verlag 2002.

werden, wenn sie weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen. Zum andern erscheint der Gesundheitsschutz in der *Cassis de Dijon*-Entscheidung, wo ihn der Gerichtshof als eines von mehreren Beispielen von zwingenden Erfordernissen nennt. Dabei handelt es sich aber offensichtlich um ein Versehen:¹⁴⁵ andere in Art. 30 EG erwähnte Rechtfertigungsgründe stellen keine zwingenden Erfordernisse dar, sondern bleiben in Art. 30 EG angesiedelt. In *DocMorris* behandelte der EuGH das Argument des Gesundheitsschutzes denn auch im Rahmen von Art. 30 EG, und nicht im Rahmen von Art. 28 EG.

Auch hier gilt wieder das bereits erwähnte Tedeschi-Prinzip. Der Gerichtshof führte dazu aus, dass Art. 30 EG „im Bereich der Herstellung und Vermarktung von Arzneyspezialitäten nur so lange anwendbar [bleibt], wie die Harmonisierung der nationalen Vorschriften in diesem Bereich nicht vollständig durchgeführt ist [...]. Dazu ist festzustellen, dass der Verkauf von Arzneimitteln an den Endverbraucher bisher nicht Gegenstand einer vollständigen gemeinschaftlichen ist.“ Art. 30 EG ist deshalb in diesem Bereich anwendbar. Im Nachgang zu *DocMorris* warf Haltern¹⁴⁶ die Frage auf, „ob das Urteil nicht einen Anstoss gibt, die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Regelungen zur Verschreibungspflicht und zum Betrieb von Apotheken auf Gemeinschaftsebene weiter voranzutreiben“. Im Nachgang zur Entscheidung *Cassis de Dijon* hatte bereits die Kommission auf den Harmonisierungsbedarf hingewiesen, der sich in dem Bereich er-

145 Kapteyn/VerLoren van Themaat (Fn 21), S. 560, Fussnote 596, schreiben, dass es sich laut der Aussage einer früheren Präsidenten des Gerichtshofes um ein Versehen handelt (J. Mertens de Wilmars, ‚De communautaire rechtspraak over het vrije verkeer van goederen‘, RW 1984-85, Spalte 16, Note 2). Vgl. aber Generalanwältin Stix-Hackl. Laut ihr ist es „unbestritten, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofes den Schutz der Gesundheit nicht nur im Rahmen von Artikel 30 EG, sondern auch als zwingendes Erfordernis im Rahmen von Artikel 28 EG anerkannt hat“; Schlussanträge der Generalanwältin zu *DocMorris* (Fn 74), Rz. 105.

146 Mand (Fn 91), S. 158.

gibt, wo nach dem EG-Recht Handelshemmnisse zulässig bleiben.¹⁴⁷ In dieser Hinsicht gelangte der Gerichtshof zu einem pragmatischen Schluss:¹⁴⁸ er bejahte eine Rechtfertigung für rezeptpflichtige und verneinte sie für rezeptfreie Medikamente. Im letzteren Zusammenhang bezog er insbesondere mit ein, dass DocMorris der Kontrolle der niederländischen Behörden untersteht. Auch hielt er im Hinblick auf nicht rezeptpflichtige Arzneimittel eine ausreichende Information und Beratung durch eine Internetapotheke für möglich.¹⁴⁹ Damit kam der Gerichtshof zu folgendem Ergebnis: Art. 14 der Fernabsatzrichtlinie in Verbindung mit den Art. 28 und 30 EG lässt ein Verbot des Versandhandels (einschliesslich des Internethandels) mit rezeptpflichtigen Arzneimitteln zu – in dieser Hinsicht siegte im Fall *DocMorris* also der deutsche Apothekerverband. Nach denselben Bestimmungen muss aber der Versandhandel mit rezeptfreien Arzneimitteln zulässig sein – diesbezüglich siegte die Internetapotheke DocMorris.

Im Tenor der Entscheidung wird dieses Ergebnis in folgende Worte gefasst: „Artikel 30 EG kann geltend gemacht werden, um ein nationales Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln, die in dem betreffenden Mitgliedstaat ausschliesslich in Apotheken verkauft werden dürfen, zu rechtfertigen, soweit dieses Verbot verschreibungspflichtige Arzneimittel betrifft. Dagegen kann Artikel 30 EG nicht geltend gemacht werden, um ein absolutes Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln, die in dem betreffenden Mitgliedstaat nicht verschreibungspflichtig sind, zu rechtfertigen.“

147 Vgl. dazu die Mitteilung der Kommission über die Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 («Cassis de Dijon»), ABl. 1980 C 256/2. Im vorliegenden Zusammenhang siehe auch Ulrich Haltern, „Eine kurze historische und systematische Einordnung von *DocMorris*“, *European Law Reporter* 2004, 114-117, S. 114.

148 *DocMorris* (Fn 74), Erw. 102 ff.

149 Kritisch zu den Ausführungen des EuGH über die Rechtfertigung etwa Koenig (Fn 76), S. 506 ff., der von „undeutlichen Formulierungen“ spricht.

In der Kommentarliteratur wird die Wichtigkeit der Unterscheidung zwischen den rezeptpflichtigen und rezeptfreien Arzneimitteln betont. So weist Delforge¹⁵⁰ darauf hin, dass die Entscheidung des EuGH bezüglich der rezeptpflichtigen Arzneimittel „ne porte nullement atteinte au monopole des pharmaciens“. Sie stelle vielmehr nur einen ersten Schritt in Richtung Internetapotheken dar. Wie Koenig¹⁵¹ richtig bemerkt, beinhaltet die *DocMorris*-Entscheidung aber keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Vorkehrungen für den Versand rezeptpflichtiger Arzneimittel zu treffen. Es handelt sich vielmehr um eine bloße Option. Was den vorliegenden konkreten Fall anbelangt, bemerkt Mand,¹⁵² dass das Gros des Geschäfts von DocMorris (nämlich jenes mit rezeptpflichtigen Arzneimitteln) nach der Entscheidung des EuGH rechtswidrig war. Er spricht deshalb von einer für *DocMorris* „höchst unerfreulichen Entscheidung“. DocMorris selbst setzt den Akzent anders (nämlich – wenn auch nur implizit – auf die nicht rezeptpflichtigen Arzneimittel). Auf der Website des Unternehmens¹⁵³ ist zu lesen: „Der Europäische Gerichtshof (EuGH) weist eine Klage des deutschen Apothekerverbandes zugunsten von Doc Morris ab. Der Richterspruch beurteilt den grenzüberschreitenden Arzneimittelversand als rechtmäßig.“

Letztendlich siegte DocMorris sogar ganz, denn die in Deutschland im Zusammenhang mit dem Rechtsstreit durchgeführte Gesetzesänderung bewirkte, dass seit dem Januar 2004 sämtliche Medikamente

150 Catherine Delforge, ‚Le médicament et internet‘, *Revue de droit commercial belge* 2004, 435-461, S. 452.

151 Koenig (Fn 76), S. 513.

152 Mand (Fn 91), S. 155.

153 Siehe https://www.docmorris.de/de/ueber_docmorris/profil/geschichte/index.jsp;jsessionid=588376BFB8CE82CAF5B94031BF960BF6.eul242. Vgl. auch die Pressemitteilung von DocMorris zum EuGH-Urteil, in welcher davon die Rede ist, dass das Geschäft von DocMorris „in allen Ländern der Europäischen Union grundsätzlich rechtmäßig“ ist; https://www.docmorris.de/de/ueber_docmorris/presse/Pressemitteilungen/031211_recht_bekommen.jsp.

auch via den Versandhandel und via das Internet verkauft werden dürfen, unabhängig davon, ob sie rezeptpflichtig oder rezeptfrei sind. Dabei folgt Deutschland dem Modell eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, wobei in Bezug auf ausländische Unternehmen das Herkunftsprinzip gilt. Mit anderen Worten: die Zulassung in einem anderen Mitgliedstaat wird der Zulassung in Deutschland gleichgestellt.

Das Gesundheitsmodernisierungsgesetz, das am 1. Januar 2004 in Kraft trat, wurde noch vor der Entscheidung *DocMorris* erlassen,¹⁵⁴ weshalb in der Kommentarliteratur¹⁵⁵ kritisch vom „vorseilenden Gehorsam“ des deutschen Gesetzgebers die Rede ist.

Seit dieser Gesetzesänderung gibt es in Deutschland eine Vielzahl von Versandapotheken¹⁵⁶ und hat DocMorris eine interessante Entwicklung durchgemacht:¹⁵⁷ im Juli 2006 eröffnete DocMorris eine deutsche Niederlassung in Saarbrücken. Im Januar 2007 wurde, wiederum im Saarland, eine bereits bestehende deutsche Apotheke in eine DocMorris-Franchiseapotheke umgewandelt. Im Januar 2008 öffnete die erste DocMorris Markenpartner-Apotheke, auch dies im Saarland. Diese Entwicklung verlief indessen nicht ohne rechtliche Schwierigkeiten. Zwar ist in Deutschland seit 2004 der Versandhandel mit Arzneimitteln zugelassen, doch gilt weiterhin das sog. Fremdbesitzverbot, wonach eine Apotheke von der

154 Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsmodernisierungsgesetz) vom 14. November 2003. Zu diesem Gesetz und der Neuregelung des Versandhandels von Arzneimitteln siehe Marwitz (Fn 81), S. 219 ff.

155 Benjamin Koch, ‚Eine erste Bewertung der Entscheidung „DocMorris“ des EuGH‘, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2004, 50-51, S. 51.

156 Vgl. dazu die Übersicht von netdoktor.de, http://www.netdoktor.de/feature/gesundheitsreform_versandhandel.htm.

157 Siehe dazu die Informationen auf der Website des Unternehmens, https://www.docmorris.de/de/ueber_docmorris/profil/geschichte/index.jsp;jsessionid=588376BF88CE82CAF5B94031BF960BF6.eul242.

Inhaberin bzw. dem Inhaber persönlich geführt werden muss.¹⁵⁸ Die erwähnte erste DocMorris-Filiale in Saarbrücken konnte nur eröffnet werden, weil der saarländische Gesundheitsminister der Meinung war, dass das Fremdbesitzverbot gegen die EG-rechtliche Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) verstösst. Im September 2006 ordnete das Verwaltungsgericht des Saarlandes in einem Eilverfahren die vorläufige Schliessung dieser Apotheke an. Diese Entscheidung wurde aber später vom Oberverwaltungsgericht in Saarlouis aufgehoben, so dass die Filialapotheke einstweilen weiter betrieben werden kann. Der Entscheid in der Hauptsache steht noch aus – nicht zuletzt deswegen, weil der Rechtsstreit im Jahr 2007 zu einer Vorlage an den EuGH führte.¹⁵⁹ In diesem neuen Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG wurde der Gerichtshof darum ersucht, sich u.a. zu folgender Frage zu äussern:

„Sind die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften (Art. 43, 48 EGV) so auszulegen, dass sie einem Fremdbesitzverbot für Apotheken, wie es in § 2 Abs. 1 Ziff. 1 - 4 u. 7, § 7 Satz 1 und § 8 Satz 1 des Gesetzes über das Apothekenwesen - ApoG - in der Fassung vom 15.10.1980 (BGBl. I S. 1993), zuletzt geändert durch Art. 34 der Verordnung vom 31.10.2006 (BGBl. I S. 2407), geregelt ist, entgegenstehen?“

DocMorris ist in dieser Rechtssache zwar nicht Partei, doch geht es um ihr Geschäftsmodell. Sie erscheint denn auch als Beigeladene. Damit findet die *DocMorris*-Entscheidung aus dem Jahr 2003 in einem anderen rechtlichen Zusammenhang eine EG-rechtliche Fortsetzung (Niederlassungsfreiheit als ein Aspekt des freien Personenverkehrs statt freiem Warenverkehr). Der EuGH

158 Vgl. dazu auch ‚Deutsche Apotheker im goldenen Käfig‘, *Neue Zürcher Zeitung* vom 16. August 2006.

159 Rs. C-171/07 *Apothekerkammer des Saarlandes, Marion Schneider, Michael Holzapfel, Dr. Fritz Trennheuser, Deutscher Apothekerverband e.V. gegen Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, Entscheidung des EuGH vom 19. Mai 2009 (noch nicht in der Entscheidungssammlung veröffentlicht).

entschied, dass ein Fremdbesitzverbot im Interesse der Unabhängigkeit der Apotheker bzw. Apothekerinnen gerechtfertigt ist.

Zur weiteren Entwicklung des Unternehmens DocMorris: im April 2008 übernahm Celesio, Europas größter Pharmahändler, 90 % der Anteile von DocMorris.¹⁶⁰ Celesio hat seinen Sitz in Stuttgart. Insofern ist DocMorris faktisch zum deutschen Unternehmen geworden. Seinen eigenen Sitz hat es aber unverändert in den Niederlanden, weshalb es sich deshalb rechtlich weiterhin um ein niederländisches Unternehmen handelt.

4. Erkenntnisse

Aus dem Fall *DocMorris* ergeben sich folgende rechtlichen Erkenntnisse:

- Zum Stichwort „Internetrecht der EG“:
Die EG hat kein einheitliches Internetrecht, sondern einen Flickenteppich von unterschiedlichen Regelungen und Regelungsebenen sowohl negativer wie positiver Art. Dies ist insbesondere die Folge der Aufteilung von Internetgeschäften in Online- und Offline-Aspekte, was die rechtliche Beurteilung solcher Geschäfte nicht gerade einfach macht.
- Zum Stichwort „Internethandel mit Arzneimitteln“:
Im Verhältnis zwischen einer Internetapotheke und einer Privatperson fällt der Versand von Arzneimitteln unter die Fernabsatzrichtlinie. Im Rahmen dieser Richtlinie können die Mitgliedstaaten den Internethandel mit Arzneimitteln unter bestimmten Voraussetzungen verbieten.
- Zum Stichwort „negative und positive Integration“:
Die Fernabsatzrichtlinie kombiniert die positive mit der negativen Integration. Indem Art. 14 der Richtlinie auf die Verbotsbestimmungen des Vertrages zurückgreift, macht er sich die von Scharpf erwähnte Stärke der negativen Integration zunutze: in der *DocMorris*-

160 Dazu auch ‚Celesio kauft DocMorris‘, *Handelsblatt* vom 26. April 2007, http://www.handelsblatt.com/news/_pv/_p/200038/_t/ft/_b/1259983/default.aspx/index.html.

Entscheidung verändert der EuGH denn auch laut einem Kommentator¹⁶¹ die bisherige *Keck*-Rechtsprechung massiv zu Lasten der Autonomie der Mitgliedstaaten.

- Und schliesslich zum Stichwort „Herkunftsstaatsprinzip“: Das ursprünglich in der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung – und damit auf der Ebene der negativen Integration - begründete Herkunftsstaatsprinzip findet sich mittlerweile auch in harmonisierenden Richtlinien, z.B. in der e-commerce-Richtlinie und – durch Verweisung – in der Fernabsatzrichtlinie. Das in diesem Prinzip zum Ausdruck kommende Vertrauen in andere europäische Rechtsordnungen gehört heute zum Kernbestand des EG-Recht.

161 Lenz (Fn 132), S. 332 und 333, ortet eine Verdrängung der nationalen Gerichte aus der Neutralitätsprüfung sowie eine Verlagerung der Beweislast für die Neutralität auf die Mitgliedstaaten. Im Ergebnis, so Lenz, „macht der *EuGH* aus der Warenverkehrsfreiheit wieder – wie vor *Keck* – eine allgemeine Unternehmerfreiheit, die hier den im Ausland tätigen Apotheken zugute kommt“.

VI. Und die Schweiz?

Im letzten Teil meiner Ausführungen wende ich mich nun noch kurz der Schweiz zu. Hier wie anderswo in Europa gibt es natürlich einen Internetversandhandel mit Arzneimitteln.¹⁶² Am intensivsten diskutiert wird dabei ein Verkaufsmodell, bei dem eine *schweizerische* Apotheke auf Internetbestellung hin Arzneimittel in der Schweiz versendet. Die rechtliche Zulässigkeit dieser Form des Versandhandels ist heftig umstritten. Bereits gibt es dazu bundesgerichtliche Rechtsprechung, die jedoch nicht alle Fragen klärt.

Es handelt sich um mittlerweile zwei Entscheidungen betreffend die im Kanton Thurgau domizilierte Versandapotheke «Zur Rose» AG. Nach dem Geschäftsmodell dieser Apotheke werden Patientinnen und Patienten in der Arztpraxis mittels einer Informationsschrift auf die Möglichkeit hingewiesen, Medikamente über die Versandapotheke zu beziehen. Entscheiden sie sich dafür, so erfassen Arzt oder Ärztin die verschriebenen Arzneimittel elektronisch und übermitteln das Rezept über Internet an die Apotheke, welche die Medikamente direkt per Post der Patientin bzw. dem Patienten oder aber der Arztpraxis zukommen lässt. Arzt oder Ärztin erhalten für die auf diese Weise vermittelten Verkäufe von der Versandapotheke eine finanzielle Abgeltung. Wenn sie Aktien der Versandapotheke halten, können sie zudem in den Genuss zusätzlicher Leistungen kommen.

Im ersten Fall, der dieses Geschäftsmodell betraf, klagten der Apothekerverband des Kantons Freiburg sowie ein einzelner Apotheker wegen Verletzung bzw. Umgehung des kantonalrechtlichen Selbstdispensationsverbotes sowie wegen einer Einschrän-

¹⁶² Siehe dazu den Bericht „e-commerce mit arzneimitteln“ der Arbeitsgruppe „E-Commerce“ zuhandenden des Direktors der IKS vom 29. Juni 2001, http://www.swissmedic.ch/files/pdf/Schlussbericht_e-commerce.pdf.

kung des Rechtes auf freie Wahl der Apotheke.¹⁶³ Dazu hielt das Bundesgericht fest, dass die Durchsetzung von kantonalen Vorschriften allein den zuständigen kantonalen Behörden obliegt. Bezüglich des Verbotes der Annahme finanzieller Vorteile nach Art. 33 HMG verneinte das Bundesgericht das Vorliegen einer legitimationsbegründenden Betroffenheit der Beschwerdeführer. Ausserdem sind für diese Frage nicht die kantonalen Behörden, sondern das Schweizerische Heilmittelinstitut (Swissmedic) zuständig. Dieses hatte die Vereinbarkeit der fraglichen Entschädigungsregelung mit Art. 33 HMG bereits früher bejaht. Nach dem Bundesgericht ist es jetzt noch Sache des Institutes, „zu gegebener Zeit über die Rechtmässigkeit der dem Vertriebssystem der Apotheke «Zur Rose» AG zugrunde liegenden aktuellen Entschädigungsmodalitäten zugunsten der angeschlossenen Ärzte neu bzw. vertieft zu befinden, wobei dannzumal namentlich der besonderen Situation jener Ärzte Rechnung zu tragen sein wird, welche zugleich Teilhaber (Aktionäre oder Genussscheininhaber) der «Zur Rose» AG sind“.¹⁶⁴

Im zweiten Fall¹⁶⁵ klagten die *Société de pharmacie du canton de Genève* sowie eine Anzahl von Genfer Ärztinnen und Ärzten gegen die Entscheidung des Genfer Verwaltungsgerichtes, wonach das Geschäftsmodell der Versandapotheke „Zur Rose“ rechtens ist. Das Bundesgericht trat auf die Klagen wegen fehlender Klageberechtigung nicht ein und bemerkte im Übrigen auch hier, es sei Sache von Swissmedic, über Art. 33 HMG zu entscheiden.

Weit weniger hört man dagegen über die rechtliche Zulässigkeit des Internethandels durch Apotheken, welche sich *im Ausland* befinden

163 Urteil des Bundesgerichtes vom 16. November 2006 in den Rechtssachen 2P.32/2006 und 2A.56/2006, Apothekerverband des Kantons Freiburg und A. gegen B und „Zur Rose“ AG.

164 dem, Erw. 3.4.

165 Entscheidung des Bundesgerichtes vom 20. September 2007 in den Rechtssachen 2P.169/2006 sowie 2A.401/2006/svc i.S. *Société de pharmacie du canton de Genève* und X gegen „Zur Rose“ AG.

und in die Schweiz verkaufen, indem sie die Produkte hierhin senden.¹⁶⁶ Wie steht es mit der Zulässigkeit dieser Form des Versandhandels? Konkret: darf die niederländische Internetapotheke DocMorris in die Schweiz liefern? In der Vorbereitung auf meine Antrittsvorlesung bin ich zum Schluss gelangt, dass die Antwort auf diese Frage letztlich einfach ist, wenn auch nicht unbedingt einfach zu finden: es gibt in der Schweiz keinen legalen, grenzüberschreitenden Internethandel der beschriebenen Art. Das steht zwar nicht ausdrücklich im Gesetz, ergibt sich aber daraus, wenn man genau hinsieht.

Auf den ersten Blick scheint die schweizerische Regelung über den Versandhandel jener sehr ähnlich zu sein, die heute in Deutschland gilt (tatsächlich hat Deutschland das Modell des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt von der Schweiz übernommen). Nach Art. 27 des schweizerischen Heilmittelgesetzes ist der Versandhandel mit Arzneimitteln grundsätzlich untersagt, wobei das Gesetz aber Bewilligungen vorsieht, wenn gewisse Anforderungen erfüllt sind.

Nach Art. 27 Abs. 2 HMG wird die Bewilligung nur erteilt, wenn: a) für das betreffende Arzneimittel eine ärztliche Verschreibung vorliegt, b) keine Sicherheitsanforderungen entgegenstehen, c) die sachgemässe Beratung sichergestellt ist sowie d) eine ausreichende ärztliche Überwachung der Wirkung sichergestellt ist.

Da es sich um eine Polizeibewilligung handelt, besteht nach der hier vertretenen Auffassung beim Vorliegen der Voraussetzungen ein Rechtsanspruch auf die Bewilligung.¹⁶⁷ Daraus ergibt sich auch, dass ein kantonales, generelles Verbot des Versandhandels

¹⁶⁶ Die umgekehrte Situation scheint – wohl wegen Preisunterschieden - nicht zu bestehen. So liefert z.B. die in Zürich eingetragene Apo AG (<http://www.apo.ag>) offenbar Waren aus der EU in die EU (nämlich wie im Falle von DocMorris von den Niederlanden nach Deutschland).

¹⁶⁷ Anders Heidi Bürgi zu Art. 20 HMG, in: Thomas Eichenberger/Urs Jaisli/Paul Richli (Hrsg.), Basler Kommentar Heilmittelgesetz, Basel/Genf/München: Helbing & Lichtenhahn 2006, Rz. 26.

unzulässig wäre. Das Bundesgericht entschied im Übrigen im Fall *MediService*¹⁶⁸ aus dem Jahr 1999 (und damit noch nicht nach den Bestimmungen des HMG), dass ein generelles Verbot den Anspruch auf Marktzugang nach dem schweizerischen Binnenmarktgesetz verletzen würde.

Allerdings gibt es wichtige Unterschiede zu den deutschen Vorschriften. So erfordert der Versandhandel in der Schweiz anders als in Deutschland immer eine ärztliche Verschreibung, also auch im Fall von rezeptfreien Arzneimitteln, was diese Form des Handels natürlich nicht gerade attraktiv macht. Vor allem aber enthält das schweizerische Recht keine Bestimmung, welche grenzüberschreitende Verkäufe erleichtert, etwa durch die Anerkennung ausländischer Bewilligungen. Ganz im Gegenteil: ausländische Apotheken müssen eine *schweizerische* Bewilligung einholen, wenn sie hierzulande Versandhandel betreiben wollen. Eine solche Bewilligung erhält aber nach Art. 30 des schweizerischen Heilmittelgesetzes nur, wer im Besitz einer kantonalen Detailhandelsbewilligung für Arzneimittel ist. Diese wiederum setzt faktisch eine Niederlassung in der Schweiz voraus. Durch diese letztere Anforderung wird ein legaler grenzüberschreitender Internethandel mit Arzneimitteln schlicht und einfach ausgeschlossen.

Nach Art. 30 HMG sind grundsätzlich die Kantone für die Regelung des Detailhandels mit Arzneimitteln zuständig, wobei aber für den Versandhandel in Art. 27 HMG eine ausschliessliche materielle Regelungskompetenz des Bundes besteht. Die formelle Bewilligungserteilung erfolgt durch die Kantone (Art. 27 Abs. 4 HMG). Der Bericht „e-commerce mit arzneimitteln“¹⁶⁹ schliesst aus dem Erfordernis einer schweizerischen Detailhandelsbewilligung, dass

168 BGE 125 I 474, Erw. 2 ff. Vgl. dazu auch Monika McQuillen/Jürg Niklaus, ‚Der Schweizer Binnenmarkt wäre nun offen. Freier Zugang muss von den Betroffenen eingefordert werden‘, *Neue Zürcher Zeitung* vom 21. September 2006.

169 „e-commerce mit arzneimitteln“ (Fn 162), S. 12.

die Abgabe von Arzneimitteln durch eine nur virtuelle Apotheke (d.h. einer Apotheke, die in der Schweiz nicht real existiert) illegal ist.

Als konkretes Beispiel für eine einschlägige kantonale Regelung soll hier der Standortkanton der (von beiden Basler Kantonen getragenen) Universität Basel dienen, nämlich der Kanton Basel-Stadt: der Detailhandelsbewilligung im Sinne des HMG entspricht die kantonale Bewilligung zur Führung einer Apotheke nach § 7 Apothekenverordnung. Danach muss physisch eine Apotheke im Kanton Basel-Stadt betrieben werden. Ein Warenlager mit Telefon- oder Internetanschluss reicht nicht.¹⁷⁰

In der Praxis hat dies Folgen, zumindest wenn die schweizerischen Zollbehörden merken, was sich in einem einschlägigen Paket befindet. Wird die Ware zurück gesendet, so bedeutet dies, dass der Besteller bzw. die Bestellerin sie nicht erhält, wohl aber bereits per Kreditkarte bezahlt hat. Möglich, dass es schwierig ist, das Geld zurückzuerhalten, und möglich auch, dass die Apotheke die Ware ein zweites Mal verkauft und so zweimal Geld für ein- und dieselbe Ware erhält. War das nun der Sinn der Sache?¹⁷¹

Gehen wir aber zurück zur schweizerischen Regelung des Versandhandels im Heilmittelgesetz: vom Vertrauen in andere europäische Rechtsordnungen, wie es dem EG-Recht zugrunde liegt, ist bei diesen Vorschriften wenig zu spüren – aber Vertrauen in das Fremde war ja wohl auch noch nie ein besonders schweizerischer Charakterzug. Die einzige mir bekannte Ausnahme betrifft das Fürstentum Liechtenstein,

170 Mit herzlichem Dank an Frau Prof. Dr. Denise Buser, Universität Basel, für die diesbezüglichen Auskünfte!

171 Wirksamer ist die Vernichtung der Ware; siehe dazu ‚Wenn das Viagra am Zoll hängen bleibt. Steigende Anzahl von Verfahren wegen illegaler Medikamentenimporte‘, *Neue Zürcher Zeitung* vom 9. Juni 2008.

weil die Schweiz zusammen mit dem „Ländle“ eine Zollunion bildet.¹⁷² Nun fragen Sie sich sicher, ob denn nicht unser bilaterales Recht mit seinen rund 120 Verträgen¹⁷³ einen gewissen Grad an wirtschaftlicher Integration zwischen der EU und der Schweiz schafft. Doch, das tut es, aber eben gerade nicht in Bezug auf den Verkauf von Arzneimitteln. Zwar haben wir seit Neuestem Freihandel mit Käse.¹⁷⁴ Freihandel mit Arzneimitteln haben wir aber nicht. Das liegt daran, dass das Freihandelsabkommen von 1972,¹⁷⁵ das ähnliche Bestimmungen

172 Vertrag vom 29. März 1923 zwischen der Schweiz und Liechtenstein über den Anschluss des Fürstentums Liechtenstein an das schweizerische Zollgebiet, SR 0.631.112.514.

173 Für eine Übersicht zum bilateralen Recht siehe insbesondere Andreas Kellerhals/Roger Zäch, Gesamtüberblick, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*. Handbuch, 2007, 3 ff.; Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), *Accords bilatéraux Suisse – EU (Commentaires)/Bilaterale Abkommen Schweiz – EU (Erste Analysen)*, Basel/Genf/München: Helbing & Lichtenhahn/Brüssel: Bruylant 2001; Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres Accords récents /Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU und andere neue Abkommen*, Basel/Genf/München: Helbing & Lichtenhahn 2006; Christa Tobler, Der Acquis der rechtlichen Verbindung der Schweiz zur EG und EU – Eine unsichere Grösse?, in: Fritz Breuss/Thomas Cottier/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, 2007, 11-37, S. 13 ff., sowie Christine Kaddous, 'The relations between the EU and Switzerland', in: Alan Dashwood/Marc Maresceau (Hrsg.), *Law and Practise of EU External Relations: Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge: Cambridge University Press 2008, S. 227-269.

174 Es gelten die Vorschriften des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, für die Schweiz SR 0.916.026.81, für die EG ABI. 2002 L 114/132.

175 Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der schweizerischen Eidgenossenschaft, für die Schweiz SR 0.632.401, für die EWG ABI. 1972 L 300/189.

zur Warenverkehrsfreiheit enthält wie das EG-Recht, auf Arzneimittel nicht anwendbar ist. Auch die bilateralen Verträge von 1999 und 2004 befassen sich damit nicht. Insbesondere erfasst das bilaterale Abkommen über die Konformitätsbewertungen¹⁷⁶ nur die Herstellung von Arzneimitteln, nicht aber Einfuhr, Zulassung und Vertrieb.

Und schliesslich führten auch Anläufe für einseitige Massnahmen in der Schweiz bisher nicht weiter, so zum Beispiel die Volksinitiative „Für tiefere Arzneimittelpreise“ von 2001 und ein Vorstoss von Ständerätin Sommaruga aus dem Jahr 2003. Auch die einseitige Einführung des *Cassis de Dijon*-Prinzips im Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse wird bei Anwendung der vorgesehenen Ausnahmen keine Abhilfe schaffen.

Die Volksinitiative „Für tiefere Arzneimittelpreise“¹⁷⁷ wurde an der Abstimmung vom 4. März 2001 mit 30,9 % Ja-Stimmen zu 69,1 % Nein-Stimmen abgelehnt. Die Stimmbeteiligung betrug 55,3 %. Hirter und Linder¹⁷⁸ schreiben dazu: „Noch selten fiel bei einer Volksabstimmung das Urteil in den verschiedenen sozialen und politischen Gruppen derart homogen aus. Egal ob alt oder jung, städtisch oder ländlich, mit hoher oder niedriger formaler Bildung, arm oder reich, deutsch- oder französischsprachig, links oder rechts, überall stimmten rund 30 % für und 70 % gegen den Vorschlag. Diese Initiative hat eindeutig nicht entlang von politischen oder sozialen Trennlinien polarisiert. Einzig Männer und Sympathisanten von Konsumentenorganisationen urteilten signifikant weniger negativ über den Vorschlag.“

176 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, für die Schweiz SR 0.946.526.81, für die EG ABI. 2002 L 114/369.

177 Siehe dazu die bundesrätliche Botschaft vom 12. Mai 1999 zur Volksinitiative «Für tiefere Arzneimittelpreise», BBl 1999 7541.

178 Vgl. dazu die Vox-Analyse der eidgenössischen Abstimmungen vom 4. März 2001 von Hans Hirter und Wolf Linder, <http://www.politrends.ch/abstimmungen/abstimmungsanalysen/vox-analysen/010403d.html>.

Aber auch bei diesen beiden Gruppen reichte es mit Ja-Stimmenanteilen von 37 % für Männer resp. 42 % für Konsumentenorganisationen nicht zu einer Annahme der Initiative.“ Seither wurden von den Behörden verschiedene Schritte unternommen, um eine Senkung der Arzneimittelpreise in der Schweiz zu erreichen. Im Oktober 2008 scheiterte im Bundesparlament eine Gesetzesvorlage zur Zulassung und Vergütung von Medikamenten in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung.¹⁷⁹

Mit dem Postulat „Vollzugs- und Regulierungsversagen im Medikamentenbereich“ vom 20. Juni 2003 verlangte Ständerätin Simonetta Sommaruga¹⁸⁰ u.a., dass der Versandhandel mit Medikamenten gefördert werden sollte. Der Vorstoss wurde bekämpft und schliesslich im Juni 2006 abgeschrieben, weil er mehr als zwei Jahre hängig war.

Mehr Erfolg war parlamentarischen Vorstössen zum *Cassis de Dijon*-Prinzip beschieden, welche eingereicht wurden, nachdem

179 ‚Medikamente bleiben gleich teuer. Die Vorlage zur Senkung der Medikamentenpreise ist im Nationalrat gescheitert‘, *Tagesanzeiger* vom 1. Oktober 2008.

180 Postulat 03.3402 vom 20. Juni 2003, http://search.parlament.ch/cv-geschaefte?gesch_id=20033402.

Zäch¹⁸¹ die Einführung dieses Prinzips in der Schweiz gefordert hatte (darunter insbesondere ein Postulat der damaligen Nationalrätin Doris Leuthard).¹⁸² Am 23. September 2005 verabschiedete der Bundesrat einen Bericht, in welchem er verschiedene Optionen für eine Anwendung dieses Prinzips untersuchte.¹⁸³ Am 25. Juni 2008 legte er die Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (THG) vor.¹⁸⁴ Danach sollen Produkte, die in der EU bzw. im EWR rechtmässig in Verkehr gesetzt worden sind, grundsätzlich auch in der Schweiz ohne zusätzliche Kontrol-

181 Roger Zäch, ‚Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden‘, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), *Kartellgesetzrevision 2003*, Zürich: Schulthess 2004, 23-412, S. 64 ff.; Roger Zäch, ‚Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen in der Schweiz – nach dem Wettbewerbsrecht nunf „Cassis de Dijon“?‘, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2005, 587; Roger Zäch, ‚Cassis de Dijon – Meilenstein des schweizerischen Wirtschaftsrechts?‘, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der HSG (Hrsg.), *Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz. Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG)*, St. Gallen: HSG 2007, 295-315. - Siehe auch etwa Christa Tobler/Pascal Grolimund, ‚Gilt für die Schweiz bereits das Cassis-de-Dijon-Prinzip? Die Politik hinkt dem Bundesgericht hinterher‘, *Neue Zürcher Zeitung* vom 12. Juli 2005; Christa Tobler, ‚Cassis de Dijon für die Schweiz: Pur oder on the Rocks?‘, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* 2005, 567-571; Andreas Kellerhans/Tobias Baumgartner, ‚Das „Cassis de Dijon“-Prinzip und die Schweiz‘, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 2006, 321-330; Constantin von Wietersheim, ‚Cassis ist nicht gleich Cassis‘, *Jusletter* 2. Juli 2007.

182 Postulat 04.3390 „Cassis-de-Dijon-Prinzip“ von Nationalrätin Doris Leuthard vom 18. Juni 2004, http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20043390.

183 Bericht des Bundesrates zur Cassis de Dijon Thematik vom 23. September 2005, erhältlich via <http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/01980/index.html?lang=de&msg-id=9621>.

184 Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (THG), BBl 2008 7275.

len frei zirkulieren können. Von diesem Grundsatz ausgenommen sind aber Produkte, welche einem Zulassungsverfahren unterliegen (Art. 16a Abs. 2a. des revidierten THG). Dazu gehören nach der Botschaft ausdrücklich auch Arzneimittel. Diesbezüglich ist geplant, die Zulassungsverfahren zu vereinfachen.¹⁸⁵ Das Parlament stimmte der Revision am 12. Juni 2009 zu.

Man sieht: im Bereich der Arzneimittel tut sich die Schweiz äusserst schwer mit der europäischen Integration, sei sie negativer oder positiver Art – und dies, obwohl das Beispiel des EG-Rechts doch zeigt, dass dem Anliegen des Konsumenten- bzw. des Gesundheitsschutzes auch in einem integrierten System wirksam Rechnung getragen werden kann. Die Folge: in der Schweiz können Konsumentinnen und Konsumenten selbst im Bereich der rezeptfreien Arzneimittel nicht legal vom grenzüberschreitenden Internetversand profitieren.

185 Idem, S. 3 und 20. Siehe dazu den der Botschaft angehängten Bericht über die Vereinfachung bestehender Zulassungsverfahren für bereits im Ausland nach gleichwertigen Vorschriften zugelassene Produkte, Text erhältlich via <http://www.evd.admin.ch/themen/00129/00167/index.html?lag=de> unter dem Stichwort „Bericht“.

VII. Zum Schluss

Und wie steht es hierzulande mit den übergeordneten Zielen der europäischen Integration, welche – wie ich eingangs sagte – der wirtschaftlichen Integration zugrunde liegen? Sie wissen ja: es kann der Frömmste nicht in Frieden leben, wenn es dem bösen Nachbarn nicht gefällt – so sagt unser deutscher Nationaldichter Schiller im „Wilhelm Tell“¹⁸⁶ – und übrigens sinngemäss auch schon die Bibel, im Buch der Psalmen.¹⁸⁷ Wir haben keine bösen Nachbarn. In dieser Hinsicht profitiert die Schweiz schon seit mehr als 50 Jahren von den Errungenschaften der europäischen Gemeinschaften bzw. heute der Europäischen Union – und zwar, ohne selbst dabei zu sein. Das aber, meine Damen und Herren, ist ein anderes Thema, das heute nicht auf dem Programm steht.

Dank

Meine Damen und Herren, wäre ich heute in Leiden statt in Basel, so würde ich jetzt mit einer althergebrachten Formel schliessen, die am Ende jeder Antrittsvorlesung steht. Sie lautet: „Ik heb gezegd.“ (Ich habe gesagt.) Hier in Basel verhalten wir uns trotz des höheren Alters unserer Universität weniger traditionell. Lassen Sie mich also mit einem Element schliessen, das die beiden Universitäten bei solchen

186 Friedrich von Schiller, Wilhelm Tell, IV, 3. Hier heisst es im Originaltext: Es kann der Frömmste nicht in Frieden bleiben, wenn es dem bösen Nachbarn nicht gefällt.“ Die Textstelle wird – wie auch hier – meist in einer Abwandlung zitiert („leben“ statt „bleiben“). – Im Übrigen ist das Umfeld dieser Aussage nicht gerade friedlich: Tell begründet damit die Tötung von Gessler.

187 Psalm 120, Vers 7 lautet: „Ich will den Frieden; doch sobald ich davon rede, suchen sie Streit.“ (Die Gute Nachricht. Die Bibel in heutigem Deutsch von 1982) bzw. „Ich will Frieden, und so rede ich, sie aber sind für den Krieg.“ (Zürcher Bibel von 2007).

Gelegenheiten gemeinsam haben, nämlich dem Dank an Sie alle, die Sie entweder aus Interesse am Thema meiner Vorlesung, aus persönlicher Verbundenheit oder aus einer Kombination von beidem heute Abend hierher gekommen sind.

Sie kommen aus verschiedenen europäischen Ländern, aus verschiedenen Teilen der Schweiz, aus Universitäten, aus Behörden des Bundes und verschiedener Kantone, aus Gerichten, Anwaltskanzleien, Unternehmen und Interessenvereinigungen unterschiedlichster Art. Einige von Ihnen sind meine früheren Lehrer. Manche von Ihnen begleiten mich in meinem persönlichen oder in meinem beruflichen Leben. Ich bin Ihnen dankbar und ich freue mich sehr darüber, dass Sie hier sind. Gerne setze ich den Abend mit Ihnen in informeller Weise fort und darf sie dafür zum Aperitif in ein nahe gelegenes Restaurant einladen, das den Namen meines Grossvaters väterlicherseits trägt, nämlich „Zum Isaak“. Es befindet sich am Münsterplatz, nur wenige Schritte von hier nach rechts, wenn Sie dieses Gebäude verlassen. Ich würde mich freuen, Sie dort zu sehen, und wünsche Ihnen einen angenehmen Abend.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

INTERNETAPOTHEKEN IM EUROPÄISCHEN RECHT

Positive und negative Integration am Beispiel des
grenzüberschreitenden Verkaufs von Arzneimitteln
in der EU und in der Schweiz

Antrittsvorlesung, 13. Juni 2007
Prof. Dr. Christa Tobler, LL.M.
Europainstitut der Universität Basel

Zum Einstieg: Jan und Nikolaas Tinbergen

Zwei bemerkenswerte Brüder

- Jan Tinbergen (1903-1994)
 - Ursprünglich Naturwissenschaftler, später Ökonomie (letzteres als Autodidakt)
 - Professor in Rotterdam, später in Leiden.
 - Nobelpreisträger für Ökonomie (1969, zusammen mit Ragnar Frisch)
 - Prägte die Begriffe der *negativen und positiven Integration*
- Nikolaas Tinbergen (1907-1988)
 - Verhaltensbiologe
 - Professor in Leiden
 - Nobelpreisträger für Physiologie/Medizin (1973)
 - Beteiligte sich am Protest gegen die Entlassung von jüdischen Kollegen; Folge: zwei Jahre Lagerhaft



Positive und negative Integration (1)

Die politologische Definition nach Scharpf

- Dimensionen der Politik:
Es geht um „unterschiedliche Dimensionen einer auf Erweiterung des Wirtschaftsraums über nationalstaatliche Grenzen hinaus gerichteten staatlichen Politik“.
- Definition der Begriffe:
 - Negative Integration:
„Bei der negativen Integration geht es um die Beseitigung von Zöllen, von quantitativen und qualitativen Beschränkungen des freien Handels und von Behinderungen des freien Wettbewerbs.“
 - Positive Integration:
„Bei der positiven Integration geht es dagegen um die Ausübung wirtschaftspolitischer und regulativer Kompetenzen auf der Ebene der grösseren wirtschaftlichen Einheit.“

Positive und negative Integration (2)

Die ökonomische Dimension nach Tinbergen

- Buch „International Economic Co-operation“ (1945):
 - Credo des Freihandels.
 - Wesentliches Element: „Tariffs, prohibitions and quota systems should gradually disappear“.
- Zweitaufgabe mit dem Titel „International Economic Integration“ (1954):
 - „Measures of *negative* integration“ ...
 - ... sollen durch „*positive* action“ ergänzt werden.

Positive und negative Integration (3)

Die juristische Dimension

- Negative Integration: Verbotsbestimmungen.
 - Insbes. Verbote von Beschränkungen des freien Verkehrs von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital, sowie von Wettbewerbsbeschränkungen.
 - Bestimmungen im EG-Vertrag (ergänzt durch konkretisierende Verordnungen und Richtlinien).
- Positive Integration: gemeinsame Standards (Harmonisierung).
 - Z.B gemeinsame Produktionsvorschriften.
 - Bestimmungen im sekundären Recht: Verordnungen und Richtlinien.

Positive und negative Integration (4)

Relevanz der Begriffe bzw. der Unterscheidung

- Ökonomie (Tinbergen):
 - Unterschiedliche Mechanismen der wirtschaftlichen Integration.
 - Ergänzen einander.
- Politologie (Scharpf):
 - Unterschiedliche Dimensionen der Integrationspolitik.
 - Asymmetrie mit „institutionellem Vorteil“ der negativen Integration.
- Recht:
 - Unterschiedliche Regelungsarten und Regelungsebenen im EG-Recht.
 - Komplexes Verhältnis.

 - Zu beachten:
Rechtliche Relevanz gilt auch für das bilaterale Recht.

Internetapotheken (1)

Oft zitierte Vorteile

- Für die Kundin bzw. den Kunden:
 - Günstige Preise
 - Bequem und zeitsparend
 - Diskret
 - Elektronische Dienstleistungen
- Für Unternehmen: v.a. grosses Marktpotenzial.

Internetapotheken (2)

Segen oder Fluch?

- Warnungen vor ...
 - ... illusorischen Preisvorteilen
 - ... grossen Preisschwankungen
 - ... unseriösen Anbietern (“No prescription? No doctor? No problem!”)
 - ... gefälschten Produkten.
- Swissmedic:
Internetkauf von Arzneimitteln = Gesundheitsrisiko.
- ÖBIG: „Surfen in gefährlichen Gewässern“; „Per Klick bestellt, rasch bereut!“

Die Haltung des Staates

Drei Grundvarianten

- Der radikale Ansatz:
Verbot jeglichen Internethandels mit Medikamenten.
- Der “Laisser faire, laisser aller”-Ansatz:
Fern- und Internethandel frei zulässig.
- Der relative Ansatz:
Grundsätzliches Verbot mit Ausnahmen oder grundsätzliche Erlaubnis innerhalb bestimmter Grenzen.

- Zusätzliche Problematik: Abwehr gegen Parallelimporte durch Unternehmen via das Recht über das geistige Eigentum.

Der Fall DocMorris

Sachverhalt und Verfahren

- Die niederländische Internetapotheke DocMorris liefert Arzneimittel nach Deutschland.
- Paragraph 43 Absatz 1 des deutschen Arzneimittelgesetzes: „Arzneimittel [...] dürfen [...] für den Endverbrauch nur in Apotheken und nicht im Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden. Ausserhalb der Apotheken darf [...] kein Handel getrieben werden.“
- Rechtssache:
 - Klage des deutschen Apothekerverbandes gegen DocMorris und seinen Direktor beim Landgericht Frankfurt.
 - Ersuchen des Landgerichtes um eine Vorabentscheidung beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH).

DocMorris: anwendbares Recht (1)

Positive Integration: die e-commerce Richtlinie

- Spezifisch auf das e-business ausgerichtete Gesetzgebung.
- Betrifft “Dienste der Informationsgesellschaft”, einschliesslich Online-Käufe von Waren.
- Enthält gewisse harmonisierende Vorschriften; im Übrigen: Herkunftslandprinzip.
- Aber:
Nur für „online“-Aspekte, nicht für “offline“-Aspekte (z.B. die Auslieferung von online bestellten Waren).

DocMorris: anwendbares Recht (2)

Welches Recht gilt für die Lieferung von Waren?

- Hängt von der Situation ab:
 - Verkauf von Produkten unter Kaufleuten (“B2B”):
Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr, konkret Art. 28 EG (Verbot mengenmässiger Einfuhrbeschränkungen).
 - Verkauf an Konsumentin/Konsument (“B2C”):
EG-Konsumentenschutzrecht (Fernabsatzrichtlinie).
- D.h.:
Je nach Sachverhaltskonstellation unterschiedliche Kombinationen von Bestimmungen.

DocMorris: anwendbares Recht (3)

Positive Integration: die Fernabsatzrichtlinie

- Fernabsatz ist grundsätzlich erlaubt.
- Ausnahme in Art. 14:
 - „Die Mitgliedstaaten können [...] im Interesse der Allgemeinheit den Vertrieb im Fernabsatz für bestimmte Waren und Dienstleistungen, insbesondere Arzneimittel, in ihrem Hoheitsgebiet unter Beachtung des EG-Vertrages verbieten.“
 - „unter Beachtung des EG-Vertrags“: Rückverweisung auf den Vertrag.
 - Kombiniert die positive Integration mit der negativen Integration.
- EuGH in *DocMorris*:
Art. 14 der Fernabsatzrichtlinie ist in einem solchen Fall anwendbar.

Negative Integration: Art. 28 EG (1)

Das Verbot mengenmässiger Importbeschränkungen

- Mengenmässige Beschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung sind verboten.
- “Massnahmen gleicher Wirkung”:
 - Weit definiert durch *Dassonville* (1974) und *Cassis de Dijon* (1979).
 - Das Herkunftsland- oder *Cassis de Dijon*-Prinzip als Grundtenor:
Die EU-Mitgliedstaaten müssen rechtmässig hergestellte Waren aus anderen EU-Ländern grundsätzlich akzeptieren (= Vertrauen in die Rechtsordnung des Herkunftslandes).
 - Wichtige Ausnahme:
Allgemein anwendbare Vorschriften über Verkaufsmodalitäten sind nicht verboten, wenn sie für alle Waren die gleiche Wirkung haben; *Keck* (1993).

Negative Integration: Art. 28 EC (2)

***DocMorris*: Anwendung auf den konkreten Fall**

- Art. 28 EG: Ausnahmefall nach *Keck*?
 - Nein. Ausländische Apotheken sind stärker betroffen, weil sie keinen Verkaufsort in Deutschland haben.
 - Folge: Deutschland kann die *Keck*-Ausnahme nicht beanspruchen. Das Versandhandelsverbot ist grundsätzlich verboten.
- Art. 30 EG: Rechtfertigung im Interesse des Gesundheitsschutzes?
 - Nein für nicht rezeptpflichtige Arzneimittel.
 - Ja für rezeptpflichtige Arzneimittel.

DocMorris: das Ergebnis

Art. 14 Fernabsatzrichtlinie in Verbindung mit den Art. 28 und 30 EG bedeutet ...

- ... dass die EU-Mitgliedländer den Internethandel mit rezeptpflichtigen Arzneimitteln verbieten dürfen;
- ... dass die EU-Mitgliedländer den Internethandel mit nicht rezeptpflichtigen Arzneimitteln zulassen müssen.
- Folge in Deutschland:
Rasche Gesetzesänderung, welche noch weiter geht als die EuGH-Entscheidung - Internethandel ist jetzt sowohl für rezeptpflichtige wie auch für rezeptfreie Arzneimittel möglich (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt).

Erkenntnisse

Vier Stichworte

- *Stichwort “Internetrecht der EG”:*
Kein einheitliches Gebiet, sondern ein Flickenteppich, insbes. wegen der rechtlichen Aufteilung in online- und offline-Aspekte.
- *Stichwort “Internethandel mit Arzneimitteln”:*
B2C-Fälle fallen unter die Fernabsatzrichtlinie. Art. 14 lässt unter bestimmten Umständen ein Verbot des Fernabsatzes zu.
- *Stichwort “negative und positive Integration”:*
Art. 14 der Fernabsatzrichtlinie kombiniert die positive und die negative Integration und macht sich so die Stärke der letzteren zu Nutze.
- *Stichwort “Herkunftsstaatsprinzip”:*
Ursprünglich aus dem Primärrecht stammend, heute auch in harmonisierendem Sekundärrecht zu finden. Das Prinzip des Vertrauens in andere europäische Rechtsordnungen gehört heute zum Kernbestand des EG-Rechts.

Die Situation in der Schweiz (1)

Regelung des Versandhandels im Heilmittelgesetz

- Art. 27 HMG:
Verbot mit Erlaubnisvorbehalt - ähnlich wie in Deutschland.
- Aber:
 - Erlaubnis (Bevolligung) immer gekoppelt an ärztliche Verschreibungspflicht - auch für nicht rezeptpflichtige Arzneimittel!
 - Keine Anerkennung von ausländischen Bewilligungen:
 - Ausländische Apotheken müssen eine *schweizerische* Versandhandelsbewilligung einholen.
 - Setzt eine kantonale Detailhandelsbewilligung voraus.
 - Detailhandelsbewilligung setzt eine Niederlassung in der Schweiz voraus.
 - Fazit: in der Schweiz ist ein legaler Internethandel mit Arzneimitteln vom Ausland aus gar nicht möglich.
- Keinerlei Vertrauen in ausländische Rechtsordnungen ...

Die Situation in der Schweiz (2)

Und was ist mit dem bilateralen Recht?

- Rund 120 Verträge - und keiner ist anwendbar.
 - Weder Warenverkehrsfreiheit (Freihandelsabkommen von 1972, Vertragspakete von 1999 und 2004) ...
 - ... noch das Abkommen über Konformitätsbewertungen.
- D.h.:
Positive wie negative Integration sind in Bezug auf den grenzüberschreitenden Handel mit Arzneimitteln inexistent - obwohl wirksamer Gesundheitsschutz auch in einem integrierten System möglich ist.

Zum Schluss



BASLER SCHRIFTEN ZUR EUROPÄISCHEN INTEGRATION

- O Wir bestellen die Schriftenreihe im Jahresabonnement zu CHF 120.-. Das Abonnement verlängert sich automatisch um ein Jahr, wenn es nicht drei Monate vor Ablauf schriftlich gekündigt wird.
- O Wir bestellen folgende Nummern zum Preis von CHF 20.- (Doppelnr 30.-)
- O Wir sind an einem Publikationsaustausch interessiert.
- O Wir sind an Weiterbildungs-Unterlagen (Nachdiplomkurs) interessiert.

** vergriffen*

- O Nr. 1 Subsidiarität - Schlagwort oder Kurskorrektur (mit Beiträgen von Flavio Cotti, Jean-Paul Heider, Jakob Kellenberger und Erwin Teufel) (Doppelnummer).
- O Nr. 2 Ein schweizerisches Börsengesetz im europäischen Kontext (Tagungsband/ Doppelnummer).
- O Nr. 3 Martin Holland, The European Union's Common Foreign and Security Policy: The Joint Action Toward South Africa.*
- O Nr. 4 Brigid Gavin, The Implications of the Uruguay Round for the Common Agricultural Policy.
- O Nr. 6 Urs Saxer, Die Zukunft des Nationalstaates.
- O Nr. 7 Frank Emmert, Lange Stange im Nebel oder neue Strategie? Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit.
- O Nr. 8 Stephan Kux, Subsidiarity and the Environment: Implementing International Agreements.
- O Nr. 9 Arbeitslosigkeit (mit Beiträgen von Christopher Boyd, Wolfgang Franz und Jean-Luc Nordmann).
- O Nr. 10 Peter Schmidt, Die aussenpolitische Rolle Deutschlands im neuen Europa.
- O Nr. 11 Hans Baumann, Möglichkeiten und Grenzen der Sozialen Dimension nach Maastricht: Das Beispiel der Bauwirtschaft.*
- O Nr. 12 Georg Kreis, Das schweizerische Staatsvertragsreferendum: Wechselspiel zwischen indirekter und direkter Demokratie.
- O Nr. 13 Markus Lusser, Die europäische Währungsintegration und die Schweiz.
- O Nr. 14 Claus Leggewie, Ist kulturelle Koexistenz lernbar?
- O Nr. 15 Rolf Lüpke, Die Durchsetzung strengerer einzelstaatlicher Umweltschutznormen im Gemeinschaftsrecht (Doppelnummer).

- O Nr. 16 Stephan Kux, Ursachen und Lösungsansätze des Balkankonflikts: Folgerungen für das Abkommen von Dayton
- O Nr. 17 Jan Dietze/Dominik Schnichels, Die aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zum Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ).
- O Nr. 18 Basler Thesen für die künftige Verfassung Europas (2. Aufl.).
- O Nr. 19 Christian Garbe, Subsidiarity and European Environmental Policy: An Economic Perspective.
- O Nr. 20 Claudia Weiss, Die Schweiz und die Europäische Menschenrechtskonvention: Die Haltung des Parlaments 1969-1995.
- O Nr. 21 Gunther Teubner, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines trans-nationalen Rechtspluralismus.
- O Nr. 22 Jürgen Mittelstrass, Stichwort Interdisziplinarität (mit einem anschließenden Werkstattgespräch).
- O Nr. 23 William James Adams, The Political Economy of French Agriculture.
- O Nr. 24 Aktuelle Fragen der Wirtschafts- und Währungsunion (mit Beiträgen von Gunter Baer, Peter Bofinger, Renate Ohr und Georg Rich) (Tagungsband/Doppelnummer).*
- O Nr. 25 Franz Blankart, Handel und Menschenrechte.
- O Nr. 26 Manfred Dammeyer/Christoph Koellreuter, Die Globalisierung der Wirtschaft als Herausforderung an die Regionen Europas.
- O Nr. 27 Beat Sitter-Liver, Von Macht und Verantwortung in der Wissenschaft.*
- O Nr. 28 Hartwig Isernhagen, Interdisziplinarität und die gesellschaftliche Rolle der Geistes- und Kulturwissenschaften.
- O Nr. 29 Muriel Peneveyre, La réglementation prudentielle des banques dans l'Union Européenne.
- O Nr. 30 Giuseppe Callovi/Roland Schärer/Georg Kreis, Citoyenneté et naturalisations en Europe.
- O Nr. 31 Peter Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht.
- O Nr. 32 Jacques Pelkmans, Europe's Rediscovery of Asia. Political, economic and institutional aspects.
- O Nr. 33 Maya Krell, Euro-mediterrane Partnerschaft. Die Chancen des Stabilitätstransfers.*
- O Nr. 34 Valéry Giscard d'Estaing, L'Union Européenne: Elargissement ou approfondissement?
- O Nr. 35 Martin Holland, Do Acronyms Matter? The Future of ACP-EU Relations and the Developing World.*

- O Nr. 36 Andreas Guski, Westeuropa - Osteuropa: Aspekte einer problematischen Nachbarschaft.
- O Nr. 37 Matthias Amgwerd, Autonomer Nachvollzug von EU-Recht durch die Schweiz - unter spezieller Berücksichtigung des Kartellrechts (Doppelnr.)
- O Nr. 38 Manfred Rist, Infotainment oder Sachinformation? Die Europäische Union als journalistische Herausforderung (Doppelnummer).
- O Nr. 39 Lothar Kettenacker/Hansgerd Schulte/Christoph Weckerle, Kulturpräsenz im Ausland. Deutschland, Frankreich, Schweiz.
- O Nr. 40 Georg Kreis/Andreas Auer /Christoph Koellreuter, Die Zukunft der Schweiz in Europa? Schweizerische Informationstagung vom 15. April 1999 veranstaltet durch das EUROPA FORUM LUZERN.
- O Nr. 41 Charles Lieberr, Regulierung der audiovisuellen Industrie in der Europäischen Union.
- O Nr. 42/3 Urs Saxer, Kosovo und das Völkerrecht. Ein Konfliktmanagement im Spannungsfeld von Menschenrechten, kollektiver Sicherheit und Unilateralismus.
- O Nr. 44/5 Gabriela Arnold, Sollen Parallelimporte von Arzneimitteln zugelassen werden? Eine Analyse der Situation in der Europäischen Union mit Folgerungen für die Schweiz.*
- O Nr. 46 Markus Freitag, Die politischen Rahmenbedingungen des Euro: Glaubwürdige Weichenstellungen oder Gefahr möglicher Entgleisungen?
- O Nr. 47/8 Andrew Watt, „What has Become of Employment Policy?“ - Explaining the Ineffectiveness of Employment Policy in the European Union.
- O Nr. 49 Christian Busse, Österreich contra Europäische Union - Eine rechtliche Beurteilung der Reaktionen der EU und ihrer Mitgliedstaaten auf die Regierungsbeteiligung der FPÖ in Österreich.
- O Nr. 50 Thomas Gisselbrecht, Besteuerung von Zinserträgen in der Europäischen Union - Abschied vom Schweizerischen Bankgeheimnis?
- O Nr. 51 Uta Hühn, Die Waffen der Frauen: Der Fall *Kreil* - erneuter Anlass zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit? EuGH, Urteil vom 11.1.2000 in der Rs. C-283/98, *Tanja Kreil/BRD*.
- O Nr. 52/3 Thomas Oberer, Die innenpolitische Genehmigung der bilateralen Verträge Schweiz - EU: Wende oder Ausnahme bei aussenpolitischen Vorlagen?
- O Nr. 54 Georg Kreis, Gibraltar: ein Teil Europas - Imperiale oder nationale Besitzansprüche und evolutive Streiterledigung.
- O Nr. 55 Beat Kappeler, Europäische Staatlichkeit und das stumme Unbehagen in der Schweiz. Mit Kommentaren von Laurent Goetschel und Rolf Weder.
- O Nr. 56 Gürsel Demirok, How could the relations between Turkey and the European

Union be improved?

- O Nr. 57 Magdalena Bernath, Die Europäische Politische Gemeinschaft. Ein erster Versuch für eine gemeinsame europäische Aussenpolitik
- O Nr. 58 Lars Knuchel, Mittlerin und manches mehr. Die Rolle der Europäischen Kommission bei den Beitrittsverhandlungen zur Osterweiterung der Europäischen Union. Eine Zwischenbilanz.
- O Nr. 59 Perspektiven auf Europa. Mit Beiträgen von Hartwig Isernhagen und Annetarie Pieper.
- O Nr. 60 Die Bedeutung einer lingua franca für Europa. Mit Beiträgen von Georges Lüdi und Anne Theme.
- O Nr. 61 Felix Dinger, What shall we do with the drunken sailor? EC Competition Law and Maritime Transport.
- O Nr. 62 Georg F. Kraye, Spielraum für Bankegoismen in der EU-Bankenordnung.
- O Nr. 63 Philippe Nell, China's Accession to the WTO: Challenges ahead.
- O Nr. 64 Andreas R. Ziegler, Wechselwirkung zwischen Bilateralismus und Multilateralismus Das Beispiel der Freihandelsabkommen der EFTA-Staaten.
- O Nr. 65 Markus M. Haefliger, Die europäische Konfliktintervention im burundischen Bürgerkrieg, („Arusha-Prozess“) von 1996 bis 2002.
- O Nr. 66 Georg Kreis (Hrsg), Orlando Budelacci (Redaktion): Der Beitrag der Wissenschaften zur künftigen Verfassung der EU. Interdisziplinäres Verfassungssymposium anlässlich des 10 Jahre Jubiläums des Europainstituts der Universität Basel.
- O Nr. 67 Francis Cheneval, Die Europäische Union und das Problem der demokratischen Repräsentation.
- O Nr. 68 Politik und Religion in Europa. Mit Beiträgen von Orlando Budelacci und Gabriel N. Toggenburg.*
- O Nr. 69 Chantal Delli, Das Wesen der Unionsbürgerschaft, Überlegungen anhand des Falls Rudy Grzelczyk gegen Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve.
- O Nr. 70 Federica Sanna, La garantie du droit de grève en Suisse et dans la L'Union européenne.
- O Nr. 71 Elze Matulionyte, Transatlantic GMO Dispute in the WTO: Will Europe further abstain from Frankenstein foods?
- O Nr. 72 Rolf Weder (Hrsg.), Parallelimporte und der Schweizer Pharmamarkt.
- O Nr. 73 Marc Biedermann, Braucht die EU Lobbying-Gesetze? Annäherungen an eine schwierige Frage.

- O Nr. 74 Hanspeter K. Scheller, Switzerland's Monetary Bilateralism. The episode of 1975.
- O Nr. 75 Bruno Kaufmann/Georg Kreis/Andreas Gross, Direkte Demokratie und europäische Integration. Die Handlungsspielräume der Schweiz.
- O Nr. 76 Daniel Zimmermann, Die Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten nach Art. 82 EG. Schutz vor Wettbewerb oder Schutz des Wettbewerbs?
- O Nr. 77 Laurent Goetschel/Danielle Lalive d'Epina y (Hrsg.), Die Beziehungen zwischen Wirtschaft und Aussenpolitik: Eine natürliche Symbiose?
- O Nr. 78 Georg Kreis (Hrsg.), Frieden und Sicherheit. Israel und die Nahostkrise als europäisches Thema.*
- O Nr. 79 Christoph Nufer, Bilaterale Verhandlungen, wie weiter? Liberalisierung der Dienstleistungen zwischen der Schweiz und der EU: Gewinner und Verlierer aus Schweizerischer Sicht.
- O Nr. 80 Simon Marti, Die aussenpolitischen Eliten der Schweiz und der Beginn der europäischen Integration. Eine rollentheoretische Untersuchung der schweizerischen Teilnahme an der Lancierung des Marshallplans und an der Errichtung der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit in Europa 1947-1948.
- O Nr. 81 Thomas Cottier, Rachel Liechti, Die Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union: Eine kurze Geschichte differenzieller und schrittweiser Integration / Thomas Cottier, Alexandra Dengg: Der Beitrag des freien Handels zum Weltfrieden.
- O Nr. 82 Martina Roth, Die neue Rolle Nicht-Staatlicher Organisationen. Möglichkeiten und Grenzen am Beispiel des Engagements in der Konflikt-Prävention; Gereon Müller-Chorus: Privatwirtschaftliche Organisation der Trinkwasserversorgung. Fluch oder Segen?
- O Nr. 83 Christoph A. Spenlé (Hrsg.), Die Europäische Menschenrechtskonvention und die nationale Grundrechtsordnung. Spannungen und gegenseitige Befruchtung.
- O Nr. 84 Peter Maurer, Europa als Teil der UNO.
- O Nr. 85 Georg Kreis (Hrsg.), Europa als Museumsobjekt.
- O Nr. 86 Christa Tobler (Hrsg.), Aspekte des Finanzdienstleistungs- und Unternehmenssteuerrechts nach dem EG-Recht und dem bilateralen Recht.

ISBN-13: 978-3-905751-12-3

ISBN-10: 3-905751-12-7

Europainstitut der Universität Basel, Gellertstrasse 27, CH-4020 Basel,
Schweiz, Tel. ++41 (0) 61 317 97 67, FAX ++41 (0) 61 317 97 66
E-mail: europa@unibas.ch, Internet: www.europa.unibas.ch

© Europainstitut der Universität Basel 2009

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck, auch auszugsweise, sowie die Verbreitung auf elektronischem, photomechanischem oder sonstigem Wege bedürfen einer schriftlichen Genehmigung des Europainstituts.

ISBN-13: 978-3-905751-12-3

ISBN-10: 3-905751-12-7