

Verfahrensgang

BGH, Urt. vom 30.03.2006 - I ZR 24/03, [IPRspr 2006-112](#)

Rechtsgebiete

Zuständigkeit → Besonderer Vertragsgerichtsstand

Außervertragliche Schuldverhältnisse → Unerlaubte Handlungen, Gefährdungshaftung

Rechtsnormen

AMG § 2; AMG § 21

E-Commerce 2000/31/EG **Art. 2**; E-Commerce 2000/31/EG **Art. 3**

EGV-Amsterdam **Art. 28**; EGV-Amsterdam **Art. 30**

EUGVVO 44/2001 **Art. 76**

EuGVÜ **Art. 5**

GK Humanarzneimittel-RL 2001/83/EG **Art. 87**

Humanarzneimittel -RL 2004/27/EG **Art. 1**

Humanarzneimittel -RL 92/28/EWG **Art. 2**

HWG § 3a

TDG § 2; TDG § 4

UWG § 1; UWG § 3; UWG § 4; UWG § 8

ZPO § 253; ZPO § 261; ZPO § 545

Fundstellen

LS und Gründe

BGHZ, 167, 91

CR, 2006, 539

Europ. Leg. Forum, 2006, I-96, II-46

GRUR, 2006, 513

GRUR Int., 2006, 605, mit Anm. *Mankowski*

IHR, 2006, 118

MDR, 2006, 941

MMR, 2006, 461

NJW, 2006, 2630

WRP, 2006, 736

AfP, 2007, 177

IPRax, 2007, 446

nur Leitsatz

LMK, 2006, 135, mit Anm. *Rehm*

VuR, 2006, 245

Bericht

Jayme/Kohler, IPRax, 2007, 493

Aufsatz

Koos, IPRax, 2007, 414 A

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2006-112>

Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).

Bekl. soll dieses Telefax die Vereinbarungen der Parteien aus dem Gespräch vom Vortag zusammenfassen und eine Art Rahmenabkommen darstellen.

Wenn in einer solchen Rahmenvereinbarung die Aufforderung an die Kl. festgehalten wird, für die Versendung der Waren die Spedition S. TRANS F. und in Italien die Firma M.-Transport einzusetzen (Nr. 8 des Fax), dann besteht für den Senat kein Zweifel, dass damit – i.V.m. der Klausel ‚ex works‘ – zum Ausdruck kommt, dass die Bekl. der Kl. den von ihr gewünschten Transportweg für die von ihr zu veranlassende Versendung mitteilte.

Diese Auffassung des Senats deckt sich mit der den Parteien mitgeteilten schriftlichen Stellungnahme des Zeugen L. der Firma S. TRANS F. vom 15.3.2006.

Der Zeuge L. hat bestätigt, dass durch seine Firma aufgrund der Frankatur ‚ab Werk‘ sämtliche Transportkosten an den italienischen Partner M.-Transport abgefertigt wurden und dass dieser die Gesamtkosten für den Transport an den Frachtzahler – hier die Bekl. – abgerechnet hat.

Die Angaben des Zeugen decken sich mit den von ihm vorgelegten Frachtunterlagen.

Da der Zeuge zudem bestätigt hat, dass es bei den von ihm festgestellten insgesamt fünf Transporten zu keinen Reklamationen und damit auch zu keinen Protesten gegen die Zahlungspflicht kam, hält der Senat die Darstellung der Bekl. in der Stellungnahme vom 21.3.2006 zur Zeugenerklärung, die Bekl. könne für diese Sendungen eine Kostenbelastung nicht feststellen, für widerlegt.

Hinzu kommt, dass auch die Darstellung der Bekl., die Kl. habe entgegen ihres verwendeten Zusatzes zur Klausel ‚unpacked‘ in ihren Rechnungen keine Verpackungskosten ausgewiesen, weil die Bekl. ‚packing included‘ bestellt habe, nicht zutreffend ist.

Die im Anlagekonvolut der Kl. ... vorgelegten Rechnungen vom 10.5., 15.5., 13.6. und 20.6.2001 enthalten sämtlich Verpackungskosten, welche die Bekl. unstreitig bezahlt hat, obwohl zumindest die Bestellungen der Bekl. vom 4.6. und 6.6.2001 zu den Rechnungen vom 13.6. und 20.6.2001 die Anmerkung: ‚packing included‘ enthielten. Auch die Rechnung vom 24.9.2001, die den fünften – unstreitig von der Bekl. beauftragten – Transport gemäß der Darstellung des Zeugen L. betraf, enthält die Position Verpackungskosten.

Danach geht der Senat nicht nur davon aus, dass die Bekl. den Zusatz ‚unpacked‘ der Kl. akzeptiert hat, sondern dass auch der wesentliche Teil der Lieferungen so abgewickelt wurde.“

112. *Der Werbende kann das Verbreitungsgebiet der Werbung im Internet durch einen sogenannten Disclaimer einschränken, in dem er ankündigt, Adressaten in einem bestimmten Land nicht zu beliefern. Um wirksam zu sein, muss ein Disclaimer eindeutig gestaltet und aufgrund seiner Aufmachung als ernst gemeint aufzufassen sein und vom Werbenden auch tatsächlich beachtet werden.*

Den Einschränkungen des innerstaatlichen Rechts unterliegen nach § 4 V 1 Nr. 3 TDG Diensteanbieter, die in einem anderen EU-Mitgliedstaat geschäftsansässig sind, wenn sie im Inland für ein nicht zugelassenes Arzneimittel werben. Auch die Frage des Vertriebsverbots für nicht zugelassene Arzneimittel in Deutschland richtet sich nach inländischem Recht.

Art. 1 Nr. 1 lit. b der Richtlinie 2004/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel vom 31.3.2004 (ABl. Nr. L 136/34) hat einen neuen europarechtlich einheitlichen Arzneimittelbegriff für Funktionsarzneimittel eingeführt, der aufgrund richtlinienkonformer Auslegung des § 2 AMG im Inland gilt.

BGH, Urt. vom 30.3.2006 – I ZR 24/03: BGHZ 167, 91; NJW 2006, 2630; IPRax 2007, 446, 414 Aufsatz Koos; MDR 2006, 941; AfP 2007, 177; CR 2006, 539; Europ. Leg. Forum 2006, I-96, II-46; GRUR 2006, 513; GRUR Int. 2006, 605 mit Anm. Mankowski; IHR 2006, 118; MMR 2006, 461; WRP 2006, 736. Leitsatz in: LMK 2006, 135 mit Anm. Rehm; VuR 2006, 245. Bericht in IPRax 2007, 493 von Jayme/Kohler.

[Das Berufungsurteil des KG vom 8.11.2002 – 5 U 149/02 – wurde bereits in IPRspr. 2002 Nr. 153 abgedruckt.]

Die Bekl., ein Unternehmen mit Sitz in den Niederlanden, unterhält einen Internet-Versandhandel. Zu den von ihr vertriebenen Erzeugnissen gehören die Knoblauchkapseln K., die L. TM-Kapseln, die Ly. TM-Kapseln, die V. TM-Kapseln und Johanniskrautkapseln. Für diese warb die Bekl. auf ihren Internetseiten.

Die Startseite des Internetauftritts der Bekl. enthielt jedenfalls bis Dezember 2001 den nachstehenden Hinweis: „deutschsprachigen Europäern, aber nicht an deutsche Adressen“. Zusätzlich konnte sowohl online als auch per Fax bestellt werden.

Gleichwohl lieferte die Bekl. auf eine Bestellung vom November 2001 noch im Dezember 2001 die Produkte L. TM-Kapseln und Johanniskrautkapseln nach Deutschland.

Der Kl, ein Wettbewerbsverein, hat beantragt, die Bekl. unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu verurteilen, im geschäftlichen Verkehr Mittel ohne Zulassung als Arzneimittel zu bewerben und/oder zu vertreiben.

Das LG hat die Bekl. antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kl. beantragt, verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

„I. Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG a.F. i.V.m. §§ 2, 21 AMG, § 3a HWG für begründet erachtet. Hierzu hat es ausgeführt:

Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte folge aus Art. 5 Nr. 3 EU-GVÜ. Unter den Begriff der unerlaubten Handlung im Sinne dieser Vorschrift fielen auch Ansprüche wegen unlauteren Wettbewerbs. Ort des schädigenden Ereignisses seien der Handlungs- und der Erfolgsort. Die Internetdomain sei bestimmungsgemäß in Deutschland abrufbar. Zu dem auf der Startseite angeführten Begriff der deutschsprachigen Europäer zählten neben Österreichern und Schweizern auch Deutsche. Zwar könne durch einen sog. Disclaimer das auf der ganzen Welt abrufbare Internetangebot auf bestimmte Gebiete beschränkt werden. Die Bekl. habe sich jedoch durch die Lieferung nach Deutschland zu dem Disclaimer in Widerspruch gesetzt. Im Übrigen reiche die schlüssige Behauptung der die internationale Zuständigkeit begründenden Umstände aus.

Der Unterlassungsanspruch sei begründet, weil es sich bei den streitgegenständlichen Produkten um (Funktions-)Arzneimittel handele, die ohne arzneimittelrechtliche Zulassung in Deutschland nicht vertrieben werden dürften. Maßgeblich für die Einordnung als Arzneimittel oder als Lebensmittel sei die an objektive Merkmale anknüpfende überwiegende Zweckbestimmung. Die Verkehrsanschauung knüpfe regelmäßig an eine schon bestehende Auffassung über den Zweck vergleichbarer

Mittel und ihrer Anwendung an, die von den Verwendungsmöglichkeiten solcher Mittel ihrer Art nach abhänge. Die Vorstellung der Verbraucher von der Zweckbestimmung eines Produkts könne von der Auffassung der Wissenschaft, den dem Mittel beigefügten Hinweisen und Werbeprospekten sowie der Aufmachung der Mittel beeinflusst werden. Auch nach den einschlägigen EG-Vorschriften seien Mittel, die unter den europäischen Arzneimittelbegriff fielen, keine Lebensmittel.

Nach den Werbeaussagen der Bekl., deren Richtigkeit von den Parteien nicht in Abrede gestellt worden sei, hätten die in Rede stehenden Produkte eine pharmakologische Wirkung. Nach der Rechtsprechung des EuGH sei ein Erzeugnis als ein Arzneimittel anzusehen, wenn es dazu bestimmt und geeignet sei, zur Beeinflussung der Körperfunktion im eigentlichen Sinne angewandt zu werden, es sei denn, die Stoffe wirkten sich nicht nennenswert auf den Stoffwechsel aus. Die streitgegenständlichen Produkte hätten in diesem Sinne eine pharmakologische Wirkung. Es finde eine gezielte Beeinflussung der Funktionsbedingungen des menschlichen Körpers statt, der kein gleichwertiger oder überwiegender Ernährungszweck gegenüberstehe. Durch die Mittel würden keine Mangelzustände aufgrund verbrauchter Nährstoffe ausgeglichen, sondern es werde gezielt die Herzfunktion verbessert, die sexuelle Leistungsfähigkeit gesteigert, die Prostata verkleinert oder zur Aufhellung der Psyche beigetragen ...

Das Vertriebs- und Werbeverbot nach §§ 21 AMG, 3a HWG gelte auch dann, wenn die Mittel in einem anderen EU-Mitgliedstaat zulässigerweise auf dem Markt sein sollten. Handele es sich um in einem anderen Mitgliedstaat frei verkäufliche Nahrungsergänzungsmittel ohne arzneimittelrechtliche Zulassung oder Registrierung, fehle es an einer Grundlage, die Mittel ohne entsprechendes Prüfverfahren als gleichwertig mit im Inland zugelassenen Arzneimitteln anzusehen. Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit im Sinne von Art. 28 EG durch das Vertriebs- und das Werbeverbot seien zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen nach Art. 30 EG gerechtfertigt.

II. Die Revision ist nicht begründet. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Bewerbung und der Vertrieb der in Rede stehenden Produkte durch die Bekl. seien im Inland unlauter, hält sowohl nach altem (§ 1 UWG a.F.) als auch nach neuem Recht (§§ 3, 4 Nr. 11 UWG) der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Anders als die Revision meint, ist im Streitfall eine internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte gegeben. Die unter der Geltung des § 545 II ZPO auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfende internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte (vgl. BGH, Urt. vom 27.5.2003 – IX ZR 203/02, WM 2003, 1542¹; Urt. vom 20.11.2003 – I ZR 102/02, TranspR 2004, 74, 75 = MDR 2004, 761²) ergibt sich aus Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ. Das EuGVÜ ist vorliegend anwendbar, weil die Klage am 7.9.2001 und damit vor Geltung der EuGVO, die am 1.3.2002 in Kraft getreten ist (Art. 76 I EuGVO), erhoben worden ist (§§ 253 I, 261 I und III Nr. 2 ZPO; vgl. auch BGH, Urt. vom 24.2.2005 – I ZR 101/02³, GRUR 2005, 519 = WRP 2005, 735 [Vitamin-Zell-Komplex]).

Nach Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ kann eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat, in einem anderen Vertragsstaat vor dem Ge-

¹ IPRspr. 2003 Nr. 217.

² IPRspr. 2003 Nr. 122b.

³ IPRspr. 2005 Nr. 98.

richt des Orts verklagt werden, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichsteht, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden. Unter die Zuständigkeit des Gerichtsstands der unerlaubten Handlung nach Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ fallen Klagen aufgrund unerlaubter Wettbewerbshandlungen (BGH, Urt. vom 11.2.1988 – I ZR 201/86⁴, GRUR 1988, 483, 485 = WRP 1988, 446 [AGIAV]; BGHZ 153, 82, 91). Der Ort des schädigenden Ereignisses im Sinne des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ ist neben dem Handlungsort auch der Erfolgsort, d.h. der Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist (EuGH, Urt. vom 7.3.1995 – Rs C-68/93, Slg. 1995, I-415 = GRUR Int. 1998, 298 Tz. 20 [Shevill]). Bei Wettbewerbsverletzungen im Internet ist der Erfolgsort im Inland belegen, wenn sich der Internetauftritt bestimmungsgemäß dort auswirken soll (BGH, Urt. vom 13.10.2004 – I ZR 163/02⁵, GRUR 2005, 431, 432 = WRP 2005, 493 [HOTEL MARITIME]; zu § 32 ZPO, § 24 UWG a.F.: OLG Frankfurt, CR 1999, 450; OLG Bremen, CR 2000, 770, 771; *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Retzer*, UWG, 2004, § 14 Rz. 64; weitergehend zu § 32 ZPO, § 24 UWG a.F.: OLG München, CR 2002, 449, 450⁶). Die Zuständigkeit hängt allerdings nicht davon ab, dass tatsächlich eine Verletzung des nationalen Rechts erfolgt ist. Es reicht vielmehr aus, dass eine Verletzung behauptet wird und diese nicht von vornherein ausgeschlossen ist (vgl. BGH, GRUR 2005, 431, 432⁵ [HOTEL MARITIME]).

Der Ort des schädigenden Ereignisses liegt im Streitfall in Deutschland. Der Internetauftritt der in den Niederlanden ansässigen Bekl. war international ausgerichtet und auch in deutscher Sprache gehalten und an deutschsprachige Europäer gerichtet. Die Verkaufspreise waren zudem in DM angegeben. Soweit die Bekl. in ihrem Internetauftritt den Hinweis auf ‚deutschsprachige Europäer‘ mit dem Zusatz ‚aber nicht an deutsche Adressen‘ und der österreichischen Nationalflagge versehen hat, ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass dadurch Deutschland von dem Internetauftritt nicht ausgeschlossen worden ist. Allerdings kann ein sog. Disclaimer, mit dem der Werbende ankündigt, Adressaten in einem bestimmten Land nicht zu beliefern, ein Indiz für eine Einschränkung des Verbreitungsgebiets sein (vgl. OLG Frankfurt, CR 1999, 450, 451; KG, GRUR Int. 2002, 448, 449 f.⁷; *Fezer-Hausmann-Obergfell*, Lauterkeitsrecht: UWG, 2004, Einl. I Rz. 369; *Hoeren*, WRP 1997, 993, 998; *Mankowski*, GRUR Int. 1999, 909, 919; *Ubber*, Markenrecht im Internet, 2002, 214; enger: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Retzer aaO*). Ein wirksamer Disclaimer setzt aber voraus, dass er klar und eindeutig gestaltet und aufgrund seiner Aufmachung als ernst gemeint aufzufassen ist. Erheblich ist der Disclaimer zudem nur, wenn ihn der Werbende auch tatsächlich beachtet und nicht entgegen seiner Ankündigung gleichwohl in das vom Vertrieb ausgenommene Absatzgebiet liefert. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht erfüllt. Der Disclaimer ist ersichtlich nicht ernst gemeint, weil die Bekl. beim Vertrieb ihrer Produkte neben Preisen in Euro auch DM-Preise bei der Produktwerbung angegeben hat. Hätte die Bekl. von ihrem an deutschsprachige Europäer gerichteten Angebot tatsächlich inländische Abnehmer ausnehmen wollen, hätte es wesentlich näher gelegen, statt der deutschen Währung die österreichische oder die schweizerische Währung.

⁴ IPRspr. 1988 Nr. 153.

⁵ IPRspr. 2004 Nr. 126.

⁶ IPRspr. 2001 Nr. 154.

⁷ IPRspr. 2001 Nr. 121.

rung anzugeben. Den Disclaimer hat die Bekl. auch selbst nicht beachtet. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist sie den Lieferersuchen nach Deutschland jedenfalls in zwei Fällen nachgekommen.

Entgegen der Ansicht der Revision stellt es auch keine unzulässige Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 EG dar, dass ein Disclaimer bei der Frage, an wen sich der Internetauftritt bestimmungsgemäß richtet, nur Beachtung finden kann, wenn er widerspruchsfrei und ernst gemeint aufgemacht ist und wenn sich der Werbende zu dem Disclaimer nicht in Widerspruch setzt.

2. Der Unterlassungsanspruch ist nach §§ 1 UWG a.F., 3, 4 Nr. 11, 8 I UWG n.F. i.V.m. §§ 2, 21 AMG, 3a HWG begründet.

a) Die Anwendung deutschen Rechts auf den Internetauftritt der Bekl. ist nicht nach dem sog. Markortprinzip ausgeschlossen. Nach dem Markortprinzip setzt die Anwendung deutschen Wettbewerbsrechts voraus, dass die wettbewerblichen Interessen der Mitbewerber im Inland aufeinandertreffen (vgl. BGH, Urt. vom 4.6. 1987 – I ZR 109/85⁸, GRUR 1988, 453, 454 = WRP 1988, 25 [Ein Champagner unter den Mineralwässern]; BGHZ 113, 11, 14⁹ [Kauf im Ausland]; BGH, Urt. vom 14.5.1998 – I ZR 10/96¹⁰, GRUR 1998, 945, 946 = WRP 1998, 854 [Co-Verlagsvereinbarung]). Nach deutschem Wettbewerbsrecht ist der Internetauftritt der Bekl. zu beurteilen, wenn sich dieser bestimmungsgemäß auch im Inland ausgewirkt hat (vgl. Köhler in *Hefermehl-Köhler-Bornkamm*, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., Einl. UWG Rz. 5.8; Fezer-Hausmann-Obergfell Rz. 273; *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Glöckner* aaO Einl. C Rz. 84 ff.; *Bartsch-Lutterbeck-Bornkamm*, Neues Recht für neue Medien, 1998, 99, 105). Hier von ist im Streitfall auszugehen; insoweit gelten die vorstehenden Ausführungen zur Begründung der internationalen Zuständigkeit entsprechend (II. 1). Der Internetauftritt der Bekl. hat sich auch tatsächlich und nicht nur nach den Behauptungen des Kl. im Inland ausgewirkt. Durch den von der Bekl. auf ihrer Startseite im Internet angebrachten Disclaimer wurde der Inlandsbezug nicht ausgeschlossen, weil der Disclaimer ersichtlich nicht ernst gemeint war und die Bekl. sich an die dort angekündigte Lieferbeschränkung tatsächlich auch nicht gehalten hat. Bei der von der Bekl. vorgenommenen Lieferung von zwei Produkten nach Deutschland handelte es sich nicht um ein einmaliges Versehen. Davon ist das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des Vortrags der Bekl. ausgegangen. Diese Feststellungen des Berufungsgerichts sind aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Auch die Revision zeigt einen Rechtsfehler des Berufungsgerichts nicht auf. Dem Disclaimer fehlte deshalb eine dahingehende Indizwirkung, dass die Bekl. grundsätzlich keine Lieferungen nach Deutschland vornahm.

b) Das beantragte Verbot der Werbung und des Vertriebs der streitgegenständlichen Produkte ist nicht nach dem Gesetz über die Nutzung von Telediensten (TDG) ausgeschlossen. Das TDG in der bis zum 20.12.2001 gültigen Fassung sah keine Ausnahmen von nationalen Beschränkungen für Diensteanbieter mit Niederlassung in einem anderen EG-Staat vor.

Nach der Novellierung des TDG mit Wirkung ab 21.12.2001 sind die beanstandete Werbung und der Vertrieb der in Rede stehenden Produkte von einem Ver-

⁸ IPRspr. 1987 Nr. 112.

⁹ IPRspr. 1990 Nr. 157.

¹⁰ IPRspr. 1998 Nr. 122.

bot nach § 4 II 1 TDG n.F. nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Bekl. ihren Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat hat. Nach dieser Vorschrift, durch die Art. 3 II der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt vom 8.6.2000 („E-Commerce-Richtlinie“, ABl. EG Nr. L 178/1) umgesetzt worden ist (vgl. Begr. zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr [Elektronisches Geschäftsverkehr-Gesetz – EGG], BT-Drucks. 14/6098 S. 18), wird der Dienstleistungsverkehr von nationalen Beschränkungen, die im Herkunftsland nicht gelten, freigestellt (Herkunftslandprinzip). Zu den Telediensten im Sinne des TDG rechnen gemäß § 2 I und II Nr. 5 TDG auch Angebote von Waren in elektronisch abrufbaren Datenbanken mit interaktivem Zugriff und unmittelbarer Bestellungsmöglichkeit, wie sie die Bekl. vorliegend bereitstellt. Gleichwohl unterliegen Werbung und Vertrieb der Produkte der Bekl. deutschem Recht.

aa) Für die Beurteilung des Vertriebsverbots sind die Bestimmungen des TDG nicht einschlägig. Die E-Commerce-Richtlinie, zu deren Umsetzung die Novellierung des TDG durch den Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz [EGG]) dient (vgl. Begründung BT-Drucks. 14/6098, S. 11), regelt nicht die Lieferung von Produkten. Diese sind nach Art. 2 lit. h ii Spiegelstrich 2 der E-Commerce-Richtlinie und nach ihrem Erwägungsgrund Nr. 21 vom koordinierten Bereich ausgenommen (vgl. auch KG, GRUR-RR 2001, 244, 249¹¹; Ahrens, CR 2000, 835, 841; Ernst, WRP 2001, 893, 898). Entsprechendes gilt für die die Richtlinie umsetzende Novellierung des TDG, dem auch nichts für eine weitergehende Regelung zu entnehmen ist (*Spindler in Spindler-Schmitz-Geis*, TDG, 2004, § 4 TDG Rz. 11; *Manssen-Brunner*, Telekommunikations- und Multimediarecht, 9. Erg.-Lfg., § 4 TDG Rz. 35).

bb) Dem von dem Kl. beantragten Werbeverbot steht nicht die Bestimmung des § 4 II 1 TDG entgegen. Dazu bedarf es keines näheren Eingehens auf die Rechtsnatur und die Reichweite des Herkunftslandprinzips nach § 4 II 1 TDG (vgl. zum Meinungsstand: Ahrens in Festschrift Tilmann, 2003, 739, 745 f.; Fezer-Hausmann-Obergfell aaO Einl. I Rz. 112 ff.; *Spindler-Schmitz-Geis* Rz. 23 ff.; *Manssen-Brunner* Rz. 37 ff.). Denn § 4 II 1 TDG findet nach § 4 II 2 i.V.m. V 1 Nr. 3 TDG keine Anwendung. Danach unterliegen das Angebot und die Erbringung eines Teledienstes durch einen Diensteanbieter, der in einem anderen EU-Mitgliedstaat niedergelassen ist, abweichend von § 4 II 1 TDG den Einschränkungen des innerstaatlichen Rechts, soweit dieses dem Schutz der öffentlichen Gesundheit vor Beeinträchtigungen oder ernsthaften und schwerwiegenden Gefahren dient und die auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts in Betracht kommenden Maßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zu diesen Schutzz Zielen stehen. Das Berufungsgericht hat das Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht ausdrücklich erörtert. Das nötigt jedoch nicht zu einer Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache, weil der Senat die erforderliche Prüfung selbst vornehmen kann.

¹¹ IPRspr. 2001 Nr. 116.

Gegenstand der Beurteilung ist im Streitfall die Frage, ob ein Werbeverbot für im Inland nicht zugelassene Arzneimittel, zu denen die streitgegenständlichen Produkte der Bekl. rechnen [vgl. hierzu nachstehend II. 2. c)], dem Schutz der öffentlichen Gesundheit vor Beeinträchtigungen oder ernsthaften und schwerwiegenden Gefahren dient und dies im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit verhältnismäßig ist (§ 4 V 1 Nr. 3 TDG, Art. 3 IV lit. a E-Commerce-Richtlinie). Davon ist allerdings nicht schon deshalb auszugehen, weil der deutsche Gesetzgeber in § 3a HWG ein Werbeverbot für Arzneimittel vorgesehen hat, denen die erforderliche Zulassung fehlt (vgl. *Spindler-Schmitz-Geis* Rz. 55). Allein aus dem Vorhandensein eines nationalen Werbeverbots für entsprechende Arzneimittel folgte nicht, dass auch die Voraussetzungen des § 4 V 1 Nr. 3 TDG erfüllt sind. Das Werbeverbot des § 3a HWG für Arzneimittel, denen die notwendige Zulassung fehlt, setzt aber Art. 2 I der Richtlinie 92/28/EWG des Rates über die Werbung für Humanarzneimittel vom 31.3.1992 (ABl. Nr. L 113/13) um. Danach untersagen die Mitgliedstaaten die Werbung für ein Arzneimittel, für dessen Inverkehrbringen keine Genehmigung nach den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft erteilt worden ist. Eine gleichlautende Bestimmung enthält Art. 87 I der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel vom 6.11.2001 (ABl. Nr. L 311/67). Das in diesen Richtlinien vorgesehene und in § 3a HWG umgesetzte Werbeverbot für nicht zugelassene Arzneimittel dient der Abwendung ernsthafter und schwerwiegender Gefahren für die öffentliche Gesundheit und ist, wie sich aus der in den Richtlinien selbst angeordneten Rechtsfolge ergibt, verhältnismäßig. Für dieses Ergebnis spricht auch der Erwägungsgrund Nr. 11 der E-Commerce-Richtlinie, wonach die Richtlinie das Schutzniveau für die öffentliche Gesundheit unberührt lässt. Zum Rechtsstand, der uneingeschränkt für die Dienste der Informationsgesellschaft gilt, zählt nach diesem Erwägungsgrund auch die Richtlinie 92/28/EWG. Dieses Schutzniveau würde aber abgesenkt, wenn § 3a HWG, der die EG-Richtlinien umsetzt, aufgrund der E-Commerce-Richtlinie keine Anwendung fände. Entsprechendes gilt, wenn in jedem Einzelfall eine Prüfung erforderlich wäre, ob konkrete, nicht anders als durch ein Verbot abwendbare Gefahren von einer Werbung für ein nicht zugelassenes Arzneimittel ausgehen. Eine solche Einzelfallprüfung sehen die einschlägigen Vorschriften der Richtlinien 92/28/EWG und 2001/83/EG gerade nicht vor. Für dieses Ergebnis spricht auch, dass nunmehr von einem einheitlichen Arzneimittelbegriff in der EU auszugehen ist [II. 2 c) bb)]. Das auf nicht zugelassene Arzneimittel bezogene Werbeverbot ist in den Mitgliedstaaten danach einem einheitlichen Recht unterworfen.

c) Das Berufungsgericht hat angenommen, dass es sich bei den streitgegenständlichen Erzeugnissen um (Funktions-)Arzneimittel im Sinne von § 2 I Nr. 5 AMG handelt, die ohne arzneimittelrechtliche Zulassung in Deutschland nicht vertrieben (§ 21 I AMG) und nicht beworben werden dürfen (§ 3a HWG). Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand ...

Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass mit der Verwendung der in Rede stehenden Erzeugnisse nicht zwingend Gesundheitsgefahren verbunden sein müssen, um eine pharmakologische Wirkung zu bejahen ...

Die Revision hat weiter geltend gemacht, das Berufungsgericht habe bei der Einordnung als Arzneimittel lediglich auf die Werbeaussagen der Bekl. im Internet ab-

gestellt und gleichwohl das vom LG ausgesprochene Verbot des Vertriebs und der Werbung für die fünf Produkte bestätigt. Das Berufungsgericht hat das Vertriebsverbot jedoch nicht aus bestimmten Werbeangaben der Bekl. hergeleitet, sondern ist davon ausgegangen, dass es sich bei den Produkten der Bekl. um Funktionsarzneimittel handelt, weil die in den Werbeangaben getroffenen Aussagen richtig sind und die Produkte danach eine pharmakologische Wirkung haben.

Die von der Bekl. vertriebenen Produkte sind somit Arzneimittel im Sinne von § 2 I Nr. 5 AMG, für deren Inverkehrbringen im Inland die erforderliche Zulassung oder Genehmigung fehlt.“

113. *Für die Klage, die auf Entziehung des für das Inland bestehenden Schutzes aus der internationalen Registrierung einer Marke gerichtet ist, sind die inländischen Gerichte ausschließlich zuständig.*

Zwischen Parfums und Lederwaren besteht keine Warenähnlichkeit.

BGH, Urt. vom 30.3.2006 – I ZR 96/03: RIW 2006, 860; GRUR 2006, 941 mit Anm. *Fritzsche*; GRUR Int. 2006, 1035; WRP 2006, 1235. Leitsatz in IIC 2007, 866.

Die Kl. ist Inhaberin der u.a. für Parfümerien mit einem Zeitraum vom 9.2.1907 eingetragenen Wortmarke TOSCA sowie einer Reihe anderer identischer Wortmarken mit ähnlichen Warenverzeichnissen. Sie vertreibt unter dieser Marke seit 1921 ein Parfum und daraus entwickelte Parfümeriewaren, die in Serien mit überwiegend blauer Verpackung angeboten werden. Die Bekl. hat ihren Sitz in B/Italien. Sie vertreibt seit einigen Jahren in Italien und anderen europäischen Ländern hochwertige Ledergürtel und -taschen, Lederbekleidung und Lederschuhe unter der Bezeichnung TOSCA BLU. Sie hat für sich das Wort-/Bildzeichen u.a. für Deutschland mit Zeitraum vom 30.1.2001 als IR-Marke der Klassen 18 (Lederwaren etc.) und 25 (Bekleidungsstücke etc.) registriert lassen.

Die Kl. hat die Ansicht vertreten, es handele sich bei „TOSCA“ um eine bekannte Marke, die durch das Zeichen der Bekl. verwässert werde. Sie hat die Bekl. auf Unterlassung der Benutzung der IR-Marke „TOSCA BLU“ sowie auf Einwilligung in die Schutzzentziehung dieser Marke für Deutschland in Anspruch genommen. Die Bekl. ist der Klage entgegengetreten.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Bekl. ist ohne Erfolg geblieben (OLG Köln, Urt. vom 28.3.2003 – 6 U 113/02, GRUR-RR 2003, 243). Hiergegen wendet sich die Bekl. mit ihrer – vom Senat zugelassenen – Revision.

Aus den Gründen:

„I. Das Berufungsgericht hat es – anders als das LG – offengelassen, ob im Streitfall die Voraussetzungen für den Schutz einer bekannten Marke vorliegen; denn der Klageanspruch ergebe sich bereits aus einer Markenverletzung nach § 14 II Nr. 2 MarkenG ...“

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte sei gegeben.

Die Revision kann auch nach dem Inkrafttreten des ZPO-RG darauf gestützt werden, dass in dem angefochtenen Urteil die internationale Zuständigkeit zu Unrecht bejaht oder verneint worden sei (BGHZ 153, 82, 84 f.¹; BGH, Urt. vom 20.11.2003 – I ZR 102/02, TranspR 2004, 74, 75²; Urt. vom 13.10.2004 – I ZR 163/02, GRUR

¹ IPRspr. 2002 Nr. 157.

² IPRspr. 2003 Nr. 122b.