Verfahrensgang
OLG Stuttgart, Urt. vom 17.02.2011 – 2 U 65/10, IPRspr 2012-25a
BGH, Urt. vom 19.07.2012 – I ZR 40/11, IPRspr 2012-25b

Rechtsgebiete
Vertragliche Schuldverhältnisse → Allgemeines Vertragsrecht
Immaterialgüterrecht und Unlauterer Wettbewerb (bis 2019)

Rechtsnormen
BGB **§§ 305 ff.**; BGB **§ 307**; BGB **§§ 433 ff.**; BGB **§ 823**
EGBGB **Art. 29**; EGBGB **Art. 42**
EUGVVO 44/2001 **Art. 5**
Rom I-VO 593/2008 **Art. 3**; Rom I-VO 593/2008 **Art. 6**; Rom I-VO 593/2008 **Art. 28 f.**
Rom II-VO 864/2007 **Art. 6**

Fundstellen

LS und Gründe
A&R, 2013, 81
GRUR, 2013, 421
IPRax, 2013, 557
MMR, 2013, 501
RIW, 2013, 309
WRP, 2013, 479

nur Leitsatz
CR, 2013, 228
GesR, 2013, 575
GRURPrax, 2013, 125
K&R, 2013, 267
LMK, 2013, 343552, Anm. *Pfeiffer*
MittdtschPatAnw, 2013, 370

Aufsatz
Roth, IPRax, 2013, 515 A
Scholz, MDR, 2013, 690

Permalink
https://iprspr.mpipriv.de/2012-25b

Lizenz
Copyright (c) 2024 Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht
Dieses Werk steht unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

IV. Schuld-, Handels- und Arbeitsrecht

1. Vertrag und andere rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten

Siehe auch Nrn. 160, 180, 190, 200, 213, 220, 272, 313

25. *Bei einem von einem Verbraucher getätigten grenzüberschreitenden Arzneimittelkaufvertrag stellt die Wahl des Rechts eines anderen Staats als desjenigen, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, jedenfalls dann eine unangemessene Benachteiligung dar, wenn dem Verbraucher dabei keine aufklärenden Hinweise gegeben werden. [LS der Redaktion]*

a) OLG Stuttgart, Urt. vom 17.2.2011 – 2 U 65/10: WRP 2011, 644. Leitsatz in GesR 2011, 443.

b) BGH, Urt. vom 19.7.2012 – I ZR 40/11: RIW 2013, 309; IPRax 2013, 557, 515 Aufsatz *Roth*; MDR 2013, 690 *Scholz*; A&R 2013, 81; GRUR 2013, 421; MMR 2013, 501; WRP 2013, 479. Leitsatz in: CR 2013, 228; GesR 2013, 575; GRURPrax 2013, 125; K&R 2013, 267; LMK 2013, 343552 Anm. *Pfeiffer*; MittdtschPatAnw 2013, 370.

Die Bekl. ist eine in den Niederlanden ansässige Gesellschaft m.b.H. nach niederl. Recht. Sie ist Inhaberin einer niederl. Apothekenbetriebserlaubnis; sie betreibt an ihrem Betriebssitz eine Präsenzapotheke sowie – auf der Grundlage einer von der zust. niederl. Stelle erteilten Erlaubnis – den Versandhandel mit Arzneimitteln nach Deutschland. Die Kl. ist die Wettbewerbszentrale. Sie hat mit ihrer vor dem LG München I erhobenen Klage u.a. Verstöße gegen das dt. Wettbewerbs- und Apothekenrecht beanstandet sowie, dass die Bekl. AGB verwendet, die die vertraglichen Beziehungen der Bekl. zu ihren Abnehmern in Deutschland dem niederl. Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts (I.3.b) unterstellen. Das LG Ulm, an das der Rechtsstreit auf Antrag der Kl. verwiesen worden ist, hat insbes. dem Antrag zu I.3.b stattgegeben, teilweise jedoch die Klage abgewiesen. Hiergegen haben beide Parteien im Umfang ihres Unterliegens Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen und auf die Berufung der Kl. allen ihren Klageanträgen stattgegeben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Aus den Gründen:

a) OLG Stuttgart 17.2.2011 – 2 U 65/10:

„II. A Die zulässige Berufung [der] Kl. ist begründet.

1. Die Klage ist zulässig. Diese von Amts wegen als Prozessvoraussetzung zu prüfende Klagebefugnis (BGH, GRUR 2007, 610 [Tz. 14] – Sammelmitgliedschaft V; Senat, Urt. vom 10.12.2009 – 2 U 65/09, anhängig b. BGH [I ZR 4/10] u. 2 U 66/09[1] m.w.N.) [der] Kl. ist zu bejahen; sie steht auch nicht grundsätzlich im Streit. Einer Begründung bedarf zur Zulässigkeit nur die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte. Diese ist gegeben.

a) Nach Art. 5 Nr. 3 EuGVO kann eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat, in einem anderen Vertragsstaat vor dem Gericht des Orts verklagt werden, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist,

[1] IPRspr. 2009 Nr. 146.

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 EuGVO fallen Klagen aufgrund unerlaubter Wettbewerbshandlungen. Der Ort des schädigenden Ereignisses im Sinne des Art. 5 Nr. 3 EuGVO ist neben dem Handlungsort auch der Erfolgsort, d.h. der Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist (Urt. vom 10.12.2009 aaO juris Rz. 27).

b) Der Ort des schädigenden Ereignisses liegt vorliegend in Deutschland. Die angegriffene Werbung ist unstreitig in A-Filialen in Deutschland verbreitet worden und die Bekl. hat beabsichtigt, Kunden in Deutschland zu beliefern. Es geht im Vertriebsmodell der Bekl. darum, die auf die Medikamentenbeschaffung in deutschen Apotheken gerichtete Willensentschließung der in Deutschland ansässigen Patienten auf die Bekl. umzulenken und die Versorgung durch eine dortige Präsenzapotheke durch eine solche durch sie zu ersetzen. Das Ziel bei der Medikamentenbeschaffung durch den Verbraucher ist die Substituierung des einen Vorortlieferanten durch einen anderen Vorortlieferanten. Damit ist Marktort Deutschland (Urt. vom 10.12.2009 aaO juris Rz. 28 m.w.N.).

2. Soweit [die] Kl. Unterlassung eines Angebots pharmazeutischer Beratung über eine Telefon-Hotline begehrt, die nur gegen Gebühr in Anspruch genommen werden kann, ist dieser Unterlassungsanspruch begründet ...

a) Anwendbar ist das Wettbewerbsrecht des Marktorts, also deutsches Wettbewerbsrecht als Recht des Orts, auf dessen Markt die wettbewerblichen Interessen der Parteien aufeinandertreffen (BGHZ 167, 91[2] [Tz. 25] – Arzneimittelwerbung im Internet). Danach bestimmt sich im Ausgangspunkt ungeachtet der Frage, ob es der Bekl. im Verhältnis zum Verbraucher wirksam gelungen ist, niederländisches Recht zu vereinbaren, die Lauterkeit des streitbetroffenen Verhaltens der Bekl. nach UWG (Senat aaO juris Rz. 29; ebenso OLG München, Urteile vom 2.7.2009 – 29 U 3744/08[3] [B.II.2] und 29 U 3648/08[4]).

b) Die lauterkeitsrechtliche Bewertung wird vorliegend nicht dadurch überlagert, dass die Bekl., wie sie rechtlich bestrittenermaßen behauptet, gegenüber den Kunden durch ihre AGB niederländisches Rechts vereinbart habe. Insoweit hat der Senat bereits entschieden, dass zwingendes deutsches öffentliches Recht gemäß Art. 34 EGBGB ohnehin nicht vom Vertragsstatut erfasst wird (Senat aaO juris Rz. 31 m.w.N.; OLG München aaO 29 U 3744/08) und danach eine formularmäßige Rechtswahl aus dem Anwendungsbereich dieses Normenwerks nicht herausführt.

c) Soweit die Ansicht vertreten wird, ausländische Versandapotheken seien nicht an das deutsche Arzneimittelpreisrecht gebunden (etwa OLG Köln, APR 2009, 109 n. juris; BSG, BSGE 101, 161 = MedR 2009, 619[5], juris Rz. 23 f.), ist der Senat (aaO juris Rz. 50) dem nicht gefolgt (ebenso OLG München aaO 29 U 3744/08). Ausländische Versandapotheken unterliegen den deutschen patientenschützenden Vorschriften des öffentlichen Rechts (etwa Kennzeichnungs- oder Aufklärungspflichten, Beratungspflichten und Zulassungsvoraussetzungen; vgl. näher Senat aaO juris Rz. 50). Letzten Endes geht es nicht darum, deutsches Recht in die Niederlande zu exportieren, vielmehr geht es darum, das deutsche Marktortrecht auch gegenüber hier

---

[2] IPRspr. 2006 Nr. 112.
[3] IPRspr. 2009 Nr. 138.
[4] IPRspr. 2009 Nr. 125b.
[5] IPRspr. 2008 Nr. 9 (LS).

operierenden niederländischen Unternehmen durchzusetzen. Würde ausländischen Anbietern, deren Marktort die Bundesrepublik Deutschland ist, nur aufgrund ihrer Ansässigkeit im Ausland eine Freistellung von den Regeln des Marktortrechts gewährt, käme es nicht nur zu einer Inländerbenachteiligung, sondern zur Gefährdung des übergeordneten Schutzziels der Versorgungssicherheit auf dem Feld eines überragenden Schutzguts, nämlich dem der Gesundheit. Wie dem Senat aus dem Verfahren 2 U 66/09 (aaO) bekannt ist, belegen die Wachstumsraten der Bekl. dieses Gefährdungspotenzial, dem angesichts des überragenden Schutzguts Gesundheit schon in den Anfängen gewehrt werden darf. Es muss angesichts einer greifbaren Gefährdungsmöglichkeit nicht im Wege eines Feldversuchs erprobt werden, wann das Risiko sich genau verwirklicht. Daher kommt es auf die Frage der Unbeachtlichkeit einer Inländerdiskriminierung nicht an, sondern darauf, ob Ausländer auf dem deutschen Markt die gleichen Pflichten treffen (vgl. zum Arzneimittelpreisrecht BGH, Vorlagebeschluss vom 9.9.2010 – I ZR 72/08[6], GRUR 2010, 1130 ff. – Sparen Sie beim Medikamentenkauf!).

d) Die Erstreckung des Apothekenrechts auf in den Mitgliedstaaten ansässige Versandapotheken, soweit sie sich an Endverbraucher im Inland wenden, steht im Einklang mit dem primären wie mit dem sekundären Gemeinschaftsrecht. Denn eine solche Maßnahme wäre nach Art. 30 EG zum Schutz der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt (Senat aaO juris Rz. 50 ff.; OLG München aaO). Der jeweilige Inlandsgesetzgeber kann danach nach der Verfasstheit der Infrastruktur und dem von ihm angestrebten Schutzniveau im Interesse der Gesundheit der Bevölkerung im Rahmen seines Beurteilungsspielraums (Einschätzprärogative) Einzelregelungen treffen (eingehend schon OLG Hamburg – 3 U 22/06[7] [juris Tz. 83 bis 94]; OLG München aaO). Die vollständige Harmonisierung im Bereich der Arzneimittelwerbung (vgl. BGH, GRUR 2009, 179 [Tz. 12] – Konsumentenbefragung II; GRUR 2009, 1082 [Tz. 23] – DeguSmiles & more; EuGH, Urt. vom 8.11.2007 – Gintec: Gintec International Import-Export GmbH ./. Verband Sozialer Wettbewerb e.V., Rs C-371/05, Slg. 2007 I-09517, GRUR 2008, 267, 269 [Tz. 39]) steht diesem Verständnis nicht entgegen. Dies erfasst auch das Arzneimittelpreisrecht, soweit es vorliegend in Rede steht.

B Die Berufung der Bekl. ist zulässig, aber unbegründet ...

2. Zutreffend hat das LG auch die in ihrem Charakter als AGB-Klausel und in ihrem Wortlaut unstreitige Vertragsbestimmung zum anwendbaren Recht/Gerichtsstand als unwirksam verworfen. Insoweit kann der Senat dahinstehen lassen, ob der erhobene Anspruch aus §§ 1, 3 I Nr. 2 UKlaG [von der] Kl. darauf gestützt werden kann, die Klausel sei – was das LG richtig erkannt hat – überraschend (vgl. BGH, Urt. vom 30.9.2009 – IV ZR 47/09 [Tz. 13]). Denn die Klausel weicht von einem Grundgedanken des Gesetzesrechts ab und benachteiligt den Verbraucher unangemessen. Dies hat schon das LG als obiter dictum skizziert.

a) Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit dieser AGB-Klausel ist das deutsche Recht.

(1) Soweit ausländisches Recht Vertragsstatut ist, beurteilt sich im Ausgangspunkt die Frage der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle grundsätzlich nach diesem (Senat, Urt. vom 10.12.2009 aaO juris Rz. 32, auch wie nachfolgend, u.H. auf *Wolf-Lindacher-Pfeiffer-Hau*, AGB-Recht, 5. Aufl. [2009], IntGV, 59; *Ulmer-Brandner-*

---

[6] IPRspr. 2010 Nr. 172.

[7] IPRspr. 2009 Nr. 131.

Hensen-Schmidt, AGB-Recht, 10. Aufl. [2006], Anh. § 310 BGB, 650). Doch bleibt die Möglichkeit einer Sonderanknüpfung zu beachten (*Wolf-Lindacher-Pfeiffer-Hau* aaO). Insoweit galt: In den wichtigen Fällen sog. Verbraucherverträge im Sinne von Art. 29 EGBGB sind die §§ 305 ff. BGB auch bei wirksamer Vereinbarung ausländischen Rechts anzuwenden (*Ulmer-Brandner-Hensen-Schmidt* aaO). Unter in dieser Vorschrift näher bestimmten Voraussetzungen ist trotz der Rechtswahl das am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verbrauchers geltende zwingende verbraucherschützende Recht anzuwenden. Auf ausländischem Recht unterliegende Verträge mit deutschen Kunden, die unter diese Vorschrift fallen, finden daher die §§ 305 ff. BGB Anwendung (*Ulmer-Brandner-Hensen-Schmidt* aaO 655 m.w.N.).

(2) Unstreitig tritt die Bekl. dem Verbraucher nicht als niederländische Apotheke in Erscheinung, jedenfalls nicht in den hier in Rede stehenden Ausprägungen ihres vertrieblichen Auftretens über Filialen der deutschen Drogeriemarktkette A. Deshalb hat der Senat in der Sache in eine Rechtsprüfung einzutreten, welche ganz maßgeblich von deutschen Vorschriften und deutschem Recht geprägt ist, wozu auch die Beachtung europarechtlicher Richtlinien zählt.

(3) Wie bereits oben zur internationalen Zuständigkeit ausgeführt, ist das Vertriebskonzept der Bekl. darauf ausgelegt, die Vorortbeschaffung rezeptpflichtiger Medikamente durch eine – was die Vorortbelieferung des Patienten anbelangt – gleichwertige Versorgung durch die Bekl. zu ersetzen, ihn über ihm vertraute deutsche Handelsorte auf einen anderen Belieferer umzulenken, der sich ihm nach Art der Kontaktaufnahme und Vertragsabwicklung als voll- und gleichwertigen Ersatz ‚seiner' Apotheke präsentiert. Dieses Gleichwertigkeitsversprechen ist wesentlicher Bestandteil des Vertriebsmodells der Bekl., mit welchem es ihr auch gelingt, das von Vertrauen in die Kompetenz der Apotheke getragene besondere Verhältnis zum bisherigen Medikamentenlieferanten aufzulösen. Wird dann, nach der Argumentationsstruktur der Bekl. ganz wesentlich, um sich aus Schutzregeln für das deutsche Apothekenwesen und/oder den deutschen Patienten zu lösen, dieser Beschaffungsakt unter die Geltung ausländischen Rechts gestellt, so verfolgt die Bekl. mit einer solchen formularmäßigen Vorgabe nicht nur ausschließlich eigene Interessen, sondern täuscht im Sinne einer Überrumpelung den Verbraucher nach dem auf Gleichwertigkeit gerichteten Geschäftsmodell über ein wesentliches Vertragselement.

b) Danach wäre die angebliche Rechtswahlvorgabe in ihren AGB jedenfalls schon unwirksam. Denn mit der Vereinbarung niederländischen Rechts wird der Verbraucher entweder anderen vertraglichen oder haftungsrechtlichen Vorschriften unterstellt, jedenfalls aber, selbst bei einer Gleichwertigkeit oder einer durch europarechtliche Vorschriften vorgegebenen Gleichartigkeit, im Konfliktfall gezwungen, zur Wahrnehmung seiner Rechte einen Rechtsanwalt zu suchen und zu finden, der das maßgebliche Recht und Gesetz im niederländischen Rechtskreis beherrscht, was für den Verbraucher mit erheblichen Schwierigkeiten und Belastungen verbunden ist. Ob ihm dabei konkrete Nachteile drohen, ist in diesem Zusammenhang unbeachtlich. Denn die Wirksamkeitsbewertung der Rechtswahl richtet sich aus an dem zwischen Verkäufer und Verbraucher abweichend vereinbarten Recht. Ist diese Vereinbarung unwirksam, so fällt jedenfalls als Reflex hiervon die erstrebte Ausschließung der deutschen Vorschriften, auf deren Wertigkeit für die Vertragsschließenden es bei der Gültigkeitsprüfung der Rechtswahl nicht ankommt.

Nach Art. 6 I der Rom-I-VO, welche seit dem 17.12.2009 gilt (Art. 29 Rom-I-VO; vgl. *Palandt-Thorn*, BGB, 69. Aufl. [2010], Rom I Vorb. I 1; allg. zum Übergangsrecht bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen BGH, Urt. vom 28.5.2009 – I ZR 124/06 [Tz. 15] – LIKEaBIKE) unterliegen Verbraucherverträge, wenn der Unternehmer seine gewerbliche Tätigkeit auf einen Staat, in welchem der Verbraucher seinen persönlichen Aufenthaltsort hat, ausrichtet, dem Recht des Aufenthaltsorts des Verbrauchers (Art. 6 I lit. b Rom-I-VO). Zwar können auch diese Vertragsbeteiligten eine Rechtswahl treffen. Die Rechtswahl darf jedoch nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch diejenigen Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach Abs. 1 mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf (Art. 6 II 2 Rom-I-VO). Insoweit kommen die zwingenden Vorschriften der §§ 305 f. BGB zur Anwendung (*Palandt-Thorn* aaO Art. 6 Rom I, 8).

c) Die Klausel benachteiligt den Verbraucher aber auch in anderer Weise unangemessen und ist daher nicht zu verwenden ...

(3) Auch die Rechtswahl hin zum niederländischen Recht benachteiligt den deutschen Verbraucher unangemessen. Die unangemessene Benachteiligung ergibt sich hier gleichfalls aus den soeben zum Gerichtsstand dargelegten Umständen."

b) BGH 19.7.2012 – I ZR 40/11:

„II. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision nur insoweit nicht stand, als diese sich gegen die Bestimmtheit des Klageantrags zu I.4 richten.

1. Das Berufungsgericht hat mit Recht und von der Revision auch unangegriffen angenommen, dass die deutschen Gerichte für die Entscheidung des Streitfalls nach Art. 5 Nr. 3 EuGVO international zuständig sind. Keinen Fehler lässt auch seine Beurteilung erkennen, das beanstandete Verhalten der Bekl. sei lauterkeitsrechtlich nach dem deutschen Wettbewerbsrecht als dem Recht des Orts zu beurteilen, auf dessen Markt die wettbewerblichen Interessen der Parteien aufeinanderträfen (vgl. BGH, Urt. vom 30.3.2006 – I ZR 24/03[1], BGHZ 167, 91 Rz. 25 – Arzneimittelwerbung im Internet m.w.N.). Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob es der Bekl. mit der in ihren AGB enthaltenen Rechtswahlklausel im Verhältnis zu ihren Kunden gelungen ist, die Geltung des niederländischen Rechts zu vereinbaren; denn eine – mittlerweile durch Art. 6 IV Rom-II-VO überhaupt ausgeschlossene – Rechtswahl des Deliktsstatuts hätte nach Art. 42 Satz 1 EGBGB nur nachträglich erfolgen können und zudem nach Art. 42 Satz 2 die Rechte Dritter unberührt gelassen ...

4. Klageantrag zu I. 3. b

Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch dagegen, dass das Berufungsgericht die von der Bekl. in ihren AGB verwendete Rechtswahlklausel als eine unangemessene Benachteiligung der Kunden und damit zugleich als ein unzulässiges Verhalten im Wettbewerb angesehen hat ...

b) Die beanstandete Rechtswahlklausel der Bekl. benachteiligt die Kunden sowohl nach der Rechtslage, die bis zum Inkrafttreten der Rom-I-VO am 17.12.2009 gegolten hat (vgl. Art. 28 f. Rom-I-VO), als auch nach der Rechtslage, die für ab diesem Zeitpunkt geschlossene Schuldverträge gilt, entgegen den Geboten von Treu

[1] IPRspr. 2006 Nr. 112.

und Glauben unangemessen, weil sich aus ihr nicht klar und verständlich ergibt, welche Rechtsvorschriften für im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung zwischen der Bekl. und ihren Kunden entstandene Streitigkeiten gelten sollen.

aa) Gemäß Art. 29 I EGBGB durfte eine Rechtswahl der Parteien bei bis zum 16.12.2009 geschlossenen Verbraucherverträgen dem Verbraucher v.a. dann nicht den Schutz entziehen, den ihm die zwingenden Vorschriften des Rechts des Staats gewährten, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, wenn dem Vertragsabschluss ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung in diesem Staat vorausgegangen war und der Verbraucher die zum Abschluss des Vertrags erforderlichen Rechtshandlungen dort vorgenommen (Nr. 1) oder der Vertragspartner die Bestellung des Verbrauchers dort entgegengenommen hatte (Nr. 2). Gemäß Art. 6 II 1 Rom-I-VO können die Parteien auch bei seither abgeschlossenen Verbraucherverträgen das anzuwendende Recht grundsätzlich gemäß Art. 3 Rom-I-VO frei wählen. Nach Art. 6 II 2 Rom-I-VO darf eine solche Rechtswahl dem Verbraucher allerdings nicht den Schutz der Bestimmungen entziehen, von denen nach dem ohne die Rechtswahl anzuwendenden Recht nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Dementsprechend sind die §§ 305 ff. BGB auf Verbraucherverträge, die Verbraucher mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland geschlossen haben, sowohl nach dem früheren Recht als auch nach dem geltenden Recht anzuwenden (vgl. *Ulmer-Brandner-Hensen-Schmidt* aaO Teil 3 [7] Rechtswahlklauseln Rz. 8, 12).

bb) Der Gesetzgeber geht danach davon aus, dass es dem Verbraucher grundsätzlich zuzumuten ist, sich bei einem Verbrauchervertrag auf die Wahl des Rechts eines anderen Staats als dem einzulassen, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass das Nebeneinander von zwingendem Verbraucherschutzrecht dieses Staats und dem ansonsten geltenden gewählten Recht (noch) nicht zur Folge hat, dass die Rechtslage aufgrund der getroffenen Rechtswahl so wenig klar und verständlich ist, dass sich daraus für den Verbraucher eine gemäß § 307 I 2 BGB unangemessene Benachteiligung ergibt.

cc) Bei grenzüberschreitenden Arzneimittelkaufverträgen, wie sie im Streitfall in Rede stehen, kommen allerdings Besonderheiten hinzu, die jedenfalls zusammengenommen die Abwahl des im Hinblick auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verbrauchers an sich anzuwendenden deutschen Rechts zugunsten des niederländischen Rechts als des Heimatrechts der Bekl. jedenfalls dann als unangemessene Benachteiligung erscheinen lassen, wenn dem Verbraucher dabei keine aufklärenden Hinweise gegeben werden.

(1) Zu berücksichtigen ist v.a., dass beim Arzneimittelkauf die dafür geltenden bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen der §§ 433 ff. BGB insbes. im Bereich der Nebenpflichten durch die nicht zur Disposition der Parteien stehenden, sondern zwingenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Apothekenrechts ergänzt und modifiziert werden. So begründet etwa die oben unter Rz. 18 behandelte Bestimmung des § 20 der Apothekenbetriebsordnung keine mit ihrer Einführung im Jahr 1987 neu geschaffene originäre Informations- und Beratungspflicht des Apothekers, sondern spezifiziert lediglich andere, im Kaufrecht statuierte und entwickelte schuldrechtliche (Neben)Pflichten (vgl. *Cyran-Rotta*, Apothekenbetriebsordnung, 8. Lfg., § 20 Rz. 6; *Mand/Könen*, WRP 2006, 841, 847). Dementsprechend haftet der Apotheker bei Verletzung einer nach dieser Bestimmung bestehenden Pflicht nicht nur

gemäß § 823 II BGB wegen Verletzung eines Schutzgesetzes, sondern auch wegen Vertragsverletzung (bei Kassenpatienten analog § 328 BGB) auf Schadensersatz (vgl. *Cyran-Rotta* aaO Rz. 30 ff.). Vor diesem Hintergrund stellt sich die streitgegenständliche Rechtswahlklausel, die nicht nur keine Differenzierung vorsieht, sondern mit der Formulierung ‚... alle ... Ansprüche' im Gegenteil den Eindruck zu erwecken versucht, deutsches Recht sei in keiner Hinsicht anwendbar, als nicht klar und verständlich im Sinne des § 307 I 2 BGB dar.

(2) Dem oben Ausgeführten kommt dann besondere Bedeutung zu, wenn ein Fehlverhalten des Apothekers bei seinem Kunden zu einem Gesundheitsschaden geführt hat. In solchen Fällen wird der Apotheker regelmäßig nicht nur gegen eine vertragliche, sondern auch gegen eine den Schutz des Kunden bezweckende, nach dem Apothekenrecht bestehende zwingende öffentlich-rechtliche Pflicht verstoßen haben. Fraglich und zweifelhaft ist zudem, ob die Verweisung auf das niederländische Recht in entsprechenden Fällen immerhin für die Rechtsfolgenseite gilt. Auch in dieser Hinsicht fehlt es an einer zur Vermeidung einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden im Sinne des § 307 I 2 BGB erforderlichen Klarstellung in der Rechtswahlklausel.

(3) Das Berufungsgericht hat ferner mit Recht berücksichtigt, dass die streitgegenständliche Rechtswahlklausel – was auch im Klageantrag berücksichtigt wurde – in den AGB der Bekl. unter der Überschrift ‚Anwendbares Recht/Gerichtsstand' enthalten ist. Dieser Umstand ist geeignet, Verbraucher glauben zu machen, sie könnten ihnen zustehende Ansprüche gegen die Bekl. allein auf der Grundlage des niederländischen Rechts und auch nur vor einem dortigen Gericht geltend machen. Er ist daher ... geeignet, den Verbraucher, der sich auf die streitgegenständliche Rechtswahlklausel einlässt, dadurch im Sinne von § 307 I 1 und 2 BGB unangemessen zu benachteiligen, dass ihm ein falsches Bild von den ihm nach den AGB der Bekl. zustehenden Rechtsschutzmöglichkeiten vermittelt wird."

26. *Die Vergütung im Ausland niedergelassener Rechtsanwälte bestimmt sich vorbehaltlich einer anderslautenden Rechtswahl gemäß Art. 4 I lit. b Rom-I-VO nach dem Recht am Ort ihrer Niederlassung. [LS der Redaktion]*

OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. vom 9.1.2012 – OVG 2 M 30.11: NJW 2012, 1749.

27. *Das Betreiben eines Bildverkaufs im Rahmen einer Versteigerung ist im weitesten Sinne als Dienstleistung zu qualifizieren, sodass auf einen darauf gerichteten Vertrag Art. 29 EGBGB Anwendung findet. Die Anwendung der Kollisionsnorm für Verbraucherverträge ist in diesem Fall nicht durch Art. 29 IV Nr. 2 EGBGB ausgeschlossen, wenn zu den Pflichten der charakteristisch leistenden Partei auch der schadensfreie Transport des Bildes gehört. [LS der Redaktion]*

LG Potsdam, Urt. vom 19.1.2012 – 2 O 378/10: NJW-RR 2012, 956. Leitsatz in NJW 2012, 2821.

Die Kl. und die Bekl., eine niederländische Versteigerungsgesellschaft, schlossen einen Einlieferungsvertrag zum Verkauf eines Bildes der Kl. in einer öffentlichen Versteigerung durch die Bekl. als deren