



**BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**VERSÄUMNISURTEIL**

Aktenzeichen: I ZR 101/02

Entscheidung vom 24. Februar 2005

In dem Rechtsstreit

...  
gegen  
...

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Februar 2005 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. ... und die Richter Dr. v. ..., ..., Dr. ... und Dr. ... für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 22. März 2002 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

**Tatbestand**

Die Klägerin vertreibt ein Präparat, das sie nach ihrem Geschäftsführer als "Dr. R. Vitamin-Zell-Komplex" bezeichnet. Das Präparat wird in Kunststoffbehältnissen mit jeweils 90 Tabletten vertrieben. Nach den Etikettangaben ist der "Vitamin-Zell-Komplex" "ein auf wissenschaftlicher Grundlage entwickeltes Programm aus Vitaminen und anderen Nahrungsergänzungstoffen, die zur optimalen Funktion von Millionen Zellen des Herz-Kreislaufsystems und des Körpers beitragen".

Die Klägerin wirft der Beklagten zu 1,

die wie die Klägerin ihren Sitz in den Niederlanden hat, und dem Beklagten zu 2, der dort seinen Wohnsitz hat, vor, im Inland wettbewerbswidrig eine Nachahmung ihres Präparats unter der Bezeichnung "T. -Vitamine-Programm" vertrieben zu haben.

Die Klägerin hat (nach teilweiser Rücknahme ihrer Klage) beantragt, den Beklagten zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken im Inland Vitamin-Produkte unter der im Antrag wiedergegebenen Kennzeichnung zu vertreiben oder sonstwie in Verkehr zu bringen oder

zu bewerben, und ihnen zu untersagen, zu Wettbewerbszwecken ein Vitamin- bzw. Nahrungsergänzungsprodukt mit der im Antrag näher beschriebenen Zusammensetzung herzustellen, zu bewerben, in den Verkehr zu bringen, sonstwie zu vertreiben oder solche Handlungen durch Dritte vornehmen zu lassen.

Weiter hat die Klägerin beantragt, die Beklagten zur Auskunftserteilung zu verurteilen und ihre Schadensersatzpflicht festzustellen.

Die Beklagten haben vorgebracht, die Klägerin könne für ihr Präparat schon deshalb keinen wettbewerbsrechtlichen Schutz gegen Nachahmung in Anspruch nehmen, weil dieses mangels einer Zulassung als Arzneimittel im Inland nicht vertrieben werden dürfe. Sie haben zudem den Vorwurf wettbewerbswidrigen Handelns zurückgewiesen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Klage als unzulässig abgewiesen.

Mit ihrer (vom Berufungsgericht zugelassenen) Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

### **Entscheidungsgründe**

I. Über den Revisionsantrag ist, da die Revisionsbeklagten trotz ordnungsgemäßer Ladung im Revisionsverhandlungstermin nicht vertreten waren, auf Antrag der Revisionsklägerin durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

II. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die deutschen Gerichte zuständig sind, den Rechtsstreit der in den Niederlanden ansässigen Parteien zu entscheiden. Die Klage sei schon deshalb unzulässig, weil der Klägerin das Rechtsschutzbedürfnis für ihre Klage fehle. Niemand dürfe Gerichte als Teil der Staatsgewalt unnütz oder gar unlauter bemühen oder ein gesetzlich vorgesehenes Verfahren zur Verfolgung zweckwidriger und insoweit nicht schutzwürdiger Ziele ausnutzen. Dies gelte auch für das vorliegende Verfahren wegen eines Verstoßes gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Die Klägerin handele bei dem Vertrieb ihres Präparats selbst wettbewerbswidrig im Sinne des § 1 UWG (a.F.), da dieses nicht wie erforderlich als Arzneimittel zugelassen sei. Das Präparat "Dr. R. Vitamin-Zell-Komplex" sei nach seiner Erscheinungsform kein Nahrungsmittel oder Nahrungsergänzungsmittel, sondern ein Arzneimittel. Für diese Qualifizierung komme es nicht darauf an, ob das Mittel pharmakologische Wirkungen habe.

III. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht die Zulässigkeit der Klage verneint.

1. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte, die auch unter der Geltung des § 545 Abs. 2 ZPO in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen ist (vgl. BGHZ 153, 82, 84 f.; BGH, Urt. v. 13.10.2004 - I ZR 163/02, Umdruck S. 5 - HOTEL MARITIME), folgt aus Art. 3 Abs 1 i.V. mit Art. 5 Nr. 3 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 (BGBl. 1972 II S. 774, im folgenden: EuGVÜ). Das EuGVÜ ist im Streitfall anwendbar, weil die Klage am 25. Januar 1999 eingereicht worden ist. Nach Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ kann eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates hat, in einem anderen Vertragsstaat vor dem Gericht des Ortes 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. Dazu gehören auch Klagen aufgrund unerlaubter Wettbewerbshandlungen (BGH, Urt. v. 13.10.2004 - I ZR 163/02, Umdruck S. 6 - HOTEL MARITIME, m.w.N.). Der Ort des schädigenden Ereignisses im Sinne des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ liegt im vorliegenden Fall in Deutschland, weil nach der Behauptung der Klägerin hier die Verletzung

des geschützten Rechtsguts eingetreten ist. Darauf, ob die Beklagten tatsächlich wettbewerbswidrig gehandelt haben, kommt es für die Zuständigkeit nicht an. Es genügt, daß dies behauptet wird und nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 13.10.2004 - I ZR 163/02, Umdruck S. 7 - HOTEL MARITIME, m.w.N.).

2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat die Klägerin für ihre Klage ein Rechtsschutzbedürfnis.

a) Das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses soll verhindern, daß Klagebegehren in das Stadium der Begründetheitsprüfung gelangen, die ersichtlich des Rechtsschutzes durch eine solche Prüfung nicht bedürfen. Bei Leistungsklagen ergibt sich ein Rechtsschutzbedürfnis jedoch regelmäßig schon aus der Nichterfüllung des behaupteten materiellen Anspruchs, dessen Vorliegen für die Prüfung des Interesses an seiner gerichtlichen Durchsetzung zu unterstellen ist (vgl. BGH, Urt. v. 9.4.1987 - I ZR 44/85, GRUR 1987, 568, 569 = WRP 1987, 627 - Gegenangriff; Urt. v. 4.3.1993 - I ZR 65/91, GRUR 1993, 576, 577 - Datatel). Nur ausnahmsweise können besondere Umstände das Verlangen des Klägers, in die materiell-rechtliche Prüfung seines Anspruchs einzutreten, als nicht schutzwürdig erscheinen lassen (vgl. BGH, Urt. v. 28.3.1996 - IX ZR 77/95, NJW 1996, 2035, 2037; BGH GRUR 1993, 576, 577 - Datatel). Solche Umstände sind hier jedoch nicht gegeben.

b) Das Berufungsgericht hat erst nach näherer Prüfung der materiellrechtlichen Frage, ob die Klägerin bei dem Vertrieb des Erzeugnisses "Dr. R. Vitamin-Zell-Komplex" selbst wettbewerbswidrig handelt, das Rechtsschutzbedürfnis für ihre Klage verneint. Kommt es aber auf die richtige Beantwortung solcher materiell-rechtlicher Vorfragen entscheidend an, muß schon deshalb ein Interesse an ihrer ordnungsgemäßen Prüfung und Klärung in einem Klageverfahren als gegeben angesehen werden (vgl. dazu auch BGH GRUR 1993, 576, 577 - Datatel). Der Klage kann auch nicht deshalb das Rechtsschutzbedürfnis abgesprochen werden, weil die Klägerin Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz unter dem Gesichtspunkt der Herkunftstäuschung und unlauteren Rufausbeutung für ein Erzeugnis geltend macht, dessen Vertrieb wegen fehlender Zulassung als Arzneimittel (§ 21 AMG) möglicherweise selbst wettbewerbswidrig ist (s. auch nachstehend unter IV. 2.).

IV. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Für das erneute Berufungsverfahren wird auf folgendes hingewiesen:

1. Die in die Zukunft gerichteten Unterlassungsansprüche der Klägerin, die auf Wiederholungsgefahr gestützt sind, bestehen nur, wenn das beanstandete Wettbewerbsverhalten der Beklagten zur Zeit seiner Begehung die Unterlassungsansprüche begründet hat und diese Ansprüche auch auf der Grundlage der Rechtslage nach dem Inkrafttreten des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (BGBl. I S. 1414 ff.) noch gegeben sind. Die Frage, ob der Klägerin Schadensersatzansprüche und - als Hilfsansprüche zur Durchsetzung der Schadensersatzansprüche - Auskunftsansprüche zustehen, richtet sich jeweils nach dem zur Zeit der beanstandeten Handlung geltenden Recht (vgl. BGH, Urt. v. 28.10.2004 - I ZR 326/01, GRUR 2005, 166, 167 = WRP 2005, 88 - Puppenausstattungen).

2. Der Klägerin können die geltend gemachten wettbewerbsrechtlichen Ansprüche auch dann zustehen, wenn der Vertrieb ihres eigenen Präparats "Dr. R. Vitamin-Zell-Komplex" mangels einer Zulassung als Arzneimittel verboten ist.

a) Für die Eigenschaft als Mitbewerber (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) kommt es allein auf das tatsächliche Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses an (vgl. BGH, Urt. v. 23.1.1976 - I ZR 95/75, GRUR 1976, 370, 371 = WRP 1976, 235 - Lohnsteuerhilfvereine I; Baumbach/Hefermehl/Köhler, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl., § 8 Rdn. 3.27). Es ist dafür unerheblich, ob die eigene Tätigkeit des Anspruchstellers, die das Wettbewerbsverhältnis begründet, gesetzwidrig oder wettbewerbswidrig ist (vgl. RGZ 117, 318, 321 - Kruschensalz; OLG Hamburg WRP 1957, 80; Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, 3. Aufl. Rdn. 364; Ahrens/Jestaedt, Der Wettbewerbsprozeß, 5. Aufl., Kap. 18 Rdn. 16).

b) Ein Mitbewerber, der sich so im geschäftlichen Verkehr verhält, verliert grundsätzlich nicht den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb. Das Recht des unlauteren Wettbewerbs dient auch dem Schutz von Interessen der Allgemeinheit (§ 1 UWG). Es wäre schon deshalb zweckwidrig, Verfahren über Ansprüche wegen unlauterer Wettbewerbshandlungen mit der Prüfung zu belasten, ob der Kläger bei seiner eigenen Wettbewerbstätigkeit gesetzwidrig oder wettbewerbsrechtlich unlauter handelt. Anderes gilt allerdings, wenn aus der Art des Gesetzesverstößes oder der wettbewerbsrechtlichen Unlauterkeit folgt, daß auch die Geltendmachung der auf die Stellung als Wettbewerber gestützten Ansprüche sittenwidrig oder rechtsmißbräuchlich ist (vgl. Melullis aaO Rdn. 364). Das kann in einem Fall der vorliegenden Art jedoch nicht angenommen werden. Auch dann, wenn der Vertrieb eines Präparats mangels einer Zulassung als Arzneimittel im Inland verboten sein sollte, kann dessen Hersteller ein schutzwürdiges Interesse daran haben, gegen unläutere Wettbewerbshandlungen beim Vertrieb von Nachahmungen mit wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen vorgehen zu können. Dies gilt schon deshalb, weil nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, daß das Präparat des Anspruchstellers als Arzneimittel zugelassen oder so verändert wird, daß der Vertrieb auch ohne die Zulassung als Arzneimittel rechtmäßig ist.

Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz wegen Herkunftstäuschung und unlauterer Rufausbeutung, wie sie in einem Fall dieser Art in Betracht kommen, sind nicht schon dann ausgeschlossen, wenn der Vertrieb des nachgeahmten Produkts gegen ein gesetzliches Verbot verstößt oder selbst wettbewerbswidrig ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß derartige Ansprüche vorrangig dem Schutz individueller Leistungen dienen sollen und dementsprechend grundsätzlich nur von denjenigen geltend gemacht werden können, die diese Leistungen erbracht haben, d.h. dem Hersteller eines wettbewerbsmäßig eigenartigen Erzeugnisses und ausnahmsweise auch einem Händler (vgl. - zu § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG a.F. - BGH, Urt. v. 24.3.1994 - I ZR 42/93, GRUR 1994, 630, 634 = WRP 1994, 519 - Cartier- Armbreif, m.w.N, insoweit nicht in BGHZ 125, 322; Urt. v. 15.7.2004 - I ZR 142/01, GRUR 2004, 941, 943 = WRP 2004, 1498 - Metallbett; vgl. weiter - zum UWG n.F. - Fezer/Büscher, UWG, § 8 Rdn. 190; Harte/Henning/Sambuc, UWG, § 4 Nr. 9 Rdn. 200 ff.; a.A. Gloy/Loschelder/Eck, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Aufl., § 43 Rdn. 173 f.).

Nach § 4 Nr. 9 Buchst. a und b UWG ist es unlauter, Waren anzubieten, die eine Nachahmung der Waren eines Mitbewerbers sind, wenn dieses Verhalten geeignet ist, eine vermeidbare Herkunftstäuschung der Abnehmer oder eine unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung der nachgeahmten Ware herbeizuführen. In einem solchen Verhalten liegt nicht nur eine Ausbeutung eines fremden Leistungsergebnisses mit wettbewerbsmäßiger Eigenart auf dem Markt, sondern zugleich eine unlautere Einwirkung auf die angesprochenen Verkehrskreise. Die Unlauterkeit dieses Verhaltens ist unabhängig davon, ob der Vertrieb des nachgeahmten Erzeugnisses durch den betroffenen Mitbewerber unter bestimmten Umständen gegen gesetzliche Bestimmungen verstößt. Der Mitbewerber muß deshalb ein solches Verhalten auch im Interesse der mitbetroffenen Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb nicht hinnehmen (§ 1 UWG; vgl. dazu auch RG GRUR 1944, 88 f. - Gelonida; Harte/Henning/Bergmann aaO § 8 Rdn. 260; Baumbach/Hefermehl/Köhler aaO § 4 Rdn. 9.85 f. m.w.N.).

3. Bei der Beurteilung der Frage, ob der Klägerin ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht (§ 1 UWG a.F.), wird gegebenenfalls zu berücksichtigen sein, daß ein tatsächlich zu erwartender Gewinn dann nicht ersatzfähig ist, wenn er nur durch Verletzung eines gesetzlichen Verbots oder mit rechtswidrigen Mitteln hätte erzielt werden können (vgl. BGH, Urt. v. 21.2.1964 - Ib ZR 108/62, NJW 1964, 1181, 1183; Urt. v. 28.1.1986 - VI ZR 151/84, NJW 1986, 1486, 1487; Urt. v. 20.12.1990 - III ZR 150/89, BGHR BGB § 252 Satz 2 - Verdienstentgang 1).

V. Auf die Revision der Klägerin war danach das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

(Unterschriften)