

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

2509 094

Gesetz: VO betr. den Verkehr mit Arzneimitteln (AMVO)
vom 22. Oktober 1901 (RGBl S 380); § 1 UnlWG;
§ 823 Abs 2 BGB; § 367 Abs 1 Ziff 3 StGB.

- Rechtssatz: 1.) Nur die in dem Verzeichnis B des § 2 AMVO
aufgeführten Mittel unterliegen dem unbeding-
ten Apothekenzwang, nicht auch Zubereitungen
aus derartigen Mitteln. Daher fallen Spalt-
tabletten nicht unter das Verbot des § 2
AMVO.
- 2.) Bei der Entscheidung der Frage, ob Zuberei-
tungen im Sinne des § 1 Abs 1 AMVO als Heil-
mittel feilgehalten oder verkauft worden sind,
ist in erster Linie maßgebend, wie der allge-
meine Verwendungszweck des betreffenden Mit-
tels beim Verkauf oder Feilhalten objektiv
in Erscheinung tritt. Der Wille des Feilhalten-
den oder Verkäufers ist nur einer der Umstände,
die im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksich-
tigen sind.
- 3.) Ein Drogist, der Spalttabletten oder als Kopf-
wehtabletten schlechthin bezeichnete Tabletten
verkauft oder feilhält, handelt dem Verbot
des § 1 Abs 1 AMVO zuwider. Sein Handeln ist
wettbewerbswidrig und stellt einen Verstoß
gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823
Abs 2 BGB dar.

Aktenzeichen: I ZR 53/55

Urt. des BGH v. 29. Januar 1957

OLG Schleswig-Holstein
LG Kiel

By 23, 24

I ZR 53/55

Verkündet
am 29. Januar 1957
Grunau, Justizobersekr..
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der I [REDACTED] z. A. [REDACTED] d. u. [REDACTED]
Ar. [REDACTED] e.V. in K [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Drogisten Georg M [REDACTED], Inhaber der Z [REDACTED]-Drogerie
N [REDACTED], N [REDACTED], G [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 15. Januar 1957
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. h.c. Wilde,
Dr. Birnbach, Dr. Nastelski, Dr. Christoph und Dr. Spreng

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurück-
weisung der Revision im übrigen das Urteil des 6.
Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandes-
gerichts in Schleswig vom 11. Februar 1955 aufge-
hoben. Das Urteil der Kammer für Handelssachen des
Landgerichts in Kiel vom 19. Februar 1954 wird abge-

- 1 a -

ändert und wie folgt neu gefaßt:

1.) Dem Beklagten wird bei Meidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe bis zum Betrage von DM 500,-- verboten, Spalttabletten und als Kopfschmerztabletten schlechthin bezeichnete Tabletten an Verbraucher, insbesondere im Einzelhandel im Geschäftslokal zu verkaufen oder anderweit körperlich in einer den Handel ersetzenden Weise abzugeben.

2.) Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die Kosten der Revision fallen der Klägerin zu $\frac{4}{10}$, dem Beklagten zu $\frac{9}{10}$ zur Last.

Von den Kosten der beiden ersten Rechtszüge trägt die Klägerin $\frac{5}{6}$, der Beklagte $\frac{1}{6}$.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Beklagte verkaufte am 2. Oktober 1953 in seiner Drogerie 20 Kopfschmerztabletten und zu einem anderen nicht feststehenden Zeitpunkt an die gleiche Käuferin Spalttabletten.

Die Klägerin (Interessengemeinschaft zur Abwehr des ungesetzlichen Arzneimittelhandels e.V.) ist der Auffassung, der Beklagte habe mit diesen Verkäufen gegen die Verordnung betreffend den Verkehr mit Arzneimitteln (AMVO) vom 22. Oktober 1901 (RGBl S 380) verstoßen. Sowohl Kopfschmerztabletten als auch Spalttabletten seien gemäß § 1 Verzeichnis A Ziff 9 AMVO apothekenpflichtig. Die Kopfschmerztabletten seien zur Heilung oder Linderung von Krankheiten bestimmt, denn Kopfschmerzen seien als Krankheit anzusehen, da sie zumeist Symptome ernster Arterienzustände oder sonstiger ernster Krankheiten seien. Das gleiche gelte von Spalttabletten, bei denen es sich um typische Schmerz-, insbesondere Kopfschmerztabletten handle. Überdies seien die Spalttabletten wegen ihrer Bestandteile nach § 2 AMVO in Verbindung mit Verzeichnis B apothekenpflichtig. Durch den Verkauf der genannten Mittel habe der Beklagte nicht nur gegen die AMVO verstoßen, sondern auch unlauter im Sinne des § 1 UnlWG gehandelt. Sein Verhalten stelle auch einen Verstoß gegen ein Schutzgesetz dar, weil die AMVO als Schutzgesetz zu Gunsten der Apotheker zu werten sei. Da sich der Beklagte nicht habe verpflichten wollen, den Einzelhandel mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln zu unterlassen, bestehe Wiederholungsgefahr. Unter Vorlage von Abtretungsurkunden verschiedener Apotheker und unter Berufung auf §§ 823, 1004 BGB, §§ 1, 13 UnlWG hat die Klägerin gegen den Beklagten Unterlassungsklage erhoben und beantragt:

- 1.) dem Beklagten zu verbieten, apothekenpflichtige Arzneimittel gemäß ArzneimittelVO von 1901 mit Nachträgen bis 1933 und späteren Nebengesetzen an Verbraucher, insbesondere im Einzelhandel im Geschäftslokal zu verkaufen oder anderweit körperlich in einer den Handel ersetzenden Weise abzugeben,
- 2.) für jeden Fall der Zuwiderhandlung dem Beklagten eine Geldstrafe von DM 500,--, im Nichtbeitriffsungsfall eine Haftstrafe von 14 Tagen anzudrohen,
- 3.) die Klägerin zu berechtigen, den erkennenden Teil des Urteils binnen 3 Monaten nach Rechtskraft einmal im Format 15 x 30 cm auf Kosten des Beklagten zu veröffentlichen, und zwar in einer Tageszeitung der Stadt Neumünster.

Der Beklagte hat seinen Klageabweisungsantrag im wesentlichen wie folgt begründet:

Ein Verstoß gegen die AMVO liege schon deshalb nicht vor, weil der AMVO die Geltung abzusprechen sei. Diese Verordnung sei durch die in § 6 Abs 2 Gewerbeordnung enthaltene Ermächtigung nicht gedeckt. Ferner verstoße sie gegen das Grundgesetz und gegen die Dekartellierungsgesetze. Da sie nur eine medizinisch- und gewerbepolizeiliche Verordnung sei, sei sie überdies mit dem Ablauf von 30 Jahren außer Kraft getreten. Aber auch bei einer unterstellten Geltung der AMVO könne die Abgabe von Spalttabletten nicht als Verstoß gegen § 2 AMVO angesehen werden, da mit dieser Vorschrift nur das Feilhalten oder Verkaufen von Stoffen laut Verzeichnis B verboten werde, im Gegensatz zu den §§ 1, 2 a und b AMVO Zubereitungen sonach nicht betroffen würden. Ein Unterlassungsanspruch wegen Verstoßes gegen § 1 AMVO sei nicht gerechtfertigt, solange die Klägerin nicht nachgewiesen habe, daß die nicht näherbezeichneten Kopfwehtabletten tatsächlich als Heilmittel angeboten und verkauft worden seien.

Spalttabletten seien nicht nur nach dem jeder Packung beige-
fügten Faltprospekt, sondern auch nach der allgemeinen Pub-
likumswerbung weitgehend als Vorbeugungsmittel und als Stär-
kungsmittel anzusehen. Er habe sie jedenfalls nicht als Heil-
mittel, sondern in jedem Falle nur als Vorbeugungsmittel ver-
kauft.

Das Landgericht hat dem Klageantrage stattgegeben,
soweit es sich um Kopfschmerz- und Spalttabletten handelt,
und im übrigen die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Berufung und
die Klägerin Anschlußberufung erhoben. Im Zuge der Anschluß-
berufung hat die Klägerin beantragt, dem Beklagten zu verbie-
ten,

- a) neben Kopfschmerztabletten auch alle anderen apotheken-
pflichtigen Arzneimittel gemäß Verzeichnis A zur AMVO in
ihrer letzten Fassung vom 4. Oktober 1933 als Heilmittel,
- b) ferner neben Spalttabletten auch alle anderen apotheken-
pflichtigen Arzneimittel gemäß Verzeichnis B zur AMVO in
ihrer letzten Fassung vom 4. Oktober 1933 an Verbraucher,
insbesondere im Einzelhandel im Geschäftslokal zu verkaufen
oder anderweit körperlich in einer den Handel ersetzenden
Weise abzugeben.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht
erklärte der Anwalt des Beklagten zu Protokoll:

"Der Beklagte hat bisher nicht daran gedacht,
irgendwelche Arzneimittel zu verkaufen, die
im Antrag der Anschlußberufung geltend gemacht
werden und denkt auch heute nicht daran."

Daraufhin erklärten die Parteien die Hauptsache hin-

sichtlich der Anschlußberufung für erledigt und beantragten wechselseitig, dem Gegner insoweit die Kosten aufzuerlegen.

Das Berufungsgericht hat in Abänderung des Urteils des Landgerichts die Klage in vollem Umfange abgewiesen und der Klägerin die gesamten Kosten des Rechtsstreites auferlegt. Die Revision gegen das Urteil hat das Berufungsgericht zugelassen.

Mit ihrer Revision bittet die Klägerin, das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben, die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts zurückzuweisen und die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Anschlußberufung dem Beklagten aufzuerlegen. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Daß die AMVO weder der erforderlichen gesetzlichen Ermächtigung entbehrt noch gegen das Grundgesetz oder die De-
kartellierungsgesetze verstößt und auch nicht 30 Jahre nach ihrem Erlaß außer Kraft getreten ist, hat der Senat in seinem im Rechtsstreit I ZR 150/54 ergangenen, zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung bestimmten Urteil vom 16. November 1956 entschieden. Von dieser Rechtsauffassung abzugehen besteht kein Grund.

Der Senat hat in dem genannten Urteil auch die Auffassung vertreten, daß ein Drogist, der unter Zuwiderhandlung gegen die AMVO apothekenpflichtige Arzneimittel an Verbraucher abgibt, gegen § 1 UnlWG verstößt. Zwar ist nicht in jeder Verletzung eines Gesetzes oder eines behördlichen Verbotes eine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UnlWG zu

erblicken. Wenn jedoch im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes Vorschriften verletzt werden, die aus Gründen der Volksgesundheit erlassen worden sind, widerspricht dies regelmäßig den Anschauungen des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden. Dies gilt insbesondere auch bei einem Verstoß gegen die AMVO, die in Verfolgung ihres gesundheitspolitischen Hauptzweckes auch eine Regelung des Wettbewerbes nach sich zieht. Der gegenteiligen Auffassung des Reichsgerichts (RGZ 77, 217; JW 1927, 2423) konnte sich der Senat nicht anschließen. Der Drogist, der apothekenpflichtige Arzneimittel an Verbraucher abgibt, verstößt daher gegen § 1 UnlWG sowie gegen § 823 Abs 2 BGB (vgl. RGZ 128, 298).

Von diesem Rechtsstandpunkt aus ist der Auffassung des Berufungsgerichts beizupflichten, daß es entscheidend darauf ankommt, ob der Beklagte als Nichtapotheker mit dem Feilhalten oder Verkaufen von Spalt- und Kopfschmerztabletten gegen die AMVO verstoßen hat oder jedenfalls die ernstliche Besorgnis besteht, daß er verstoßen wird.

II. Die Spalttabletten, wegen deren sich die Klägerin auf § 2 AMVO beruft, stellen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ein Gemenge der im Verzeichnis B zu § 2 AMVO aufgeführten Stoffe Phenacetin und Coffein sowie anderer Stoffe in Tablettenform dar. Es fragt sich daher, ob nicht nur die einzelnen im Verzeichnis B aufgeführten Stoffe, sondern auch Gemenge dieser Stoffe - sei es untereinander, sei es unter Beimischung weiterer im Verzeichnis B nicht aufgeführter Stoffe - dem Apothekenzwang unterliegen. Das Berufungsgericht hat diese Frage entgegen der Auffassung der Klägerin und des Landgerichts verneint. Es ist davon ausgegangen, daß sich der § 2 AMVO nach seinem Wortlaute nicht auf Zubereitungen erstrecke. Die AMVO unterscheide Stoffe und Zubereitungen.

Sie normiere in § 2 a ein Verbot der Abgabe von Stoffen und Zubereitungen, führe in § 2 b Stoffe und Zubereitungen auf und nenne in § 1 nur Zubereitungen, in § 2 Stoffe. Die wörtliche Fassung der AMVO sei eindeutig. Sie könne nicht erweiternd ausgelegt werden. Dazu gebe auch nicht der Umstand Anlaß, daß Zubereitungen aus Stoffen des Verzeichnisses B unter Umständen gesundheitsgefährdende Mittel darstellen könnten. Zur Verhinderung des Verkaufs derartiger Mittel außerhalb der Apotheken ständen dem Gesetzgeber - abgesehen davon, daß in derartigen Fällen vielfach die Voraussetzungen des § 1 AMVO gegeben seien - andere Maßnahmen zur Verfügung, insbesondere die Unterstellung solcher Zubereitungen unter die Rezeptpflicht und damit nach der Verordnung vom 13. März 1941 unter die Apothekenpflicht, wovon vielfach Gebrauch gemacht worden sei. Die gegen diese Rechtsauffassung des Berufungsgerichts erhobene Rüge der Revision ist nicht begründet.

Die Frage, ob nur die in dem § 2 AMVO angeschlossenen Verzeichnis B aufgeführten "Stoffe" oder auch deren Zubereitungen dem unbedingten Apothekenzwang unterliegen, hat die Gerichte schon vor dem Erlass der derzeit geltenden AMVO vom 22. Oktober 1901 beschäftigt. In den Vorgängern dieser Verordnung, den Kaiserlichen Verordnungen vom 25. März 1872, 4. Januar 1875 und 27. Januar 1890, waren die Stoffe des Verzeichnisses B als "Drogen und chemische Präparate" bezeichnet. Schon zu diesen Verordnungen hatte die Rechtsprechung unter Billigung der Literatur überwiegend die Auffassung vertreten, daß die im jeweiligen Verzeichnis B aufgeführten Mittel nur in der im Verzeichnis genannten Substanz, nicht aber im Gemenge dem Apothekenmonopol unterstellt seien (vgl. die Urteile der Oberlandesgerichte Celle vom 6. Juni 1896, Frankfurt vom 16. Juni 1897 und Stettin vom 24. September 1897, sämtlich abgedruckt bei Springfield, Die Rechte und Pflichten

der Drogisten und Geheimmittelhändler, 1900, S 94 ff und die bei Sonnenfeld, Handel mit Drogen und Giften, 3. Aufl, 1926, Anm 1 zu § 2 AMVO angegebene Literatur. Auch das Kammergericht, das in einem Urteil vom 12. Juni 1894 (abgedruckt bei Springfield S 108) die gegenteilige Auffassung vertreten hatte, hat sich in einem Urteil vom 16. Dezember 1901, das zur Kaiserlichen Verordnung von 1890 ergangen ist, dem Standpunkt der herrschenden Auffassung angeschlossen (abgedruckt bei Marcetus, Arzneimittelrecht - Entscheidungssammlung, 2. Aufl S 230 - im nachfolgenden Marcetus genannt).

Nach Erlass der jetzt geltenden AMVO von 1901, die die Worte "Drogen und chemische Präparate" durch das Wort "Stoffe" ersetzt hat, hat das Kammergericht seine Auffassung beibehalten. In einer grundlegenden Entscheidung vom 13. Juni 1907 (Marcetus S 231 - Gewerbearchiv für das Deutsche Reich Bd 7 S 18) hat sich das Kammergericht erneut dazu bekannt, daß Zubereitungen, die Stoffe des Verzeichnisses B enthalten, dem freien Verkehr nicht entzogen seien. Es hat ergänzend darauf hingewiesen, daß die Richtigkeit seiner Auffassung durch die Neufassung der AMVO bestätigt werde. In § 1 Abs 2 a seien nunmehr nämlich auch kosmetische, unter die Zubereitungen des Verzeichnisses A des § 1 AMVO fallende und als Heilmittel feilgehaltene Mittel den Apotheken vorbehalten, wenn sie die im Verzeichnis B aufgeführten Stoffe Kresosot, Phenylsalizylat oder Resorzin enthalten. Diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn alle Zubereitungen den Apotheken vorbehalten wären, welche Stoffe des Verzeichnisses B enthalten. Ferner seien im Verzeichnis B "flüssige und trockene Heilsera sowie deren Präparate" sowie "Vasogen und dessen Präparate" ausdrücklich aufgeführt, woraus hervorgehe, daß die Präparate anderer Stoffe des Verzeichnisses B nicht vorbehalten seien. Der Auffassung des Kammergerichts hat sich

in der Folgezeit die Rechtsprechung, zum Teil unter Hinweis auf weitere Besonderheiten der AMVO, fast einhellig angeschlossen (vgl die bei Marcetus S 230 ff abgedruckten Entscheidungen). Eine Ausnahme macht lediglich ein Urteil des Oberlandesgerichts Kiel vom 29. August 1928 (Marcetus S 233 = JW 1929, 283 mit zustimmenden Anmerkungen von Bönner und Hamburger), das Tabletten, die in nennenswertem Umfange Stoffe des Verzeichnisses B enthalten, dem § 2 AMVO unterstellt. In der Literatur wird die herrschende Auffassung u.a. von Sonnenfeld aaO Anm 1 zu § 2 AMVO mit Hinweisen auf weitere zustimmende Literatur, Kronecker DJZ 1902, 188 1907; Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht, IV d 43 sowie Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung, 11. Aufl S 821 Anm 4 vertreten. Der gegenteiligen Ansicht stimmen neben Bönner und Hamburger Springfield, Rechte und Pflichten der Drogisten S 102 ff, dieser jedoch auf Grund der früheren Fassung der Kaiserlichen VO, und Schönke-Schröder, StGB Anm III 3 zu § 367 StGB sowie Palcke, Strafrecht und Strafverfahren, Anm 9 zu § 367 StGB, jedoch lediglich unter Hinweis auf die Entscheidung des OLG Kiel, zu. Im Leipziger Kommentar zum StGB (Anm III 4 zu § 367 StGB) wird die Frage als zweifelhaft bezeichnet.

Der herrschenden Rechtsprechung, der sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, ist, wenigstens im Ergebnis, zuzustimmen.

Es ist der Revision zwar beizupflichten, daß die Auslegung einer Vorschrift nach Sinn und Zweck auch gegenüber einem anscheinend unzweideutigen Wortlaut nicht ausgeschlossen ist, weil die Worte einer Vorschrift nur der möglicherweise unvollkommene Ausdruck der maßgebenden Gedanken sind. Der Revision kann auch zugegeben werden, daß

117

die Auslegung, die § 2 AMVO durch die herrschende Lehre und Rechtsprechung gefunden hat, zweifelhaft sein kann, weil sie den gesundheitspolitischen Hauptzweck der AMVO nicht hinreichend berücksichtigt. Es kann auch nicht entscheidend darauf ankommen, ob sich aus anderen Bestimmungen der AMVO Umkehrschlüsse im Sinne der herrschenden Rechtsauffassung ziehen lassen. Die unklare, unsystematische und zum Teil terminologisch widerspruchsvolle Regelung der AMVO macht es nach der Überzeugung des Senats unmöglich, aus dem Aufbau der Verordnung Auslegungsgrundsätze für die hier zu entscheidende Frage in dem einen oder anderen Sinne zu gewinnen. Der zum Teil flickwerkartige Charakter der Verordnung (so mit Recht Sonnenfeld aaO, ähnlich Urban in Handwörterbuch der Staatswissenschaften 4. Aufl Art "Apotheken- und Arzneiverkehr") läßt Schlüsse aus dem System und der Technik kaum zu. Andererseits kann aber nicht unberücksichtigt bleiben, daß der herrschende Gerichtsgebrauch seit ungewöhnlich langer Zeit besteht und dadurch zwar nicht normative, wohl aber faktische Rechtsgeltung erlangt und, was entscheidend ist, die stillschweigende Billigung des Gesetzgebers gefunden hat. Trotz des ihm bekannten, während der gesamten Geltungsdauer der AMVO bestehenden nahezu einheitlichen Gerichtsgebrauches und trotz mehrfacher sonstiger Änderungen der AMVO hat sich der Gesetzgeber nicht zur Einfügung der Worte "und Zubereitungen" hinter "Stoffe" in § 2 entschlossen. Aus dem Schweigen des Gesetzgebers kann mindestens die Folgerung abgeleitet werden, daß er die Folgen der von den Gerichten vertretenen Rechtsprechung vom gesundheitspolitischen Standpunkt aus nicht für unvereinbar mit den Zielen der AMVO hielt. Mit Recht hat das Berufungsgericht auch darauf hingewiesen, daß ein gesundheitspolitisches Bedürfnis für die von der Revision erstrebte und gerade auf den gesundheitspolitischen Gesichtspunkt gegründete Auslegung

in einem praktisch ins Gewicht fallenden Umfang nicht bestehen dürfte, weil - abgesehen von der Schranke des § 1 AMVO und den Sicherungsbestimmungen sonstiger einschlägiger Gesetze und Verordnungen, insbesondere auf dem Gebiete des Lebensmittelrechtes - nach den die Rezeptpflicht regelnden Bestimmungen diejenigen Arzneimittel, deren unsachgemäße Verwendung eine ernstliche Gefahr für das Publikum in sich birgt, der ärztlichen Verschreibungspflicht unterliegen und laufend unterstellt werden, so daß derartige Mittel dann nach § 1 der VO über den Verkehr mit Arzneimitteln usw. vom 13. März 1941 (RGBl 136) außerhalb der Apotheken nicht feilgehalten oder verkauft werden dürfen.

Trotz der erwähnten Bedenken erscheint es daher nicht gerechtfertigt, dem § 2 der AMVO eine von der Auffassung des Berufungsgerichtes abweichende Auslegung zu geben. Es ist daher davon auszugehen, daß Spalttabletten nicht unter das Verbot des § 2 AMVO fallen.

III. Als Gemenge und Tabletten fallen die Spalttabletten und die außerdem verkauften, als Kopfschmerztabletten schlechthin bezeichneten Mittel unter die Ziffern 4 und 9 des dem § 1 AMVO angeschlossenen Verzeichnisses A. Es besteht daher gemäß § 1 Abs 1 AMVO Apothekenpflicht, wenn die Tabletten als Heilmittel d.h. als Mittel zur Beseitigung oder Linderung von Krankheiten bei Menschen oder Tieren feilgehalten oder verkauft werden.

Da nach § 1 AMVO der Heilmittelbegriff von dem Begriff der Krankheit abhängig gemacht ist, hat das Berufungsgericht Untersuchungen zum Krankheitsbegriff angestellt, dann aber bewußt davon abgesehen, eine eigene allgemeine und umfassende Bestimmung des Krankheitsbegriffes zu geben. Immerhin

hat es aber die Auffassung vertreten, daß nicht jede Störung des Wohlbefindens eine Krankheit bedeutet, sondern nur dann, wenn eine Störung vorliegt, die nicht nur vorübergehender Natur und geeignet ist, das Wohlbefinden des Menschen in erheblicher Weise zu beeinträchtigen. Es hat also nicht jede Abweichung von der Norm als Krankheit aufgefaßt, sondern nur eine erhebliche. Dabei hat es sich auch auf die Volksanschauung berufen, die nur unerhebliche und vorübergehende Störungen der Gesundheit noch nicht als Krankheit bezeichne. Von diesem Standpunkt aus hat das Berufungsgericht zur Frage, ob Kopfschmerzen Krankheit sind, ausgeführt, daß sie dann, wenn sie Symptome einer schweren Migräne, einer Gehirnerschütterung oder eines schweren Hirnleidens seien, auch bei einer rechtlichen Beurteilung wohl als Krankheit bezeichnet werden müßten. Wenn es sich bei den Kopfschmerzen jedoch nur um die Folge geistiger oder körperlicher Überanstrengung, die im natürlichen Verlauf bald wieder abklinge, oder um Folgen von Ermüdung, Hunger, in gewissen Grenzen auch des Mißbrauchs von Tabak oder Alkohol handle, könnten diese Ursachen selbst nicht als Krankheit bezeichnet werden, weil sie vorübergehender Natur und deshalb ohne erhebliche Beeinträchtigung des Wohlbefindens des Menschen seien. Zu den Spalttabletten im besonderen hat das Berufungsgericht die in dem den Packungen beigegebenen Faltprospekt angegebenen Anwendungszwecke geprüft. Es ist dabei zu dem Ergebnis gelangt, daß Kopfschmerzen und Depressionen als Wirkung des Föhn auf wetterempfindliche Menschen, Benommenheit in den kritischen Tagen der Frau, Folgen zu reichlichen Trinkens und Rauchens, wenn nicht insofern erhebliche Auswüchse vorliegen, und die Beeinträchtigungen der Schaffenskraft geistiger Arbeiter nicht als Krankheitserscheinungen angesehen werden könnten, es jedenfalls in der Regel nicht seien. Bei anderen in dem Faltprospekt aufgeführten Beschwerden, wie z.B. Migräne und Neuralgie, werde

jedoch eine Krankheit anzunehmen sein. Zusammenfassend stellt das Berufungsgericht bezüglich der Spalttabletten fest, daß sie nicht immer nur zur Heilung im Sinne der Beseitigung oder Linderung von Krankheiten abgegeben, sondern auch gegen Beschwerden empfohlen würden, die nicht als Krankheiten oder Erscheinungswirkungen von Krankheiten anzusehen seien, außerdem auch zur Vorbeugung gegen Krankheiten. Das Berufungsgericht fährt dann fort: Aus der bloßen Tatsache der Abgabe von Spalttabletten allein folge daher nicht schon ein Verstoß gegen § 1 AMVO, womit das Berufungsgericht anscheinend sagen will, daß nicht in jedem Falle bei einem Verkauf der Spalttabletten auf einen Verkauf als Heilmittel zu schließen sei. Zu den namentlich nicht bezeichneten Kopfschmerztabletten führt das Berufungsgericht aus, daß hier nicht die Feststellung möglich sei, daß diese nur zur Beseitigung oder Linderung von Kopfschmerzen abgegeben würden, die Folgen solcher Beschwerden seien, die auch rechtlich als Krankheit anzusehen seien. Das Berufungsgericht meint dann weiter, bei solchen Mitteln, die Heilmittel und Vorbeugungsmittel zugleich sein können, müsse - wenn man einen Verstoß gegen § 1 AMVO annehmen wolle - die innere Einstellung des Verkäufers oder Feilhaltenden dahin gegangen sein, daß er das Mittel als Heilmittel abgebe oder feilhalte, mindestens aber müsse er damit gerechnet haben, daß der Käufer das Mittel als Heilmittel verwenden wolle, und die Abgabe auch für diesen Fall gebilligt haben. Im vorliegenden Falle lasse sich aber nicht feststellen, daß der Beklagte die Tabletten entgegen dem Verbote in § 1 AMVO bewußt als Heilmittel gegen eine Krankheit abgegeben oder auch nur den bedingten Vorsatz dazu gehabt habe.

Die Revision rügt demgegenüber im wesentlichen, das Berufungsgericht habe den Krankheitsbegriff zu eng ausge-

legt und außerdem nicht beachtet, daß ein Mittel, das in erheblichem Umfange als Heilmittel zu dienen bestimmt sei und tatsächlich verwendet werde, seinen Charakter als Heilmittel auch dann nicht verliere, wenn es sich auch als Vorbeugungsmittel eigne und als solches nicht selten verwendet werde. Im übrigen ergebe der festgestellte Sachverhalt eine Abgabe als Heilmittel schon wegen des Inhaltes des dem Käufer mitgegebenen Faltprospektes. Ein Hinweis auf den Heilmittelzweck durch Aufdruck auf der betreffenden Verpackung, durch Gebrauchsanweisung oder durch besondere Werbeblätter ergebe notwendig eine Abgabe als Heilmittel oder auch als Heilmittel. Es habe daher einer besonderen Prüfung der inneren Einstellung des Beklagten oder seiner Angestellten nicht bedurft.

Der Rüge der Revision kann im Ergebnis der Erfolg nicht versagt bleiben. Zwar kann bei der Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht den Krankheitsbegriff des § 1 AMVO zu eng ausgelegt hat. Auch braucht nicht untersucht zu werden, wann noch von einem Vorbeugungsmittel, die nach der Legaldefinition des § 1 AMVO und nach der Rechtsprechung objektiv unzweifelhaft nicht zu den Heilmitteln im Sinne dieser Begriffsdefinition rechnen, die Rede sein kann. Die Entscheidung des Berufungsgerichtes erweist sich aber deshalb als fehlsam, weil es rechtsirrig auf die innere Einstellung des Beklagten bei dem Verkauf der Spalttabletten bzw. Kopfwehtabletten abgestellt hat.

§ 1 AMVO bestimmt, daß Zubereitungen, die in einer der typischen Arzneiform des dieser Bestimmung beigegebenen Verzeichnisses A auftreten, ohne Rücksicht darauf, ob sie heilkräftige Stoffe enthalten oder nicht, apothekenpflichtig sind, wenn sie als Heilmittel (Mittel zur Beseitigung oder

Linderung von Krankheiten) feilgehalten oder verkauft werden. Ihre strafrechtliche Sanktion hat diese Bestimmung in § 367 Abs 1 Ziff 3 StGB gefunden, wonach derjenige strafbar ist, der "ohne polizeiliche Erlaubnis Gift oder Arzneien, soweit der Handel mit denselben nicht freigegeben ist, zubereitet, feilhält, verkauft oder sonst an andere überläßt". Zur Strafbarkeit ist nicht nur Voraussetzung, daß die Handlung objektiv das Recht verletzt, der Täter muß auch schuldhaft gehandelt haben d.h. die Tat muß ihm subjektiv zum Vorwurf gemacht werden können. Hiervon ausgehend hat die umfangreiche Rechtsprechung zu § 1 AMVO, bei der es sich überwiegend um strafgerichtliche Erkenntnisse oder doch um Urteile handelt, die von derartigen Erkenntnissen beeinflusst sind (vgl die zahlreichen bei Marcetius S 132 ff abgedruckten Urteile zu § 1 Abs 1 AMVO), bei der Auslegung der Worte des § 1 AMVO "als Heilmittel feilhalten oder verkaufen" ausschließlich oder doch vorwiegend auf die Willensrichtung des Verkäufers oder Feilhaltenden abgestellt.

Nach der im Wettbewerbsrecht herrschenden Rechtsauffassung ist nun aber Verschulden nicht Voraussetzung der wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklage (vgl Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl Kap 74 Anm 8; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 7. Aufl Allg. 90). Es genügt Kenntnis der äußeren Tatumstände auf Seiten des Verletzers. Der Sittenwidrigkeit seines Handelns braucht sich der Verletzer nicht bewußt zu sein. Auch für die auf Verletzung eines Schutzgesetzes gestützte Unterlassungsklage ist Verschulden nicht Voraussetzung. Daher fragt es sich, wie die Bestimmung des § 1 Abs 1 AMVO, die durch die strafrechtliche Sanktion nicht selbst zu einem Strafgesetz geworden ist, als solche d.h. aus sich selbst heraus in ihrer zweckbedingten Bedeutung und ohne Rücksicht auf eine strafrechtliche Betrachtungs-

weise auszulegen ist. Dabei ist davon auszugehen, daß die AMVO und damit auch § 1 AMVO in erster Linie jedenfalls gesundheitspolitischen Zwecken dient, d.h. also den Schutz des Publikums bezweckt (vgl das oben erwähnte, zum Abdruck in der Entscheidungssammlung bestimmte Urteil des Senats vom 16. November 1956). In Verfolgung dieses Hauptzweckes hat der Gesetzgeber der AMVO von 1901 und ihrer Vorgängerinnen die typischen Arzneiformen des Verzeichnisses A den Apotheken insoweit vorbehalten wollen, als sie als Heilmittel (also nicht für sonstige, z.B. vorbeugende oder technische Zwecke) in Betracht kommen; solange dies nicht der Fall ist, sollte der Handel mit derartigen Erzeugnissen freigegeben sein (vgl RGSt 22, 197). Darüber hinaus wollte der Gesetzgeber aber auch einem damals eingetretenen Mißstand, der darin bestand, daß aus nicht heilkräftigen Stoffen zusammengesetzte Zubereitungen als "Heilmittel" verkauft wurden, steuern. Dies ergibt sich aus einer die Motive für die Aufstellung des Verzeichnisses A erläuternden Erklärung des Reichskanzleramtes vom 24. August 1871 (abgedruckt bei Springfield aaO S 851 ff), in der es u.a. heißt:

"Im übrigen entschied für die Beibehaltung des Verzeichnisses A insbesondere die Erwägung, daß bekanntlich Salben, Mixturen, Tincturen etc. häufig aus den indifferentesten, an und für sich zum medizinischen Gebrauch niemals dienenden Substanzen bereitet, in der ihnen gegebenen Arzneiform aber als souveräne Heilmittel für die verschiedensten Krankheiten angepriesen würden und daß, um diesem sich mehr und mehr steigenden betrügerischen Unwesen einigermaßen entgegenzutreten zu können, nicht darauf verzichtet werden dürfe, bestimmte Zubereitungen zu Heilzwecken als solche für die gesetzlich anerkannten Apotheken ausschließlich vorzubehalten".

Um auch derartige Fälle durch die Vorschrift zu erfassen, hat der Gesetzgeber die Fassung des § 1 Abs 1 AMVO gewählt. Dies ist bei der Auslegung zu berücksichtigen.

Bei der Vielgestaltung der in Frage kommenden Fälle, wie sie sich aus der reichhaltigen Rechtsprechung ergeben, wird sich freilich eine alle Fälle ergreifende abschließende begriffliche Festlegung der Voraussetzungen der hier in Frage stehenden Gesetzesbestimmung kaum finden lassen. Als maßgebend müssen aber jedenfalls folgende Gesichtspunkte bezeichnet werden:

Nach dem vorstehend dargelegten Sinn und Zweck der Vorschrift sind die Worte "als Heilmittel feilhalten oder verkaufen" nicht lediglich in subjektivem Sinne aufzufassen, insbesondere kommt es nicht allein darauf an, welche innere Einstellung der Feilhaltende oder Verkäufer gehabt hat. Hält man sich den Schutzzweck der Vorschrift vor Augen, so ist zunächst entscheidend, wie der allgemeine Verwendungszweck des betreffenden Mittels beim Verkaufe bzw. beim Feilhalten gegenüber dem Publikum objektiv in Erscheinung tritt. Die früheren Fassungen der AMVO enthielten statt der Worte "als Heilmittel" die Wendung "zu Heilzwecken". Da diese Worte nicht anders auszulegen waren als "in der Absicht, sie zu Heilzwecken in den Verkehr bringen zu wollen", hat der Gesetzgeber in späteren Fassungen der VO, erstmals in der Fassung vom 4. Januar 1875 (RGBl S 5), dafür den umfassenden Ausdruck "als Heilmittel" gewählt, der auch die Fälle in sich schloß, in denen der Verwendungszweck sich unabhängig von der subjektiven Absicht des Verkäufers aus dem Mittel selbst ergab (so zutreffend Springfield aaO S 286, der sich in seinen anschließenden Ausführungen dann allerdings von strafrechtlichen Gesichtspunkten leiten läßt). Wenn es sich also um ein Mittel handelt, das nach seiner regelmäßigen Bestimmung ausschließlich als Heilmittel oder doch auch als Heilmittel in Frage kommt, liegt bei der Abgabe außerhalb von Apotheken jedenfalls dann ein gemäß § 1 Abs 1 AMVO

verbotener und daher objektiv rechtswidriger Verkauf vor, wenn der Käufer nach den Umständen des Feilhaltens oder Verkaufens annehmen kann, daß die Abgabe der Zubereitung als "Heilmittel" oder auch als Heilmittel stattfindet. Ein etwa ausdrücklich erklärter gegenteiliger Wille des Verkäufers wäre nur einer der Umstände, die im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen sind. In jedem Falle kann der subjektive Wille des Verkäufers allein eine erkennbar objektive Zweckbestimmung der Zubereitung nicht ohne weiteres aufheben (siehe dazu auch OVG Berlin vom 4. November 1953, abgedruckt bei Marcetius S 624). Ob sich ein Mittel nach seiner regelmäßigen Bestimmung als Heilmittel oder wenigstens auch als Heilmittel darstellt, ist dabei nicht nur vom Standpunkt der pharmazeutischen und medizinischen Wissenschaft aus zu bestimmen, sondern es müssen auch die dem Mittel beigefügten Gebrauchsanweisungen, Werbeprospekte usw. sowie die regelmäßige Anwendung durch die Konsumenten in Betracht gezogen werden. Selbstverständlich sind Fälle denkbar, bei denen der Heilmittelzweck bei einem Kombinationsmittel nach allgemeiner Anschauung, insbesondere auch der in Frage kommenden Verbraucherkreise, gegenüber anderen Zwecken vollkommen zurücktritt. Dann wird im allgemeinen von einem Verkauf bzw. einem Feilhalten als Heilmittel nur dann die Rede sein können, wenn der Verkäufer bzw. Feilhaltende das Mittel ausdrücklich als Heilmittel verkauft bzw. feilgehalten hat. Ebenso stellt der Verkauf oder das Feilhalten eines Mittels, das überhaupt keine heilkräftigen Stoffe enthält und auch allgemein nicht als Heilmittel angesehen wird, nur dann einen Verstoß gegen § 1 Abs 1 AMVO dar, wenn dieses Mittel außerhalb einer Apotheke ausdrücklich als "Heilmittel" feilgehalten oder verkauft wird.

Der Senat verkennt nicht, daß angesichts der erheblichen

Zunahme der Arzneifertigwaren in den letzten Jahrzehnten gegenüber den um die Jahrhundertwende noch eine erheblich größere Rolle spielenden galenischen Zubereitungen, von mancher Seite die Meinung vertreten wird, daß die Regelung des § 1 AMVO zur Beseitigung gesundheitlicher Gefährdungen in seinem bisherigen Umfange nicht mehr notwendig sei. Dies konnte jedoch bei der Auslegung des § 1 Abs 1 AMVO keine Rolle spielen. Denn die Entscheidung darüber, ob diese Bestimmung beizubehalten ist, liegt allein dem Gesetzgeber ob. Davon aber, daß die Vorschrift etwa infolge einer grundlegenden Veränderung der Verhältnisse mit dem Zweck des Gesetzes nicht mehr vereinbar sei, kann keine Rede sein.

Von dem gekennzeichneten Rechtsstandpunkt aus erweist sich die rechtliche Beurteilung des Verhaltens des Beklagten seitens des Berufungsgerichts als rechtsirrig. Schon auf Grund des vom Berufungsgerichts vertretenen, vom Beklagten gebilligten engeren Krankheitsbegriffes aus stellen sich die Spalttabletten auch als Heilmittel dar. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß es sich mindestens bei Migräne und Neuralgie um Krankheiten handelt. Auch soweit die Spalttabletten nach dem Faltprospekt als geeignetes Mittel zum "Kupieren" von Grippe bezeichnet werden, läßt sich der Heilmittelzweck schon auf Grund des eingeschränkten Krankheitsbegriffes des Berufungsgerichtes nicht verkennen. Nach den zutreffenden Feststellungen des Berufungsgerichtes pflegen auch Kopfwehtabletten als Heilmittel gegen verschiedene Krankheiten verwendet zu werden. Es handelt sich sonach um Zubereitungen, die auch als Heilmittel dienen und bei denen der Verwendungszweck als Heilmittel nicht derart zurücktritt, daß sie nach allgemeiner Anschauung nicht mehr als solche angesprochen werden könnten. Auf den Willen des Beklagten beim Verkauf kommt es daher nicht

an. Sowohl die Spalttabletten als auch die Kopfwehtabletten sind von dem Beklagten objektiv rechtswidrig, d.h. entgegen der Vorschrift des § 1 Abs 1 AMVO als Heilmittel verkauft worden. Der Beklagte hat den Sachverhalt, der sein Verhalten zu einem wettbewerbsfremden macht, auch gekannt. Aus den oben unter Ziff I erwähnten, vom Senat in seiner Entscheidung vom 16. November 1956 näher ausgeführten Gründen stellt sich das Verhalten des Beklagten daher als unlauterer Wettbewerb und als Verstoß gegen ein Schutzgesetz dar, ohne daß geprüft zu werden braucht, ob der Beklagte schuldhaft gehandelt hat. Da der Beklagte seine Handlungsweise für berechtigt hält und ein durch Übernahme einer Vertragsstrafe gesichertes Unterlassungsversprechen nicht abgegeben hat, ist auch die Wiederholungsgefahr zu bejahen. Der auf Unterlassung gerichtete Klageantrag ist daher begründet. Da zur Anwendung des materiellen Rechtes eine weitere Tatsachenfeststellung nicht mehr erforderlich ist, konnte der Senat unter Aufhebung des angefochtenen Urteils in der Sache selbst entscheiden.

Dem Antrag der Klägerin, ihr gemäß § 23 Abs 4 UnlWG die Befugnis zuzusprechen, den verfügenden Teil des Urteils in einer Tageszeitung der Stadt N. öffentlich bekanntzumachen, konnte nicht entsprochen werden, weil ein überwiegendes schutzwürdiges Bekanntmachungsinteresse der Klägerin bei Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht bejaht werden kann. Bei dem hier zur Entscheidung stehenden Rechtsstreit handelt es sich letzten Endes um einen Grundsatzstreit zwischen Verbänden von Apothekern und Drogisten, der der Klärung von Zweifelsfragen dient, denen die AMVO Raum gegeben hat. Daher ist die mit einer Veröffentlichung verbundene Schmälerei des Ansehens des Beklagten nicht zu rechtfertigen.

Bei der gemäß §§ 91, 92, 97 ZPO zu treffenden Kostenentscheidung wurde berücksichtigt, daß die Klägerin mit ihren Anträgen nur zum Teil durchgedrungen ist und sie die Kosten der für erledigt erklärten Anschlußberufung treffen. Diese Kosten hat das Berufungsgericht der Klägerin gemäß § 91 a ZPO mit Recht schon deshalb auferlegt, weil ein Rechtsschutzbedürfnis für ein derart umfassendes Unterlassungsbegehren nicht bejaht werden kann.

Wilde

Birnbach

Nastelski

Christoph

Spreng