

Nachschlagewerk: ja
Antliche Sammlung: nein

2546 030

I r i s

PolVO üb.d. Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (HWVO)
v. 29. September 1941, RGBI I 587, § 4 Abs. 1 e; UWG § 1

- a) § 4 Abs. 1 e der Polizeiverordnung über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens vom 29. September 1941 (RGBI I 587) ist rechtagültig.
- b) Zum Begriff der "Hauszeitschrift" im Sinne von § 4 Abs. 1 e aaO.

BGH, Urt. v. 27. Februar 1963 - Ib ZR 141/61 - OLG München

Ib ZR 141/61

Verkündet

am 27. Februar 1963

Grunau, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der Firma D-Verlag, St, R-Wa-Straße, Inhaber Günther Bl, St, R-Wa-Straße,
2. der Firma Dr. Sch Arzneimittel-Gesellschaft mbH, K-Br, E Straße, gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Walter L, Kaufmann in K,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

g e g e n

Firma "W u B" Gesellschaft für Wirtschaftswerbung
Rolf Be KG, M, G Straße, vertreten durch
den persönlich haftenden Gesellschafter Rolf Be,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1963 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. h.c. Wilde und der Bundesrichter Dr. Krüger-Nieland, Pehle, Ebel und Claßen

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 22. Juni 1961 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Beklagte zu 1) stellt als Verlegerin im Auftrage und auf Kosten der Beklagten zu 2) eine in Vierfarbendruck erscheinende, von der Beklagten zu 2) vertriebene Zeitschrift "Iris" her. In dieser wirbt die Beklagte zu 2) für von ihr hergestellte Arzneimitteln; sie vertreibt die Zeitschrift an Drogerien und Apotheken zum Stückpreise von 6 oder 7 Pfennigen; von diesen wird sie - regelmäßig mit einem Firmenaufdruck versehen - als sog. Kundenzeitschrift an das allgemeine Publikum unentgeltlich abgegeben. Die Zeitschrift enthält einen redaktionellen Teil und Werbeanzeigen, vorwiegend für Waren der Beklagten zu 2). Im redaktionellen Teil werden neben eigigen anderem auch Fragen der vorsorgenden Gesundheitspflege in allgemein verständlicher Form behandelt; so sind z.B. Abhandlungen über den richtigen Schlaf, die nachhaltige Urlaubserholung, die Ernährung überforderter Kinder, über Rückenschmerzen, die Verhütung von Erkältungen und das Schlankwerden erschienen. Vielfach wird in diesen Abhandlungen auf die Zweckmäßigkeit von Mitteln hingewiesen, ohne insoweit die Erzeugnisse bestimmter Unternehmen zu nennen. Für Konkurrenzzeugnisse anderer Hersteller als der Beklagten zu 2) wird in der Zeitschrift nicht geworben.

Die Klägerin sieht in der angegriffenen Zeitschrift eine Hauszeitschrift für Laien im Sinne von § 4 Abs. 1e der Polizeiverordnung über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (HWVO) vom 29. September 1941 (RGBl I 587); die von der Beklagten zu 2) darin betriebene Werbung für Arzneimitteln verstoße daher gegen § 4 Abs. 1e dieser Verordnung, aber auch gegen §§ 1, 3 UWG, 823 Abs. 2 BGB und § 1 der Zugabeverordnung. Die Klägerin selbst betreibt ein Werbeunternehmen und verkauft die Zeitschriften "Dein Leben" und



"Apotheken-Umschau" an Einzelhändler und Apotheker zur Weitergabe an deren Kunden; diese Zeitschriften enthalten Werbeanzeigen der verschiedensten Arzneimittelhersteller. Die Klägerin behauptet, durch den Vertrieb der angegriffenen Zeitschrift auf dem Beziehermarkt sowie im Anzeigengeschäft bocinträchtigt zu werden. Sie hat deshalb mit der vorliegenden Klage Unterlassung, Feststellung der Schadensersatzpflicht und Auskunft in dem aus dem Urteil des Landgerichts ersichtlichen Umfange begehrt.

Die Beklagten haben Abweisung der Klage beantragt und geltend gemacht, die Beklagte zu 1) stelle die Zeitschriften nur her, sei daher an den von der Klägerin behaupteten Handlungen nicht beteiligt; die Beklagte zu 2) aber stehe als Herstellerin von Arzneimitteln mit der Klägerin nicht in einem Wettbewerbsverhältnis. Die Verordnung von 1941 entbehre auch der Rechtsgültigkeit, vor allem wegen Verstoßes gegen verfassungsrechtliche Grundsätze; der Wert der Zeitschrift übersteige nicht die für eine Zugabe gezogene Grenze; der Klägerin sei auch kein Schaden entstanden; mindestens fehle es an einem Verschulden der Beklagten, da die umstrittene Frage der Rechtsgültigkeit der bezeichneten Verordnung bisher höchststrichterlich noch nicht entschieden worden sei.

Das Landgericht hat entsprechend den Anträgen der Klägerin dahin erkannt:

- I. Bei Meldung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder einer an ihren Inhabern bzw. Geschäftsführern zu vollziehenden Haftstrafe bis zu 6 Monaten wird der Beklagten zu 1) verboten,
die Zeitschrift "Iris" herauszugeben,

der Beklagten zu 2)

diese Zeitschrift zu verteilen, solange als

1. in dieser Zeitschrift eine Werbung für fremde Heilmittel auf dem Gebiete des Fertigungsprogramms der Beklagten zu 2) unterbleibt,
2. in neutral gehaltenen Artikeln die Anwendung von Heilmitteln empfohlen wird, für welche die Beklagte zu 2) auf dem gleichen Anwendungsgebiet in der gleichen Nummer der Zeitschrift wirbt.

II. Es wird festgestellt, daß die Beklagten der Klägerin samstverbindlich denjenigen Schaden seit der Ausgabe der ersten Nummer zu ersetzen haben, welcher der Klägerin durch Herausgabe und Vertrieb der zu Ziffer I bezeichneten Zeitschrift entstanden ist oder noch entsteht.

III. Die Beklagten haben der Klägerin Auskunft zu erteilen, in welcher Stückzahl die einzelnen Nummern der zu Ziffer I bezeichneten Zeitschrift sie seit Ausgabe der ersten Nummer in Verkehr brachten.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Feststellung der Schadensersatzpflicht und die Vorurteilung zur Auskunft auf die Zeit seit dem 1. Juli 1959 beschränkt, weil eine die zugrunde liegenden Rechtsfragen klärende Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts erst in diesem Zeitpunkt den Beklagten habe bekannt sein müssen. Die Kosten beider Rechtszüge hat das Oberlandesgericht unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung zu 3/4 den Beklagten, zu 1/4 der Klägerin auferlegt.

Mit der hiergegen erhobenen Revision erstreben die Beklagten die volle Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Sachbefugnis der Klägerin ergibt sich für den Unterlassungsanspruch aus § 13 Abs. 1 Satz 1 UWG, für die weiteren Ansprüche aus § 1 UWG. Die Revision wendet sich zunächst gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagten seien passiv legitimiert; sie bekämpft insoweit die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagten handelten bei Herausgabe und Vertrieb der Zeitschrift in bewußtem und gewollten Zusammenwirken und seien deshalb als Mittäter anzusehen. Sie meint, die Beklagte zu 1) nehme am Wettbewerb nicht schon dadurch teil, daß sie die Zeitschrift im Auftrage der Beklagten zu 2) "herstelle und an diese abliefere" es sei auch nicht gerechtfertigt, eine auf Wettbewerb gerichtete Absicht der Beklagten zu 1) schon deshalb anzunehmen, weil sie den Vertrieb der Zeitschrift durch die Beklagte zu 2) ermögliche und weil, wie das Berufungsgericht ausführe, die Handlungsweise beider Beklagten "wirtschaftlich als eine Einheit anzusehen" sei; es fehle jedenfalls die notwendige Feststellung, daß die Beklagte zu 1) den Tatanteil der Beklagten zu 2) als ihren eigenen wolle (RGSt 63, 217).

Diese Angriffe können keinen Erfolg haben. Für die Haftung mehrerer, an einer unerlaubten Handlung oder einem Wettbewerbsverstoß Beteiligten gelten nicht, wie die Revision anzunehmen scheint, die im Strafrecht zur Unterscheidung von Mittäter- und Gehilfenschaft entwickelten Merkmale. Soweit im Streitfall eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 4 Abs. 1e der Heilmittel-Werbeverordnung infrage kommt, ergibt sich die Haftung der Beklagten vielmehr ohne Rücksicht darauf, ob jeder von ihnen "den Tatbeitrag des anderen als seinen eigenen gewollt" hat, schon daraus, daß jeder für sich den eingetretenen Erfolg adäquat verursacht und dabei - wie noch auszuführen ist - schuldhaft gehandelt hat. Soweit eine Haftung nach § 3 UWG auf Schadensersatz

in Betracht käme, wäre allerdings die Schutzvorschrift des § 13 Abs. 2 Nr. 1 zugunsten der Verleger und Redakteure periodischer Druckschriften zu beachten, wonach insoweit eine Ersatzhaftung nur eintritt, wenn sie die Unrichtigkeit der von ihnen abgedruckten Angabe gekannt haben. Im übrigen, also insbesondere im Rahmen des § 1 UWG, unterliegt die Haftung der Beklagten zu 1) als Herausgeberin der angegriffenen Zeitschrift aber keinen anderen Einschränkungen als denen, die sich daraus ergeben, daß sie in Wettbewerbsabsicht gehandelt haben muß.

Entgegen der Auffassung der Revision handeln die Beklagten bei Herausgabe und Vertrieb auch in Wettbewerbsabsicht. Es ist nach den vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht so, daß die Tätigkeit der Beklagten zu 1) sich darin erschöpfe, die Zeitschrift nur zu drucken und an die Beklagte zu 2) abzuliefern; sie ist denn auch im Impressum als Verlegerin der Zeitschrift bezeichnet und wirkt nach dem unstreitigen Parteivorbringen an der Gestaltung des Inhalts der Zeitschrift mit. Wenn die Beklagte zu 2) - wie die Beklagten behaupten - die Kosten der Zeitschrift trägt und wenn sie auf ihren Inhalt Einfluß nimmt, so steht das nicht der Annahme des Berufungsgerichts entgegen, daß auch die Beklagte zu 1) die Absicht verfolgt, der von ihr verlegten Zeitschrift auf Kosten der in denselben Abnehmerkreisen vertriebenen Zeitschriften von Mitbewerbern eine möglichst große Verbreitung zu verschaffen; ohne Rechtsirrtum rechnet das Berufungsgericht dabei die Verleger der sog. Kundenzeitschriften, zu denen die Klägerin gehört, zu den Mitbewerbern der Beklagten zu 1). Schließlich rechtfertigt die Art der von der Beklagten zu 1) entwickelten Tätigkeit aber auch die Annahme, daß sie mindestens in der Absicht gehandelt hat, den Wettbewerb der Beklagten zu 2) zu fördern.

Ein Wettbewerbsverhältnis besteht auch zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2). Dem steht nicht entgegen, daß diese in erster Linie Arzneimittelherstellerin ist und mit dem Vertrieb der angegriffenen Zeitschrift möglicherweise nur den Zweck verfolgt, den Absatz von Arzneimitteln zu heben, nicht auch, der Klägerin im sog. Anzeigengeschäft Wettbewerb zu bereiten. Für die Annahme eines Wettbewerbsverhältnisses genügt es vielmehr, daß die Beklagte zu 2) bei dem, wenn auch als Mittel zu einem anderen Zweck erfolgenden Vertrieb ihrer Zeitschrift in Wettbewerb mit der Klägerin tritt; beide bewerben sich bei Apothekern und Drogisten um den Absatz ihrer Zeitschriften, die beide dazu bestimmt sind, von den Erwerbern an ihre Kunden verschenkt zu werden.

II. Der Hauptangriff der Revision richtet sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Zeitschrift der Beklagten sei als "Hauszeitschrift" im Sinne der Heilmittel-Werbeverordnung von 1941 anzusehen. Sie bemängelt namentlich die Auslegung, die das Berufungsgericht diesem Begriff gegeben hat, als zu weitgehend, und meint, Zweck des Verbots sei es nur gewesen, die zwangsläufig wenig objektiven redaktionellen Artikel über bestimmte Arzneimittel der solche Zeitschriften herausgebenden Hersteller zu verhüten. Gebe ein Arzneimittel-Hersteller dagegen eine Zeitschrift heraus, in deren redaktionellem Teil überhaupt keine Medikamente, Krankheiten oder Leiden, sondern z.B. nur Angelegenheiten der Kunst besprochen werden, so sei der Begriff der Hauszeitschrift nicht schon dadurch erfüllt, daß lediglich an bestimmten Stellen einfache Werbeanzeigen des Herausgebers eingestreut würden.

Dieser Angriff der Revision geht, wenn auch nicht an der Begründung, so doch am Ergebnis des angefochtenen Urteils vorbei. Dieses hat zwar ausgeführt, der Unterlassungsanspruch

sei enger gefaßt, als er nach der Verletzungsform und nach der Gesetzeslage hätte gefaßt werden können; für den Begriff der Hauszeitschrift sei es nämlich unwesentlich, in welcher Form die Werbung erfolge; die Verbindung des Inserats mit einem die Wirkung des darin angepriesenen Präparats behandelnden wissenschaftlichen Artikel sei nur eine besonders gefährliche Form der Werbung, aber kein notwendiges Merkmal des Begriffs der Hauszeitschrift. Diese von der Revision angegriffene Auffassung bildet aber nicht die tragende Grundlage des Urteils, denn das Berufungsgericht hat sich im Hinblick auf § 308 ZPO an die enge Fassung des Klageantrages gebunden gefühlt und deshalb den Beklagten die Herstellung und den Vertrieb einer Zeitschrift nur untersagt, solange diese in neutral gehaltenen Artikeln die Anwendung von Heilmitteln empfiehlt, für welche die Beklagte zu 2) auf dem gleichen Anwendungsgebiet in der gleichen Nummer der Zeitschrift wirbt.

Nach dem unstreitigen Sachverhalt, wie er sich aus den vorgelegten Exemplaren der angegriffenen Zeitschrift ergibt, enthält diese im redaktionellen Teil fachliche Abhandlungen über medizinische Fragen; sie sind in allgemein verständlicher Form gehalten; entsprechend hat die Beklagte zu 2) im Rahmen der Werbung für diese Zeitschrift selbst darauf hingewiesen, sie bringe neben anderem wissenschaftliche Berichte über die neuesten Erkenntnisse auf dem Gebiete der medizinischen Forschung. In diesen Abhandlungen wird beispielsweise erörtert, durch welche Mittel den jeweils behandelten Leidenszuständen oder Mangelerscheinungen des Körpers abgeholfen werden könne, ohne daß dabei allerdings bestimmte Mittel nach ihrer Herkunft aus einem bestimmten Betriebe kennzeichnenden Namen genannt würden. In räumlichem Zusammenhang mit solchen Abhandlungen werden in der angegriffenen Zeitschrift aber Anzeigen abgedruckt, in denen

für Erzeugnisse der Beklagten zu 2) geworben wird, die für das betreffende Anwendungsgebiet in Betracht kommen. Für entsprechende Mittel anderer Hersteller wird in der Zeitschrift nicht geworben. Wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt, handelt es sich bei einigen der von der Beklagten zu 2) angepriesenen Mittel um ausgesprochene Heilmittel.

Nach diesen nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts muß die Zeitschrift der Beklagten ohne Zweifel auch dann als "Hauszeitschrift" für Laien angesehen werden, wenn man diesen Begriff in enger Anlehnung an den mit der Vorschrift verfolgten Zweck faßt. Wie die Revision zutreffend hervorhebt, haben dieselben gesundheitspolizeilichen Erwägungen, die zum Verbot der Selbstbehandlungsschriften führten, den Verordnungsgeber auch zu dem Verbot der Werbung mit den Hauszeitschriften veranlaßt; er sah in dies eine für gesundheitspolizeiliches Einschreiten ausreichende Gefahr, weil solche Zeitschriften zwangsläufig zu wenig objektiv seien. In der vom Berufungsgericht übernommenen Rechtsprechung ist bisher angenommen worden, der Begriff der Hauszeitschrift sei bereits erfüllt, wenn die Zeitschrift aus dem Hause eines Arzneimittel-Herstellers komme und Werbezwecken diene (OLG Bremen, NJW 1955, 1368; OLG Frankfurt vom 2. Mai 1956, 1 Ss 1213/55, und Bayer.ObLG vom 3. Juli 1958, RReg 4 St. 105/58, mitgeteilt auf S. 73 der Schriftenreihe zur Heilmittelwerbung, Heft 4, herausgegeben von der Fachvereinigung Heilmittelwerbung e.V. Köln). Es kann jedoch in Anbetracht der Fassung des Klageantrages und der Urteilsformel dahingestellt bleiben, ob diese weitreichende Begriffsbestimmung dem Zwecke der Verordnung Rechnung trägt denn jedenfalls wird diesem zuwidergehandelt, wenn - wie hier - der die Zeitschrift verbreitende Heilmittelhersteller seine darin enthaltene Anzeigenwerbung durch begleitend in dem reduktionellen Teil enthaltene, neutral wirkende

Abhandlungen unterstützt. Von diesem engeren Begriff geht offenbar auch das Urteil des Bayer. Obersten Landesgerichts vom 27. November 1958 (Bayer.ObLG St. Bd 8 S. 292 ff) aus. Die Beklagten handeln daher durch Herausgabe der angegriffenen Zeitschrift gegen das Verbot des § 4 Abs. 1e der Heilmittelwerbeverordnung.

1. Entgegen der Auffassung der Revision bestehen auch gegen die Rechtsgültigkeit dieser Verordnung und der fraglichen Einzelvorschrift keine Bedenken. Was insoweit die Verordnung als Ganzes betrifft, so schließt der erkennende Senat sich der eingehenden Begründung der Entscheidung BGH NJW 1953, 1802 = BGHSt 5, 12 ff an, der auch das Bundesverwaltungsgericht (NJW 1954, 1133) und das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 9, 213 ff = NJW 1959, 1072) gefolgt sind. Danach ist die Heilmittelwerbeverordnung auf gesetzlicher Grundlage ergangen und durch deren Wegfall nicht berührt. Zu prüfen ist für jede einzelne Vorschrift nur, ob sie sich im Rahmen eines rechtsstaatlichen Polizeibegriffs und der Normen des Verfassungsrechts hält. Das ist für § 4 Abs. 1e der Verordnung jedenfalls in dem engeren, der Urteilsformel entsprechenden Begriff zu bejahen. Wie das Bundesverfassungsgericht (aaO) ausgeführt hat, ist es die Aufgabe der Polizei, von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwenden, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird; es genügt das Vorliegen einer abstrakten Gefahr, d.h. aus der von der einzelnen Vorschrift der Polizeiverordnung betroffenen Art der Handlungen müssen nach den Erfahrungen des täglichen Lebens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gewöhnlich Gefahren entstehen; zu diesen gehören auch Gefahren für die allgemeine Gesundheit, die durch bestimmte Methoden der Arzneimittelwerbung hervorgerufen werden. Die von den Beklagten unter Hinweis auf die von ihnen vorgelegten Rechtsgutachten vorgebrachten Gesichtspunkte geben keinen Anlaß, auf

diesem Gebiete einen anderen Standpunkt einzunehmen. Vielmehr bestätigt die allgemeine Erfahrung besonders der letzten Zeit, daß auf dem Gebiete der Heilmittelwerbung nicht der Auffassung zu folgen ist, es sei nicht die Aufgabe der Polizei, "den Einzelnen vor sich selbst zu schützen" (Gutachten Friesenhahn S. 26); ebensowenig bestätigt die allgemeine Erfahrung den Satz (aaO S. 27), wenn ein Mittel nicht rezeptpflichtig sei, müsse davon ausgegangen werden, daß es an sich nicht gesundheitsschädlich sei. Es muß vielmehr mit dem Reichsgericht (RGSt 47, 119) als ausreichende Grundlage eines Werbeverbots angesehen werden, wenn die Werbung die Gefahr begründet, daß die Anwendung geeigneterer Mittel, insbesondere die Befolgung eines sachgemäßen Heilverfahrens oder die Zuziehung eines Arztes überhaupt nicht oder verspätet stattfindet.

Die Heilmittelwerbung in Hauszeitschriften im besonderen ist, wie die Heilmittelwerbung gegenüber Laien allgemein, dadurch gekennzeichnet, daß sie sich an die breite, vielfach unkritisch eingestellte Bevölkerung wendet, der im allgemeinen jede Möglichkeit fehlt, die Brauchbarkeit der angepriesenen Mittel zu prüfen, und die deshalb leicht geneigt ist, Äußerungen Dritter zu vertrauen (BGH NJW 1958, 190; Bayer.ObL St. Bd. 8, 292, 294). Ganz besonders gilt das für Menschen mit körperlichen Leiden oder Mängeln, die erfahrungsgemäß der Gefahr unterliegen, Behandlungsratschlägen zu folgen, die in populärwissenschaftlichen Abhandlungen bei Auftreten von Krankheitssymptomen wie Schlaflosigkeit, Schmerz oder dergl. gegeben werden. Mit solchen Erscheinungen befaßt sich aber auch die angegriffene Zeitschrift und sie gibt Hinweise, auf welche Mängel solche Erscheinungen zurückgeführt werden können. Unzweifelhaft verleiht eine solche neutral erscheinende Art der wissenschaftlichen Darstellung der in derselben Zeitschrift in einer Anzeige erfolgenden Anpreisung eines auf

die Abhandlung passenden Mittels eine erhöhte Werbewirkung, die darauf beruht, daß die angesprochenen Verbraucherkreise die im redaktionellen Teil erscheinenden Äußerungen als die eines neutralen Dritten auffassen. Im Streitfall tritt noch hinzu, daß sie nicht zu erkennen vermögen, daß die Zeitschrift, soweit Arzneimittel in Frage stehen, ausschließlich der Werbung für die Beklagte zu 2) dient und von ihr finanziert und weitgehend beherrscht wird. Gegen eine solche Form der Heilmittelwerbung sprechen mindestens gleich starke Gründe wie gegen die ebenfalls unstatthafte Verwendung von Empfehlungsschreibern (hierzu vgl. BGH NJW 1958, 190 = LM Nr. 2 zur Heilmittelwerbeverordnung).

2. Die Meinung der Revision, das Verbot dieser Art der Verbindung von redaktioneller Werbung mit Anzeigenwerbung in Hauszeitschriften verstoße gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG), weil in anderen Zeitschriften, z.B. Kundenzeitschriften, in denen mehrere Arzneimittelhersteller werben, sogar fachlich nicht geschulte Redakteure über entsprechende Fragen zu schreiben berechtigt seien, trifft nicht zu. Bei Zugrundelegung des oben erörterten engeren Begriffs der Hauszeitschrift wird durch § 4 Abs. 1e der Heilmittelwerbeverordnung nicht Gleiches ungleich behandelt, sondern nur den besonderen, beim Vertrieb der üblichen Kundenzeitschriften nicht gegebenen Gefahr entgegengewirkt, die von einer unter dem Schein der Objektivität betriebenen Werbung ausgeht.

Es bedarf auch keiner näheren Prüfung der Auffassung der Revision, die Heilmittelwerbeverordnung gehe in der fraglichen Einzelvorschrift jedenfalls insoweit über den rechtsstaatlichen Polizeibegriff hinaus, als sie sich auf solche Arzneimittel beziehe, die nicht Heilmittel seien. Es ist richtig, daß der Begriff des Arzneimittels weiter geht als der des Heilmittels und neben diesen auch die lediglich der

Vorbeugung gegen Krankheiten und dergl. dienenden Mittel umfaßt (vgl. Etmer-Bolck, Arzneimittelgesetz, § 1 Anm. 5; Kloesel-Cyran, Arzneimittelgesetz S. 128; Bernhardt, Arzneimittelgesetz § 1 Anm. 1). Das hat das Berufungsgericht aber nicht überschauen, vielmehr die Urteilsformel ausdrücklich auf die Werbung für Heilmittel beschränkt, weil es sich an den Antrag der Klägerin gebunden fühlte. Infolgedessen sind im Revisionsrechtszuge lediglich Zuwiderhandlungen auf diesem begrenzten Gebiete Gegenstand der Entscheidung.

3. Die Revision meint weiter, selbst für den Fall, daß § 4 Abs. 1e der Heilmittelwerbeverordnung noch golte und im gegebenen Fall gegen diese Vorschrift verstoßen worden sei, liege dennoch weder ein unlauterer Wettbewerb noch die Verletzung eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB vor, so daß namentlich die von den Beklagten erhobene Einrede der Verjährung teilweise zum Zuge komme. Für die Anwendung des § 1 UWG fehle es entgegen der Meinung des Berufungsgerichts an dem Erfordernis, daß der behauptete Gesetzesverstoß den Beklagten einen Vorsprung im Wettbewerb mit gesetzestreuen Mitbewerbern verschaffe. So könne z.B. die an keine solche einschränkende Vorschrift gebundene Klägerin als Herausgeberin einer Kundenzeitschrift redaktionelle Abhandlungen über Heilmittel Dritter bringen, auch wenn dies in Wettbewerbsabsicht geschehe.

a) Dieses Vorbringen geht von der irrigen Auffassung aus, die Qualifizierung des Verstoßes gegen § 4 Abs. 1e der Heilmittelwerbeverordnung als eines wettbewerbswidrigen Verhalten im Sinne des § 1 UWG hänge vom Nachweis eines konkreten wettbewerblichen Vorsprungs ab, der durch den Verstoß erzielt worden sei. Die fragliche Bestimmung der Heilmittelwerbeverordnung hat unmittelbar wettbewerbsrechtlichen Charakter; sie

beruht, wie dargelegt, auf dem Gedanken des Schutzes des Publikums gegen die Gefahren einer nicht objektiven Werbung auf einem Sondergebiet, in dessen Bereich die Gefahr der Irreführung als besonders schwerwiegend empfunden wird. Liegt über der gesetzgeberische Zweck der Vorschrift in diesem Schutz der Allgemeinheit gegenüber den Gefahren einer bestimmten Form der Werbung, so bedarf es zur Anwendung des § 1 UWG nicht des zusätzlichen Merkmals, daß die Verletzung der Vorschrift dem Verletzer auch einen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern verschaffe. Es genügt vielmehr, wenn das Verhalten nach der Auffassung des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden und der Allgemeinheit den Regeln des lauten Wettbewerbs zuwiderläuft. Dies ist hier zu bejahen; das wettbewerbslich zu Beanstandende des Verstoßes gegen § 4 Abs. 1e der Verordnung liegt darin, daß die Beklagten bezüglich des redaktionellen Teils der Zeitschrift, soweit darin Abhandlungen über das Anwendungsgebiet von Präparaten der Beklagten zu 2) erscheinen, den falschen Anschein des nicht Werbemäßigen hervorrufen und auf diese Weise zum Kauf der Erzeugnisse dessen anreizen, der sich dieser irreführenden Maßnahme bedient (vgl. BGH GRUR 1961, 189, 191 - Rippenstreckmetall m.w.Nachw.). Wenigstens bei der Ausgestaltung der bisherigen Nummern der angegriffenen Zeitschrift läßt sich nicht erkennen, daß die Beklagte zu 2) hinter der Zeitschrift steht. Soweit das Urteil im Unterlassungsgebot in die Zukunft reicht, stellt aber die Urteilsformel in der zu I 1 bezeichneten Voraussetzung auf das Merkmal des "neutral gehaltenen Artikels" ab. Mit dieser Formulierung ist hinreichend klargestellt, daß nur eine solche Gestaltung der Zeitschrift von dem Verbot erfaßt wird, die den Umstand verschleiern, daß in ihr nur für den wirtschaftlichen Träger der Zeitschrift geworben wird.

Hiervon abgesehen ist aber auch nicht erkennbar, inwiefern diese Art der Werbung nicht geeignet sein sollte, der Beklagten zu 2) einen Vorsprung im Wettbewerb mit gesetzestreuen Arzneimittelherstellern zu verschaffen.

b) Ob § 4 Abs. 1c der Heilmittelwerbeverordnung als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen ist, kann dahingestellt bleiben. Auch, wenn man zugunsten der Beklagten diese Frage verneint und deshalb von der nur halbjährigen Verjährungsfrist des § 21 UWG ausgeht - die für die aus § 1 UWG hergeleiteten Ansprüche in jedem Falle gilt (BGHZ 36, 252, 254 - Gründerbildnis) -, sind die aus Handlungen der Beklagten während des Zeitraums vom 1. Juli 1959 bis 25. Februar 1960 (= 1/2 Jahr vor der Klageerhebung) herzuleitenden Schadensersatzansprüche noch nicht verjährt. Denn die Beklagten haben es unterlassen, die von ihnen darzulegenden tatsächlichen Voraussetzungen für den Beginn der kurzen Verjährungsfrist im einzelnen zu behaupten. Dazu hätte gehört, welche Exemplare der angegriffenen Zeitschrift schon so lange vor dem 26. Februar 1960 herausgegeben worden waren, daß angenommen werden kann, daß sie zu diesem Zeitpunkt nicht mehr im Verkehr vorhanden waren. Weiter wäre es Sache der Beklagten gewesen, die Kenntnis der Klägerin von der Handlung und von der Person des Verpflichteten zu behaupten. Es muß daher für die Revisionsinstanz die dreijährige Frist des § 21 Abs. 1 Satz 2 UWG zugrunde gelegt werden.

4. Die Revision wendet sich ferner gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagten treffe seit dem 1. Juli 1959 ein Verschulden, weil sie spätestens in diesem Zeitpunkt aus dem in der Neuen Juristischen Wochenschrift (1959 S. 833) im Leitsatz abgedruckten grundlegenden Urteil des Bayer. Obersten Landesgerichts hätten entnehmen können, daß § 4 Abs. 1c der Heilmittelwerbeverordnung in Geltung sei und

daß ihre Zeitschrift unter diese Vorschrift falle. Die Revision will demgegenüber die Grundsätze angewandt wissen, die der Bundesgerichtshof bei Beurteilung besonders zweifelhafter, bis dahin höchststrichterlich noch nicht entschiedener Rechtsfragen zugrunde legt (BGHZ 17, 266, 295 - Magnettonband; 27, 264, 273 - Boxprogrammhefte). Sie meint, bei richtiger Würdigung und nach Vernehmung der als Zeugin benannten Prokuristin Pelz hätte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen müssen, daß den Beklagten das Unrechtsbewußtsein gefehlt habe.

a) Hierbei wird zunächst übersehen, daß die Rechtswirksamkeit der Heilmittelwerbeverordnung im ganzen und in den meisten ihrer Einzelbestimmungen bereits durch höchststrichterliche Entscheidungen geklärt war; bei der zu fordernden Kenntnis der vor dem 1. Juli 1959 veröffentlichten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. März 1959 mußten die Beklagten damit rechnen, daß auch die damals bereits vorliegenden Entscheidungen mehrerer Oberlandesgerichte über die Weitergeltung des § 4 Abs. 1e der Heilmittelwerbeverordnung einer Nachprüfung standhalten würden. Abweichende Entscheidungen zu dieser Einzelvorschrift haben die Beklagten selbst nicht bezeichnet. Außerdem waren die Beklagten in der Lage, die Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens zu erkennen.

b) Die wiedergegebene Verfahrensrüge geht von der unzutreffenden Rechtsansicht aus, die Schadensersatzpflicht setze ein Unrechtsbewußtsein des Verletzers voraus; es genügt, wenn der Verletzer bei gehöriger Sorgfalt imstande gewesen wäre, das Unrechtmäßige seines Handelns zu erkennen.

5. Unbegründet sind schließlich die Angriffe der Revision gegen die Fassung der Urteilsformel.

a) Die Behauptung der Revision, das Urteil verbiete unzulässigerweise die Herausgabe von Hauszeitschriften überhaupt und nicht nur die Werbung in ihnen, trifft nicht zu; nach Ziff. I Nr. 1 und 2 der Urteilsformel des Landgerichts müssen - entgegen den Zweifeln der Revision - für beide Beklagte mehrere Voraussetzungen erfüllt sein, ohne welche auch die Herausgabe der Zeitschrift nicht verboten ist und diese Voraussetzungen betreffen gerade die Werbung der Beklagten zu 2) in "neutral gehaltenen Artikeln", womit zweifelsfrei Abhandlungen gemeint sind, die im redaktionellen Teil erscheinen, also die Wettbewerbswidrigkeit der Werbung begründen.

b) Auch die Ausführung der Revision, die Klage sei schon deshalb nicht schlüssig, weil sie auf Werbung für Heilmittel das Gesetz dagegen auf die Werbung für Arzneimittel abstelle, können nicht zu einer Änderung des angefochtenen Urteils führen. Wie schon ausgeführt, gehören Heilmittel zu den Arzneimitteln; die Verwendung des erstgenannten Begriffs beschwert daher ^{nicht} die Beklagten. Das weitere Vorbringen der Revision, die Beklagten vertrieben überhaupt keine Heilmittel, stellt gegenüber der Feststellung des Berufungsgerichts, die in der Zeitschrift genannten Mittel "Melrosit" und "Melrosetten" seien ausgesprochene Heilmittel, keine ordnungsgemäße Verfahrensrüge dar.

III. Nach Verkündung des Berufungsurteils ist die Geltungsdauer der Heilmittelwerbeverordnung durch die auf Grund des § 61 des Arzneimittelgesetzes vom 16. Mai 1961 (BGBl I 533) ergangene Verordnung vom 24. Juli 1961 (BGBl I 1106) auf den 29. September 1964 begrenzt worden. Diese Vorschrift ist in der Revisionsinstanz an sich zu beachten. Ob der Gesetzgeber, der bis dahin die Arzneimittelwerbung voraussichtlich neu regeln wird, dabei eine den § 4 Abs. 1e der Heil-

mittelwerbeverordnung von 1941 entsprechende Vorschrift erlassen wird, ist aber nicht abzusehen. Unter diesen Umständen wäre es untunlich, das auf den Zeitpunkt der Entscheidung abzustellende Unterlassungsgebot zeitlich zu begrenzen. Vielmehr muß den Beklagten überlassen bleiben, bei Wegfall des Verbots der Werbung mit Hauszeitschriften nötigenfalls Vollstreckungsgegenklage hinsichtlich des Unterlassungsgebots zu erheben.

IV. Nach alledem war die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Wilde Krüger-Nieland Pehle Ebel Claßen

(