

2081 039

Nachschlagwerk: Ja
BGHZ: Nein

BGB § 134; ArzneimittelG §§ 28, 34, 35

Zur Frage, ob ein Vertrag über Verkauf und Vertrieb eines Präparates gültig ist, obschon es sich um ein Arzneimittel handelt, das nur durch Apotheken und nur auf Grund einer ärztlichen Verschreibung abgegeben werden darf.

BGH, Urt. v. 23. April 1968 - VI ZR 217/65 - OLG Düsseldorf
LG Mönchengladbach

8

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 217/65

URTEIL

Verkündet am

23. April 1968
Kriegl, Justiz-
hauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Anton M a [REDACTED],
M [REDACTED], Go [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Dieter A c [REDACTED],
B [REDACTED]/E [REDACTED], K [REDACTED] Straße,

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] --.

- 2 -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. April 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Hanebeck, Dr. Bode, Dr. Weber, Dr. Nüßgens und Sonnabend

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. April 1965 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Eine niederrheinische Firma stellte ein Schnellmastkonzentrat "A" zur Verfütterung an Schlachtvieh, vor allem Rinder, her. Der im "A" enthaltene thyreostatische Wirkstoff Th intensivierte infolge seines Einflusses auf die Schilddrüse das Wachsen und den Fettansatz des Tieres. Dieses Präparat brachte der Kläger im Jahre 1962 zum Vertrieb. Nach seiner Ansicht handelte es sich um ein Futtermittel und nicht um ein Arzneimittel, das von Tierärzten hätte verschrieben werden müssen. Daher meldete er am 24. September 1962 den Vertrieb von "A" beim Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten zur Eintragung in das Futtermittel-Register an. Um diese

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Zeit suchte er in einer Anzeige einen Mitarbeiter "zum Absatz eines konkurrenzlosen Bedarfsartikels (USA-Patent) für den landwirtschaftlichen Viehsektor" in Bayern. Darauf meldete sich der Beklagte, Großhändler für Futtermittel in M[REDACTED]. Die Parteien schlossen am 24. Oktober 1962 einen Vertrag, durch den der Kläger dem Beklagten für Ober- und Niederbayern den Alleinvertrieb von "A[REDACTED]" übertrug.

In § 6 und § 6 a dieses Vertrages ist bestimmt, wann er durch Kündigung beendet werden kann. Anschließend heißt es in § 7:

"Herr M (d.i. der Beklagte) verpflichtet sich ausdrücklich, für kein Konkurrenzfabrikat des Schnellmastkonzentrats A[REDACTED] tätig zu werden, solange dieser Vertrag in Kraft ist. Falls die Firma A. (d.i. der Kläger) einen Verstoß gegen diesen Paragraphen nachweist, unterwirft sich Herr M. einer Konventionalstrafe von 20 000 DM"

Außerdem bestätigte der Kläger dem Beklagten durch Schreiben vom selben Tage, daß "A[REDACTED]", das bisher irrtümlich als Arzneimittel angesehen worden sei, kein solches sei, weil es keine Krankheit des Tieres beseitigen oder lindern solle. Da es ein Futtermittel sei, könne es ohne tierärztliches Rezept vertrieben werden; dafür übernehme er die volle Verantwortung.

Dennoch sah sich der Beklagte alsbald beim Vertrieb des "A[REDACTED]" Schwierigkeiten gegenüber, da er und seine Vertreter wiederholt von Tierärzten darauf hingewiesen wurden, daß der freie Vertrieb des "A[REDACTED]" unzulässig sei. Am 10. Dezember 1962 untersagte das Amt für landwirtschaftliche Marktordnung in M[REDACTED] dem Beklagten den Vertrieb

von "A■■■■". Nach Rücksprache mit dem Kläger erwiderte hierauf der Beklagte, bei "A■■■■" handele es sich, wie ihm der Kläger erklärt habe, um kein Arzneimittel, sondern um ein Futtermittel, das bereits zur Registrierung im Futtermittelregister angemeldet sei.

Der Beklagte bezog das Präparat "A■■■■" weiterhin vom Kläger und ließ es an die bayrischen Landwirte vertreiben. Am 4. April 1963 suchte ihn der Kläger in M■■■■ auf. Dabei berichtete der Beklagte ihm über die Schwierigkeiten, die immer noch beim Vertrieb des "A■■■■" auftraten. Der Kläger erklärte, "A■■■■" werde nunmehr im Futtermittel-Register eingetragen werden. Am selben Tage vereinbarten die Parteien eine Neufassung ihres Vertrages. In diesem wurde dem Beklagten der Vertrieb des "A■■■■" für das ganze Gebiet Süd-Bayern einschließlich Schwaben und für alle weiteren Erzeugnisse, die der Kläger in sein Produktionsprogramm aufnehmen werde, übertragen. Außerdem fügten die Parteien folgenden § 1 a ein:

"Sobald das Präparat "A■■■■"-Schnellmastkonzentrat für Rindvieh als Futtermittel registriert ist und dieser Vertrag in Kraft bzw. ungekündigt ist, darf Herr M. ohne Zustimmung der Firma A. für keine andere Firma der Futtermittel-Industrie tätig sein oder tätig werden".

Am 8. Mai 1963 sprach der Bruder des Klägers, der mit diesem früher zusammengearbeitet hatte, beim Beklagten vor und machte ihn darauf aufmerksam, daß "A■■■■" nicht in den USA patentiert sei und daß in der Bundesrepublik noch andere Mastkonzentrate vertrieben würden, die auf

derselben chemischen Grundlage wie "A[REDACTED]" aufgebaut seien, so z.B. das "As[REDACTED]", das von demselben Fabrikanten hergestellt werde. Der Beklagte übernahm vom Bruder des Klägers probeweise 61 Pakete "As[REDACTED]", stellte sie ihm aber am 14. Mai 1963 nach einer Rücksprache mit dem Kläger wieder zur Verfügung. Er ließ nunmehr durch einen Rechtsanwalt beim Bundesgesundheitsamt und beim Bundesminister für Ernährung nachfragen, ob "A[REDACTED]" als Futter- oder als Arzneimittel registriert worden sei. Das Bundesgesundheitsamt antwortete am 5. Juni 1963, der Bundesminister für Ernährung habe schon am 20. April 1963 erklärt, thyreostatische Futtermittel seien nicht verkehrsfähig, er werde keine Sondergenehmigung erteilen, sie als Futtermittel in Verkehr zu bringen; ein derartiges Erzeugnis sei auch nicht im Register für Arzneyspezialitäten eingetragen. Mit Antwortschreiben vom 18. Juli 1963 verneinte auch der Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten, daß "A[REDACTED]" im Register für Futtermittel eingetragen sei. Weiter erfuhr der Beklagte, daß der Regierungspräsident in D[REDACTED] dem Kläger am 30. Mai 1963 den Vertrieb von "A[REDACTED]" mit sofortiger Wirkung wegen Verstosses gegen das Arzneimittel-Gesetz verboten habe.

Inzwischen hatte der Beklagte den Vertrieb von "A[REDACTED]" eingestellt und den Verkauf von "As[REDACTED]" übernommen. Durch seinen Rechtsanwalt ließ er in einem Schreiben vom 14. Juni 1963 den Vertrag vom 4. April 1963 anfechten mit der Behauptung, der Kläger habe ihm arglistig vorgespiegelt, "A[REDACTED]" sei in den USA patentiert, auch habe er ihm verschwiegen, daß dieses Präparat von den Behörden als Arzneimittel angesehen werde.

Der Kläger wies in seinem Schreiben vom 19. Juni 1963 die Anfechtung als unbegründet zurück, kündigte seinerseits den Vertrag wegen Vertriebs des Konkurrenzfabrikats und verlangte, gestützt auf dessen § 7, Zahlung der Konventionalstrafe von 20 000 DM.

Mit der vorliegenden Klage fordert der Kläger vom Beklagten Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen.

Der Beklagte beruft sich auf die von ihm erklärte Anfechtung des Vertrages und macht ferner geltend, dieser sei wegen Verstoßes gegen das Arzneimittel-Gesetz oder das Futtermittel-Gesetz nichtig. Außerdem sei das ihm in § 7 des Vertrages auferlegte Konkurrenzverbot durch den am 4. April 1963 vereinbarten neuen § 1 a dahin gelockert worden, daß es erst dann in Kraft trete, wenn "A■■■■" als Futtermittel registriert worden sei.

Der Kläger hat bestritten, dem Beklagten unrichtige Angaben gemacht zu haben. Er hat darauf hingewiesen, daß das Bundesministerium für Ernährung erst am 20. September 1963 seinen Antrag, "A■■■■" in das Register für Futtermittel einzutragen, abgelehnt habe und daß er gegen diesen Bescheid bei dem Verwaltungsgericht Klage erhoben habe.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, das Konkurrenzverbot sei gemäß § 1 a des Vertrages mangels Registrierung des "A■■■■" nicht in Kraft getreten. Das Berufungsgericht hat dagegen den Beklagten antragsgemäß verurteilt.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Entgegen der Meinung des Landgerichts steht das Berufungsgericht auf dem Standpunkt, der am 4. April 1963 in den Vertrag neu eingefügte § 1 a habe die Wirksamkeit der schon im ersten Vertrag in § 7 vereinbarten Konkurrenzklausel nicht berührt. Es versteht diese Bestimmung, von seinem Wortlaut ausgehend, dahin, daß sich der Beklagte verpflichtet habe, während der Gültigkeitsdauer des Vertrages nicht für ein Erzeugnis tätig zu werden, das mit dem vom Kläger vertriebenen "A■■■■" in Konkurrenz stand. Dieses Verbot sei durch § 1 a dahin erweitert worden, daß der Beklagte auch im übrigen nicht mehr für eine andere Firma der Futtermittelindustrie tätig sein dürfe. Dieser Verschärfung der Konkurrenzklausel habe er sich allerdings erst von dem Zeitpunkt ab unterworfen, in dem "A■■■■" im Futtermittelregister eingetragen sein würde. Da es hierzu nicht gekommen sei, sei zwar § 1 a nicht in Kraft getreten, jedoch sei es bei der Geltung des § 7 geblieben. Der Beklagte habe also vorerst für andere Futtermittelfirmen weiter tätig bleiben dürfen, indes mit der Einschränkung, daß er, falls diese ihm auch Schnellmastkonzentrate zum Vertrieb geben wollten, dies ablehnen müssen. Daß er beim Vertrieb des "A■■■■" Schwierigkeiten ausgesetzt gewesen sei, zwingt nicht zu der Auffassung, der Beklagte habe nunmehr statt "A■■■■" ein anderes Schnellmastkonzentrat vertreiben dürfen. Die Konkurrenzklausel habe seine Interessen nicht in unzumutbarer Weise beein-

trächtigt. Dadurch sei er nur im Vertrieb der Schnellmastmittel beschränkt gewesen; alle anderen Futtermittel habe er wie bisher frei vertreiben können. Der Kläger habe durch § 7 gerade sein Interesse daran schützen wollen, daß der Beklagte nicht dann, wenn der Kläger die Anerkennung des "A■■■■" als Futtermittel durchgesetzt hatte, dessen Absatz in Bayern durch zwischenzeitliche Einführung eines Konkurrenzprodukts beeinträchtigt hätte.

2. Diese Auslegung des Vertrages greift die Revision vergebens an. Da es sich um einen Individualvertrag handelt, ist die Auslegung, die ihm das Berufungsgericht hat zuteil werden lassen, im Revisionsverfahren nur beschränkt nachprüfbar. Die Würdigung, zu der das Berufungsgericht gelangt ist, ist möglich und verletzt weder Denk- noch allgemeine Erfahrungssätze. Auch im übrigen weist sie keine Rechtsfehler auf, die sie in Frage stellen könnten.

a) Die Revision vertritt die Ansicht, der neue § 1 a habe den gesamten Vertrag davon abhängig gemacht, daß "A■■■■" als Futtermittel registriert werde. Das Berufungsgericht hält dies für unrichtig. Es räumt zwar ein, daß die Fassung des § 1 a insofern mißverständlich sei, als es hier heiße "und dieser Vertrag in Kraft bzw. ungekündigt ist". Dieser Worte hätte es, so meint das Berufungsgericht, nicht bedurft, wenn diese Vertragsbestimmung lediglich das neue generelle Konkurrenzverbot von der Registrierung von "A■■■■" abhängig machen wollen. Das Berufungsgericht ist aber überzeugt, die Parteien seien übereinstimmend davon ausgegangen, daß der Vertrag mit seinem Abschluß in Kraft treten solle. Daher könne es, so führt das Berufungsgericht aus, auf den möglicherweise dem entgegenstehenden Wortlaut nicht ankommen.

Was die Revision hiergegen vorbringt, greift nicht durch. Es ist schon nicht einzusehen, warum der Wortlaut des § 1a dafür sprechen könnte, die Parteien hätten am 4. April 1963, nachdem sie auf Grund des seit Oktober 1962 in Kraft befindlichen Vertrages schon längere Zeit in Geschäftsverbindung standen, ihre Beziehungen nunmehr unter die Bedingung stellen wollen, daß "A" eingetragen werde. Denn diese Erwartung hatte schon in der gleichen Weise dem bisherigen Vertragsverhältnis zugrundegelegen. Vieles spricht daher dafür, daß die in § 1 a gebrauchten Worte "in Kraft ist" dasselbe bedeuten sollten wie in dem alten § 7. Damit sollte auch bei dem generellen Konkurrenzverbot des § 1 a klargestellt sein, daß dieses den Beklagten nur solange band, als der Vertrag "in Kraft bzw. ungekündigt" war, also nicht, wie dies bei Konkurrenzklauseln oft vereinbart ist (vgl. § 90 a HGB), über dessen Laufzeit hinaus. Aber auch hiervon abgesehen unterliegt die Auslegung des Berufungsgerichts keinen rechtlichen Bedenken. Sie ist zumindest möglich und widerspricht keineswegs allgemeinen Auslegungsgrundsätzen. Sie ist daher für das Revisionsgericht bindend.

Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe für seine Überzeugung, daß die Parteien das sofortige Inkrafttreten des neuen Vertrages - von § 1 a abgesehen - gewollt hätten, keine Begründung gegeben (§ 551 Nr. 7 ZPO). Es war unstreitig, daß der Beklagte auch noch nach dem 4. April 1963 vom Kläger das "A" bezogen hat. Die Revision führt selbst das Schreiben an, das der Beklagte am 14. Mai 1963 an den Bruder des Klägers gerichtet und in dem er ihm geschrieben hat, er könne für ihn nicht tätig werden, weil es ihm nicht möglich sei, den Vertrag mit dem Kläger, mit dem er soeben gesprochen habe, zu lösen.

Bei dieser Sachlage brauchte das Berufungsgericht seine dargelegte Überzeugung nicht noch näher zu begründen.

b) Ebenso vergeblich wendet sich die Revision gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, nur das in § 1 a neu aufgenommene generelle Konkurrenzverbot habe unter der Bedingung gestanden, daß "A■■■■" als Futtermittel registriert wurde. Auch die Revision kann nicht in Abrede stellen, daß der Wortlaut des Vertrages nicht dafür spricht, durch § 1 a sei nunmehr auch das Konkurrenzverbot des § 7 unter diese Bedingung gestellt worden. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, der Beklagte habe doch, nachdem er sich schon beim Vertrieb des "A■■■■" Schwierigkeiten ausgesetzt gesehen habe, keinen Anlaß gehabt, sich noch einer Verschärfung des Konkurrenzverbots zu unterwerfen. Daher sei es ihm umgekehrt um eine Lockerung seiner Bindungen gegangen, die er dann auch in § 1 a erreicht habe. Hierbei übersieht die Revision, daß nach § 1 a die Erweiterung des Konkurrenzverbotes erst in Kraft treten sollte, wenn der Beklagte das "A■■■■" ohne Schwierigkeiten als anerkanntes Futtermittel vertreiben konnte. Von einer den Beklagten bedrückenden Verschärfung der Konkurrenzverbote kann daher nicht gesprochen werden. Die Einfügung des § 1 a steht offenbar in Zusammenhang damit, daß der Kläger dem Beklagten in dem neuen Vertrag nicht nur den Vertrieb von "A■■■■" in Ober- und Niederbayern überließ (so § 1 des Vertrages vom 24. Oktober 1962), sondern ihm jetzt auch den Vertrieb aller seiner weiteren Produkte übergab, zudem erweitert um das Gebiet Schwaben (so der neue § 1).

II.

Die Revision beruft sich auf die Vorschrift des § 344 BGB, nach der ein Vertragsstrafeversprechen grundsätzlich unwirksam ist, wenn die dadurch gesicherte Verbindlichkeit des Schuldners unwirksam ist. Dieser Einwand ist unbegründet. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ist weder nach §§ 134, 138 BGB noch nach § 306 BGB nichtig. Auch die vom Beklagten am 14. Juni 1963 erklärte Anfechtung greift nicht durch.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat der Beklagte nicht bewiesen, vom Kläger arglistig getäuscht worden zu sein. Was die Revision hiergegen vorbringt, hat keinen Erfolg.

Unangefochten stellt das Berufungsgericht fest, der Beklagte habe gewußt, daß mit Schwierigkeiten beim freien Weiterverkauf von "A" zu rechnen sei. Es findet mit Recht keine arglistige Täuschung darin, daß der Kläger dem Beklagten im April 1963 erklärt haben soll, er erwarte, daß der Bundesernährungsminister in Kürze dem Antrag auf Eintragung stattgeben werde. Rechtlich nicht angreifbar hat das Berufungsgericht auch die Annahme abgelehnt, daß der Kläger von einem endgültigen Vertriebsverbot bereits Kenntnis gehabt und dies dem Beklagten arglistig verschwiegen habe. Richtig ist allein, daß der Kläger zu Unrecht angegeben hatte, "A" beruhe auf einem USA-Patent. Es ist aber schon zweifelhaft, ob er dies wider besseres Wissen erklärt und nicht schon vor Abschluß des neuen Vertrages im April 1963 richtig gestellt hat. Jedenfalls hat sich das Berufungsgericht nicht davon überzeugen können, daß diese Erklärungen des Klägers für den

Entschluß des Beklagten, den neuen Vertrag zu unterzeichnen, bestimmend gewesen sind. Diese Würdigung läßt entgegen der Meinung der Revision keinen Rechtsfehler erkennen.

2. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht auch verneint, daß der Vertrag nichtig ist.

Grundsätzlich ist zwar nach § 134 BGB ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig. Das gilt aber nicht, wenn sich aus Sinn und Zweck des Gesetzes etwas anderes ergibt (BGHZ 45, 322, 326). Entscheidend ist, ob das Gesetz sich nicht nur gegen den Abschluß des Rechtsgeschäfts wendet, sondern auch gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit und damit gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg. Auch muß die Tatsache, daß ein Gesetz eine Handlung unter Strafe stellt, nicht unabweislich die Folge haben, daß auch das bürgerlich-rechtliche Rechtsgeschäft nichtig ist. Das gilt vor allem dann, wenn bei einem Vertrag das Verbot nur den einen Teil trifft: in der Regel ist der Vertrag nicht ungültig (BGHZ 46, 24, 26; RGZ 60, 273, 277; 100, 39, 40; 106, 316, 317; 170, 155, 156). In besonderen Fällen kann allerdings aus dem Zweck des Verbotsgesetzes auch folgen, daß das von ihm getroffene Rechtsgeschäft auch dann nichtig ist, wenn das Verbot sich nur gegen den einen Vertragsschließenden richtet (BGHZ 37, 258, 262).

Von diesen Rechtsgrundsätzen ist auch das Berufungsgericht ausgegangen und dabei zu dem Ergebnis gelangt, daß, obschon der Vertrieb des "A" verboten gewesen sei, der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nicht ungültig sei. Dabei hat es offen gelassen, ob "A" lediglich

ein Futtermittel oder ein Arzneimittel war. In der Tat kam es hierauf nicht entscheidend an; in beiden Fällen greift § 134 BGB nicht ein.

a) Sollte "A" trotz seines Zusatzes an thyreostatischem Wirkstoff ein Futtermittel gewesen sein, so unterlag es den Vorschriften des Futtermittelgesetzes (FMG) vom 22. Dezember 1926 (RGBl I 525) und der dazu vom Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten erlassenen Futtermittel-Anordnung (FMAO) in der Fassung vom 24. Oktober 1951 (BANz Nr. 213 vom 2. November 1951). Nach § 2 FMG und § 3 Abs. 1 FMAO mußte der Kläger das von ihm neu in den Verkehr gebrachte "A" beim Bundesernährungsminister zur Eintragung in das Futtermittelregister anmelden. Dem war er im September 1962 nachgekommen. Jedoch ist in § 3 Abs. 6 FMAO bestimmt, daß Futtermittel erst nach Eintragung in das Register in den Verkehr gebracht werden dürfen. Zuwiderhandlungen hiergegen sollen nach den Strafbestimmungen des Wirtschaftsstrafgesetzes als Ordnungswidrigkeit, unter Umständen auch als Straftat geahndet werden (§ 27 FMAO).

Grundsätzlich berühren jedoch Vorschriften gewerbe-
polizeilicher Natur nicht die Gültigkeit eines dem Verbot
zuwider geschlossenen Vertrages (RGZ 106, 316, 317; 103,
263, 264/265; RG JW 1920, 44 Nr. 5 und 140 Nr. 6; BGH
Urteile vom 24. November 1960 - VIII ZR 116/59 = LM BGB
§ 134 Nr. 34 und vom 16. April 1957 - VIII ZR 212/56
= LM BGB § 125 Nr. 7). Dieser Grundsatz gilt auch hier.
Das Futtermittelregister dient in erster Linie Kontroll-
zwecken; es soll den amtlichen Stellen eine Übersicht über
die im Verkehr befindlichen Futtermittel geben (so die Er-
läuterung 1 zu § 3 FMAO von Gamp/Nickl, Vorschriften über

Futtermittel, 1952). Das Gesetz erfüllt daher im wesentlichen nur eine Ordnungsfunktion. Infolgedessen würde eine Verstoß der Parteien gegen § 3 Abs. 6 FMAO nicht die Gültigkeit ihres Vertrages berühren.

b) Das Berufungsgericht hat auch hinsichtlich des Arzneimittelgesetzes (AMG) vom 16. Mai 1961 (BGBl I 533) angenommen, daß dessen Vorschriften lediglich die Kontrolle der in den Verkehr gebrachten Arzneimittel aus Gründen der öffentlichen Ordnung sichern sollen. Dabei hat es sich allerdings nur mit der Vorschrift des § 20 AMG befaßt, nicht auch mit den §§ 28, 34, 35 AMG. Auch kann zweifelhaft sein, ob der Ansicht des Berufungsgerichts, das Arzneimittelgesetz erfülle, so wie das Futtermittelgesetz nur eine Ordnungsaufgabe, hinsichtlich sämtlicher Vorschriften dieses Gesetzes zugestimmt werden könnte. Dem braucht indes nicht weiter nachgegangen zu werden. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag würde auch dann nicht nach § 134 BGB nichtig sein, wenn "A" dem Arzneimittelgesetz unterlag.

Da ein Schnellmastmittel nicht das damit gefütterte Tier von einer Krankheit heilen soll, scheint es auf den ersten Blick kein Arzneimittel zu sein. Das neue Arzneimittelgesetz stellt es jedoch - anders als die Arzneimittel-Verordnung (AMVO) vom 22. Oktober 1901 (RGBl 380) - auf den Begriff der Krankheit nicht mehr ab. Das Präparat "A" war dazu bestimmt, die Beschaffenheit und den Zustand des tierischen Körpers zu beeinflussen. Das spricht dafür, es als Arzneimittel im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 AMG anzusehen. Zweifel ergeben sich aber daraus, daß nach Abs. 3 des § 1 AMG Futtermittel, die natürlich ebenfalls den tierischen Körper beeinflussen, keine Arzneimittel sind. Andererseits gelten nach Satz 2 des § 1 Abs. 1 FMG Stoffe, die überwiegend der Beseitigung oder Linderung von

Krankheiten dienen; nicht als Futtermittel. Für sie gilt wieder die Regel des § 1 AMG: sie sind Arzneimittel (so ausdrücklich Satz 2 des § 1 Abs. 1 FMAO). Das sind sie auch dann, wenn als Träger der arznei-lichen Zusätze Futtermittel verwendet werden (Kloesel/Cyran, Arzneimittelgesetz 2. Aufl. 1962 § 1 Anm. 18; Gamp/Nickl aaO S. 8).

Die Abgrenzung zwischen Futtermitteln und Arznei-mitteln kann daher Schwierigkeiten bereiten. Zugunsten der Revision soll davon ausgegangen werden, daß "A" ein Arzneimittel war und daß der Versuch des Klägers, das Präparat als Futtermittel anerkennen zu lassen, von vornherein keine Aussicht hatte. Auch dann wäre § 134 BGB nicht anwendbar.

aa) Allerdings verstießen dann beide Parteien gegen § 20 AMG, als sie "A", eine Arzneyspezialität im Sinne des § 4 AMG, in den Verkehr brachten, bevor es beim Bundesgesundheitsamt angemeldet und registriert war. Diese Vorschrift bezweckt aber, so wie § 2 FMG für Futtermittel, lediglich, den Gesundheitsbehörden, die die Arzneimittel und deren Vertrieb zu überwachen haben (§ 40 AMG), einen Überblick über die in den Ver-kehr gebrachten Arzneifertigwaren zu verschaffen. Die Registrierung eines Arzneimittels hängt nicht von einer vorhergehenden staatlichen Prüfung auf Wirksamkeit oder Unschädlichkeit ab. Daher handelt es sich bei einem Verstoß gegen § 20 AMG lediglich um typisches Verwaltungs-unrecht (so auch Amtl. Begründung zu § 47 AMG). Das Gesetz ahndet einen Verstoß demgemäß nur als Ordnungswidrigkeit

(§ 47 Abs. 1 Nr. 2 a AMG). Mit Recht nimmt somit das Berufungsgericht an, daß der Verstoß der Parteien gegen § 20 AMG den Vertrag nicht ungültig machen würde.

bb) Im vorliegenden Fall kommt aber auch ein Verstoß gegen die Strafvorschrift des § 45 AMG in Betracht. War "A■■■■" ein Arzneimittel, so war es nicht frei verkäuflich. Es unterlag sogar der Verschreibungspflicht durch die Tierärzte (§ 35 AMG). Denn es enthält Propyl-Thiouracil, das nach den maßgebenden landesrechtlichen Vorschriften (§ 63 Abs. 8 AMG) nur auf Rezept abgegeben werden durfte (so übereinstimmend die Abgabe-Verordnungen der Länder, hier bayr. Verordnung vom 21. Juli 1961 - GVBl 194; ebenso Verordnung von Nordrhein-Westfalen vom 24. Mai 1962 - GVObI 327: Thiouracil und seine Abkömmlinge). Infolgedessen durfte der Beklagte das "A■■■■" nicht unmittelbar an die Landwirte vertreiben oder vertreiben lassen. Vielmehr konnten diese es nur auf tierärztliches Rezept erhalten (§ 35 AMG) und zwar entweder durch eine Apotheke (§ 28 Abs. 1 AMG) oder durch die mit Dispensierrecht ausgestatteten Tierärzte (§ 28 Abs. 4 Nr. 2 AMG). Wenn der Beklagte oder die von ihm belieferten Einzelhändler das "A■■■■" unmittelbar an die Tierhalter abgaben, so machten sie sich strafbar nach § 45 Abs. 1 Nr. 6 AMG oder, da noch § 367 Abs. 1 Nr. 3 StGB anzuwenden war (§ 65 Abs. 3 Nr. 1 AMG), nach dieser Vorschrift (BGHSt 21, 291).

Davon wurde jedoch die Gültigkeit der einzelnen Kaufverträge nicht berührt. Mag auch das neue Arzneimittelgesetz den Verstoß gegen Rezept- und Apothekenpflicht nicht mehr als bloße Übertretung, sondern als Vergehen ansehen, so

ändert das nichts daran, daß auch die Vorschriften der §§ 28, 35 AMG bloßes gesundheitspolizeiliches Ordnungsrecht enthalten. Sie mißbilligen nicht ausnahmslos das wirtschaftliche Ergebnis, wenn ein Arzneimittel ohne Rezept eines Arztes und ohne Einschaltung eines Apothekers in die Hand des Verbrauchers gekommen ist. Sie wenden sich nur, um mögliche Gefahren zu verhüten, gegen die Art und Weise, wie der Verbraucher das Arzneimittel erhalten hat. Die den Verkehr mit rezeptpflichtigen Arzneimitteln regelnde Verordnung vom 13. März 1941 (RGBl 136), die noch in Kraft ist (§ 65 Abs. 3 Nr. 3 AMG), ist eine auf Grund des § 6 Abs. 2 der Gewerbeordnung erlassene gewerbepolizeiliche Vorschrift; das gilt auch für die AMVO 1901, die zur Zeit noch maßgebend ist (BGHZ 44, 208, 211). Dementsprechend sind auch die Abgabe-Verordnungen der Länder, die ein Arzneimittel unter Rezeptpflicht stellen, bloße Polizeiverordnungen.

Hier kommt es zudem nicht auf die Beziehungen des Beklagten zu seinen Abnehmern, sondern auf das zwischen ihm und dem Kläger bestehende Rechtsverhältnis an. Die Gültigkeit der einzelnen Verkäufe, die der Kläger im Rahmen des mit dem Beklagten geschlossenen Vertriebsvertrages abgeschlossen und abgewickelt hat, steht nicht in Frage. Zu prüfen ist vielmehr, ob der zwischen dem Kläger, dem Vertriebsunternehmer des Arzneimittelherstellers, und dem Beklagten, dem für das bayrische Gebiet eingesetzten Großhändler, geschlossene Grundvertrag, das den einzelnen Lieferungen zu Grunde liegende Dauerschuldverhältnis, wegen Verstoßes gegen die Vorschriften des Arzneimittelgesetzes nichtig ist. Diese Prüfung ergibt, daß der Kläger weder gegen § 28 noch § 35 AMG verstieß. Denn er gab das Präparat nicht im Einzelhandel (§ 28 AMG) und nicht un-

mittelbar an Verbraucher ab (§ 35 AMG). Für ihn galt die Vorschrift des § 34 Abs. 1 Nr. 1 AMG. Sie will verhindern, daß Einzelhändler in den Besitz von Arzneimitteln gelangen, so daß sie sie entgegen den §§ 28, 35 AMG an Verbraucher weitergeben könnten. Die Vorschrift untersagte es daher dem Kläger, "A" unter Übergehen der Apotheken und Tierärzte unmittelbar an den Verbraucher oder an Einzelhändler, die ihrerseits die Landwirte unmittelbar belieferten, abzugeben. Der Beklagte ist jedoch kein Einzelhändler, sondern Großhändler in Futtermitteln. Daher durfte der Kläger ihm das "A" auch dann, wenn es ein Arzneimittel war, liefern. Infolgedessen verstieß der zwischen den Parteien geschlossene Vertriebsvertrag als solcher nicht gegen das Arzneimittelgesetz. Nach seinem Inhalt war der Beklagte nicht etwa verpflichtet, "A" unter Übergehung der Tierärzte oder Apotheken an die Landwirte unmittelbar zu vertreiben oder durch seine Bezirksvertreter und Zwischenhändler (Landhandelsfirmen, Genossenschaften usw.; vgl. § 1 des Vertrages) vertreiben zu lassen. Offenbar sollte es seine Sache sein, wie er "A" über den Einzelhandel weitervertrieb. Der Vertrag hinderte ihn nicht daran, davon abzulassen, das "A" verbotenerweise rezept-, apotheken- und tierarztfrei zu vertreiben und es, den Verboten und Strafdrohungen des AMG gehorchend, unter Einschaltung der Tierärzte vertreiben zu lassen (vgl. RGZ 100, 39, 41/42).

cc) Der Vertrag war auch nicht nach § 138 BGB deshalb nichtig, weil er nach seinem Sinn und Zweck auf Umgehung der Vorschriften des FMG oder des AMG gerichtet gewesen war (RGZ 106, 317; 98, 1, 3). Zumindest der Kläger ging immer -anfangs auch der Beklagte - davon aus, "A" sei ein Futtermittel und kein Arzneimittel. Die Parteien haben

also nicht bewußt gegen das Gesetz verstoßen. Auch bewirkte ihr gemeinsamer Verstoß gegen § 3 Abs. 6 FMAO noch keine Nichtigkeit nach § 138 BGB, da sie die baldige Eintragung im Futtermittelregister erstrebten und erwarteten.

3. Inzwischen ist es allerdings durch die Neufassung des § 4 b Nr. 2 LMG ausnahmslos verboten, Tieren Thyreostatica zu verabfolgen - gleich ob dies unvermischt oder nach Vermischung mit Futtermitteln geschieht (Art. 2 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Arzneimittelgesetzes vom 23. Juni 1964 - BGBl I 365). Auch die Verschreibung durch einen Tierarzt macht die Abgabe eines solchen Präparates nicht zulässig. Damit ist die Frage, ob "A" ein Arzneimittel war, für die Zukunft gegenstandslos. Aus dieser Rechtslage kann jedoch der Beklagte für die hier zu entscheidende Frage, ob er im Mai/Juni 1962 an den Vertrag mit dem Kläger gebunden war, nichts herleiten. Selbst wenn der Gesetzgeber durch das Änderungsgesetz von 1964 bestätigt hätte, daß es sich bei "A" um ein Arznei- und nicht um ein Futtermittel gehandelt hatte, so wäre damit für den Beklagten nichts gewonnen. Die Verstöße gegen das Arzneimittelgesetz befreiten ihn bei der hier gegebenen Sachlage nicht von seiner Pflicht, den Verkauf des gleichartigen Konkurrenzpräparates "As" zu unterlassen.

III.

1. Eine andere Frage ist allerdings, ob nicht die Art, wie der Beklagte das "A" durch die von ihm nach dem Vertrag aufzubauende Absatzorganisation weiter vertreiben sollte, gemeinsame Vorstellung der Parteien gewesen ist. Offenbar waren sie davon ausgegangen, "A" sei ein Futter-

mittel und werde demnächst als solches vom Bundesernährungsminister anerkannt werden, so daß die gegen seine Freiverkäuflichkeit aus dem Arzneimittelgesetz erhobenen Bedenken entfielen. Der Kläger hatte dem Beklagten am 24. Oktober 1962, nachdem sie den Vertrag geschlossen hatten, ausdrücklich bestätigt, "A" sei kein Arznei-, sondern ein Futtermittel, für dessen rezeptfreien Verkauf er die Verantwortung übernehme. Daher dürfte es Geschäftsgrundlage des Vertriebsvertrages gewesen sein, daß es dem Beklagten möglich war,

"A" ohne Tierärzte, Apotheken und Rezept weiterverkaufen zu lassen. Dann aber konnte es für ihn, wenn der Absatz des Präparates durch die ständigen Hinweise auf die Rezeptpflicht litt, nach einer gewissen Zeit unzumutbar werden, vom Kläger weiterhin an dem Vertrag festgehalten und durch dessen § 7 daran gehindert zu werden, ein anderes Masthilfemittel zu vertreiben, bei dem er sich diesen Schwierigkeiten nicht gegenüber sah. Ihm kann daher das Recht zugestanden haben, sich durch einseitige Erklärung gegenüber dem Kläger fristlos vom Vertrage zu lösen, als es auch im Mai 1963 immer noch nicht zur Anerkennung des "A" als Futtermittel gekommen war.

Ob dies ihn allerdings berechtigt hätte, gerade das Konkurrenzprodukt "As" zu vertreiben, kann zweifelhaft sein. Denn er hätte das ihm aus Treu und Glauben zuzubilligende Lossagungsrecht (vgl. auch § 626 BGB und § 89 b HGB) nur dazu benutzen dürfen, um künftig sicher zu gehen, nicht wegen Verstoßes gegen die Vorschriften des Arzneimittelgesetzes bestraft zu werden. Er hat aber selbst vorgebracht, daß "As" auf derselben Basis wie "A" hergestellt sei (S. 5 seines Schriftsatzes vom 19. September 1963). Der Kläger hat sogar behauptet, "As" sei ebensowenig freiverkäuflich gewesen wie "A", weil beide Präparate

in der gleichen Weise zusammengesetzt gewesen seien. Sollte aber der Vertrieb von "As[REDACTED]" denselben Bedenken unterlegen haben wie der von "A[REDACTED]", so könnte es als arglistig anzusehen sein, wenn der Beklagte seinen Übergang zum Verkauf von "As[REDACTED]" mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage rechtfertigen wollte. Er hatte sich in dem Vertriebsvertrag verpflichtet, dem Kläger während der Schwebezeit, in der dieser um die Anerkennung von "A[REDACTED]" als Futtermittel kämpfte, keine Konkurrenz zu machen. Wurde diese Schwebezeit unzumutbar lang, so konnte er zwar zur Kündigung berechtigt sein, dies aber nicht, um ein ebenso umkämpftes Produkt zu vertreiben.

2. Diesen Fragen ist das Berufungsgericht nicht nachgegangen. Zur Nachholung der hiernach rechtserheblichen Feststellungen mußte das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dieses wird auch zu klären haben, ob der Beklagte, wie der Kläger anscheinend behaupten will, "As[REDACTED]" schon zu einem Zeitpunkt vertrieben hat, als er dem Kläger den Vertrieb des "A[REDACTED]" noch nicht aufgekündigt hatte.

3. Die Revision hat hilfsweise geltend gemacht, daß auch der Anspruch auf eine an sich verwirkte Vertragsstrafe unter den Grundsätzen von Treu und Glauben steht und daß auch eine von einem Kaufmann versprochene Vertragsstrafe herabgesetzt werden kann, wenn die Parteien bei ihrer Verabredung von irrigen Vorstellungen über Inhalt und Umfang ihrer Verpflichtungen ausgegangen waren. Das ist grundsätzlich zutreffend (vgl. BGH Urteil vom 24. März 1954 - II ZR 30/53 - LM HGB § 348 Nr. 3; RG JW 1923, 825). Hier spricht einiges dafür, daß die Parteien,

als sie im Oktober 1962 die recht hohe Vertragsstrafe von 20.000 DM vereinbarten, davon ausgegangen waren, der Beklagte werde "A■■■■", wenn es in Kürze als Futtermittel anerkannt sein werde, im Rahmen der von ihm aufzubauenden Vertriebsorganisation einem ungehinderten, dauernden Absatz zuführen können. Daß sich diese Erwartung nicht erfüllte, würde ihn zwar nicht berechtigt haben, hinter dem Rücken des Klägers ein Konkurrenzpräparat zu vertreiben, das so# wie "A■■■■" den gleichen Vertriebsbeschränkungen unterlag. Immerhin könnte der Umstand, daß sich die Lage anders als erwartet entwickelt hatte, aufgrund einer Auslegung des Vertragsstrafeversprechens dazu führen, daß der Beklagte die Strafe jedenfalls nicht in voller Höhe verwirkt hätte. Je nach dem Ergebnis der vom Berufungsgericht noch zu treffenden Feststellungen kann sich ergeben, daß das Interesse des Klägers, das bayrische Absatzgebiet für "A■■■■" zu sichern, in Anbetracht der gesundheitspolitischen Bedenken nicht in dem Umfange schutzwürdig war, wie dies die Parteien beim Ab-

schluß des Vertrages angenommen hatten. Jedoch muß die Entscheidung dieser Fragen dem Berufungsgericht überlassen bleiben.

Diesem war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen, da diese vom endgültigen Ausgang der Sache abhängt.

Hanebeck

Dr. Bode

Dr. Weber

Dr. Nüßgens

Sonnabend