
Datum: 25.11.2008
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-20 U 173/07
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2008:1125:I20U173.07.00

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 5. Oktober 2007 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Kleve wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

1

Der klagende Verlag verlegt monatlich erscheinende Zeitschriften, die Apotheker gegen Entgelt im Abonnement beziehen können, um sie dann in der Apotheke unentgeltlich als Kundenzeitschrift an ihre Kunden weiterzugeben. Dazu gehört die Zeitschrift "K." mit einer Gestaltung, wie sie aus dem Heft in Anlage TW 2 hervorgeht. Die Zeitschrift enthält neben einigen Artikeln zu Sachthemen im wesentlichen Kurzzeit-Gedächtnis- und Konzentrationsübungen für Erwachsene und Kinder. Die Beklagte, ein bekannter Hersteller von Arzneimitteln, stellt unter anderem das Arzneimittel "T." her, das der Förderung der Gehirnleistung dient. Sie gibt an Apotheken kostenlos eine Schrift ab, die auf dieses Medikament Bezug nimmt, wie aus dem Heft in Anlage TW 6 ersichtlich. Darin enthalten sind unter anderem ebenfalls Übungen zur Förderung der Leistung des Gehirns. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die kostenlose Abgabe dieser Schrift durch die Beklagte an Apotheker verstoße gegen § 4 Nr. 11 UWG mit § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG, § 4 Nr. 1 und Nr. 10 UWG und

2

stelle zudem eine gemäß § 3 UWG verbotene Marktstörung und allgemeine Marktbehinderung dar. Sie begehrt auf dieser Grundlage von der Beklagten Unterlassung, Auskunft, Feststellung der Schadensersatzpflicht und Ersatz von Abmahnkosten. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands erster Instanz wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil (Bl. 234 ff. GA) Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, die Schrift der Beklagten sei als bloße Werbe- und Verkaufshilfe zulässig und falle zudem unter die Ausnahmevorschrift des § 7 Abs. 1 Nr. 5 HWG. Hiergegen wendet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihren erstinstanzlichen Vortrag wiederholt und vertieft. 3

Die Klägerin beantragt, 4

unter Abänderung des angefochtenen Urteils 5

I. die Beklagte zu verurteilen, 6

1. es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen, 7

im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Apothekern unentgeltlich Zeitschriften für Gehirntaining zur Weitergabe an Apothekenkunden zu gewähren und/oder Apothekern die unentgeltliche Gewährung von Zeitschriften für Gehirntaining zur Weitergabe an Apothekenkunden anzukündigen und/oder anzubieten,

wenn die Zeitschrift etwa 24 Seiten umfasst, mit einem Titelblatt, das im Titel und/oder in sonst hervorgehobener Weise die Produktbezeichnung eines Arzneimittels, insbesondere "T.", enthält, insbesondere wenn der Titel "Mental aktiv mit T." lautet, ferner mit Übungsaufgaben sowie redaktionellen Beiträgen und Tipps zum Thema geistige Fitness im Umfang von etwa 19 Seiten, und schließlich mit Arzneimittelwerbung, insbesondere für "T.", im Umfang von etwa 4 Seiten zuzüglich der Nennung der Produktbezeichnung des Arzneimittels auf jeder Seite, insbesondere "T.", insbesondere im Rahmen der Titelbezeichnung "Mental aktiv mit T." und/oder der Überschrift "T. Fitness-Tipp",

insbesondere, wenn die Zeitschrift aufgemacht und ausgestaltet ist wie in der Klageschrift vom 17. April 2007 auf Seiten 3 bis 15 einkopiert; 10

2. der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang die Beklagte die vorstehend zu I.1. bezeichneten Handlungen begangen hat, 11

und zwar unter Angabe 12

a) der einzelnen Zeitschriftenlieferungen, aufgeschlüsselt nach Titeln und jeweiligen Ausgaben, Liefermengen, Lieferzeiten und Namen und Anschriften der Abnehmer, 13

b) der einzelnen Angebote zur Lieferung der Zeitschriften, aufgeschlüsselt nach Titeln und jeweiligen Ausgaben, Angebotsmengen, Angebotszeiten und Namen und Anschriften der Angebotsempfänger, 14

c) der Werbung für die Zeitschriften, aufgeschlüsselt nach Titeln und Ausgaben der beworbenen Zeitschriften, nach den einzelnen Werbeträgern, deren Auflagenhöhe, Verbreitungszeitraum und Verbreitungsgebiet; 15

II. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr durch die vorstehend zu I.1. bezeichneten Handlungen entstanden ist und künftig noch entstehen wird;

III. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 2.687,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5% ~~über~~ dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

Die Beklagte beantragt, 18

die Berufung zurückzuweisen, 19

Sie wiederholt und vertieft ebenfalls ihren erstinstanzlichen Vortrag und vertritt insbesondere weiter die Ansicht, die von ihr verbreitete Schrift sei als bloße Werbehilfe zulässig. 20

B. 21

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die 22
Klage zu Recht abgewiesen. Die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung,
Schadensersatz, Auskunft und Abmahnkostenersatz aus § 8 Abs. 1, § 9, § 12 Abs. 1 Satz 2
UWG stehen der Klägerin nicht zu.

1. Dahin stehen kann die im Senatstermin erörterte Frage, ob die Parteien Mitbewerber im 23
Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG sind. Das liegt im Verhältnis der Klägerin als Verlag und der
Beklagten als Herstellerin von Arzneimitteln nicht auf der Hand. Allerdings ist die
unterschiedliche Branchenzugehörigkeit allein nicht ausschlaggebend (Köhler, in:
Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 2 Rn. 67 m. Nachw.). So mag ein
Wettbewerbsverhältnis zwischen einem Verlag und einem Arzneimittelhersteller, der eine
einem Verlagsprodukt vergleichbare Zeitschrift herausgibt, anzunehmen sein. Anders könnte
die Situation aber zu beurteilen sein, wenn der Arzneimittelhersteller allein eine
Werbebroschüre verbreitet, die dem Absatz des in ihr beworbenen Medikaments dient. Ein
Einfluss der Verbreitung einer derartigen, der Arzneimittelwerbung dienenden Broschüre auf
den Absatz des Verlages mit Verlagsprodukten ist dann nicht zweifelsfrei. Näheres zu dieser
Frage kann indes offen bleiben, da auch bei Annahme eines Wettbewerbsverhältnisses die
Voraussetzungen der geltend gemachten Ansprüche nicht vorliegen.

2. Das gilt zunächst für § 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG. Das Landgericht hat 24
zu Recht – wenn auch in dem nicht tragenden Teil der Entscheidungsgründe – die
Auffassung vertreten, die angegriffene Schrift der Beklagten stelle lediglich eine Werbe- und
Verkaufshilfe dar, deren kostenlose Abgabe an Apotheken zulässig sei. Nach § 7 Abs. 1 Satz
1 HWG ist es – vorbehaltlich der dort unter Nummer 1 bis 5 genannten Ausnahmen –
unzulässig, Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) anzubieten,
anzukündigen oder zu gewähren oder als Angehöriger der Fachkreise anzunehmen.
Gegenstand einer Werbegabe im Sinne des § 7 HWG kann jeder zuwendungsfähige
wirtschaftliche Vorteil sein (BGH GRUR 1990, 1041 – Fortbildungskassetten). Abzugrenzen
von derartigen Werbegaben sind allerdings Werbe- und Verkaufshilfen des Herstellers, die
dieser im eigenen Interesse und mit dem Ziel, den Absatz seiner Waren zu fördern,
verbreitet. Sie werden in der Rechtsprechung für zulässig erachtet (OLG Düsseldorf, 2.
Zivilsenat, Urteil vom 29.11.1984 – 2 U 191/83, in Anlage BB 5; LG Bonn, Urteil vom 4.9.2003
– 14 O 53/03, zugänglich über juris).

Nach diesen Grundsätzen liegt in der Broschüre der Beklagten keine unzulässige 25
"Werbegabe" im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG, sondern eine von dieser Vorschrift nicht

erfasste Verkaufshilfe. Der Senat schließt sich insoweit den Ausführungen des Landgerichts an und nimmt hierauf Bezug. Ein wirtschaftlicher Vorteil für die Apotheker als Empfänger der Hefte, der über eine mögliche werbebedingte Umsatzsteigerung hinausginge, ist nicht erkennbar und insbesondere auch nicht daraus herzuleiten, dass die Abgabe an die Apotheken kostenlos erfolgt. Das angegriffene Heft stellt sich nämlich aus der Sicht eines Kunden einzig als eine Werbung für das Arzneimittel "T." im Interesse der Beklagten als Hersteller dar, die von der Apotheke lediglich in der Art eines Boten weitergegeben wird. Der Kunde sieht das Heft nicht als eine weitergehende Leistung der Apotheke an, die der Apotheke dann von der Beklagten kostenlos als Werbegabe im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG gewährt worden wäre. Ebenso wenig hat die Broschüre wegen der in ihr enthaltenen Denksportaufgaben einen zusätzlichen, über die Werbung hinausgehenden Nutzen für den Kunden, der sie gegenüber dem Kunden als eine Werbegabe erscheinen lassen könnte.

Das angegriffene Heft ist nämlich ganz von der Werbung für das Arzneimittel "T." der Beklagten geprägt, die sich an den Verbraucher als potentiellen Käufer richtet. Das folgt schon aus der Gestaltung des Deckblatts, die für den ersten Eindruck und für die Einordnung des Heftes aus der Sicht des angesprochenen Verbrauchers von besonderer Bedeutung ist. Das Titelblatt erscheint als eine reine Werbung für "T.", vor allem mit dessen wiederholter Nennung und unter Beifügung des hervorgehobenen Werbespruchs "Mental aktiv mit T.". Zudem wird der Hersteller, nämlich die Beklagte genannt. Bereits auf dem Titelblatt erscheint auch das Symbol für das Präparat, offenbar ein zeichnerisch vereinfacht dargestelltes Ginkgo-Blatt, das sich hier bereits dem Leser einprägen soll. Dieses Blatt erscheint sodann auf jeder der folgenden Seiten mit Denksportaufgaben und wird dort als Zeichen für das Mittel der Beklagten erkannt. Die nachfolgenden Aufgaben sind zudem, ebenfalls auf jeder Seite, überschrieben mit dem bereits vom Titelblatt bekannten Werbespruch "Mental aktiv mit T." und zudem verwoben mit einem immer wieder auftauchenden "T. Fitness-Tipp". Am Ende der Broschüre, im Anschluss an die Denksportaufgaben finden sich Texte, die eindeutig von jedermann als Werbetexte wahrgenommen werden, weil dort die Vorzüge des Arzneimittels geschildert werden.

26

Die Denksportaufgaben erscheinen auf diese Weise als ein Werbemittel der Beklagten gegenüber dem umworbenen Verbraucher, das ihn dazu zu veranlassen soll, sich eingehender mit der Broschüre und damit auch mit dem darin dargestellten Arzneimittel zu befassen. Vor diesem Hintergrund kann auch die solcherart "angereicherte" Broschüre nicht anders als eine an den Verbraucher gerichtete Werbung für das in ihr genannte und besonders herausgestellte Präparat verstanden werden. Dies zeigt gleichzeitig den Unterschied zu der von der Klägerin vertriebenen Zeitschrift. Sie stellt sich für den Verbraucher ohne Bezug auf ein bestimmtes Arzneimittel als eine Leistung des Apothekers dar, von dem sie kostenlos abgegeben wird. Sie zeigt auf ihrem Titelblatt das Apothekensymbol und sogar noch den zusätzlichen Hinweis "Diese Ausgabe wurde von ihrer Apotheke bezahlt". Die Zeitschrift enthält neben den Denksportaufgaben redaktionelle Beiträge, aber keine Werbung für ein bestimmtes Arzneimittel. Das zeigt den vollständig anderen Charakter der Kundenzeitschrift der Klägerin. Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, die Broschüre der Beklagten dem vergleichbar als eine Leistung des Apothekers und nicht als eine Werbehilfe des Herstellers erscheinen zu lassen, finden sich nicht. Dem steht der Umstand nicht entgegen, dass der Apotheker an irgendeiner Stelle auf der Broschüre seinen Apothekenstempel anbringen kann. Unabhängig davon, dass ein besonderes Feld hierfür noch nicht einmal vorgesehen ist, erscheint der so bezeichnete Apotheker lediglich als die Stelle, an der das beworbene Präparat verkauft wird. Der Stempel macht die Werbehilfe nicht zu einer Leistung des Apothekers. Auch der Umstand, dass die Broschüre der Beklagten in mehreren Ausgaben laufend neu erscheint, wie die Anlagen TW 11 ff. belegen, steht ihrer

27

Einordnung als Werbehilfe nicht entgegen, weil dies den Eindruck des einzelnen Heftes aufgrund der dargelegten Gestaltung nicht verändert. Das Heft erscheint zudem nicht ähnlich einer Zeitschrift in festgelegten periodischen Abständen. So bleibt die Angabe zur Ausgabennummer auf der Titelseite gegenüber der auf ihr enthaltenen Werbung ohne eigenständige Bedeutung.

Die Klägerin verweist ohne Erfolg auf das Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 16.4.2008 (9 O 1261/07, Anlage TW 18). Das dort zu beurteilende Heft ist nämlich dem hiesigen schon nicht ohne weiteres vergleichbar. Gegenstand des dortigen Verfahrens war ein Sonderheft der Beklagten zum – laut Titelblatt – "Mental aktiv-Programm". Es enthielt – im Unterschied zum hier zu beurteilenden Heft – auf der Titelseite eine Preisangabe von 6,20 €. Darauf hat das Landgericht in den Entscheidungsgründen auch maßgeblich abgestellt. In der Tat ist zu fragen, ob eine derartige Preisangabe dem Eindruck einer Werbehilfe nicht – unabhängig von dem sonstigen Inhalt des Heftes – entgegenstehen kann, weil Werbehilfen von dem Werbeadressaten regelmäßig nicht bezahlt werden müssen. Soweit aus dem Urteil des Landgerichts Braunschweig trotz der unterschiedlichen Verfahrensgegenstände eine abweichende Auffassung auch mit Bezug auf das hier zu beurteilende Heft zu entnehmen sein sollte, folgt der Senat dem nicht. Insbesondere wird der Werbecharakter der Broschüre nicht allein dadurch in Frage gestellt, dass in ihr auch Denksportaufgaben enthalten sind. Sie sind – wie dargelegt – jedenfalls in dem im vorliegenden Fall zu beurteilenden Heft in einer Weise präsentiert, die den Bezug zu dem beworbenen Arzneimittel stets deutlich macht. Vor diesem Hintergrund würde nach der Auffassung des Senats kein Kunde die Broschüre der Beklagten als einen Ersatz für Kundenzeitschriften ansehen, wie sie die Klägerin verlegt und die durch ihren redaktionellen Inhalt geprägt sind. Das Urteil des Landgerichts Frankenthal vom 24.1.2008 (2 HK.O 134/07, Anlage TW 19) betrifft einen völlig anderen Fall eines Sudoku-Rätselheftes, der dem vorliegenden nicht vergleichbar ist. 28

3. Die weiteren, vom Landgericht erörterten Gesichtspunkte zu den gesetzlichen Ausnahmen in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG können ebenso dahin stehen wie die Frage, ob es für die Frage der Anspruchsberechtigung im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG bei bejahtem Wettbewerbsverhältnis zusätzlich auf den Schutzzweck der verletzten Norm ankommen kann (Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 26. Aufl. 2008, § 8 UWG Rn. 3.6), was nicht zweifelsfrei erscheint. 29

4. Die angegriffene Abgabe der Broschüre an Apotheker verstößt auch weder gegen § 4 Nr. 1 und Nr. 10 UWG noch stellt sie eine gemäß § 3 UWG verbotene Marktstörung und allgemeine Marktbehinderung dar. Die Verbreitung einer Werbehilfe behindert für sich genommen Mitbewerber nicht in unlauterer Weise. Die Vorschriften dürfen nicht eingesetzt werden, um das Aufkommen neuer, dem Verbraucher nützlicher Werbeformen zu unterbinden. 30

5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 31

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 32

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. 33
Entscheidungserheblich ist die Einordnung einer auf bestimmte Weise gestalteten Broschüre als Werbehilfe und damit die Subsumtion in einem Einzelfall, nicht grundsätzliche, mit § 7 HWG oder anderen Bestimmungen zusammenhängende Rechtsfragen.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 250.000,-- €, entsprechend der Festsetzung des Landgerichts. Die Abmahnkosten bleiben als den Streitwert nicht erhöhende Nebenkosten 34

außer Betracht.

