
Datum: 29.11.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 121/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:1129.4U121.07.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 16 O 66/07

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das das am 13. Juli 2007 verkündete Urteil der VII. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

- | | |
|---|---|
| | 1 |
| Der Kläger nimmt die Beklagte auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: | 2 |
| Der Kläger ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Wahrung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder gehört. Die Beklagte ist ein Arzneimittelunternehmen. Sie vertreibt homöopathische Arzneimittel. | 3 |
| Aufgrund von Verstößen gegen heilmittelwerberechtliche Vorschriften mahnte der Kläger die Beklagte unter dem 7.11.2002 ab und fordert sie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf. Die Beklagte gab unter dem 13.11.2002 die geforderte Unterlassungserklärung dahingehend ab, dass sie es unterlassen werde "im geschäftlichen Verkehr für registrierte homöopathische Arzneimittel mit der Angabe von Anwendungsgebieten zu werben" (Ziff. 1.1.). Für jeden Fall der Zuwiderhandlung versprach | 4 |

sie in Ziff. 2, eine Vertragsstrafe in Höhe von jeweils 5.100 Euro zu zahlen. Wegen weiterer Verstöße in der Folgezeit erhöhte die Beklagte das Strafversprechen zunächst auf 7.000 Euro und mit Vereinbarung vom 11.1.2007/5.2.2007 auf 10.000 Euro.

Am 27.2.2007 versandte die Beklagte gleichzeitig zwei Briefsendungen an den Heilpraktiker T. In einem Umschlag befand sich eine Broschüre "Vademecum Biochemie", in dem zweiten Umschlag waren vier Exemplare einer als "Präparatelite Januar 2007" überschriebenen Faltbroschüre und zwei Exemplare einer kleinen Broschüre "Biochemie nach Dr. Schüßler - Schüßlersalze in der Anwendung". 5

Der Kläger ließ daraufhin die Beklagte unter dem 14.3.2007 erfolglos zur Zahlung einer Vertragsstrafe auffordern. 6

Der Kläger hat gemeint, die Beklagte habe mit dem Inhalt der übersandten Briefumschläge gegen das Vertragsstrafversprechen verstoßen. Das Vademecum Biochemie enthalte auf den S. 32-81 eine tabellarische Auflistung, in der 320 Anwendungsgebiete aufgelistet seien, verbunden mit Empfehlungen, welche der mit Nummern versehenen Schüßlersalze bei diesen Störungen anzuwenden seien. Die Broschüren "Schüßlersalze in der Anwendung" und "Präparatelite" listeten die gleichen Mittel auf wie das "Vademecum". Die Broschüreninformationen ließen sich also kombinieren. Der Umstand, dass beide Listen getrennt an den Zeugen versendet wurden, beseitige den Verstoß nicht, denn der Adressat beider Sendungen erkenne, dass die Broschüren zusammen gehörten. 7

Der Kläger hat beantragt, 8

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 10.000,- Euro zzgl. Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten 9 über dem Basiszinssatz seit dem 3.5.2007 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, 10

die Klage abzuweisen. 11

Sie hat vorgetragen, mit der Übersendung der Briefumschläge nicht gegen das Vertragsstrafenversprechen verstoßen zu haben, weil das Verbot nicht für die Indikationswerbung gegenüber Angehörigen von Fachkreisen gelte. Im Übrigen hat die Beklagte gemeint, nicht mit der Angabe von Anwendungsgebieten geworben zu haben, vielmehr enthielten die Broschüren lediglich eine Beschreibung der Funktionen der aufgeführten Mineralstoffe. Die Beklagte hat behauptet, die Broschüren seien nicht im Rahmen der Absatzwerbung eingesetzt, sondern lediglich auf konkrete Anfrage hin als allgemeine Handreichung zum Thema Schüßlersalze übersandt worden. 12

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Der Beklagte habe schuldhaft gegen die vertragliche Verpflichtung verstoßen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für registrierte homöopathische Arzneimittel mit der Angabe von Anwendungsgebieten zu werben. Das Übersenden des Inhalts der beiden Briefumschläge stelle eine Werbemaßnahme im geschäftlichen Verkehr dar, denn die in der werbemäßig aufgemachten Broschüre enthaltenen Ausführungen zu einzelnen Mineralstoffen sei Werbung im geschäftlichen Verkehr. Weder die Unterlassungserklärung noch der vom Landgericht als verfassungsgemäß angesehene § 5 HWG als Grundlage für das Vertragsstrafenversprechen differenzierten danach, ob die Werbung an Fachkreise oder Laien gerichtet sei. Mit den Aussagen in Faltblatt und Broschüren werbe die Beklagte auch mit der Angabe von Anwendungsgebieten für ihre homöopathischen Arzneimittel. So werde in der Broschüre 13

"Vademecum Biochemie" auf S. 32 ff. angegeben, welche "Schüßler-Salze" bei bestimmten Krankheitsbildern anzuwenden seien. In dem Indikationsverzeichnis auf S. 102 ff. werde ausdrücklich auf diese Aufstellung Bezug genommen, so dass sich zwanglos eine Verbindung zwischen einem bestimmten homöopathischen Arzneimittel und einer entsprechenden Indikation ergebe. Die Angaben gingen somit über die bloße Funktionsbeschreibung von Mineralien hinaus.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten. Sie wiederholt ihre erstinstanzlich geäußerte Ansicht, das "Vademecum Biochemie" sei keine Werbung, sondern enthalte sachliche Information über die Funktionsweise von Mineralen. Keine Werbung enthalte auch die Broschüre "Biochemie nach Dr. Schüßler Produktbezogene Information enthalte lediglich das Präparateverzeichnis. Dort fehle es allerdings an Angaben über Anwendungsgebiete. Das gerügte Verhalten unterfalle daher nicht dem Unterlassungsversprechen. Selbst wenn Werbung vorläge, so würde diese gleichwohl nicht von dem Versprechen erfasst. Das Versprechen sei für die Beteiligten erkennbar auf das gesetzliche Verbot des § 5 HWG bezogen. Diese Vorschrift unterscheide zwar nicht nach Laien- und Fachwerbung, ihr Zweck sei jedoch darauf gerichtet, den Endverbraucher vor den Gefahren einer nicht fachkundigen Selbstmedikation zu schützen. Daher sei die Fachwerbung von der Norm nicht erfasst. Dies entspreche auch einer verfassungskonformen Auslegung des § 5 HWG. Die Beklagte rügt in diesem Zusammenhang, dass das Landgericht ohne weitere Begründung davon ausgegangen sei, dass § 5 HWG verfassungsgemäß sei. Doch gebiete eine an der Berufsausübungsfreiheit orientierte Auslegung, dass eine sachlich gehaltene Fachinformation von ihr nicht erfasst werde.

Die Beklagte beantragt,
unter Abänderung des am 13.7.2007 verkündeten Urteils des Landgerichts Bielefeld (Az. 1616 O 66/07) die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angegriffene Urteil und bezieht sich auf sein erstinstanzliches Vorbringen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Berufung ist unbegründet, weil die Beklagte die Vertragsstrafe aus Ziff. 1.1. mit Ziff. 2 des Versprechens vom 13.11.2002 in Form der ergänzenden Vereinbarung vom 11.01.2007/05.02.2007 verwirkt hat.

1. Die Vertragsstrafe ist wirksam vereinbart worden. Insbesondere ist ein die Möglichkeiten zur Werbung beschränkender Vertrag nicht kartellrechtswidrig, wenn er lediglich die Möglichkeiten unlauterer Werbung beschränkt (BGH GRUR 1975, 610, 611). Die Frage, ob das vertraglich vereinbarte Unterlassungsgebot auch gesetzlich nach Maßgabe des § 5 HWG in Verbindung mit §§ 3, 4 Nr. 11 UWG zu verlangen war, stellt sich nicht, weil die Parteien frei darin sind, Verhaltenspflichten untereinander festzulegen. Auch ein gesetzlich zugelassenes Verhalten kann Gegenstand einer vertraglichen Unterlassungspflicht sein. Bei Zweifeln über die gesetzliche Zulässigkeit des Verhaltens enthält die Vereinbarung einer Vertragsstrafe ein Vergleichselement dergestalt, dass die Parteien sich zur Vermeidung gerichtlichen Streits auf eine bestimmte wettbewerbliche Sicht einigen (vgl. KG WRP 1981, 148).

2. Das Verhalten des Beklagten fällt unter die vertragliche Unterlassungsverpflichtung gem. § 339 Satz 2 BGB mit Ziff. 1.1. und Ziff 2 der Vereinbarung. Ausweislich Ziff. 1.1 der Vereinbarung hat sich die Beklagte verpflichtet, "es zu unterlassen, für registrierte homöopathische Arzneimittel mit der Angabe von Anwendungsgebieten ... zu werben". Unstreitig ist, dass die Beklagte dem Heilpraktiker T in zwei getrennten Umschlägen jeweils ein Vademecum Biochemie sowie in dem weiteren Umschlag eine Präparatelite und eine Broschüre "Schüßlersalze in der Anwendung" zugesandt hat.

a) Bei dieser Zusendung handelt es sich um Werbung. Werbung ist jede informations- und meinungsbildende Aussage, die darauf abzielt, die Aufmerksamkeit der Adressaten zu erwecken und deren Entschlüsse mit dem Ziel der Förderung des Absatzes von Heilmitteln zu beeinflussen (Fezer/Reinhart, UWG, § 4-S4 Rn 360 mit Bezugnahme auf BGH GRUR 1991, 860 – Katovic; GRUR 1995, 612 – Sauerstoff-Mehrschritt-Therapie). Die Definition entspricht Art. 86 Abs. 1 des Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel (Richtlinie 2001/83/EG, ABl. L 311 S. 67), der Werbung definiert als "alle Maßnahmen zur Information, zur Marktuntersuchung und zur Schaffung von Anreizen mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch von Arzneimitteln zu fördern". Nach beiden Definitionen ist das Absatzförderungsziel konstitutiv für den Begriff der Werbung. Es fehlt nur bei "Informationen über die menschliche Gesundheit oder Krankheiten, sofern darin nicht, auch nicht in indirekter Weise, auf ein Arzneimittel Bezug genommen wird" (Art. 86 Abs. 1 Gemeinschaftskodex). 24

Die Beklagte hat sich aber nicht darauf beschränkt, solche allgemeinen Informationen ohne konkreten Produktbezug zu versenden. Durch die Beifügung ihrer Präparatelite hat sie vielmehr einen Zusammenhang zwischen sachlicher und absatzfördernder Information hergestellt. Die Beklagte selbst gesteht zu, dass die Präparatelite Werbecharakter hat. Der Umstand, dass neutrale und absatzfördernde Information postalisch getrennt waren, hebt den Werbecharakter der Gesamtsendung nicht auf. Der Kunde erkennt anhand der einheitlichen Absenderangabe, dass eine einzige Anbieterin handelt. Dafür sorgt auch die Formulierung "Biochemie nach Dr. Schüßler. Der Name Dr. Schüßler wird zwar auch von anderen Anbietern verwendet. Wenn ein Anbieter diesen Namen jedoch auf Präparatelisten und Produktinformationen gewissermaßen als roten Faden verwendet, so zweifelt der Adressat der Sendung nicht daran, dass Information und Produktangebot selbst bei getrennter Verwendung Hand in Hand gehen. Die Trennung der Sendungen wird der Adressat dann auf versand- oder verpackungstechnische Gründe zurückführen. 25

b) Die Beklagte hat auch mit der Angabe von Anwendungsgebieten geworben, da ausdrücklich oder konkludent behauptet wird, die in der Präparatelite angegebenen Mittel seien zur Heilung oder Linderung konkreter Beschwerden, Krankheiten oder Funktionsstörungen geeignet. So wird auf S. 57 des Vademecums angegeben, ein bestimmtes Salz (Calziumphosphorikum) diene der Förderung der Heilung von Knochenbrüchen, also ein konkretes Anwendungsgebiet für dieses Mittel genannt. Auch im Übrigen wird durch die ständige Gegenüberstellung von konkreter Funktionsstörung und einem konkret benannten Salz ein Anwendungsgebiet, nämlich ein kausaler Zusammenhang zwischen Funktionsstörung und ihrer Behebung hergestellt. Damit geht die Aufstellung über die Beschreibung bloßer Eigenschaften von Mineralien hinaus. 26

c) In der Vertragsvereinbarung hat sich die Beklagte dazu verpflichtet, auch Werbung gegenüber einem Fachpublikum, also gegenüber einem Heilpraktiker zu unterlassen. 27

Die Beklagte hat in der Verpflichtungserklärung in keiner Weise zum Ausdruck gebracht, dass sie sich nur auf Laienwerbung bezogen unterwerfen wolle. Der Kläger durfte und konnte nach 28

allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung daher davon ausgehen, dass die von ihr formulierte eindeutige Erklärung vorbehaltlos angenommen wurde. Willenserklärungen sind so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste (Palandt-Heinrichs, § 133 Rn 9). Fehlt es an jedem objektiven Anhaltspunkt dafür, dass die Beklagte ihre Erklärung beschränken wollte, so muss sie sich an der gewählten einschränkungslosen Formulierung festhalten lassen.

Selbst wenn der Kläger davon ausgehen musste, dass die Beklagte sich nur in dem Umfang unterwerfen wollte, der in § 5 HWG umschrieben wird, bleibt es bei diesem Ergebnis, denn auch diese Vorschrift enthält ein generelles und nicht auf Laienwerbung beschränktes Werbeverbot. Das folgt aus Wortlaut und Systematik, aber auch aus Sinn und Zweck des § 5 HWG. Die Vorschriften des HWG unterscheiden deutlich danach, ob eine Werbung generell oder nur gegenüber dem Laienpublikum verboten wird. Nur an ein Laienpublikum richten sich die Werbeverbote der §§ 11, 12 HWG. § 5 HWG ist dagegen nicht eingeschränkt. Die adressatenbezogen unterschiedliche Reichweite von Werbeverboten im HWG soll dem Umstand Rechnung tragen, dass der Adressatenkreis jeweils über eine unterschiedliche Sachkunde verfügt (Fezer/Reinhart aaO. Rn 371). Daher muss man von einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers ausgehen, das Werbeverbot des § 5 HWG zu generalisieren. Entscheidend dafür spricht auch der Gesichtspunkt, dass bei homöopathischen Arzneimitteln "ein Wirksamkeitsnachweis für ein bestimmtes Anwendungsgebiet ... bei einem Teil dieser Arzneimittel wegen des hohen Verdünnungsgrades und des damit verbundenen geringeren Gehalts an wirksamen Bestandteilen kaum zu führen (ist)" (so die bei Doepner, HWG, § 5 Rn 3 wiedergegebene Begründung zu § 38 AMG, BT-Drucks. 7/3060, S. 52 f.). Fehlt es an der Möglichkeit, konkrete Anwendungsgebiete zu umreißen, so ist es konsequent, auch die Werbung mit Anwendungsgebieten zu verbieten. Dieser Gesichtspunkt gilt gegenüber Fach- und Laienpublikum gleichermaßen. Der Kläger musste auch nicht von einer aus verfassungsrechtlichen Gründen restriktiven Auslegung des § 5 HWG im Hinblick auf den Adressatenkreis ausgehen, weil kein Gericht die Verfassungsmäßigkeit der Norm in Frage gestellt hat.

3. Die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr folgt aus der mit der Klage dargelegten Verletzungshandlung. 30

4. Die Beklagte verstieß schuldhaft gegen das Unterlassungsgebot, da sie nach der wiederholten Abmahnung den Umfang ihrer Unterlassungspflicht hätte kennen müssen. 31

5. Die Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe hält sich mit 10.000,- Euro im Rahmen dessen, was zulässigerweise für Wettbewerbsverstöße der vorliegenden Art vereinbart werden darf. Im Regelfall hält der erkennende Senat eine Vertragsstrafe für angemessen, wenn sie den Betrag von 5.001,00 € nicht unterschreitet (vgl. Senat, Urt. v. 29.4.2004 - 4 U 28/04). Im vorliegenden Fall handelt es sich hingegen um einen wiederholten Verstoß nach ursprünglich vereinbarten 5.100 Euro und dann vereinbarten 7.000 Euro. Dieser Umstand kommt in der zuletzt vereinbarten Summe zum Ausdruck. 32

III. Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 33
