

58. 1. Wann liegt ein widerrechtlicher Eingriff in den Gewerbebetrieb eines anderen als in ein sonstiges Recht nach § 823 Abs. 1 BGB. vor?

2. Sind die Kaiserl. Verordnung über den Verkehr mit Arzneimitteln vom 22. Oktober 1901 (RGBl. S. 380) und § 367 Nr. 3 StGB. für den Gewerbebetrieb der Apotheker als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. anzusehen?

3. Enthält die fortdauernde Zuwiderhandlung gegen ein Verbotsgesetz mit dem Bewußtsein, daß ein anderer infolge davon in seinem Erwerbseinkommen benachteiligt wird, an und für sich einen Verstoß gegen die guten Sitten?

4. Über die Grenzen der Klage auf Unterlassung wegen unerlaubter Handlung. Ist eine solche auch dann gegeben, wenn die zu unterlassende Handlung durch ein Strafgesetz unter Strafe gestellt ist?

BGB. §§ 823 Absf. 1 und 2, 826.

Gesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 (RGBl. S. 499) § 1.

StGB. § 367 Nr. 3.

Kaiserl. Verord. über den Verkehr mit Arzneimitteln vom 22. Oktober 1901 (RGBl. S. 380).

VI. Zivilsenat. Ur. v. 28. September 1911 i. S. H. (Rl.) w. R. (Bekl.).
Rep. VI. 407/10.

I. Landgericht Bremen.

II. Oberlandesgericht Hamburg.

Der Beklagte hatte in seiner Drogenhandlung in Bremen wiederholt Waren verkauft, die nach der Kaiserl. Verordnung vom 22. Oktober 1901, betr. den Verkehr mit Arzneimitteln, entweder überhaupt, oder als Heilmittel nur in Apotheken verkauft werden dürfen. Der Kläger, der eine Apotheke in Bremen inne hatte, fühlte sich durch den ungesetzlichen Handel des Beklagten in seinem Gewerbebetriebe geschädigt und erhob gegen ihn auf Unterlassung solcher Verkäufe unter Androhung einer Strafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung Klage.

Das Landgericht wies die Klage ab; die Berufung des Klägers wurde vom Oberlandesgericht zurückgewiesen. Auch die Revision des Klägers ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

... „Die Klage auf Unterlassung unerlaubter Handlungen ist nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs zunächst nur gegeben zur Beseitigung widerrechtlicher Störungen ausschließlicher (sog. absoluter) Rechte, so zum Schutze des Namensrechts (§ 12), des Besizes und des Eigentums (§§ 862, 1004) und der dem Eigentume gleichzustellenden dinglichen Rechte an fremden Sachen (§§ 1017, 1027, 1088, 1090, 1227). Es sind dies die Rechte, die in § 823 Abs. 1 BGB. unter den Kategorien des Eigentums und des sonstigen Rechts als gegen widerrechtliche Verletzungen geschützt bezeichnet sind, und deren schuldhaftige Verletzung nach diesem Gesetze den Täter zum Schadenersatze verpflichtet. Unter diese sonstigen Rechte wird nach feststehender Rechtsprechung des Reichsgerichts auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb einbegriffen (Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 48 S. 114, Bd. 56 S. 271, Bd. 58 S. 24, Bd. 64 S. 52, Bd. 65 S. 210), und der Kläger stützt sich im gegenwärtigen Rechtsstreite in erster Linie auf eine solche Verletzung seines Gewerbebetriebes. Allein mit Recht hat das Berufungsgericht dem entgegengesetzt, daß der, wemgleich unbefugte, Verkauf von Waren, die nach dem Gesetze nur in Apotheken verkauft werden dürfen, im eigenen Gewerbebetriebe des Beklagten einen Eingriff in den Gewerbebetrieb des Klägers im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. nicht darstellt. Eine Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes kann nur angenommen werden, wenn sich die Hand-

lung des anderen unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebes richtet, dieser tatsächlich gehindert, oder seine rechtliche Zulässigkeit verneint, und seine Schließung oder Einschränkung verlangt wird.

Vgl. RGR. Kommentar zum BGB. Bem. 9 zu § 823 und die dort angezogenen Entscheidungen, sowie Warneyer, Rechtsprechung des RG's 1910 Nr. 420 und Jur. Wochenschr. 1911 S. 712 Nr. 12. Das Merkmal des rechtswidrigen Eingriffs liegt, wie die zuletzt angeführte neuere Entscheidung sich ausdrückt, nicht in der nachteiligen Einwirkung auf den Ertrag des Geschäftes, sondern in der Antastung des Gewerbebetriebes als solchen, in der unmittelbaren Hinderung und Hemmung des Anbietens und Abschließens von Verkäufen oder irgendwelcher Betriebs- oder Vertriebshandlungen des Klägers. Davon kann im gegebenen Falle nicht die Rede sein; der Beklagte hat den Kläger nicht gehindert, seine gewerblichen Geschäfte zu betreiben.

Von dieser Klage auf Unterlassung von Eingriffen in ein ausschließliches Recht des Klägers abgesehen, kann eine Klage auf Unterlassung von Eingriffen in den allgemeinen Rechtskreis eines anderen — von der das Bürgerliche Gesetzbuch allerdings selbst nichts erwähnt — dann stattfinden, wenn durch eine vorausgegangene unerlaubte Handlung des Beklagten ein den klagenden Teil dauernd schädigender Zustand geschaffen wurde, der durch den Zwang zur Unterlassung weiterer Störungen beseitigt wird, so daß die Unterlassung die Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne des § 249 BGB. bedeutet. Vorausgesetzt ist, daß eine Wiederholung des in der Vergangenheit liegenden Eingriffes ernstlich zu befürchten steht, und daß in dem Eingriffe der volle objektive und subjektive Tatbestand der unerlaubten Handlung erfüllt ist (RGR. Kommentar zum BGB. Vorbem. 6 vor § 823 unter b). Aus diesem Gesichtspunkte stützt der Kläger seine Unterlassungsklage auf eine Verletzung im Sinne des § 826 BGB., des § 1 des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 — der eine Klage auf Unterlassung ausdrücklich vorsieht —, sowie auf eine Verletzung von Schutzgesetzen, nämlich des § 367 Nr. 3 StGB. und der Kaiserl. Verordnung, betr. den Verkehr mit Arzneimitteln, vom 22. Oktober 1901, im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

Die dem Beklagten vom Kläger vorgeworfene unerlaubte Handlung besteht lediglich in der Verletzung der zuletzt bezeichneten

beiden Gesetze, durch die den Apotheken der Vertrieb gewisser Waren allein vorbehalten, und ihr ungesetzlicher Verkauf unter Strafe gestellt wird. Eine ein gesetzliches Verbot verletzende Handlung verstößt indessen noch nicht schlechthin gegen die guten Sitten (vgl. den Gegensatz in den §§ 134 und 138 BGB.). Es mag zugegeben werden, daß ein fortgesetztes vorsätzliches Zuwiderhandeln gegen ein Verbotsgesetz, wenn es mit einer vorsächlichen Benachteiligung anderer verbunden ist, in vielen Fällen als gegen die guten Sitten, gegen „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ (Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 48 S. 114, Bd. 58 S. 214, Bd. 73 S. 107) verstößend angesehen werden und so den Tatbestand des § 826 BGB. oder des § 1 des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb erfüllen kann. Indessen muß für den gegebenen Fall dem Berufungsgericht darin zugestimmt werden, daß die, wenn selbst beharrliche, Zuwiderhandlung gegen jene Verbotsgesetze lediglich nach ihrer gewerbepolizeilichen Seite — ihre gesundheitspolizeiliche kommt für den Anspruch des Klägers nicht in Frage — nach der allgemeinen sittlichen Volksanschauung als gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößend nicht erachtet werden kann, und es darf hierbei darauf hingewiesen werden, daß die allenthalben vorkommenden Zuwiderhandlungen der Drogenhändler gegen die bezeichneten Gesetze vorwiegend darin ihren Grund haben, daß ein großer Teil des Publikums die Drogenhandlungen als billigere Bezugsquellen vor den Apotheken bevorzugt und in ihren Geschäften auch seinen Bedarf an Arzneimitteln und Arzneistoffen, soweit solche im Handverkaufe zu haben sind, zu decken sucht, sodaß wohl gesagt werden kann, daß die gesetzliche Grenzregelung zwischen den Apotheken und dem freien Gewerbebetriebe mit den Anschauungen und Bedürfnissen des Publikums nicht schlechthin im Einklange steht (vgl. Kronecker, in der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 188, 190).

Die Frage, ob in den gesetzlichen Bestimmungen des § 367 Nr. 3 StGB. und der Kaiserl. Verordnung vom 22. Oktober 1901 Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. für die Apotheker als Gewerbetreibende zu erblicken sind, ist hinsichtlich des erstgenannten Gesetzes, im Einklange mit dem Berufungsgericht, zu verneinen. Die Stelle des Gesetzbuchs, an welcher sich die Bestimmung in § 367 StGB. befindet, der nur Delikte gemeingefährlichen

Charakters aufzählt, weisen mit Entschiedenheit darauf hin, daß mit diesem Gesetze lediglich ein Schutz der Allgemeinheit, des Publikums, bezweckt worden ist, dem der Bezug guter Arzneimittel gewährleistet, und das vor den Gefahren für die Gesundheit aus dem Vertriebe von Arzneien durch sachunkundige Personen gesichert werden soll (vgl. *Dlshausen*, *StGB. Bem.* zu § 367 Nr. 3). An einen Schutz der gewerbetreibenden Apotheker gegenüber anderen Gewerbetreibenden hat dieses Gesetz nicht gedacht.

Anders kann es sich verhalten mit der Kaiserl. Verordnung vom 22. Oktober 1901. Diese ist an sich kein Strafgesetz — die sie ergänzende Strafbestimmung enthält eben § 367 Nr. 3 *StGB.* —; aber sie spricht bestimmte Verbote aus, und wenn sie durch diese einen Schutz einzelner gegen Gefährdungen oder Rechtsverletzungen gewähren will, sind die Merkmale eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 *BGB.* gegeben, das nicht notwendig ein Strafgesetz sein muß.

Vgl. *Entsch. des Rb.'s in Zivils.* Bd. 51 S. 177, Bd. 53 S. 312, Bd. 63 S. 324; *Jur. Wochenschr.* 1909 S. 780 Nr. 48.

Die Kaiserl. Verordnung ist auf Grund des Vorbehalts in § 6 Abs. 2 *GewD.* erlassen und hat deshalb gesetzlichen Charakter. Sie enthält in § 1 das Verbot: „Die in dem angeschlossenen Verzeichnisse A aufgeführten Zubereitungen dürfen . . . als Heilmittel außerhalb der Apotheken nicht feilgehalten oder verkauft werden“, und in § 2 das weitere: „Die in dem angeschlossenen Verzeichnisse B aufgeführten Stoffe dürfen außerhalb der Apotheken nicht feilgehalten oder verkauft werden.“ Diese Verordnung hat nun, wie ihre Grundlage in § 6 *GewD.* lehrt, allerdings neben dem Schutze der Allgemeinheit auch die Bestimmung, die gewerblichen Verhältnisse der Apotheken zu regeln. Indem sie bestimmt, welche chemischen Zubereitungen und Stoffe dem freien Verkaufe überlassen werden, und welche den Apotheken vorbehalten sind, hat sie den Schutz des Apothekergewerbes in diesen Vorbehalten zum Gegenstande. Wenngleich auch in dieser Richtung die Verordnung zunächst nur eine im Gemeinwohl gelegene Regelung der Verhältnisse des Apothekergewerbes im allgemeinen, nicht einen Schutz der einzelnen Personen dieses Gewerbes im Auge hat, so läßt sich doch nicht schlechtthin in Abrede nehmen, daß damit auch die einzelnen Vertreter des Gewerbebezweiges, die Apotheker, in den gesetz-

lichen Vorbehalten nicht nur dem Erfolge nach geschützt werden, sondern daß dieser Schutz auch in der Absicht des Gesetzgebers gelegen sein mag.

Die Frage kann jedoch unentschieden bleiben. Denn die erhobene Klage auf Unterlassung ergibt sich unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt als unstatthaft. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat in weitem Umfange, auch über die oben behandelten Fälle hinaus, eine Klage auf Unterlassung bei unerlaubten Handlungen für zulässig erklärt (vgl. RGR. Komm. zum BGB. Vorbem. 6 von § 823 unter c); aber sie hat nicht ausgesprochen, daß, wenn der Tatbestand einer unerlaubten Handlung vorliegt, in jedem Falle, in dem ein Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung gegeben ist, auch eine Klage auf Unterlassung gegeben sein müsse. Die Urteile in den Entsch. in Zivilf. Bd. 48 S. 114 (119), Bd. 51 S. 569 (375), Bd. 60 S. 8 (7) haben das Rechtsschutzbedürfnis als Maßstab für die Zulassung der Unterlassungsklage aufgestellt, und in dem Urteile Bd. 71 S. 85 ist eine Klage auf Unterlassung ehebrecherischer Handlungen deshalb abgewiesen worden, weil eine Klage auf Unterlassung dann zu versagen sei, wenn das öffentliche Recht einer zivilrechtlichen Verfolgung entgegenstehe. Der rechtliche Gesichtspunkt dieser letzteren Entscheidung trifft aber im allgemeinen überall zu, wo die Handlung, auf deren Unterlassung im Wege des Zivilprozesses geklagt wird, durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt ist. Wo die Wiederholung einer Handlung als gesetzlich verboten bereits mit öffentlicher Strafe bedroht ist, ist für eine weitere zivilrechtliche Strafandrohung kein Bedürfnis und kein Raum (vgl. Lau, der Unterlassungsanspruch, in Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 497, 503). Der Grundsatz mag nicht gelten, wo auf eine unerlaubte Handlung zwar eine öffentliche Strafe angedroht, die Strafverfolgung aber vollständig der Willkür der verletzten Privatperson anheimgegeben ist (Privatklage); aber er greift durch, wo die öffentliche Gewalt die Strafverfolgung des Täters selbst betreibt. Das Mittel zur Durchführung des auf Unterlassung unerlaubter Handlungen gerichteten Urteils ist die Zivilstrafe des § 890 BGB. Diese ist, obwohl sie den Zweck der Willensbeugung verfolgt — was nach den geltenden Strafrechtstheorien ganz oder zum Teil bei den öffentlichen Strafen der Strafgesetze ebenso der Fall ist —, im

Gegensatz zu der Vollstreckungsmaßregel des § 888 BPO. wirkliche Strafe, Sühne für ein begangenes Unrecht, und wird deshalb auch nach strafrechtlichen Grundsätzen festgesetzt.

Vgl. Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 36 S. 417, Bd. 38 S. 424,

Bd. 53 S. 182; Gaupp-Stein, BPO. 8./9. Aufl. Bem. I zu § 890.

„Der Vollstreckungstitel bildet die Norm, die Strafandrohung das konkrete Strafgesetz“ (Gaupp-Stein a. a. O.). Wo sich inhaltlich die Zuwiderhandlung gegen die Strafnorm des Urteils deckt mit der Zuwiderhandlung gegen eine staatliche Strafnorm, die im öffentlichen Interesse erlassen ist, kann diese nicht außer acht gelassen werden. Soweit der Staat als Hüter der öffentlichen Ordnung eine Strafandrohung erlassen hat, kann nicht nebenher eine private Strafandrohung ergehen, der der Staat als Organ der Zwangsvollstreckung seine helfende Hand leihen soll. Es gibt nur eine Strafe für eine unter öffentliche Strafe gestellte Handlung, und diese ist die öffentliche des Strafgesetzes; ihr muß die zivilrechtliche weichen.

Im gegebenen Falle ist die unerlaubte Handlung, deren fernere Unterlassung bei Vermeidung einer anzudrohenden Strafe das Ziel der erhobenen Klage bildet, durch die Strafvorschrift des § 367 Nr. 3 StGB. unter öffentliche Strafe gestellt. Gleichgültig ist, ob dieses Strafgesetz als Schutzgesetz für die gewerblichen Interessen der Apotheker anzusehen ist, oder nicht; der strafbare Tatbestand deckt sich mit dem des Klagevortrages, die Strafnorm mit der der beantragten Entscheidung. Der Kläger mag deshalb, sofern ihm durch die Übertretungen des Beklagten gegen die Kaiserl. Verordnung ein Schaden erwachsen ist, wider ihn Klage auf Schadensersatz erheben; er mag daneben fortgesetzt gegen ihn Strafanzeige erstatten, um seine öffentliche Bestrafung herbeizuführen; eine zivilrechtliche Klage auf Unterlassung der unter öffentliche Strafe gestellten Handlungen ist ihm zu versagen.“ . . .