



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 105/10

Verkündet am:
25. April 2012
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

DAS GROSSE RÄTSELHEFT

UWG § 4 Nr. 11, § 8 Abs. 2; HWG § 7 Abs. 1; BGB § 831 Gd

- a) Bei der Beantwortung der Frage, ob eine aus mehreren Gegenständen - hier: Rätselhefte - bestehende Zuwendung im Sinne von § 7 Abs. 1 HWG von geringem Wert ist, ist auf den Gesamtwert aller Gegenstände abzustellen.
- b) Das in § 7 Abs. 1 HWG geregelte Verbot der Wertreklame soll der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung begegnen, die von einer Werbung mit Geschenken ausgehen kann; diese Gefahr ist im Sinne einer individuellen Beeinflussbarkeit der Zuwendungsempfänger zu bewerten.
- c) Auch im Anwendungsbereich des § 8 Abs. 2 UWG kommt eine Haftung für den Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB in Betracht.

BGH, Urteil vom 25. April 2012 - I ZR 105/10 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. April 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Büscher, Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Löffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 12. Mai 2010 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger verlegt die Rätselzeitschrift „Rätsel aktuell“, die Apotheken im entgeltlichen Abonnement zum Stückpreis von 0,50 € beziehen können, um sie an ihre Kunden weiterzugeben.
- 2 Die Beklagte zu 2, ein Tochterunternehmen der Beklagten zu 1, ist Inhaberin der Zulassung für das apothekenpflichtige Arzneimittel K. . Um für dieses zu werben, verteilte sie an Apotheken unentgeltlich ein zur kostenlosen Weitergabe an die Apothekenkunden bestimmtes, 68 Seiten umfassendes Heft mit dem Titel „DAS GROSSE RÄTSELHEFT 2007“, dessen Seiten 1, 2, 67 und 68 nachfolgend verkleinert und in Schwarz-Weiß wiedergegeben sind:

alles gute :) .de

DAS GROSSE RÄTSELHEFT 2007

Gratis-Ausgabe
Exklusiv aus Ihrer Apotheke

SUCHBILD

Präsentiert von:

Arzneimittel

Liebe Leserinnen, liebe Leser!

Bestimmt kennen Sie das stechende und drückende Gefühl, das kleine Entzündungen im Mund verursachen. Diese Beschwerden sind gerade beim Essen, Trinken und Sprechen äußerst unangenehm. Entzündungen im Mundbereich treten trotz sorgfältiger Zahnpflege meist plötzlich und scheinbar ohne erkennbaren Grund auf – sind aber mit der richtigen Behandlung schnell zu lindern.

Die Ursachen für schmerzhaft Entzündungen im Mund.

Besonders häufig treten schmerzhaft Druckstellen in der Mundhöhle bei Zahnprothesenträgern auf. Die ungewohnte Belastung der Mundschleimhaut führt gerade in der Eingewöhnungsphase zu Druckstellen und die so genannten „Dritten“ werden für die Mundschleimhaut schnell zu einem echten Härte-test.

Die richtige Behandlung stoppt den Schmerz sofort.

Mit dem in Kamistad® Gel N enthaltenen schmerzlindernden Wirkstoff Lidocain zeigen Sie Entzündungen im Mund wirkungsvoll die Zähne: Kamistad® Gel N stoppt den Schmerz sofort. Das gut haftende Gel wird gezielt am Entzündungsherd aufgetragen, ohne den gesamten Mundbereich zu betäuben.

Kamille fördert die Heilung.

Kamistad® Gel N enthält Kamillenblüten-tinktur. Es wirkt beruhigend auf die entzündeten Stellen und bekämpft zusätzlich vorhandene Bakterien. So wird der Heilungsprozess noch einmal natürlich unterstützt und beschleunigt.

Wie Sie sehen, kann eine erfolgreiche Behandlung ganz einfach sein. Denn dank der besonderen Wirkstoffkombination in Kamistad® Gel N haben Sie bei Entzündungen im Mund schnell wieder gut lachen: **Lidocain stoppt den Schmerz, Kamille fördert die Heilung.**

Sollten Sie noch weitere Fragen zu Kamistad® Gel N haben, steht Ihnen Ihr Apotheken-Team jederzeit zur Verfügung. Alles Gute wünscht Kamistad®.

Zusätzliche Tipps:

Hygiene ist wichtig.

Die gründliche Reinigung ist bei der Behandlung von Entzündungen sehr wichtig und unterstützt die Wundheilung. Genauso deshalb haben wir die Kamistad® Mundspül-Lösung entwickelt:

- Sie dient speziell der Reinigung bei Entzündungen und Druckstellen im Mund.
- Sie bereitet den Mundraum optimal auf die Behandlung mit dem Schmerzstopper Kamistad® Gel N vor.
- Fragen Sie deshalb Ihren Apotheker auch nach der Kamistad® Mundspül-Lösung.

Arzneimittel

alles gute :) stada.de

BEI ENTZÜNDUNGEN UND DRUCKSTELLEN IM MUND

1. Stoppt den Schmerz sofort mit Lidocain
2. Fördert die Heilung durch Kamille

Viel Spaß! Ihre Apotheke

Kamistad® Gel N, traditionell angewendet als mild wirkendes Arzneimittel bei leichten Entzündungen des Zahnfleischs und der Mundschleimhaut. Bei fehlender Besserung der Entzündungssymptome innerhalb 3 Wochen sowie beim Auftreten unklarer Beschwerden sollte ein Arzt aufgesucht werden. Enthält u.a. Benzalkoniumchlorid, Apocyninextrakt, Zink-Folien und Nebenerkennungen lesen Sie bitte die Packungsbeilage und fragen Sie Ihren Arzt oder Apotheker. STADA GmbH, Staudenstraße 2-18, 61118 Bad Vilbel, Stand: August 2005

Arzneimittel

alles gute :) stada.de

BEI ENTZÜNDUNGEN UND DRUCKSTELLEN IM MUND

1. Stoppt den Schmerz sofort mit Lidocain
2. Fördert die Heilung durch Kamille

Viel Spaß! Ihre Apotheke

Kamistad® Gel N, traditionell angewendet als mild wirkendes Arzneimittel bei leichten Entzündungen des Zahnfleischs und der Mundschleimhaut. Bei fehlender Besserung der Entzündungssymptome innerhalb 3 Wochen sowie beim Auftreten unklarer Beschwerden sollte ein Arzt aufgesucht werden. Enthält u.a. Benzalkoniumchlorid, Apocyninextrakt, Zink-Folien und Nebenerkennungen lesen Sie bitte die Packungsbeilage und fragen Sie Ihren Arzt oder Apotheker. STADA GmbH, Staudenstraße 2-18, 61118 Bad Vilbel, Stand: August 2005

Arzneimittel

3 Auf den übrigen 64 Innenseiten waren Rätsel samt Auflösungen abgedruckt. Mit Ausnahme der in schwarzer Schrift gehaltenen Fußzeile „K. Wund im Mund. Gesund im Mund.“ befand sich dort keine Werbung.

4 Nach Ansicht des Klägers handelt die Beklagte zu 2 mit der kostenlosen Überlassung der Rätselhefte an Apotheken wettbewerbswidrig, weil das Angebot eine nach dem Heilmittelwerbegesetz verbotene Zuwendung darstellt, die Apotheker unangemessen unsachlich beeinflusst und zu einer gezielten Behinderung des Klägers sowie zu einer Marktstörung oder allgemeinen Marktbehinderung führt. Der Wettbewerbsverstoß sei auch der Beklagten zu 1 anzulasten.

5 Mit seiner unter dem 3. März 2008 erhobenen Klage hat der Kläger zunächst die Beklagte zu 1 in Anspruch genommen und die Klage mit am 6. November 2008 zugestelltem Schriftsatz gegen die Beklagte zu 2 erweitert.

6 Der Kläger hat beantragt,

die Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen,

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

insbesondere, wenn das Rätselheft im Format 17 cm x 23,8 cm 64 Seiten Rätsel nebst Lösungen und - abgesehen von dem Abdruck eines Werbeslogans, insbesondere des Slogans „K. Wund im Mund. Gesund im Mund.“, in normaler Schriftgröße am unteren Rand jeder der 64 Rätselseiten - nur vier Seiten Werbung für Arzneimittel der Beklagten, insbesondere für „K. “, enthält,

insbesondere, wenn das Rätselheft aufgemacht und ausgestaltet ist wie das dem Urteil als Anlage in Kopie beizufügende Heft „Das Große Rätselheft 2007“.

7 Außerdem hat der Kläger die Beklagten auf Auskunftserteilung in Anspruch genommen und die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten sowie den Ersatz von Abmahnkosten nebst Zinsen begehrt.

8 Die Beklagten haben geltend gemacht, die Rätselhefte stellen keine Zuwendung an die Apotheker, sondern Werbung gegenüber den Endkunden dar. Die Beklagte zu 2 hat zudem die Einrede der Verjährung erhoben.

9 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers sind die Beklagten antragsgemäß zur Unterlassung sowie zur Zahlung des überwiegenden Teils der vom Kläger verlangten Abmahnkosten nebst Zinsen verurteilt worden. Darüber hinaus hat das Berufungsgericht die Beklagte zu 2 zur Auskunftserteilung verurteilt und deren Schadensersatzpflicht festgestellt.

10 Mit der vom Senat zugelassenen Revision möchten die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen, und verfolgt mit der Anschlussrevision die vom Berufungsgericht abgewiesenen Anträge gegen die Beklagte zu 1 auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht weiter. Die Beklagte zu 1 beantragt, die Anschlussrevision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

11 A. Das Berufungsgericht hat dem Unterlassungsantrag gegen beide Beklagte mit der Begründung stattgegeben, die kostenlose Abgabe der Rätselhefte durch die Beklagte zu 2 an die Apotheker sei eine nach § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG unzulässige Werbegabe und daher nach § 4 Nr. 11 UWG unlauter. Die Aushändigung der Rätselhefte an Apotheker bezwecke nicht nur eine Werbung für das Arzneimittel K. gegenüber den Endkunden, sondern biete dem Apotheker einen darüber hinausgehenden Zweitnutzen. Aufgrund des blickfangmäßigen Hinweises auf der Titelseite „Gratis-Ausgabe Exklusiv aus Ihrer Apotheke“ und des mit „Viel Spaß! Ihre Apotheke“ auf der Rückseite überschriebenen Stempelfeldes könne der Apotheker das Heft seinen Kunden als

sein Werbegeschenk präsentieren, ohne dafür Kosten aufwenden zu müssen. Wegen der Vielzahl der Rätsel ohne Bezug zum beworbenen Arzneimittel seien die Rätsel kein bloßes Beiwerk zur Produktwerbung, sondern böten dem Kunden wie auch dem Apotheker einen Vorteil. Der Wert der Zuwendung sei nicht geringwertig. Er belaufe sich bei der gebotenen Gesamtbetrachtung auf 20 bis 100 €, weil die Apotheker typischerweise 100 bis 500 Hefte zu Verfügung gestellt bekämen, die in der Herstellung etwa 0,20 € pro Stück kosteten.

12 Der vom Kläger gegen die Beklagte zu 2 geltend gemachte Unterlassungsanspruch sei ebenso wenig verjährt wie die in diesem Verhältnis auch begründeten Ansprüche auf Schadensersatz und Auskunftserteilung. Der Kläger habe die Verantwortlichkeit der Beklagten zu 2 erst aufgrund der Klageerwidderung der Beklagten zu 1 in Betracht ziehen müssen und noch innerhalb der danach laufenden Verjährungsfrist Klage erhoben. Auch wenn die Beklagte zu 2 auf der Rückseite des Rätselheftes genannt worden sei und das Heft dem Kläger jedenfalls zum Zeitpunkt der an die Beklagte zu 1 gerichteten Abmahnung Ende Februar 2008 vorgelegen habe, sei es nicht grob fahrlässig gewesen, die Beklagte zu 2 nicht bereits zu jener Zeit als Verantwortliche für den Wettbewerbsverstoß in Betracht zu ziehen. Das beanstandete Rätselheft enthalte auch Hinweise auf die Beklagte zu 1, weil die Internetadresse „s. .de“ zu deren Internetseite geführt habe. Die Beklagte zu 1 habe zudem ihre Verantwortlichkeit für die Verteilung der Hefte zunächst nicht in Abrede gestellt, als sie vom Kläger abgemahnt worden sei.

13 Die Beklagte zu 1 müsse sich das Verhalten der Beklagten zu 2 gemäß § 8 Abs. 2 UWG zurechnen lassen. Aufgrund vertraglicher Vereinbarungen könne die Beklagte zu 1 einen beherrschenden Einfluss auf die Vertriebshandlungen der Beklagten zu 2 ausüben. Nicht begründet seien dagegen die gegen die Beklagte zu 1 geltend gemachten Ansprüche auf Schadensersatz und Aus-

kunftserteilung. Die Beklagte zu 1 sei für den Wettbewerbsverstoß nicht als Täterin verantwortlich. Eine auch die Schadensersatz- und Auskunftspflicht umfassende Zurechnung des Verhaltens der Beklagten zu 2 nach § 831 BGB scheide aus, weil diese Vorschrift durch die Sonderregelung des § 8 Abs. 2 UWG verdrängt werde.

14 B. Die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision des Klägers sind begründet. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

15 I. Die Revision der Beklagten hat Erfolg.

16 1. Der vom Kläger auf Wiederholungsgefahr nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG gestützte Unterlassungsanspruch ist nur dann begründet, wenn auf der Grundlage des gegenwärtig geltenden Rechts Unterlassung verlangt werden kann und die Handlung auch schon zum Zeitpunkt ihrer Begehung wettbewerbswidrig war (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 28. September 2011 - I ZR 93/10, GRUR 2012, 201 Rn. 16 - Poker im Internet). In dieser Hinsicht sind keine für die Entscheidung erheblichen Änderungen der Rechtslage eingetreten.

17 a) Das Berufungsgericht hat zwar keine ausdrücklichen Feststellungen dazu getroffen, wann das streitgegenständliche Rätselheft an Apotheken weitergegeben worden ist. Da die Beklagte zu 1 im Februar 2008 abgemahnt wurde, muss dies jedoch zuvor der Fall gewesen sein.

18 b) Die mit Wirkung vom 30. Dezember 2008 in Kraft getretene Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb erfordert keine unterschiedliche rechtliche Bewertung des beanstandeten Verhaltens. Dieses stellt sowohl eine Wettbewerbshandlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 UWG 2004 als auch eine

geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 UWG dar. Die Bestimmung des § 4 Nr. 11 UWG ist nicht geändert worden; sie steht - soweit die Marktverhaltensregelungen dem Schutz der Gesundheit oder der Sicherheit von Verbrauchern in unionsrechtskonformer Weise dienen - auch mit der Richtlinie 2005/29/EG im Einklang (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 6. Oktober 2011 - I ZR 117/10, GRUR 2012, 407 Rn. 30 = WRP 2012, 456 - Delan, mwN). Dies ist bei § 7 HWG zumindest insoweit der Fall, als diese Bestimmung das Anbieten, das Ankündigen und das Gewähren von Werbegaben gegenüber Angehörigen der Fachkreise beschränkt (vgl. Mand in Prütting, Medizinrecht, 2. Aufl., § 7 HWG Rn. 11-14 mwN).

19 2. Die vom Berufungsgericht bislang getroffenen Feststellungen rechtfertigen allerdings nicht seine Beurteilung, der Kläger könne von den Beklagten die Unterlassung der unentgeltlichen Weitergabe der in Rede stehenden Rätselhefte an Apotheker nach §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG, § 7 HWG und - bei der Beklagten zu 1 zusätzlich - § 8 Abs. 2 UWG verlangen. Ebenso wenig erweisen sich die Klageanträge auf Auskunftserteilung, Feststellung der Schadensersatzpflicht und Erstattung von Abmahnkosten auf der Grundlage dieser Feststellungen als begründet.

20 a) Das Berufungsgericht hat allerdings zutreffend angenommen, dass der Kläger ein Mitbewerber der Beklagten zu 2 im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist, weil beide als Anbieter von Rätselheften für Apotheken in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen.

21 b) Die Revision wendet sich jedoch mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, das beanstandete Verhalten der Beklagten zu 2 sei im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG unlauter, weil es gegen das Verbot der Gewährung von Werbegaben nach § 7 Abs. 1 HWG verstoße.

- 22 aa) Die Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG lässt im Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes und daher insbesondere bei produktbezogener Werbung für Arzneimittel (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG) Zuwendungen und sonstige Werbegaben (Waren oder Leistungen) sowohl bei der Publikumswerbung als auch bei der Werbung gegenüber den Fachkreisen lediglich in den in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 5 HWG geregelten Fällen zu. Der Begriff der Werbegabe in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist dabei weit auszulegen und erfasst grundsätzlich jede im Zusammenhang mit der Werbung für Arzneimittel gewährte unentgeltliche Vergünstigung (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 1990 - I ZR 240/88, GRUR 1990, 1041, 1042 = WRP 1991, 90 - Fortbildungs-Kassetten; Urteil vom 17. August 2011 - I ZR 13/10, GRUR 2011, 1163 Rn. 15 = WRP 2011, 1590 - Arzneimitteldatenbank; Doepner, HWG, 2. Aufl., § 7 Rn. 22).
- 23 bb) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die unentgeltliche Überlassung der beanstandeten Rätselhefte an die Apotheker nicht allein die Werbung für das Arzneimittel K. gegenüber den Apothekenkunden bezweckt, sondern auch den Apothekern einen darüber hinausgehenden Zweitnutzen bietet.
- 24 Das Verbot von Werbegaben bei produktbezogener Werbung für Heilmittel soll der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung der Werbeadressaten begegnen. Eine solche Gefahr besteht dann nicht, wenn die Adressaten die Zuwendung nicht als ein ihnen zugedachtes Werbegeschenk ansehen (vgl. BGH, GRUR 1990, 1041, 1042 - Fortbildungs-Kassetten; GRUR 2011, 1163 Rn. 15 - Arzneimitteldatenbank). Werbegaben im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG sind daher von unentgeltlichen Werbehilfen an Angehörige der Heilberufe abzugrenzen, bei denen die Werbung gegenüber den Endverbrauchern im Mittelpunkt steht und die aus Sicht der Empfänger vorwiegend dem eigenen Interesse des Herstellers dienen (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom

25. November 2008 - 20 U 173/07, juris Rn. 22 ff.; Doepner aaO vor § 7 Rn. 21; Gröning/Reinhart, Heilmittelwerberecht, Bd. 1, 3. Lief. Juni 2009, § 7 HWG Rn. 26; Spickhoff/Fritzsche, Medizinrecht, § 7 HWG Rn. 8; Brixius in Bülow/Ring/Artz/Brixius, HWG, 4. Aufl., § 7 Rn. 110; Mand in Prütting aaO § 7 HWG Rn. 56; aA Seidl Collier, Das heilmittelwerberechtliche Wertreklameverbot, 2008, S. 71). Werbehilfen können allerdings zugleich Werbegaben sein, wenn sie dem Einzel- oder Zwischenhändler einen über die Werbung gegenüber dem Endverbraucher oder Nächstabnehmer hinausgehenden gewichtigen Zweitnutzen bieten, der geeignet ist, den Kaufentschluss des Einzel- oder Zwischenhändlers zu beeinflussen (vgl. BGH, Urteil vom 24. März 1972 - I ZR 130/70, GRUR 1972, 611, 613 - Cognac-Portionierer; Doepner aaO vor § 7 Rn. 21; Spickhoff/Fritzsche aaO § 7 HWG Rn. 8; Brixius in Bülow/Ring/Artz/Brixius aaO § 7 Rn. 110; Mand in Prütting aaO § 7 HWG Rn. 56).

25 Angesichts der Hinweise auf die jeweilige Apotheke auf der Titelseite und der Rückseite der Hefte sowie der Vielzahl der Rätsel in deren Inneren, denen nur unwesentlich Arzneimittelwerbung beigelegt ist, ist die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, der Apotheker könne das Rätselheft als sein Werbegeschenk präsentieren, ohne selbst Kosten aufwenden zu müssen, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Vergeblich wendet die Revision hiergegen ein, die Beklagten hätten bestritten, dass die Apothekenkunden den Werbecharakter für K. nicht wahrnehmen, so dass das Berufungsgericht die gegenteilige Feststellung nicht ohne Sachverständigengutachten hätte treffen dürfen. Selbst wenn die Endkunden den Werbecharakter für K. erkennen, kann es sich aus der Sicht des Apothekers auch um eine Werbegabe zu seinen Gunsten handeln.

26 cc) Bei der Abgabe der Rätselhefte handelt es sich auch nicht um eine Zuwendung von geringem Wert im Sinne von Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie

2001/83/EG, so dass eine relevante unsachliche Beeinflussung der Werbeadressaten nicht ausgeschlossen erscheint (vgl. BGH, Urteil vom 9. September 2010 - I ZR 193/07, GRUR 2010, 1136 Rn. 25 = WRP 2010, 1482 - UNSER DANKE SCHÖN FÜR SIE). Das Berufungsgericht hat bei der Beurteilung des Werts der Zuwendung mit Recht auf den Gesamtwert aller überlassenen Rätselhefte abgestellt und zutreffend festgestellt, dass dieser Wert mit 20 bis 100 € deutlich über der Grenze liegt, bis zu der eine unsachliche Beeinflussung von vornherein als ausgeschlossen anzusehen wäre.

27 Für die Wertbemessung kommt es auf den Verbrauchs- oder Verkehrswert an, den die Werbegabe im Allgemeinen für den Durchschnittsadressaten hat, wobei Werbeaufdrucke diesen Wert mindern (vgl. Brixius in Bülow/Ring/Artz/Brixius aaO § 7 Rn. 57). Werden für sich allein als geringwertig anzusehende Zuwendungen gebündelt gewährt, ist regelmäßig auf den Summeneffekt abzustellen (vgl. Seidl Collier aaO S. 107). Auch wenn es sich im Verhältnis zum Apothekenkunden, der ein einzelnes Rätselheft erhält, um einen Vermögensgegenstand von geringem Wert handeln mag, entspricht der Wert der Rätselhefte für den Apotheker der Summe der ersparten Kosten (vgl. auch LG Bonn, Urteil vom 4. September 2003 - 14 O 53/03, juris Rn. 16).

28 dd) Die Revision rügt jedoch mit Erfolg, das Berufungsgericht habe bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt, dass der Nutzen für die Apotheker geeignet sein muss, deren Entscheidung, das beworbene Mittel zu beziehen und bei ihren Kunden abzusetzen, aufgrund wirtschaftlicher Interessen unsachlich zu beeinflussen.

29 (1) Der Zweck des § 7 Abs. 1 HWG besteht zwar vor allem darin, durch eine weitgehende Eindämmung der Wertreklame im Arzneimittelbereich der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, die von ei-

ner Werbung mit Geschenken ausgehen kann (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2003 - I ZR 142/00, GRUR 2003, 624, 625 = WRP 2003, 886 - Kleidersack; Gröning/Reinhart aaO § 7 HWG Rn. 29). Die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung ist jedoch im Sinne einer individuellen Beeinflussbarkeit der Zuwendungsempfänger zu bewerten (vgl. Brixius in Bülow/Ring/Artz/Brixius aaO § 7 Rn. 63; Gröning/Reinhart aaO § 7 UWG Rn. 29). Wie der Senat nach dem Ergehen des Berufungsurteils in der Entscheidung „Arzneimitteldatenbank“ (GRUR 2011, 1163 Rn. 18) vor dem unionsrechtlichen Hintergrund des Wertreklameverbots nach Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (vgl. Urteil vom 22. April 2010 - C-62/09, Slg. 2010, I-3603 Rn. 29 = EuZW 2010, 473 - Association of the British Pharmaceutical Industry) dargelegt hat, sollen mit dem grundsätzlichen Verbot der Wertreklame Verkaufsförderungspraktiken verhindert werden, die geeignet sind, bei den Angehörigen der Gesundheitsberufe ein wirtschaftliches Interesse an der Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln zu wecken; gefördert werden soll eine medizinische und pharmazeutische Praxis, die den Berufsregeln entspricht.

30 (2) Auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen kann die Frage, ob aufgrund wirtschaftlicher Interessen eine solche individuelle Beeinflussbarkeit anzunehmen ist, nicht abschließend beantwortet werden. Denn danach ist es offen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Erhalt der beanstandeten Rätselhefte davon abhängt, dass der Apotheker bei den Beklagten das Mittel K. bezieht. Selbst ohne eine solche unmittelbare Kopplung zwischen dem Bezug von K. und dem Erhalt der Rätselhefte ist es zumindest vorstellbar, dass die Apotheker das beworbene Mittel in der Hoffnung auf den weiteren unentgeltlichen Bezug der Rätselhefte vermehrt empfehlen, um dadurch deren Finanzierung zu begünstigen oder sich gegenüber dem Hersteller dankbar zu zeigen. Die Frage, ob es sich dabei im Hinblick darauf, dass

Apotheker es gewöhnt sind, in vielfältiger Weise mit Werbegaben ausgestattet zu werden, um eine realistische Möglichkeit handelt, muss vom Tatrichter beantwortet werden.

31 3. Das Berufungsurteil stellt sich, soweit es mit der Revision angegriffen wird, auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

32 a) Die in Rede stehende unentgeltliche Zuwendung der Rätselhefte erweist sich nicht als gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 HWG unzulässig.

33 Nach der genannten Bestimmung, die der Umsetzung der in Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG enthaltenen Regelung in das deutsche Recht dient, sind Werbegaben für Angehörige der Heilberufe auch beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG nur dann zulässig, wenn sie zur Verwendung in der ärztlichen, tierärztlichen oder pharmazeutischen Praxis bestimmt sind. Die Werbegabe darf danach nicht maßgeblich dem privaten Nutzen des Empfängers dienen. Im Hinblick auf den Wortlaut des Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG, nach dem die Gewährung des Vorteils für die Praxis „von Belang“ sein muss, genügt allerdings jede Förderung des Zwecks der Praxis (vgl. Doepner aaO § 7 Rn. 115; Gröning/Reinhart aaO § 7 HWG Rn. 51; Mand in Prütting aaO § 7 HWG Rn. 91). Diese Voraussetzung erfüllen die beanstandeten Rätselhefte, weil ihr Nutzen für die Apotheker hauptsächlich darin besteht, sie im Rahmen des Apothekenbetriebs als Werbegeschenk überreichen zu können.

34 b) Da die bislang getroffenen Feststellungen die Annahme der Gefahr einer unsachlichen individuellen Beeinflussung nicht rechtfertigen, kann weder von einer Unlauterkeit nach § 4 Nr. 1 UWG in Form einer unangemessenen unsachlichen Einflussnahme auf die Entscheidungsfreiheit der Apotheker noch

davon ausgegangen werden, dass die Beklagte zu 2 im Sinne von § 4 Nr. 10 UWG in unlauterer Weise in den Kundenstamm des Klägers eingedrungen ist (vgl. LG Hamburg, MD 2009, 1088, 1094 mwN).

35 c) Auch unter dem vom Kläger angeführten Gesichtspunkt einer allgemeinen Marktbehinderung kann das Verhalten der Beklagten zu 2 nicht untersagt werden. Nach den bislang getroffenen Feststellungen kann schon nicht davon ausgegangen werden, das Verhalten der Beklagten zu 2 habe bei Mitbewerbern zu substantiellen Einbußen geführt oder deren wirtschaftliche Existenz bedroht.

36 II. Auch die Anschlussrevision des Klägers ist begründet.

37 1. Ohne Erfolg rügt die Anschlussrevision allerdings, das Berufungsgericht hätte die Schadensersatzhaftung und Auskunftspflichtung der Beklagten zu 1 schon deshalb bejahen müssen, weil diese die beanstandeten Rätselhefte dadurch in eigener Person in Verkehr gebracht habe, dass sie die Beklagte zu 2 über den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag als Vertriebsgesellschaft genutzt und deren Verhalten damit erst ermöglicht habe.

38 Eine entsprechende mittelbare Täterschaft erforderte zum einen eine von der Beklagten zu 1 im eigenen Interesse veranlasste Zuwiderhandlung und zum anderen die Kontrolle der Beklagten zu 1 über das Handeln der Beklagten zu 2, die die Rätselhefte nach den getroffenen Feststellungen an die Apotheken verteilt hat (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 8 Rn. 2.4). Im Hinblick auf die zweite Voraussetzung scheidet eine mittelbare Täterschaft jedenfalls dann aus, wenn der unmittelbar Handelnde - wie hier die Beklagte zu 2 - den betreffenden Wettbewerbsverstoß seinerseits täterschaftlich begangen hat oder hätte. Die Annahme einer allenfalls in Betracht kommenden Mittäterschaft

setzt eine gemeinschaftliche Tatbegehung und damit ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken voraus (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 22. Juni 2011 - I ZR 159/10, GRUR 2011, 1018 Rn. 17 = WRP 2011, 1469 - Automobil-Onlinebörse; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rn. 2.4 mwN). Dafür fehlt es bereits an einem hinreichenden Sachvortrag des Klägers.

39 2. Der Anschlussrevision verhilft es auch nicht zum Erfolg, dass die in den Rätselheften angegebene Internetadresse zum Internetauftritt der Beklagten zu 1 führt. Daraus folgt keine Teilnahme der Beklagten zu 1 an dem beanstandeten Verhalten der Beklagten zu 2 im Wege intellektueller Mitwirkung.

40 3. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, ein täterschaftliches Verhalten der Beklagten zu 1 lasse sich nicht feststellen, beruht entgegen der Ansicht der Anschlussrevision nicht auf einer fehlerhaften Beweiswürdigung.

41 Die Beklagte zu 1 hat im auf ihre Abmahnung durch den Kläger hin ergangenen Schreiben ihrer Anwälte allerdings ausführen lassen, dass sie das beanstandete Rätselheft abgebe. Sie hat dabei aber zugleich hervorgehoben, dass die Abgabe des Heftes lediglich eine für die Endkunden bestimmte Werbung sei. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte zu 1 habe sich damit allein darauf berufen, dass die Rätselhefte zulässige Werbemittel seien, ohne zugleich eine eigene Tathandlung einzuräumen, überschreitet danach nicht die Grenzen einer zulässigen tatrichterlichen Beweiswürdigung.

42 4. Die Anschlussrevision wendet sich aber mit Erfolg dagegen, dass das Berufungsgericht Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte zu 1 auf Schadensersatz und Auskunftserteilung aus § 831 BGB verneint hat.

43 a) Der Anwendung des § 831 BGB steht die in § 8 Abs. 2 UWG enthaltene Regelung nicht entgegen. Die Bestimmung des § 8 Abs. 2 UWG soll verhin-

dern, dass sich der Inhaber eines Unternehmens hinter von ihm abhängigen Dritten verstecken kann, und begründet daher einen zusätzlichen selbständigen Anspruch gegen den Inhaber des Unternehmens (vgl. BGH, Urteil vom 5. April 1995 - I ZR 133/93, GRUR 1995, 605, 608 = WRP 1995, 696 - Franchise-Nehmer, zu § 13 Abs. 4 UWG aF; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rn. 2.32; Harte/Henning/Bergmann, UWG, 2. Aufl., § 8 Rn. 255; MünchKomm.UWG/Fritzsche, § 8 Rn. 293). Sie gilt nach ihrem Wortlaut für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche und erfasst nach ihrem Sinn und Zweck auch Auskunftsansprüche, die der Durchsetzung dieser Abwehransprüche dienen (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs des UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 22; BGH, Urteil vom 23. Februar 1995 - I ZR 75/93, GRUR 1995, 427, 428 = WRP 1995, 493 - Schwarze Liste; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rn. 2.35; MünchKomm.UWG/Fritzsche, § 8 Rn. 296; Fezer/Büscher, UWG, 2. Aufl., § 8 Rn. 218). Dagegen gilt sie - anders als die mit ihr ansonsten vergleichbaren Regelungen in § 13 Abs. 7 und § 128 Abs. 3 MarkenG - nicht für Schadensersatzansprüche nach § 9 UWG und damit in Zusammenhang stehende Auskunftsansprüche (vgl. BGH, Urteil vom 9. Februar 2006 - I ZR 73/02, GRUR 2006, 426 Rn. 24 = WRP 2006, 577 - Direktansprache am Arbeitsplatz II; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rn. 2.36; Fezer/Büscher aaO § 8 Rn. 219; MünchKomm.UWG/Fritzsche, § 8 Rn. 296; Fritzsche in Gloy/Loschelder/Erdmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl., § 79 Rn. 118; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl., Kap. 31 Rn. 10 mwN). Schon aus diesem Grund erweist sich die Annahme des Berufungsgerichts, die Bestimmung des § 8 Abs. 2 UWG stehe einer Anwendung des § 831 BGB im Rahmen des § 9 UWG entgegen, als nicht zutreffend. Zudem liefere die vom Berufungsgericht bejahte Sperrwirkung gerade dem erklärten Zweck der Regelung des § 8 Abs. 2 UWG zuwider, den Gläubigern wettbewerbsrechtlicher Ansprüche eine stärkere Stellung zu verschaffen.

44 b) Die Beklagte zu 2 erfüllt auch die in § 831 BGB an die Person eines Verrichtungsgehilfen gestellten Anforderungen. Danach ist Verrichtungsgehilfe, wer von den Weisungen seines Geschäftsherrn abhängig ist. Ihm muss von einem anderen, in dessen Einflussbereich er allgemein oder im konkreten Fall steht und von dem er in gewisser Weise abhängig ist, eine Tätigkeit übertragen worden sein. Das dabei vorausgesetzte Weisungsrecht braucht nicht ins Einzelne zu gehen. Es genügt, dass der Geschäftsherr die Tätigkeit des Handelnden jederzeit beschränken oder entziehen oder nach Zeit und Umfang bestimmen kann (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 1997 - I ZR 36/95, GRUR 1998, 167, 169 = WRP 1998, 48 - Restaurantführer; Fezer/Büscher aaO § 9 Rn. 5).

45 Selbständige Unternehmen haben im Allgemeinen zwar nicht die Stellung eines Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB, weil es bei ihnen an der erforderlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit gegenüber dem Geschäftsherrn fehlt (vgl. MünchKomm.BGB/Wagner, 5. Aufl., § 831 Rn. 16). Beim Vorliegen besonderer Umstände ist es allerdings nicht ausgeschlossen, dass ein rechtlich selbständiges Unternehmen, soweit es eine Tätigkeit ausübt, bei der es den Weisungen eines anderen Unternehmens unterworfen ist, auch dessen Verrichtungsgehilfe sein kann (vgl. BGH, Urteil vom 28. Februar 1989 - XI ZR 70/88, WM 1989, 1047, 1050; Buxbaum, GRUR 2009, 240, 243). Für die Abgrenzung kommt es nicht auf die rechtliche Ausgestaltung der Beziehung oder den gesellschaftsrechtlichen Status an. Entscheidend ist vielmehr, ob nach den tatsächlichen Verhältnissen eine Eingliederung in den Organisationsbereich des Geschäftsherrn erfolgt ist und der Handelnde dessen Weisungen unterliegt (vgl. OLG Köln, Urteil vom 25. Oktober 2007 - 18 U 164/06, juris Rn. 30; Staudinger/Belling/Borges, BGB [2002], § 831 Rn. 60; MünchKomm.BGB/Wagner aaO § 831 Rn. 16; Soergel/Krause, BGB, 13. Aufl., § 831 Rn. 22, jeweils mwN). Dies ist wegen des zwischen den Beklagten abgeschlossenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags der Fall.

46 III. Das Urteil des Berufungsgerichts erweist sich nach alledem weder mit der gegebenen Begründung noch aus anderen Gründen als richtig und ist deshalb aufzuheben (§§ 561, 562 Abs. 1 ZPO). Da noch weitergehende Feststellungen zu treffen sind, die in der Revisionsinstanz nicht nachgeholt werden können, ist die Sache nicht zur Endentscheidung reif und daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 und 3 ZPO).

47 1. Die bislang getroffenen Feststellungen rechtfertigen nicht die Annahme, dass keinerlei wirtschaftlich relevante Kopplung zwischen dem Erhalt der Rätselhefte und dem Bezug von K. besteht. Damit kann die für eine unzulässige Werbegabe im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG erforderliche Voraussetzung der individuellen Beeinflussbarkeit der Zuwendungsempfänger nicht als von vornherein ausgeschlossen angesehen werden.

48 Die Revision macht zwar geltend, die Beklagte zu 1 stelle ihre Rätselhefte nach dem insoweit übereinstimmenden Vortrag der Parteien jedem zu ihrer Auslage bereiten Apotheker zur Verfügung, so dass der Bezug von K. nicht auf der Werbegabe, sondern auf der Nachfrage der Kunden beruhe. Diese Darstellung steht aber in Widerspruch zum Vortrag sowohl des Klägers als auch der Beklagten zu 1, die Apotheken erhielten die Rätselhefte im Zusammenhang mit der Abnahme des Mittels K. , damit dieses dort, wo es beworben werde, auch vorrätig sei. Hierzu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

49 2. Die Überlassung der Rätselhefte erweist sich auch nicht als nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 HWG zulässig; danach gilt das Verbot von Werbegaben nicht für unentgeltlich an Verbraucher abzugebende Zeitschriften, die nach ihrer Aufmachung und Ausgestaltung der Kundenwerbung und den Interessen der

verteilenden Person dienen, durch einen entsprechenden Aufdruck auf der Titelseite diesen Zweck erkennbar machen und in ihren Herstellungskosten geringwertig sind.

50 Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass die Frage der Geringwertigkeit der Herstellungskosten im Hinblick auf die gegenüber den Angehörigen der Heilberufe zwingenden Vorgaben in Art. 94 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG nach den Herstellungskosten aller einem Apotheker überlassenen Hefte zu beurteilen ist, weil sich darin der tatsächliche Wert der auf dieser Vertriebsstufe überlassenen Zuwendung ausdrückt. Bei der Abgabe von 100 bis 500 Exemplaren zu je 0,20 € ist die Grenze der Geringwertigkeit überschritten.

51 Diese Sichtweise führt entgegen der Annahme der Revision nicht dazu, dass Kundenzeitschriften allenfalls in einer nicht werbewirksamen Kleinstauflage zulässig wären. Für die Zulässigkeit der Werbegabe gegenüber dem Apothekenkunden, der regelmäßig nur ein einzelnes Exemplar erhält, kommt es nicht auf die gesamten Herstellungskosten der dem Apotheker überlassenen Exemplare an. Die Überlassung von Kundenzeitschriften auch in größerer Stückzahl an Apotheker ist dann zulässig, wenn dies nicht geeignet ist, deren Entscheidung, das beworbene Mittel zu beziehen und nachfolgend bei ihren Kunden abzusetzen, aufgrund wirtschaftlicher Interessen unsachlich zu beeinflussen (vgl. oben Rn. 29 f.).

52 3. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die gegen die Beklagte zu 2 geltend gemachten Ansprüche nicht verjährt sind. Der Kläger musste nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts erst mit Zugang der Klageerwiderung davon ausgehen, dass die Beklagte zu 2 im Sinne von § 11 Abs. 2 Nr. 2 UWG für die beanstandete Handlung verantwortlich war. Nachfolgend hat er seine daraus gegen die Beklagte zu 2 abgeleiteten An-

sprüche innerhalb der Verjährungsfrist von sechs Monaten nach § 11 Abs. 1 Satz 1 UWG gerichtlich geltend gemacht.

- 53 a) Die für den Beginn der Verjährungsfrist nach § 11 Abs. 2 Nr. 2 UWG erforderliche Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der Person des Verletzers setzt voraus, dass dem Verletzten die für die Identifizierung des Verantwortlichen relevanten Tatsachen so vollständig und sicher bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt sind, dass sie einen zwar nicht risikolosen, aber doch einigermaßen aussichtsreichen Erfolg einer Klage versprechen und dem Verletzten daher bei verständiger Würdigung der Sachlage eine Klage zuzumuten ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 82/07, GRUR 2009, 1186 Rn. 22 = WRP 2009, 1505 - Mecklenburger Obstbrände; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 11 Rn. 1.26 und 1.26a; Teplitzky aaO Kap. 16 Rn. 9 f.).
- 54 b) Nach den getroffenen Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger bereits vor Zugang der Klageerwidernng positive Kenntnis von der Person der Beklagten zu 2 als derjenigen hatte, die das beanstandete Rätselheft an die Apotheker abgegeben hat. Entgegen der Ansicht der Revision beruhte die dem Kläger insoweit fehlende Kenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit.
- 55 aa) Grob fahrlässige Unkenntnis liegt vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder naheliegende Erkenntnis- oder Informationsquellen nicht genutzt und unbeachtet gelassen hat, was jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß bei der Verfolgung seines Anspruchs vorzuwerfen sein (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 2009 - VI ZR 247/08, NJW-RR 2010, 681 Rn. 13 mwN).

56 bb) Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze beachtet. Es hat angenommen, der Kläger habe für das beanstandete Verhalten nicht bereits bei Kenntnis der Rätselhefte auch die Beklagte zu 2 als dafür verantwortliche Person in Betracht ziehen müssen. Diese Beurteilung trägt dem Umstand Rechnung, dass der Gläubiger grundsätzlich nicht gehalten ist, von sich aus tätig zu werden, um den oder die Schuldner zu ermitteln (vgl. BGH, NJW-RR 2010, 681 Rn. 15 mwN). Das Berufungsgericht hat auch berücksichtigt, dass die Beklagte zu 2 auf der Rückseite des Rätselhefts genannt war. Es hat diesen Umstand aber nicht als zwingenden Hinweis auf die Beklagte zu 2 als diejenige angesehen, die das Rätselheft an die Apotheker verteilt hat, sondern darin lediglich eine Pflichtangabe im Sinne vom § 4 Abs. 1 HWG erblickt.

57 cc) Im Einzelfall kann allerdings die Annahme naheliegen, dass derjenige, der in der Werbung für ein Arzneimittel als pharmazeutischer Unternehmer im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 1 HWG benannt ist, auch für diese Werbung verantwortlich ist. Das Berufungsgericht hat jedoch bei der gebotenen Gesamtbeurteilung beachtet, dass auf dem Heft mit der Angabe der Internetadresse der Beklagten zu 1 auch Hinweise vorhanden waren, die auf deren Verantwortlichkeit für die Verteilung der Rätselhefte hindeuteten. Dieser Eindruck wurde durch die hervorgehobene Unternehmensbezeichnung der Beklagten zu 1 in der unteren rechten Ecke der Hefte sowie dadurch verstärkt, dass die Beklagte zu 1, die eine eigene Tatbegehung zwar nicht zugestanden hat, ihre Verantwortlichkeit für die Verteilung der Rätselhefte in der vorprozessualen Korrespondenz auch nicht klar in Abrede gestellt hat. Die Unkenntnis von der Person des Verletzers beruhte damit zumindest auch auf der unklaren Gestaltung der von der Beklagten zu 2 verteilten Rätselhefte sowie auf dem Verhalten der dort genannten Beklagten zu 1. Vor diesem Hintergrund konnte das Berufungsgericht einen groben Sorgfaltsverstoß des Klägers hinsichtlich seiner Unkenntnis, dass auch die Beklagte zu 2 für die beanstandete Werbung verantwortlich war, mit den von

ihm in tatrichterlicher Würdigung des Sachverhalts angestellten Erwägungen ohne Rechtsverstoß verneinen.

58 4. Schließlich fehlt es nicht an der Verantwortlichkeit der Beklagten zu 1 für die beanstandete Handlung, so dass eine Klageabweisung auch insoweit auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht in Betracht kommt.

59 a) Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass zwischen der Beklagten zu 1 und der Beklagten zu 2 als deren hundertprozentigem Tochterunternehmen ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag bestand, nach dem die Beklagte zu 1 beherrschenden Einfluss auf die Vertriebshandlungen der Beklagten zu 2 nehmen konnte, wobei dieser Einfluss auch den Vertrieb des mit den Rätselheften beworbenen Arzneimittels umfasste.

60 b) Auf der Grundlage dieser von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, dass die Beklagte zu 2 beim Vertrieb des Mittels K. im Sinne von § 8 Abs. 2 UWG Beauftragte der Beklagten zu 1 war und diese daher insoweit für unlauteres Verhalten der Beklagten zu 2 einzustehen hat.

61 aa) Im Rahmen des § 8 Abs. 2 UWG kann Beauftragter auch ein selbständiges Unternehmen sein, sofern es in die betriebliche Organisation des Betriebsinhabers in der Weise eingliedert ist, dass einerseits dieser einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss auf das beauftragte Unternehmen hat und andererseits dessen geschäftlicher Erfolg dem Betriebsinhaber zugutekommt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn das beauftragte Unternehmen - wie im Streitfall - ein Tochterunternehmen des Betriebsinhabers ist und dieser über die Funktion einer reinen Holding-Gesellschaft hinaus beherrschend

den Einfluss auf die Tätigkeit des Tochterunternehmens ausübt (BGH, Urteil vom 7. April 2005 - I ZR 221/02, GRUR 2005, 864, 865 = WRP 2005, 1248 - Meißner Dekor II).

62 bb) Entgegen der Ansicht der Revision besteht kein Anlass, von diesen Grundsätzen dann abzuweichen, wenn die Bonität der Tochtergesellschaft oder die Durchsetzbarkeit gegen sie gerichteter Ansprüche nicht zweifelhaft ist. Eine solche Einrede der Vorausklage gegen den unmittelbar Handelnden ist im Gesetz weder vorgesehen noch angelegt. Sie widerspräche zudem dem Sinn und Zweck der in § 8 Abs. 2 UWG getroffenen Regelung, weil sie zur Folge hätte, dass der Gläubiger eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs in solchen Fällen nur diejenigen Personen mit hinreichender Aussicht auf Erfolg in Anspruch nehmen könnte, die die Störung des lautereren Wettbewerbs unmittelbar verursacht haben. Der Inhaber des Unternehmens, dem die geschäftlichen Handlungen zugutekommen sollen, soll sich bei einer wettbewerbsrechtlichen Haftung jedoch keinesfalls hinter von ihm abhängigen Dritten verstecken können (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 - I ZR 153/04, GRUR 2008, 186 Rn. 22 = WRP 2008, 220 - Telefonaktion, mwN).

63 D. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass das Berufungsgericht im Rahmen seiner Hinweispflicht nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO zu erörtern haben wird, ob die Fassung des Unterlassungsantrags dem tatsächlichen Klagebegehren entspricht.

64 Der vom Kläger gestellte Unterlassungsantrag ist in seinem Hauptteil ohne die Insbesondere-Zusätze auf das generelle Verbot gerichtet, Apothekern unentgeltlich Rätselhefte zur Weitergabe an Apothekenkunden zu gewähren oder dies anzukündigen oder anzubieten. Bei einem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsantrag sind im Interesse eines hinreichenden Rechtsschutzes

zwar gewisse Verallgemeinerungen gestattet, sofern auch in dieser Form das Charakteristische der konkreten Verletzungsform noch zum Ausdruck kommt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 23. Juni 1994 - I ZR 15/92, BGHZ 126, 287, 295 f. - Rotes Kreuz; Urteil vom 5. Oktober 2010 - I ZR 46/09, GRUR 2011, 433 Rn. 26 = WRP 2011, 576 - Verbotsantrag bei Telefonwerbung, jeweils mwN). Die vorliegende Antragsfassung umfasst jedoch auch Rätselhefte, die keine Hinweise auf die abgebende Apotheke enthalten und damit keinen (Zweit-)Nutzen für den Apotheker haben, so dass ein wettbewerbswidriges Verhalten fehlt. Ein zu weit gefasster Unterlassungsantrag ist zwar unbegründet (vgl. BGH, Urteil vom 29. März 2007 - I ZR 164/04, GRUR 2007, 987 Rn. 22 = WRP 2007, 1341 - Änderung der Voreinstellung I, mwN). Eine Abweisung der Klage mit dem Unterlassungsantrag scheidet allerdings dann aus, wenn der Kläger nicht vorrangig das Verbot der unentgeltlichen Abgabe aller Arten von Rätselheften an Apotheker, sondern nur das Verbot solcher Hefte erstrebt, die den beanstandeten Merkmalen im Rätselheft der Beklagten zu 2 entsprechen. Im Streitfall ist jedoch nicht zweifelsfrei, in welchem Umfang der Kläger das Ziel verfolgt hat, die unentgeltliche Weitergabe der Rätselhefte zu verbieten.

65 Ein - wie hier - gestellter Insbesondere-Antrag dient allerdings zum einen der Erläuterung des in erster Linie beantragten abstrakten Verbots. Zum anderen kann der Kläger mit ihm deutlich machen, dass er - falls er mit seiner weitergehenden Rechtsansicht nicht durchdringt - jedenfalls die Unterlassung des konkret beanstandeten Verhaltens begehrt (vgl. BGH, Urteil vom 4. Oktober 2007 - I ZR 143/04, GRUR 2008, 84 Rn. 21 = WRP 2008, 98 - Versandkosten, mwN). Die zur Auslegung des Klagebegehrens heranzuziehende Klagebegründung könnte allerdings die Annahme rechtfertigen, der Kläger habe lediglich die Verteilung solcher Rätselhefte beanstandet, die die Merkmale des konkret angegriffenen Hefts erfüllten. Danach wäre der Unterlassungsantrag entgegen der

Antragsfassung von vornherein auf ein Verbot mit den Merkmalen der Verletzungsform beschränkt gewesen.

Bornkamm

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Löffler

Vorinstanzen:

LG Karlsruhe, Entscheidung vom 28.01.2009 - 14 O 28/08 KfH III-

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 12.05.2010 - 6 U 34/09-