

TE OGH 2004/2/10 4Ob22/04w

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.02.2004

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß und Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ö*****, vertreten durch Alix Frank Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. P***** GmbH, 2. Dr. Ernst K*****, beide vertreten durch Dr. Georg Maxwald und Dr. Georg Bauer, Rechtsanwälte in Linz, wegen Unterlassung (Streitwert 25.000 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 5.000 EUR), infolge Revision der klagenden Partei und Rekurs der beklagten Partei gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 17. Oktober 2003, GZ 4 R 165/03t-22, mit dem infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Linz vom 21. Juli 2003, GZ 1 Cg 18/03t-15, teils bestätigt und teils aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Spruch

Beiden Rechtsmitteln wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und in der Sache erkannt:

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass das Urteil nunmehr zu lauten hat:

"Die beklagten Parteien sind schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen,

1. im Wege des Versandhandels an Letztverbraucher Produkte, welche als Arzneimittel im Sinne des AMG einzustufen sind, zu vertreiben;
2. im Wege des Versandhandels an Letztverbraucher Produkte abzugeben, die als Nahrungsergänzungsmittel im Sinne des § 3 LMG einzustufen sind; 2. im Wege des Versandhandels an Letztverbraucher Produkte abzugeben, die als Nahrungsergänzungsmittel im Sinne des Paragraph 3, LMG einzustufen sind;
3. entgegen den Vorschriften des AMG Arzneimittelwerbung, die für Verbraucher bestimmt ist, durchzuführen, solange sie Elemente enthält, die darauf hinwirken, Arzneimittel im Versandhandel zu beziehen.
4. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den Urteilsspruch binnen sechs Monaten auf Kosten der beklagten Parteien mit Fettdruckumrandung, Fettdrucküberschrift und gesperrt gedruckten Prozessparteien im redaktionellen Teil einer Samstagausgabe der Tageszeitung "Neue Kronen Zeitung" Gesamtausgabe Österreich sowie einer Ausgabe des Drogerie-Journals mit Normallettern veröffentlichen zu lassen."

Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, der klagenden Partei die mit 10.158,52 EUR (darin 1.360,78 EUR USt und 1.993,80 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der klagende Verband ist freiwilliger Interessenvertreter für das Drogistengewerbe; sein Vereinszweck ist unter anderem die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs im Interesse seiner Mitglieder.

Die Erstbeklagte, deren Geschäftsführer der Zweitbeklagte ist, bietet im Versandhandel ua folgende Produkte mit folgender näherer Beschreibung zum Kauf an: Thunbergia Laurifolia ("Verwendet werden die getrockneten Blätter der in Thailand beheimateten Pflanze. Die entgiftende Wirkung ist den Thai's seit Jahrhunderten bekannt. Die wissenschaftliche Erforschung brachte eine starke anti-allergische Wirkung zu Tage."); Sanddornöl ("Es kann bei verschiedenen Hautproblemen [Neurodermitis, Schuppenflechte] direkt auf die Haut aufgetragen werden); Paracelsus Basenbad ("Die Heilwirkung unseres einzigartigen Heil-Badesalzes ist in medizinischen Studien nachgewiesen bei Gelenksleiden, Rheuma, Ischias und nach Knochenbrüchen."). Die Erstbeklagte vertreibt weiters das als "Schlankmacher-Produkt" beworbene ReduLine Ballast Pulver, Corovital-Kapseln mit 19 Vitaminen und Mineralstoffen, Selen-Plus-Kapseln zur Entgiftung des Körpers, Zink-Plus-Kapseln, Antistress-Komplex Kapseln, einen Energie-Drink "Happy Quail-Anti-Aging" uä. Die Erstbeklagte bewirbt diese Produkte in Katalogen und im Internet. Die Produkte können mittels Bestellschein oder über das Internet direkt bestellt werden. In den Bestellscheinen und Internet-Bestellformularen wird nicht danach gefragt, ob der Besteller Wiederverkäufer oder Endverbraucher ist; auch findet sich kein Hinweis, dass Endverbraucher nicht beliefert werden oder eine Mindestbestellmenge vorgeschrieben ist. Die Preise sind jeweils brutto angegeben; die Versandkosten hat der Besteller zu tragen.

Der Kläger begehrt die Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung, im geschäftlichen Verkehr

1. im Wege des Versandhandels an Letztverbraucher Produkte, welche als Arzneimittel im Sinne des AMG einzustufen sind, zu vertreiben;
2. im Wege des Versandhandels an Letztverbraucher Produkte abzugeben, die als Verzehrprodukte (erg: im Sinne) des § 3 LMG einzustufen sind; 2. im Wege des Versandhandels an Letztverbraucher Produkte abzugeben, die als Verzehrprodukte (erg: im Sinne) des Paragraph 3, LMG einzustufen sind;
3. entgegen den Vorschriften des AMG Arzneimittelwerbung, die für Verbraucher bestimmt ist, durchzuführen, solange sie Elemente enthält, die darauf hinwirken, Arzneimittel im Versandhandel zu beziehen.

Weiters begehrt der Kläger die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung. Die Beklagten hätten entgegen dem Verbot des § 50 Abs 2 GewO Produkte, die als Arzneimittel jedenfalls im Sinne der subjektiven Zweckbestimmung des § 1 AMG einzustufen seien, im Versandhandel vertrieben und Verzehrprodukte im Sinne des § 3 LMG über das Internet in ganz Österreich angeboten. Weiters begehrt der Kläger die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung. Die Beklagten hätten entgegen dem Verbot des Paragraph 50, Absatz 2, GewO Produkte, die als Arzneimittel jedenfalls im Sinne der subjektiven Zweckbestimmung des Paragraph eins, AMG einzustufen seien, im Versandhandel vertrieben und Verzehrprodukte im Sinne des Paragraph 3, LMG über das Internet in ganz Österreich angeboten.

Die Beklagten beantragten die Abweisung des Klagebegehrens. Die von ihnen vertriebenen Produkte seien keine Arzneimittel, sondern ausschließlich Lebensmittel, Verzehrprodukte und Kosmetika. Ein verbotener Versandhandel mit Verzehrprodukten an Letztverbraucher finde nicht statt; das Angebot der Beklagten richte sich vornehmlich an Wiederverkäufer im In- und Ausland. Aus der schriftlich oder elektronisch einlangenden Bestellung sei ersichtlich, ob der Kunde ein Endverbraucher oder ein Wiederverkäufer sei. Darüber hinaus fehle es dem Kläger an einem Veröffentlichungsinteresse.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es konnte nicht feststellen, ob die Erstbeklagte Verzehrprodukte auch an Letztverbraucher im Versandweg zugestellt hat. Hinsichtlich der Arzneimittel (Punkte 1. und 3. des Begehrens) sei den Beklagten kein subjektiv vorwerfbarer Rechtsbruch anzulasten, weil unter anderem wegen der negativen Definition des Begriffs der Verzehrprodukte in § 3 LMG die Auffassung der Beklagten über die Qualifikation der von ihnen vertriebenen Produkte als Verzehrprodukte durch das Gesetz so weit gedeckt sei, dass sie mit gutem Grund vertreten werden könne. Hinsichtlich der Verzehrprodukte (Punkt 2. des Begehrens) sei der Kläger beweispflichtig für die tatsächliche Zustellung der bestellten Ware an einen Letztverbraucher; dieser Beweis sei ihm nicht gelungen. Selbst wenn in einem Fall eine Zustellung von Verzehrprodukten an einen Letztverbraucher nachgewiesen worden wäre, so könne dies auf einem Versehen beruhen, sodass ein Vorsatz im Sinne des § 1 UWG nicht gegeben sei. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es konnte nicht feststellen, ob die Erstbeklagte Verzehrprodukte auch an Letztverbraucher

im Versandweg zugestellt hat. Hinsichtlich der Arzneimittel (Punkte 1. und 3. des Begehrens) sei den Beklagten kein subjektiv vorwerfbarer Rechtsbruch anzulasten, weil unter anderem wegen der negativen Definition des Begriffs der Verzehrsprodukte in Paragraph 3, LMG die Auffassung der Beklagten über die Qualifikation der von ihnen vertriebenen Produkte als Verzehrsprodukte durch das Gesetz so weit gedeckt sei, dass sie mit gutem Grund vertreten werden könne. Hinsichtlich der Verzehrsprodukte (Punkt 2. des Begehrens) sei der Kläger beweispflichtig für die tatsächliche Zustellung der bestellten Ware an einen Letztverbraucher; dieser Beweis sei ihm nicht gelungen. Selbst wenn in einem Fall eine Zustellung von Verzehrsprodukten an einen Letztverbraucher nachgewiesen worden wäre, so könne dies auf einem Versehen beruhen, sodass ein Vorsatz im Sinne des Paragraph eins, UWG nicht gegeben sei.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil in seinem abweisenden Ausspruch hinsichtlich der Punkte 1. und 3. des Urteilsbegehrens als Teilurteil, hob es im Übrigen auf und verwies die Rechtssache insoweit zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision ebenso wie der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig seien, weil zum Anbieten von Verzehrsprodukten im Weg des Versandhandels an einen unbestimmten Personenkreis sowie zu der erst durch die ZVN 2002 neu eingeführten Bestimmung des § 182a ZPO Rechtsprechung fehle. Zum bestätigenden Teil führte es aus, die gesamte Legaldefinition des Arzneimittels in § 1 Abs 1 AMG sei höchst unscharf und gebe zu vielfältigen Interpretationen Anlass. Die - vom Gesetzgeber möglicherweise aus guten Gründen sogar beabsichtigte - Unschärfe der Legaldefinition resultiere im Wesentlichen aus dem Definitionsmerkmal der allgemeinen Verkehrsauffassung. Indem das Gesetz diese für maßgeblich erkläre, sei unterschiedlichen Auslegungen Tür und Tor geöffnet. Was das alternative Definitionsmerkmal der "Art und Form des Inverkehrbringens" betreffe, so sei die typische Form des Inverkehrbringens von Arzneimitteln der Verkauf in der Apotheke; ein solcher liege hier aber gerade nicht vor. Dass manchen der von den Beklagten vertriebenen Produkte in der Produktbeschreibung eine heilende, entgiftende oder antiallergische Wirkung zugeschrieben werde, reiche für sich allein nicht aus und mache die allgemeine Verkehrsauffassung als Definitionsmerkmal des § 1 Abs 1 AMG nicht bedeutungslos. Selbst wenn man zur Ansicht käme, manche der von den Beklagten vertriebenen Produkte seien nach der allgemeinen Verkehrsauffassung Arzneimittel, so sei doch mit der Vollziehung des AMG der Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen betraut. Das Zivilgericht berühre die Abgrenzung von Arzneimitteln und Verzehrsprodukten nur als präjudizielle Vorfrage für die Anwendbarkeit des § 1 UWG. Das jedem Vorwurf eines sittenwidrigen Verhaltens begrifflich innewohnende moralische Unwerturteil verlange jedenfalls dort eine besondere subjektive Komponente auf der Seite der Beklagten, wo der ihnen angelastete Wettbewerbsverstoß aus der Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift abgeleitet werde. Nur eine den Beklagten auch subjektiv verwerfbare Missachtung gesetzlicher Vorschriften rechtfertige es, über die bloße Verantwortlichkeit nach der übertretenen Norm hinaus auch eine unlautere, gegen die guten Sitten verstößende Wettbewerbshandlung im Sinne des § 1 UWG anzunehmen. Dieser Grundsatz müsse vor allem dort gelten, wo es um eine unterschiedliche Auslegung der angeblich verletzten Rechtsvorschrift gehe. Die von den Beklagten vertretene Abgrenzung zwischen Arzneimitteln und Verzehrsprodukten sei durch das Gesetz soweit gedeckt, dass diese Ansicht mit gutem Grund vertreten werden könne. Dies reiche zur Verneinung einer Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG bereits aus. Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil in seinem abweisenden Ausspruch hinsichtlich der Punkte 1. und 3. des Urteilsbegehrens als Teilurteil, hob es im Übrigen auf und verwies die Rechtssache insoweit zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision ebenso wie der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig seien, weil zum Anbieten von Verzehrsprodukten im Weg des Versandhandels an einen unbestimmten Personenkreis sowie zu der erst durch die ZVN 2002 neu eingeführten Bestimmung des Paragraph 182 a, ZPO Rechtsprechung fehle. Zum bestätigenden Teil führte es aus, die gesamte Legaldefinition des Arzneimittels in Paragraph eins, Absatz eins, AMG sei höchst unscharf und gebe zu vielfältigen Interpretationen Anlass. Die - vom Gesetzgeber möglicherweise aus guten Gründen sogar beabsichtigte - Unschärfe der Legaldefinition resultiere im Wesentlichen aus dem Definitionsmerkmal der allgemeinen Verkehrsauffassung. Indem das Gesetz diese für maßgeblich erkläre, sei unterschiedlichen Auslegungen Tür und Tor geöffnet. Was das alternative Definitionsmerkmal der "Art und Form des Inverkehrbringens" betreffe, so sei die typische Form des Inverkehrbringens von Arzneimitteln der Verkauf in der Apotheke; ein solcher liege hier aber gerade nicht vor. Dass manchen der von den Beklagten vertriebenen Produkte in der Produktbeschreibung eine heilende, entgiftende oder antiallergische Wirkung zugeschrieben werde, reiche für sich allein nicht aus und mache die allgemeine Verkehrsauffassung als Definitionsmerkmal des Paragraph eins, Absatz eins, AMG nicht bedeutungslos. Selbst wenn

man zur Ansicht käme, manche der von den Beklagten vertriebenen Produkte seien nach der allgemeinen Verkehrsauffassung Arzneimittel, so sei doch mit der Vollziehung des AMG der Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen betraut. Das Zivilgericht berühre die Abgrenzung von Arzneimitteln und Verzehrsprodukten nur als präjudizielle Vorfrage für die Anwendbarkeit des Paragraph eins, UWG. Das jedem Vorwurf eines sittenwidrigen Verhaltens begrifflich innewohnende moralische Unwerturteil verlange jedenfalls dort eine besondere subjektive Komponente auf der Seite der Beklagten, wo der ihnen angelastete Wettbewerbsverstoß aus der Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift abgeleitet werde. Nur eine den Beklagten auch subjektiv verwerfbare Missachtung gesetzlicher Vorschriften rechtfertige es, über die bloße Verantwortlichkeit nach der übertretenen Norm hinaus auch eine unlautere, gegen die guten Sitten verstoßende Wettbewerbshandlung im Sinne des Paragraph eins, UWG anzunehmen. Dieser Grundsatz müsse vor allem dort gelten, wo es um eine unterschiedliche Auslegung der angeblich verletzen Rechtsvorschrift gehe. Die von den Beklagten vertretene Abgrenzung zwischen Arzneimitteln und Verzehrsprodukten sei durch das Gesetz soweit gedeckt, dass diese Ansicht mit gutem Grund vertreten werden könne. Dies reiche zur Verneinung einer Sittenwidrigkeit im Sinne des Paragraph eins, UWG bereits aus.

Zu Punkt 2. des Urteilsbegehrens rüge der Berufungswerber zu Recht eine überraschende Rechtsansicht des Erstgerichts, das § 182a ZPO (Erörterungspflicht und Verbot von Überraschungsentscheidungen) nicht richtig angewendet habe. Das Erstgericht habe nämlich in der Verhandlung vom 3. 7. 2003 die vom Kläger vorgelegte "eidesstattliche Erklärung" eines Rechtsanwaltsanwärters verlesen und zum Akt genommen, im Urteil jedoch die Rechtsansicht vertreten, dieses Beweismittel dürfe nicht zugelassen werden. Damit habe das Erstgericht den in der Verhandlung vom 3. 7. 2003 einschreitenden Klagevertreter zum Nachteil des Klägers mit einer von ihm offenbar nicht bedachten Rechtsansicht überrascht. Der Zweitbeklagte habe zuvor in seiner Parteiaussage einen Versand an einen Letztverbraucher praktisch zugestanden (arg: "durchgerutscht"). Bei dieser Sachlage hätte der Klagevertreter zu Recht der Meinung sein dürfen, dass - selbst wenn schriftliche Zeugenaussagen gemäß dem Prozessgrundsatz der Mündlichkeit im Geltungsbereich der ZPO nicht statthaft seien - die vorgelegte Erklärung doch wenigstens ein Urkundenbeweis gemäß §§ 292 ZPO und als solcher ausreichend sei. Zudem habe sich auch der Beklagtenvertreter zu dieser Beilage nicht klar geäußert, sondern nur deren Echtheit zugestanden und zur Richtigkeit auf das eigene Vorbringen verwiesen. Ob dies überhaupt als Bestreitung der Richtigkeit zu werten ist, wo doch praktisch ein Zugeständnis durch den Zweitbeklagten vorliege, sei unklar. Diesbezüglich liege auch ein Erörterungsmangel vor. Die Aufhebung des Urteils in seinem Punkt 2. sei daher geboten. Dies gelte konsequenterweise auch für die Abweisung des Nebenanspruchs auf Urteilsveröffentlichung. Dass inzwischen durch BGBl I 69/2003 (Änderung des LMG) und 48/2003 (Änderung der GewO) der Begriff "Verzehrsprodukte" durch "Nahrungsergänzungsmittel" ersetzt worden sei, mache inhaltlich keinen wesentlichen Unterschied, weil auch nach der neuen Rechtslage der Versandhandel mit Nahrungsergänzungsmitteln an Letztverbraucher verboten sei. Das bloße Anbieten von Verzehrsprodukten über Katalog und Internet an einen unbestimmten Personenkreis sei hingegen für sich allein noch nicht rechtswidrig, weil der Anbieter im Falle der Bestellung durch einen Letztverbraucher noch immer die Möglichkeit gesetzeskonformen Verhaltens habe, nämlich den Letztverbraucher im Versandweg nicht zu beliefern und ihn eventuell auf das gesetzliche Verbot des § 50 Abs 2 GewO hinzuweisen. Diese Rechtslage habe offenbar auch der Kläger erkannt, weil andernfalls der von ihm veranlasste Testkauf überflüssig gewesen wäre. Die Rechtssache sei daher hinsichtlich des Versandhandels mit Verzehrsprodukten noch nicht entscheidungsreif. Auch begründe - entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichts - bereits ein einmaliger Verstoß Wiederholungsgefahr. Beruhe ein Wettbewerbsverstoß auf einem Irrtum, wie dies der Zweitbeklagte offenbar zum Ausdruck gebracht habe, so müssten sich die Beklagten von dieser Gesetzesverletzung distanzieren und Maßnahmen zur Verhinderung künftiger gleichartiger Vorfälle treffen. Rein passives Verhalten nach Bekanntwerden eines Irrtums beseitige die Wiederholungsgefahr nicht. Zu Punkt 2. des Urteilsbegehrens rüge der Berufungswerber zu Recht eine überraschende Rechtsansicht des Erstgerichts, das Paragraph 182 a, ZPO (Erörterungspflicht und Verbot von Überraschungsentscheidungen) nicht richtig angewendet habe. Das Erstgericht habe nämlich in der Verhandlung vom 3. 7. 2003 die vom Kläger vorgelegte "eidesstattliche Erklärung" eines Rechtsanwaltsanwärters verlesen und zum Akt genommen, im Urteil jedoch die Rechtsansicht vertreten, dieses Beweismittel dürfe nicht zugelassen werden. Damit habe das Erstgericht den in der Verhandlung vom 3. 7. 2003 einschreitenden Klagevertreter zum Nachteil des Klägers mit einer von ihm offenbar nicht bedachten Rechtsansicht überrascht. Der Zweitbeklagte habe zuvor in seiner Parteiaussage einen Versand an einen Letztverbraucher praktisch zugestanden (arg: "durchgerutscht"). Bei dieser Sachlage hätte der Klagevertreter zu Recht der Meinung sein dürfen, dass - selbst wenn schriftliche Zeugenaussagen gemäß dem Prozessgrundsatz der

Mündlichkeit im Geltungsbereich der ZPO nicht statthaft seien - die vorgelegte Erklärung doch wenigstens ein Urkundenbeweis gemäß Paragraphen 292, ZPO und als solcher ausreichend sei. Zudem habe sich auch der Beklagtenvertreter zu dieser Beilage nicht klar geäußert, sondern nur deren Echtheit zugestanden und zur Richtigkeit auf das eigene Vorbringen verwiesen. Ob dies überhaupt als Bestreitung der Richtigkeit zu werten ist, wo doch praktisch ein Zugeständnis durch den Zweitbeklagten vorliege, sei unklar. Diesbezüglich liege auch ein Erörterungsmangel vor. Die Aufhebung des Urteils in seinem Punkt 2. sei daher geboten. Dies gelte konsequenterweise auch für die Abweisung des Nebenanspruchs auf Urteilsveröffentlichung. Dass inzwischen durch Bundesgesetzblatt Teil eins, 69 aus 2003, (Änderung des LMG) und 48/2003 (Änderung der GewO) der Begriff "Verzehrprodukte" durch "Nahrungsergänzungsmittel" ersetzt worden sei, mache inhaltlich keinen wesentlichen Unterschied, weil auch nach der neuen Rechtslage der Versandhandel mit Nahrungsergänzungsmitteln an Letztverbraucher verboten sei. Das bloße Anbieten von Verzehrprodukten über Katalog und Internet an einen unbestimmten Personenkreis sei hingegen für sich allein noch nicht rechtswidrig, weil der Anbieter im Falle der Bestellung durch einen Letztverbraucher noch immer die Möglichkeit gesetzeskonformen Verhaltens habe, nämlich den Letztverbraucher im Versandweg nicht zu beliefern und ihn eventuell auf das gesetzliche Verbot des Paragraph 50, Absatz 2, GewO hinzuweisen. Diese Rechtslage habe offenbar auch der Kläger erkannt, weil andernfalls der von ihm veranlasste Testkauf überflüssig gewesen wäre. Die Rechtssache sei daher hinsichtlich des Versandhandels mit Verzehrprodukten noch nicht entscheidungsreif. Auch begründe - entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichts - bereits ein einmaliger Verstoß Wiederholungsgefahr. Beruhe ein Wettbewerbsverstoß auf einem Irrtum, wie dies der Zweitbeklagte offenbar zum Ausdruck gebracht habe, so müssten sich die Beklagten von dieser Gesetzesverletzung distanzieren und Maßnahmen zur Verhinderung künftiger gleichartiger Vorfälle treffen. Rein passives Verhalten nach Bekanntwerden eines Irrtums beseitige die Wiederholungsgefahr nicht.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision gegen das Teilurteil (§ 502 Abs 1 ZPO) und der Rekurs gegen den aufhebenden Teil der berufungsgerichtlichen Entscheidung (§ 519 Abs 1 Z 2 ZPO) sind zulässig, weil das Berufungsgericht einerseits von höchstgerichtlicher Rechtsprechung abgewichen ist, andererseits zu Unrecht eine Verfahrensergänzung für notwendig erachtet hat; beide Rechtsmittel sind berechtigt. Die Revision gegen das Teilurteil (Paragraph 502, Absatz eins, ZPO) und der Rekurs gegen den aufhebenden Teil der berufungsgerichtlichen Entscheidung (Paragraph 519, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO) sind zulässig, weil das Berufungsgericht einerseits von höchstgerichtlicher Rechtsprechung abgewichen ist, andererseits zu Unrecht eine Verfahrensergänzung für notwendig erachtet hat; beide Rechtsmittel sind berechtigt.

1. Zur Revision:

Der Kläger steht auf dem Standpunkt, die Erstbeklagte vertreibe in subjektiv zurechenbarer Weise Produkte im Versandhandel, die nach Art und Form ihres Inverkehrbringens als Arzneimittel iSd § 1 AMG zu beurteilen seien; abzustellen sei nicht auf die Verkaufsstätte, sondern auf die Kennzeichnung des jeweiligen Produkts. Dem ist zuzustimmen. Der Kläger steht auf dem Standpunkt, die Erstbeklagte vertreibe in subjektiv zurechenbarer Weise Produkte im Versandhandel, die nach Art und Form ihres Inverkehrbringens als Arzneimittel iSd Paragraph eins, AMG zu beurteilen seien; abzustellen sei nicht auf die Verkaufsstätte, sondern auf die Kennzeichnung des jeweiligen Produkts. Dem ist zuzustimmen.

Arzneimittel sind Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die nach der allgemeinen Verkehrsauffassung dazu dienen oder nach Art und Form des Inverkehrbringens dazu bestimmt sind, bei Anwendung am oder im menschlichen oder tierischen Körper 1. Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden zu heilen, zu lindern, zu verhüten oder zu erkennen, 2. die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktionen des Körpers oder seelische Zustände erkennen zu lassen, 3. vom menschlichen oder tierischen Körper erzeugte Wirkstoffe oder Körperflüssigkeiten zu ersetzen, 4. Krankheitserreger, Parasiten oder körperfremde Stoffe abzuwehren, zu beseitigen oder unschädlich zu machen oder 5. die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktionen des Körpers oder seelische Zustände zu beeinflussen (§ 1 Abs 1 AMG). Keine Arzneimittel sind ua Verzehrprodukte [nunmehr: Nahrungsergänzungsmittel iS § 3 LMG 1975 idF BGBl I 69/2003], sofern sie nach Art und Form des Inverkehrbringens nicht dazu bestimmt sind, die Zweckbestimmung des § 1 Abs 1 Z 1 bis 4 AMG zu erfüllen (§ 1 Abs 3 Z 2 AMG). Die Abgabe von Arzneimitteln durch Versandhandel ist verboten (§ 59 Abs 9 AMG). Arzneimittel sind Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die nach der allgemeinen Verkehrsauffassung dazu dienen oder nach Art und Form des Inverkehrbringens dazu bestimmt sind, bei Anwendung am oder im menschlichen oder tierischen Körper 1.

Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden zu heilen, zu lindern, zu verhüten oder zu erkennen, 2. die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktionen des Körpers oder seelische Zustände erkennen zu lassen, 3. vom menschlichen oder tierischen Körper erzeugte Wirkstoffe oder Körperflüssigkeiten zu ersetzen, 4. Krankheitserreger, Parasiten oder körperfremde Stoffe abzuwehren, zu beseitigen oder unschädlich zu machen oder 5. die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktionen des Körpers oder seelische Zustände zu beeinflussen (Paragraph eins, Absatz eins, AMG). Keine Arzneimittel sind ua Verzehrprodukte [nunmehr: Nahrungsergänzungsmittel iS Paragraph 3, LMG 1975 in der Fassung BGBl römisch eins 69/2003], sofern sie nach Art und Form des Inverkehrbringens nicht dazu bestimmt sind, die Zweckbestimmung des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins bis 4 AMG zu erfüllen (Paragraph eins, Absatz 3, Ziffer 2, AMG). Die Abgabe von Arzneimitteln durch Versandhandel ist verboten (Paragraph 59, Absatz 9, AMG).

Für die Beurteilung, ob ein Produkt nach Art und Form des Inverkehrbringens dazu bestimmt ist, bei Anwendung am oder im menschlichen oder tierischen Körper die Zweckbestimmung des Arzneimittelgesetzes zu erfüllen, ist die allgemeine Verkehrsauffassung maßgebend. Demnach kommt es darauf an, wie die Angaben der Beklagten auf der Verpackung des von ihnen vertriebenen Produkts und in der Werbebroschüre sowie im Internet vom Verkehr aufgefasst werden, nicht aber darauf, wie sie die Beklagten verstanden wissen wollten (ÖBl 2001, 73 - Ginkgo biloba mwN; 4 Ob 141/02t). Verfehlt ist die Auffassung des Berufungsgerichts, bei der Beurteilung, ob ein Arzneimittel vorliegt oder nicht, auf den üblichen Vertriebsweg abzustellen.

Die für die Beurteilung von Werbeankündigungen zu § 2 UWG entwickelten Grundsätze sind auch hier heranzuziehen; entscheidend ist danach der Gesamteindruck der Ankündigung, wie er sich bei flüchtiger Wahrnehmung für einen nicht ganz unerheblichen Teil der angesprochenen Kreise ergibt. Allfällige Zweifel gehen dabei auf Kosten der Beklagten, weil nach ständiger Rechtsprechung jeder Werbende bei mehrdeutigen Äußerungen die für ihn ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen muss (ÖBl 2001, 73 - Ginkgo biloba mwN; 4 Ob 141/02t). Wird ein Produkt vertrieben, das zugleich mit arzneilichen Wirkungen beworben wird, so unterliegt es den Bestimmungen des AMG und darf nicht im Versandhandel abgegeben werden (§ 59 Abs 9 AMG). Es handelt demnach gesetzwidrig, wer ein Arzneimittel im Versandhandel vertreibt; dieses - wegen Verstoßes gegen § 1 UWG auch wettbewerbswidrige - Verhalten kann, wenn es subjektiv vorwerfbar ist, verboten werden (ÖBl 2000, 64 - VIAGRA). Die für die Beurteilung von Werbeankündigungen zu Paragraph 2, UWG entwickelten Grundsätze sind auch hier heranzuziehen; entscheidend ist danach der Gesamteindruck der Ankündigung, wie er sich bei flüchtiger Wahrnehmung für einen nicht ganz unerheblichen Teil der angesprochenen Kreise ergibt. Allfällige Zweifel gehen dabei auf Kosten der Beklagten, weil nach ständiger Rechtsprechung jeder Werbende bei mehrdeutigen Äußerungen die für ihn ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen muss (ÖBl 2001, 73 - Ginkgo biloba mwN; 4 Ob 141/02t). Wird ein Produkt vertrieben, das zugleich mit arzneilichen Wirkungen beworben wird, so unterliegt es den Bestimmungen des AMG und darf nicht im Versandhandel abgegeben werden (Paragraph 59, Absatz 9, AMG). Es handelt demnach gesetzwidrig, wer ein Arzneimittel im Versandhandel vertreibt; dieses - wegen Verstoßes gegen Paragraph eins, UWG auch wettbewerbswidrige - Verhalten kann, wenn es subjektiv vorwerfbar ist, verboten werden (ÖBl 2000, 64 - VIAGRA).

Auch für die gemeinschaftsrechtliche Einstufung eines Erzeugnisses als Arzneimittel (die Erstbeklagte bewirbt und vertreibt ihre Produkte nicht nur im Inland) sind entweder seine pharmakologischen Eigenschaften oder seine Bezeichnung als Mittel zur Heilung oder Verhütung von Krankheiten maßgebend. An diesem gemeinschaftsrechtlichen Arzneimittelbegriff hat sich auch nach der - insoweit inhaltsgleichen - Bestimmung des Art 1 Nr 2 II der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel vom 6. 11. 2001 (ABl EG Nr L 311, S. 67), gemäß deren Art 128 Abs 1 die Richtlinie 65/65/EWG aufgehoben worden ist, nichts geändert (vgl dazu 4 Ob 141/02t; Köhler, Die neuen europäischen Begriffe und Grundsätze des Lebensmittelrechts, GRUR 2002, 844 ff, FN 5; BGH Urteil vom 11. 7. 2002 = GRUR 2002, 910 - Muskelaufbaupräparate). Damit gilt das zuvor zur subjektiven Zweckbestimmung Gesagte auch im gemeinschaftsrechtlichen Zusammenhang. Der EuGH hat dazu in stRsp festgehalten, dass das Kriterium der "Bezeichnung" in Art 1 Nr 2 der Richtlinie 65/65/EWG nicht nur Arzneimittel erfasst, die tatsächlich eine therapeutische oder medizinische Wirkung haben, sondern auch solche Erzeugnisse, die nicht ausreichend wirksam sind oder nicht die Wirkung haben, die der Verbraucher nach ihrer Bezeichnung von ihnen erwarten darf; dadurch soll der Verbraucher nicht nur vor schädlichen und giftigen Arzneimitteln als solchen geschützt werden, sondern auch vor Erzeugnissen, die an Stelle geeigneter Heilmittel verwendet werden. Der Begriff der "Bezeichnung" ist dabei nach

Auffassung des EuGH weit auszulegen; ein Erzeugnis werde nicht nur dann als Mittel zur Heilung oder Verhütung von Krankheiten bezeichnet, wenn es ausdrücklich - etwa auf dem Etikett, dem Beipackzettel oder mündlich - als solches bezeichnet oder empfohlen wird, sondern auch dann, wenn bei einem durchschnittlich informierten Verbraucher auch nur schlüssig, aber mit Gewissheit der Eindruck entsteht, dass dieses Erzeugnis in Anbetracht seiner Aufmachung die betreffenden Eigenschaften haben müsse (Köhler aaO 846). Um diesen Tatbestand des "Präsentationsarzneimittels" zu erfüllen, genügt es somit, dass dem Produkt vom Vertrieber in Werbemitteln arzneiliche Wirkungen zugeschrieben werden. Auch für die gemeinschaftsrechtliche Einstufung eines Erzeugnisses als Arzneimittel (die Erstbeklagte bewirbt und vertreibt ihre Produkte nicht nur im Inland) sind entweder seine pharmakologischen Eigenschaften oder seine Bezeichnung als Mittel zur Heilung oder Verhütung von Krankheiten maßgebend. An diesem gemeinschaftsrechtlichen Arzneimittelbegriff hat sich auch nach der - insoweit inhaltsgleichen - Bestimmung des Artikel eins, Nr 2 römisch II der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel vom 6. 11. 2001 (ABl EG Nr L 311, S. 67), gemäß deren Artikel 128, Absatz eins, die Richtlinie 65/65/EWG aufgehoben worden ist, nichts geändert vergleiche dazu 4 Ob 141/02t; Köhler, Die neuen europäischen Begriffe und Grundsätze des Lebensmittelrechts, GRUR 2002, 844 ff, FN 5; BGH Urteil vom 11. 7. 2002 = GRUR 2002, 910 - Muskelaufbaupräparate). Damit gilt das zuvor zur subjektiven Zweckbestimmung Gesagte auch im gemeinschaftsrechtlichen Zusammenhang. Der EuGH hat dazu in stRsp festgehalten, dass das Kriterium der "Bezeichnung" in Artikel eins, Nr 2 der Richtlinie 65/65/EWG nicht nur Arzneimittel erfasst, die tatsächlich eine therapeutische oder medizinische Wirkung haben, sondern auch solche Erzeugnisse, die nicht ausreichend wirksam sind oder nicht die Wirkung haben, die der Verbraucher nach ihrer Bezeichnung von ihnen erwarten darf; dadurch soll der Verbraucher nicht nur vor schädlichen und giftigen Arzneimitteln als solchen geschützt werden, sondern auch vor Erzeugnissen, die an Stelle geeigneter Heilmittel verwendet werden. Der Begriff der "Bezeichnung" ist dabei nach Auffassung des EuGH weit auszulegen; ein Erzeugnis werde nicht nur dann als Mittel zur Heilung oder Verhütung von Krankheiten bezeichnet, wenn es ausdrücklich - etwa auf dem Etikett, dem Beipackzettel oder mündlich - als solches bezeichnet oder empfohlen wird, sondern auch dann, wenn bei einem durchschnittlich informierten Verbraucher auch nur schlüssig, aber mit Gewissheit der Eindruck entsteht, dass dieses Erzeugnis in Anbetracht seiner Aufmachung die betreffenden Eigenschaften haben müsse (Köhler aaO 846). Um diesen Tatbestand des "Präsentationsarzneimittels" zu erfüllen, genügt es somit, dass dem Produkt vom Vertrieber in Werbemitteln arzneiliche Wirkungen zugeschrieben werden.

Die Erstbeklagte bringt im Weg des Versandhandels Produkte in Verkehr, deren Wirkungen sie in ihrer Werbung nicht nur ganz allgemein beschreibt, sondern die sie zur Einnahme bei konkret aufgezählten Beschwerden (bei Allergien: Thunbergia Laurifolia; bei Neurodermitis und Schuppenflechte: Sanddornöl; bei Rheuma und Ischias: Paracelsus Basenbad) ausdrücklich empfiehlt. Die Erstbeklagte bietet demnach Arzneimittel an, die die Zweckbestimmung des § 1 Abs 1 Z 1 AMG erfüllen, und vertreibt sie - entgegen dem Verbot des § 59 Abs 9 AMG - im Versandhandel. Die Einstufung der genannten Erzeugnisse als Arzneimittel ihrer subjektiven Zweckbestimmung ist angesichts der bei ihrer Bewerbung verwendeten Krankheitsbegriffe und der einschlägigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum subjektiven Arzneimittelbegriff sowohl nach inländischem Recht als auch nach Gemeinschaftsrecht nicht zweifelhaft, weshalb der Gesetzesverstoß den Beklagten auch subjektiv vorzuwerfen ist. Die Erstbeklagte bringt im Weg des Versandhandels Produkte in Verkehr, deren Wirkungen sie in ihrer Werbung nicht nur ganz allgemein beschreibt, sondern die sie zur Einnahme bei konkret aufgezählten Beschwerden (bei Allergien: Thunbergia Laurifolia; bei Neurodermitis und Schuppenflechte: Sanddornöl; bei Rheuma und Ischias: Paracelsus Basenbad) ausdrücklich empfiehlt. Die Erstbeklagte bietet demnach Arzneimittel an, die die Zweckbestimmung des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, AMG erfüllen, und vertreibt sie - entgegen dem Verbot des Paragraph 59, Absatz 9, AMG - im Versandhandel. Die Einstufung der genannten Erzeugnisse als Arzneimittel ihrer subjektiven Zweckbestimmung ist angesichts der bei ihrer Bewerbung verwendeten Krankheitsbegriffe und der einschlägigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum subjektiven Arzneimittelbegriff sowohl nach inländischem Recht als auch nach Gemeinschaftsrecht nicht zweifelhaft, weshalb der Gesetzesverstoß den Beklagten auch subjektiv vorzuwerfen ist.

Der Revision ist deshalb Folge zu geben und dem Unterlassungsbegehren, soweit es den Versandhandel mit Arzneimitteln und die - im Verfahren nicht weiter problematisierte - Werbung dafür zum Gegenstand hat, stattzugeben.

2. Zum Rekurs:

Die Beklagten bekämpfen die teilweise Aufhebung des Ersturteils. Ihrer Auffassung nach beurteile das Berufungsgericht den Umfang der Erörterungspflicht des § 182a ZPO zu weit; die Rechtssache sei mangels Beweises einer bereits erfolgten Gesetzesverletzung spruchreif im Sinne einer Abweisung des Begehrens, so weit es sich auf den Versandhandel mit Verzehrprodukten beziehe. Dazu ist zu erwägen: Die Beklagten bekämpfen die teilweise Aufhebung des Ersturteils. Ihrer Auffassung nach beurteile das Berufungsgericht den Umfang der Erörterungspflicht des Paragraph 182 a, ZPO zu weit; die Rechtssache sei mangels Beweises einer bereits erfolgten Gesetzesverletzung spruchreif im Sinne einer Abweisung des Begehrens, so weit es sich auf den Versandhandel mit Verzehrprodukten beziehe. Dazu ist zu erwägen:

Der Kläger wirft den Beklagten vor, entgegen dem Verbot des § 50 Abs 2 GewO Verzehrprodukte (nunmehr: Nahrungsergänzungsmittel iS § 3 LMG 1975 idF BGBl I 69/2003) im Versandhandel an Letztverbraucher abzugeben. Das Berufungsgericht hielt das erstinstanzliche Verfahren zur Prüfung der Frage für ergänzungsbedürftig, ob tatsächlich die Bestellung eines Letztverbrauchers ausgeliefert worden sei, und legte dem Erstgericht in diesem Zusammenhang eine unrichtige Auslegung des § 182a ZPO zur Last. Nach der gegebenen Sachlage hängt die Entscheidung aber nicht von dieser Frage ab: Der Kläger wirft den Beklagten vor, entgegen dem Verbot des Paragraph 50, Absatz 2, GewO Verzehrprodukte (nunmehr: Nahrungsergänzungsmittel iS Paragraph 3, LMG 1975 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 69 aus 2003,) im Versandhandel an Letztverbraucher abzugeben. Das Berufungsgericht hielt das erstinstanzliche Verfahren zur Prüfung der Frage für ergänzungsbedürftig, ob tatsächlich die Bestellung eines Letztverbrauchers ausgeliefert worden sei, und legte dem Erstgericht in diesem Zusammenhang eine unrichtige Auslegung des Paragraph 182 a, ZPO zur Last. Nach der gegebenen Sachlage hängt die Entscheidung aber nicht von dieser Frage ab:

Versandhandel ist eine Betriebsform des Einzelhandels, bei der das Anbieten der Waren nicht in offenen Ladengeschäften (Schaufenster), sondern schriftlich mittels Katalogen, Anzeigen, Prospekten oder auch durch Vertreter erfolgt und die schriftlich bestellten Waren den Käufern im Versandweg (meist Postversand) zugestellt werden. Für den Versandhandel ist demnach wesentlich, dass der Verkäufer seine Waren einem unbestimmten Personenkreis schriftlich (also nicht persönlich) anbietet und die bestellte Ware zugesandt wird (ÖBI 2000, 64 - VIAGRA).

Nach den - insoweit unbestritten gebliebenen - Feststellungen vertreibt die Erstbeklagte ua auch Nahrungsergänzungsmittel, die schriftlich mittels in einem Katalog enthaltenem Bestellschein oder über das Internet direkt bestellt werden können. Im Bestellschein und im Internet-Bestellformular (Beil./B und ./C) ist nicht anzugeben, ob der Besteller Wiederverkäufer oder Letztverbraucher ist; auch findet sich weder im Katalog noch in der Internet-Werbung ein Hinweis, dass Letztverbraucher im Versandweg nicht beliefert werden. Eine Mindestbestellmenge ist nicht vorgeschrieben. Die Preise sind jeweils brutto angegeben; die Versandkosten hat der Besteller zu tragen. Bei dieser Sachlage ist das Unterlassungsbegehren, soweit es einen Verstoß gegen § 50 Abs 2 GewO zum Gegenstand hat, schon unter dem Aspekt der vorbeugenden Unterlassungsklage berechtigt, ohne dass es einer weiteren Beweisaufnahme bedürfte. Nach den - insoweit unbestritten gebliebenen - Feststellungen vertreibt die Erstbeklagte ua auch Nahrungsergänzungsmittel, die schriftlich mittels in einem Katalog enthaltenem Bestellschein oder über das Internet direkt bestellt werden können. Im Bestellschein und im Internet-Bestellformular (Beil./B und ./C) ist nicht anzugeben, ob der Besteller Wiederverkäufer oder Letztverbraucher ist; auch findet sich weder im Katalog noch in der Internet-Werbung ein Hinweis, dass Letztverbraucher im Versandweg nicht beliefert werden. Eine Mindestbestellmenge ist nicht vorgeschrieben. Die Preise sind jeweils brutto angegeben; die Versandkosten hat der Besteller zu tragen. Bei dieser Sachlage ist das Unterlassungsbegehren, soweit es einen Verstoß gegen Paragraph 50, Absatz 2, GewO zum Gegenstand hat, schon unter dem Aspekt der vorbeugenden Unterlassungsklage berechtigt, ohne dass es einer weiteren Beweisaufnahme bedürfte.

Eine (vorbeugende) Unterlassungsklage ist dann gerechtfertigt, wenn das Zuwiderhandeln unmittelbar drohend bevorsteht, also Erstbegehungsgefahr besteht (Hohenecker/Friedl, Wettbewerbsrecht 85 f; Rechberger in Rechberger, ZPO² § 406 Rz 16; zur vorbeugenden Unterlassungsklage ua SZ 33/130; ÖBI 1978, 102 - kulinarisches Mosaik; MR 1988, 205 = ÖBI 1989, 56 - Bioren; SZ 67/161 = ÖBI 1995, 128 - Verführerschein II; WBI 1999, 331 = ÖBI 1999, 229 - ERINASOLUM). Der Kläger muss in einem solchen Fall die tatsächlichen Umstände, die eine ernstlich drohende und unmittelbar bevorstehende Gefahr erstmaliger Begehung begründen, im Einzelnen darlegen und im Bestreitungsfall beweisen. Die bloße theoretische Möglichkeit der Begehung genügt nicht; gegen sie schützt kein Gesetz (ÖBI-LS

2000/96 - Altölentsorgung). Es müssen greifbare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein wettbewerbswidriges Verhalten der bezeichneten Art in naher Zukunft bevorsteht (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht²² EinlUWG Rz 300; ÖBI-LS 2000/39 - Wartungsvertragskunden; ÖBI 2002, 302 - Alpentrio Tirol). Eine (vorbeugende) Unterlassungsklage ist dann gerechtfertigt, wenn das Zuwiderhandeln unmittelbar drohend bevorsteht, also Erstbegehungsgefahr besteht (Hohenecker/Friedl, Wettbewerbsrecht 85 f; Rechberger in Rechberger, ZPO² Paragraph 406, Rz 16; zur vorbeugenden Unterlassungsklage ua SZ 33/130; ÖBI 1978, 102 - kulinarisches Mosaik; MR 1988, 205 = ÖBI 1989, 56 - Bioren; SZ 67/161 = ÖBI 1995, 128 - Verführerschein II; WBI 1999, 331 = ÖBI 1999, 229 - ERINASOLUM). Der Kläger muss in einem solchen Fall die tatsächlichen Umstände, die eine ernstlich drohende und unmittelbar bevorstehende Gefahr erstmaliger Begehung begründen, im Einzelnen darlegen und im Bestreitungsfall beweisen. Die bloße theoretische Möglichkeit der Begehung genügt nicht; gegen sie schützt kein Gesetz (ÖBI-LS 2000/96 - Altölentsorgung). Es müssen greifbare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein wettbewerbswidriges Verhalten der bezeichneten Art in naher Zukunft bevorsteht (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht²² EinlUWG Rz 300; ÖBI-LS 2000/39 - Wartungsvertragskunden; ÖBI 2002, 302 - Alpentrio Tirol).

Die Beklagten haben eine Vertriebsorganisation aufgebaut, bei der sie ihre Produkte (darunter Nahrungsergänzungsmittel) gegenüber einem unbestimmten - nicht auf Wiederverkäufer eingeschränkten - Personenkreis nicht persönlich, sondern durch Kataloge oder Internet-Werbung anbieten und die schriftlichen oder elektronischen Bestellungen der Käufer im Postversand erfüllen. Damit ist aber eine unmittelbar bevorstehende wettbewerbswidrige Handlung in Form der Verletzung des § 50 Abs 2 GewO bewiesen. Auch dieser Teil des Unterlassungsbegehrens erweist sich demnach - ebenso wie das Begehren zur Ermächtigung der Urteilsveröffentlichung - als spruchreif im Sinne einer Klagestattgebung. Die Beklagten haben eine Vertriebsorganisation aufgebaut, bei der sie ihre Produkte (darunter Nahrungsergänzungsmittel) gegenüber einem unbestimmten - nicht auf Wiederverkäufer eingeschränkten - Personenkreis nicht persönlich, sondern durch Kataloge oder Internet-Werbung anbieten und die schriftlichen oder elektronischen Bestellungen der Käufer im Postversand erfüllen. Damit ist aber eine unmittelbar bevorstehende wettbewerbswidrige Handlung in Form der Verletzung des Paragraph 50, Absatz 2, GewO bewiesen. Auch dieser Teil des Unterlassungsbegehrens erweist sich demnach - ebenso wie das Begehren zur Ermächtigung der Urteilsveröffentlichung - als spruchreif im Sinne einer Klagestattgebung.

Der Oberste Gerichtshof kann gem § 519 Abs 2 letzter Satz ZPO über einen Rekurs gegen einen Beschluss des Berufungsgerichtes nach § 519 Abs 1 Z 2 ZPO durch Urteil in der Sache selbst erkennen, wenn die Sache zur Entscheidung reif ist, wobei diese Entscheidung - da hier das Verbot der reformatio in peius nicht gilt - auch zum Nachteil des Rekurswerbers ausfallen kann (SZ 59/171; SSV-NF 5/96; RIS-Justiz RS0043850; Kodek in Rechberger, ZPO² § 519 Rz 5). Mit der Erhebung des Rekurses gegen den Aufhebungsbeschluss ist gemäß § 519 Abs 2 letzter Satz ZPO die Sachentscheidungsbefugnis an den Obersten Gerichtshof übergegangen, der sie nun im Rahmen der noch unerledigt gebliebenen Berufungsanträge ausübt (SZ 64/191; Fasching, Zivilprozessrecht² Rz 1983). Der Oberste Gerichtshof kann gem Paragraph 519, Absatz 2, letzter Satz ZPO über einen Rekurs gegen einen Beschluss des Berufungsgerichtes nach Paragraph 519, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO durch Urteil in der Sache selbst erkennen, wenn die Sache zur Entscheidung reif ist, wobei diese Entscheidung - da hier das Verbot der reformatio in peius nicht gilt - auch zum Nachteil des Rekurswerbers ausfallen kann (SZ 59/171; SSV-NF 5/96; RIS-Justiz RS0043850; Kodek in Rechberger, ZPO² Paragraph 519, Rz 5). Mit der Erhebung des Rekurses gegen den Aufhebungsbeschluss ist gemäß Paragraph 519, Absatz 2, letzter Satz ZPO die Sachentscheidungsbefugnis an den Obersten Gerichtshof übergegangen, der sie nun im Rahmen der noch unerledigt gebliebenen Berufungsanträge ausübt (SZ 64/191; Fasching, Zivilprozessrecht² Rz 1983).

Dem Rekurs ist daher Folge zu geben, der angefochtene Beschluss aufzuheben und (im Umfang der aufhebenden Entscheidung) in der Sache selbst im Sinn der Stattgebung des Klagebegehrens zu erkennen. Bei der Fassung des Unterlassungsbegehrens war auf die mit BGBl I 69/2003 eingetretene neue Rechtslage (Ersetzung des in § 3 LMG verwendeten Begriffs "Verzehrprodukt" durch den Begriff "Nahrungsergänzungsmittel") Bedacht zu nehmen. Dem Rekurs ist daher Folge zu geben, der angefochtene Beschluss aufzuheben und (im Umfang der aufhebenden Entscheidung) in der Sache selbst im Sinn der Stattgebung des Klagebegehrens zu erkennen. Bei der Fassung des Unterlassungsbegehrens war auf die mit Bundesgesetzblatt Teil eins, 69 aus 2003, eingetretene neue Rechtslage (Ersetzung des in Paragraph 3, LMG verwendeten Begriffs "Verzehrprodukt" durch den Begriff "Nahrungsergänzungsmittel") Bedacht zu nehmen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 Abs 1 ZPO, im Rechtsmittelverfahren iVm § 50 Abs 1 ZPO. Der

Einheitssatz im Revisionsverfahren beträgt 50 %.Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 41, Absatz eins, ZPO, im Rechtsmittelverfahren in Verbindung mit Paragraph 50, Absatz eins, ZPO. Der Einheitssatz im Revisionsverfahren beträgt 50 %.

Textnummer

E72369

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2004:0040OB00022.04W.0210.000

Im RIS seit

11.03.2004

Zuletzt aktualisiert am

22.02.2012

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at