

# TE OGH 2003/11/18 4Ob207/03z

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.11.2003

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden, durch die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß und Dr. Schenk und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Sailer und Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Karl Grigkar und Mag. Rupert Rausch, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. A\*\*\*\*\* Vertrieb GmbH, und 2. Christian K\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Mag. Dominik Leitner, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 50.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgericht vom 15. September 2003, GZ 1 R 132/03v-9, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der außerordentliche Revisionsrekurs wird gemäß §§ 78, 402 EO iVm § 526 Abs 2 Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 528a iVm § 510 Abs 3 ZPO). Der außerordentliche Revisionsrekurs wird gemäß Paragraphen 78,, 402 EO in Verbindung mit Paragraph 526, Absatz 2, Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen (Paragraph 528 a, in Verbindung mit Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

Begründung:

## Rechtliche Beurteilung

Behauptet der Hersteller arzneiliche Wirkungen seines Produkts und bringt es damit als Arzneimittel in Verkehr, so unterliegt es den Zulassungsbestimmungen des AMG und darf nur nach seiner Zulassung als solches vertrieben werden. Der Hersteller handelt demnach gesetzwidrig, wenn er das Arzneimittel, ohne über die notwendigen Zulassungen zu verfügen, vertreibt. Dieses - wegen Verstoßes gegen § 1 UWG auch wettbewerbswidrige - Verhalten kann ihm verboten werden (4 Ob 5/00i = ÖBI 2001, 73 - Ginkgo biloba; 4 Ob 51/01f; 4 Ob 141/02t; 4 Ob 129/03d). 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 AMG zu erfüllen, ist die allgemeine Verkehrsauffassung maßgebend. Es kommt darauf an, wie die Angaben des Beklagten auf der Verpackung seines Produkts und in der Informationsbroschüre vom Verkehr aufgefasst werden, wobei die für die Beurteilung von Werbeankündigungen zu § 2 UWG entwickelten Grundsätze auch hier heranzuziehen sind. Entscheidend ist der Gesamteindruck der Ankündigung, wie er sich bei flüchtiger Wahrnehmung für einen nicht ganz unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise ergibt (ÖBI 2001, 73 - Ginkgo biloba). Behauptet der Hersteller arzneiliche Wirkungen seines Produkts und bringt es damit als Arzneimittel in Verkehr, so unterliegt es den Zulassungsbestimmungen des

AMG und darf nur nach seiner Zulassung als solches vertrieben werden. Der Hersteller handelt demnach gesetzwidrig, wenn er das Arzneimittel, ohne über die notwendigen Zulassungen zu verfügen, vertreibt. Dieses - wegen Verstoßes gegen Paragraph eins, UWG auch wettbewerbswidrige - Verhalten kann ihm verboten werden (4 Ob 5/00i = ÖBl 2001, 73 - Ginkgo biloba; 4 Ob 51/01f; 4 Ob 141/02t; 4 Ob 129/03d). 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 AMG zu erfüllen, ist die allgemeine Verkehrsauffassung maßgebend. Es kommt darauf an, wie die Angaben des Beklagten auf der Verpackung seines Produkts und in der Informationsbroschüre vom Verkehr aufgefasst werden, wobei die für die Beurteilung von Werbeanmeldungen zu Paragraph 2, UWG entwickelten Grundsätze auch hier heranzuziehen sind. Entscheidend ist der Gesamteindruck der Ankündigung, wie er sich bei flüchtiger Wahrnehmung für einen nicht ganz unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise ergibt (ÖBl 2001, 73 - Ginkgo biloba).

Die Auffassung der Vorinstanzen, das Produkt der Beklagten werde nach seiner subjektiven Zweckbestimmung durch den Hersteller als Arzneimittel in Verkehr gebracht, ist angesichts der werblichen Ankündigung der Beklagten nicht zu beanstanden. Die angesprochenen Verkehrsteilnehmer können diesen Behauptungen unschwer entnehmen, dass das angebotene Produkt krankhafte Beschwerden im Zusammenhang mit Durchblutungsstörungen des Gehirns und peripherer Gewebe lindert oder verhütet und durch erhöhten Cholesterinspiegel oder durch Herz- und Kreislauferkrankungen entstehende Körperschäden verhütet oder zumindest lindert.

Die Klägerin vertritt darüber hinaus den Standpunkt, das Erzeugnis der Beklagten sei wegen seiner pharmakologischen Wirkungen auch Arzneimittel im objektiven Sinn. Dazu hat das Rekursgericht ausgeführt, aus der Zulassung des den gleichen Wirkstoff in einer sogar geringeren Konzentration enthaltenden Präparats der Klägerin als Arzneimittel ergebe sich im Zusammenhang mit § 22 Abs 1 AMG (der eine Zulassung unter anderem dann verbiete, wenn die Wirksamkeit als Arzneimittelspezialität nicht ausreichend nachgewiesen sei), dass auch die von den Beklagten vertriebene und mit einer höheren Tagesdosis angebotene Arzneispezialität pharmakologische Wirkungen im Sinn ihrer Zweckbestimmung entfalte. Es hat damit auf Grundlage insoweit nicht bestrittenen Parteivorbringens die arzneiliche Wirkung des Erzeugnisses der Beklagten als bescheinigt angenommen. Sein Bescheinigungsergebnis ist als Akt der Beweiswürdigung nicht bekämpfbar und bindet den Obersten Gerichtshof im Sicherungsverfahren. Angesichts dieser Bescheinigungsergebnisse ist aber auch das ganz allgemein auf Unterlassung des Inverkehrbringens vor einer Zulassung nach § 11 AMG gerichtete Verbot nicht zu weit gefasst. Die Klägerin vertritt darüber hinaus den Standpunkt, das Erzeugnis der Beklagten sei wegen seiner pharmakologischen Wirkungen auch Arzneimittel im objektiven Sinn. Dazu hat das Rekursgericht ausgeführt, aus der Zulassung des den gleichen Wirkstoff in einer sogar geringeren Konzentration enthaltenden Präparats der Klägerin als Arzneimittel ergebe sich im Zusammenhang mit Paragraph 22, Absatz eins, AMG (der eine Zulassung unter anderem dann verbiete, wenn die Wirksamkeit als Arzneimittelspezialität nicht ausreichend nachgewiesen sei), dass auch die von den Beklagten vertriebene und mit einer höheren Tagesdosis angebotene Arzneispezialität pharmakologische Wirkungen im Sinn ihrer Zweckbestimmung entfalte. Es hat damit auf Grundlage insoweit nicht bestrittenen Parteivorbringens die arzneiliche Wirkung des Erzeugnisses der Beklagten als bescheinigt angenommen. Sein Bescheinigungsergebnis ist als Akt der Beweiswürdigung nicht bekämpfbar und bindet den Obersten Gerichtshof im Sicherungsverfahren. Angesichts dieser Bescheinigungsergebnisse ist aber auch das ganz allgemein auf Unterlassung des Inverkehrbringens vor einer Zulassung nach Paragraph 11, AMG gerichtete Verbot nicht zu weit gefasst.

Gemäß § 390 EO kann der Vollzug einer einstweiligen Verfügung vom Erlag einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden, wenn der behauptete Anspruch nicht ausreichend bescheinigt ist und die dem Gegner der gefährdeten Partei daraus drohenden Nachteile durch Geldersatz nicht ausgeglichen werden können (Abs 1) oder wenn - trotz ausreichender Bescheinigung - nach den Umständen des zu beurteilenden Falles Bedenken wegen tiefgreifender Eingriffe der einstweiligen Verfügung in die Interessen des Gegners der gefährdeten Partei bestehen (Abs 2). Von einer ausreichenden Bescheinigung des Anspruchs ist nach den vorliegenden Verfahrensergebnissen auszugehen. Ob die Voraussetzungen für eine Sicherheitsleistung nach Abs 2 im Einzelfall vorliegen, bildet ebensowenig eine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 528 Abs 1 ZPO (MR 1996, 244), wie die vom Rekursgericht verneinte Frage, ob das Vorbringen der Beklagten ausreichte, um die dafür erforderliche Interessenabwägung vorzunehmen. Gemäß Paragraph 390, EO kann der Vollzug einer einstweiligen Verfügung vom Erlag einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden, wenn der behauptete Anspruch nicht ausreichend bescheinigt ist und die dem Gegner der

gefährdeten Partei daraus drohenden Nachteile durch Geldersatz nicht ausgeglichen werden können (Absatz eins,) oder wenn - trotz ausreichender Bescheinigung - nach den Umständen des zu beurteilenden Falles Bedenken wegen tiefgreifender Eingriffe der einstweiligen Verfügung in die Interessen des Gegners der gefährdeten Partei bestehen (Absatz 2.). Von einer ausreichenden Bescheinigung des Anspruchs ist nach den vorliegenden Verfahrensergebnissen auszugehen. Ob die Voraussetzungen für eine Sicherheitsleistung nach Absatz 2, im Einzelfall vorliegen, bildet ebensowenig eine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO (MR 1996, 244), wie die vom Rekursgericht verneinte Frage, ob das Vorbringen der Beklagten ausreichte, um die dafür erforderliche Interessenabwägung vorzunehmen.

Mangels Vorhandenseins erheblicher Rechtsfragen wird der außerordentliche Revisionsrekurs der Beklagten zurückgewiesen.

**Textnummer**

E71533

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2003:0040OB00207.03Z.1118.000

**Im RIS seit**

18.12.2003

**Zuletzt aktualisiert am**

18.09.2012

**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](http://www.jusline.at)