

# TE OGH 2001/11/13 4Ob85/01f

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.11.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Österreichische Apothekerkammer, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Ruth Hütthaler-Brandauer, Rechtsanwältin in Wien, wider die beklagte Partei S\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Peter Sparer, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Unterlassung (Streitwert 250.000 S), infolge Revision der Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 4. Jänner 2001, GZ 2 R 227/00z-22, mit dem das Urteil des Landesgerichts Innsbruck vom 20. Juli 2000, GZ 17 Cg 219/99w-16, in der Hauptsache bestätigt und im Kostenpunkt abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung - einschließlich des bestätigten Teils - insgesamt wie folgt zu lauten hat:

"Die Beklagte ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in Österreich zu unterlassen:

- a) den Vertrieb von Arzneimitteln im Versandhandel,
- b) den Vertrieb von nicht registrierten Arzneimitteln, insbesondere den Vertrieb folgender Produkte: 'Eucalyptus Kapseln', 'Gingko Biloba Kapseln', 'Johanniskraut Kapseln', 'Spitzwegerich Kapseln', 'Schwedische Kräuter Kapseln', 'Fett-Blocker in Kapseln', solange diese Produkte nicht als Arzneimittel zugelassen oder als Verzehrprodukte angemeldet und nicht untersagt sind,
- c) Werbung für Arzneimittel, es sei denn, das beworbene Arzneimittel ist durch das zuständige Bundesministerium als Arzneispezialität zugelassen oder als Arzneimittel im Arzneibuch im Sinne des § 1 ArzneibuchG genannt, c) Werbung für Arzneimittel, es sei denn, das beworbene Arzneimittel ist durch das zuständige Bundesministerium als Arzneispezialität zugelassen oder als Arzneimittel im Arzneibuch im Sinne des Paragraph eins, ArzneibuchG genannt,
- d) bei der Werbung für Verzehrprodukte, insbesondere für 'Bärlauch Kapseln' und 'Weizenkeim + Vitamin E Kapseln', den Eindruck zu erwecken, dass dem jeweiligen Verzehrprodukt physiologische und/oder pharmakologische Wirkungen zukämen, sofern solche Angaben nicht nach § 9 Abs 3 LMG 1975 zugelassen wurden. d) bei der Werbung für Verzehrprodukte, insbesondere für 'Bärlauch Kapseln' und 'Weizenkeim + Vitamin E Kapseln', den Eindruck zu erwecken, dass dem jeweiligen Verzehrprodukt physiologische und/oder pharmakologische Wirkungen zukämen, sofern solche Angaben nicht nach Paragraph 9, Absatz 3, LMG 1975 zugelassen wurden.

Das Mehrbegehren, der Beklagten den Vertrieb von nicht angemeldeten Verzehrsprodukten zu untersagen, wird abgewiesen.

Die Kosten werden gegeneinander aufgehoben.

Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit 3.445 S bestimmten anteiligen Barauslagen binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Der Kläger ist schuldig, der Beklagten die mit 11.925 S bestimmten anteiligen Barauslagen des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

### **Text**

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte ist unter der Firmenregistrierungs-Nr HRA 302485 in \*\*\*\*\* in Belgien registriert. Sie vertreibt "Gesundheitsprodukte" im Versandhandel; ob sie berechtigt ist, diese Produkte in Belgien in Verkehr zu bringen, konnte nicht festgestellt werden.

Die Beklagte versendet an österreichische Kunden in deutscher Sprache abgefasste Kataloge, in denen sie (ua) Schlankheitsmittel, potenzfördernde Mittel und Nahrungsergänzungsprodukte anbietet. Bestellte Waren sendet sie (österreichischen Kunden) per Nachnahme zu. Sie macht den Versand nicht vom Vorliegen einer ärztlichen Verschreibung abhängig.

Die von der Beklagten an einen österreichischen Kunden gesandten "Bärlauch Kapseln" und "Weizenkeim + Vitamin E Kapseln" wurden von einem Partnerunternehmen der Beklagten, der H\*\*\*\*\* GmbH in Innsbruck, als Verzehrsprodukte angemeldet. Für die diesem Kunden ebenfalls gesandten "Eukalyptus Kapseln", "Ginkgo Biloba Kapseln", "Johanniskraut Kapseln", "Spitzwegerich Kapseln", "Schwedische Kräuter Kapseln" und den einer österreichischen Kundin gesandten "Fett-Blocker in Kapseln" liegen hingegen weder Anmeldungen als Verzehrsprodukte noch Arzneimittelzulassungen vor. Ebenso wenig wurde ein Antrag gestellt, die gesundheitsbezogenen Angaben auf der Verpackung und auf dem Beipackzettel zu genehmigen.

Es handelt sich dabei um folgende Angaben:

Eukalyptus 63 Kapseln:

"Eukalyptus für die Lunge und Atemwege. Dieser wertvolle Auszug aus den Blättern der Eukalyptus-Pflanze ist ein unübertroffenes natürliches Mittel für die Gesundheit der Atmungsorgane".

Ginkgo Biloba 63 Kapseln:

"Verbessert Ihr Gedächtnis und Ihre Reaktion, der Extrakt stimuliert die Durchblutung des Gehirns..."

Der Extrakt des Ginkgo Biloba ist das Naturmittel gegen Verkalkung des Gehirns..."

Johanniskraut 100 Kapseln:

"Johanniskraut regt die Melatonin-Produktion im Körper an, was sich sehr positiv auswirkt ...

Melatonin regelt auch das Abwehrsystem unseres Körpers und sichert uns eine gute Gesundheit bis ins hohe Alter hinein."

Spitzwegerich 63 Kapseln:

"Für den Hals und die Lungen, schon Paracelsus empfahl Spitzwegerich ... für gesunde Nieren. Noch bekannter ist Spitzwegerich als Heilmittel bei Husten und Halsbeschwerden..."

Schwedische Kräuter 42 Kapseln:

"Sie sind das beste natürliche Mittel in folgenden Fällen: Magen- und Verdauungsprobleme, gesunde Leber- und Gallenfunktion, Entgiftung und Reinigung des Blutes..."

Fett-Blocker in Kapseln:

"Senkt den Cholesterin-Spiegel".

Im Katalog der Beklagten wirbt die Beklagte (ua) wie folgt:

Bärlauch 63 Kapseln:

"Sie reinigen damit Ihren Magen, Ihre inneren Organe und Ihr Blut... Gegen hohen Blutdruck und ideal für ältere Menschen zur Verstärkung der Vitalität und Abwehrkräfte."

Weizenkeimöl + Vitamin E 63 Kapseln:

"Ein heilsames Mittel gegen Müdigkeit ist dieses Vitamin E des Weizenkeimöls. Wird wärmstens empfohlen für maximale physische Ausdauer und Verstärkung der Gehirnfunktion...".

Die Klägerin begehrt - nach Rückziehung ihrer Klage gegen die vormalige Zweitbeklagte H\*\*\*\*\* GmbH und nach Einschränkung ihres Begehrens -, die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in Österreich zu unterlassen:

- a) den Vertrieb von Arzneimitteln im Versandhandel,
- b) den Vertrieb von nicht registrierten Arzneimitteln,
- c) den Vertrieb von nicht angemeldeten Verzehrprodukten,
- d) insbesondere den Vertrieb folgender Produkte: "Eukalyptus Kapseln", "Ginkgo Biloba Kapseln", "Johanniskraut Kapseln", "Spitzwegerich Kapseln", "Schwedische Kräuter Kapseln", "Fett-Blocker in Kapseln", solange diese nicht als Arzneimittel zugelassen oder als Verzehrprodukte angemeldet und nicht untersagt sind,
- e) Werbung für Arzneimittel, es sei denn, das beworbene Arzneimittel ist durch das Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales als Arzneispezialität zugelassen oder als Arzneimittel im Arzneibuch im Sinne des § 1 Arzneibuch genannt,e) Werbung für Arzneimittel, es sei denn, das beworbene Arzneimittel ist durch das Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales als Arzneispezialität zugelassen oder als Arzneimittel im Arzneibuch im Sinne des Paragraph eins, Arzneibuch genannt,
- f) bei der Werbung für Verzehrprodukte den Eindruck zu erwecken, dass dem jeweiligen Verzehrprodukt physiologische und/oder pharmakologische Wirkungen zukämen, sofern solche Angaben nicht nach § 9 Abs 3 LMG 1975 zugelassen wurden,f) bei der Werbung für Verzehrprodukte den Eindruck zu erwecken, dass dem jeweiligen Verzehrprodukt physiologische und/oder pharmakologische Wirkungen zukämen, sofern solche Angaben nicht nach Paragraph 9, Absatz 3, LMG 1975 zugelassen wurden,
- g) sowie nicht genehmigte gesundheitsbezogene oder arzneiliche, krankheitsbezogene Werbung für "Bärlauch Kapseln" und "Weizenkeim + Vitamin E Kapseln" zu machen.

Die von der Beklagten vertriebenen Produkte seien nach Art und Form des Inverkehrbringens Arzneimittel im Sinne des § 1 AMG. Sie dürften ohne Zulassung nicht in Verkehr gebracht und nur in Apotheken an Letztverbraucher abgegeben werden. Sollte es sich um Verzehrprodukte handeln, so sei der Vertrieb deshalb unzulässig, weil sie nicht als Verzehrprodukte angemeldet wurden. Weder Arzneimittel noch Verzehrprodukte dürften im Versandhandel vertrieben werden. Die gesundheitsbezogenen Angaben und die Hinweise auf arzneiliche Wirkungen dürften ohne Genehmigung nicht verwendet werden; Arzneimittelwerbung sei nur für zugelassene Arzneispezialitäten oder für im Arzneibuch genannte Arzneimittel zulässig. Keine dieser Voraussetzungen sei hier erfüllt. Die von der Beklagten vertriebenen Produkte seien nach Art und Form des Inverkehrbringens Arzneimittel im Sinne des Paragraph eins, AMG. Sie dürften ohne Zulassung nicht in Verkehr gebracht und nur in Apotheken an Letztverbraucher abgegeben werden. Sollte es sich um Verzehrprodukte handeln, so sei der Vertrieb deshalb unzulässig, weil sie nicht als Verzehrprodukte angemeldet wurden. Weder Arzneimittel noch Verzehrprodukte dürften im Versandhandel vertrieben werden. Die gesundheitsbezogenen Angaben und die Hinweise auf arzneiliche Wirkungen dürften ohne Genehmigung nicht verwendet werden; Arzneimittelwerbung sei nur für zugelassene Arzneispezialitäten oder für im Arzneibuch genannte Arzneimittel zulässig. Keine dieser Voraussetzungen sei hier erfüllt.

Die Beklagte beantragt, das Klagebegehren abzuweisen. Sie vertreibe keine Arzneimittel, sondern Lebensmittel (Verzehrprodukte). Da sie diese Produkte in Belgien rechtmäßig in Verkehr bringen dürfe, widerspräche ein österreichisches Vertriebs- und Werbeverbot dem Gemeinschaftsrecht.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Der von der Beklagten behauptete Widerspruch zum

Gemeinschaftsrecht sei nicht näher zu prüfen, weil die Beklagte nicht bewiesen habe, zum Vertrieb der Produkte in Belgien berechtigt zu sein. Die in den Punkten 1 d und 1 g des Urteilspruchs angeführten Produkte seien Arzneimittel aufgrund subjektiver Zweckbestimmung. Ihr Vertrieb sei unzulässig, weil sie nicht als Arzneimittel zugelassen seien. Der Versandhandel mit Arzneimitteln und Verzehrprodukten verstoße gegen § 50 Abs 2 GewO. Mit den Verstößen gegen das Arzneimittelgesetz und gegen die Gewerbeordnung handle die Beklagte sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Der von der Beklagten behauptete Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht sei nicht näher zu prüfen, weil die Beklagte nicht bewiesen habe, zum Vertrieb der Produkte in Belgien berechtigt zu sein. Die in den Punkten 1 d und 1 g des Urteilspruchs angeführten Produkte seien Arzneimittel aufgrund subjektiver Zweckbestimmung. Ihr Vertrieb sei unzulässig, weil sie nicht als Arzneimittel zugelassen seien. Der Versandhandel mit Arzneimitteln und Verzehrprodukten verstoße gegen Paragraph 50, Absatz 2, GewO. Mit den Verstößen gegen das Arzneimittelgesetz und gegen die Gewerbeordnung handle die Beklagte sittenwidrig im Sinne des Paragraph eins, UWG.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil in der Hauptsache und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Mit dem Versand an österreichische Kunden habe die Beklagte ihre Produkte in Österreich in Verkehr gebracht. Die in Punkt 1 d des Urteilspruchs angeführten Kapseln seien nach den Produktbeschreibungen Arzneimittel aufgrund subjektiver Zweckbestimmung. Das österreichische Arzneimittelrecht widerspreche dem Gemeinschaftsrecht nicht, weil der "freie Warenverkehr" für Arzneimittel bisher nicht realisiert worden sei. Auch die §§ 3, 18 LMG 1975 seien mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Der EuGH habe in Bezug auf Arzneimittel bereits ausgesprochen, dass Maßnahmen aus Gründen des wirksamen Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen nach Art 30 EG dann gerechtfertigt sind, wenn sich dieser Schutz nicht mit anderen Maßnahmen, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken, gewährleisten lässt. Ähnliches müsse auch für Verzehrprodukte gelten. § 18 LMG 1975 hindere die Beklagte auch nicht, die von ihr angebotenen Produkte in Verkehr zu bringen. Warte sie die Untersagungsfrist nicht ab, so riskiere sie allerdings, die Produkte wieder aus dem Verkehr ziehen zu müssen, sollte das Inverkehrbringen untersagt werden. Der Vertrieb der in Punkt 1 d) angeführten Produkte werde nicht grundsätzlich, sondern nur für den Fall verboten, dass sie nicht als Arzneimittel zugelassen oder als Verzehrprodukte angemeldet und nicht untersagt sind. Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil in der Hauptsache und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Mit dem Versand an österreichische Kunden habe die Beklagte ihre Produkte in Österreich in Verkehr gebracht. Die in Punkt 1 d des Urteilspruchs angeführten Kapseln seien nach den Produktbeschreibungen Arzneimittel aufgrund subjektiver Zweckbestimmung. Das österreichische Arzneimittelrecht widerspreche dem Gemeinschaftsrecht nicht, weil der "freie Warenverkehr" für Arzneimittel bisher nicht realisiert worden sei. Auch die Paragraphen 3,, 18 LMG 1975 seien mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Der EuGH habe in Bezug auf Arzneimittel bereits ausgesprochen, dass Maßnahmen aus Gründen des wirksamen Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen nach Artikel 30, EG dann gerechtfertigt sind, wenn sich dieser Schutz nicht mit anderen Maßnahmen, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken, gewährleisten lässt. Ähnliches müsse auch für Verzehrprodukte gelten. Paragraph 18, LMG 1975 hindere die Beklagte auch nicht, die von ihr angebotenen Produkte in Verkehr zu bringen. Warte sie die Untersagungsfrist nicht ab, so riskiere sie allerdings, die Produkte wieder aus dem Verkehr ziehen zu müssen, sollte das Inverkehrbringen untersagt werden. Der Vertrieb der in Punkt 1 d) angeführten Produkte werde nicht grundsätzlich, sondern nur für den Fall verboten, dass sie nicht als Arzneimittel zugelassen oder als Verzehrprodukte angemeldet und nicht untersagt sind.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die gegen dieses Urteil gerichtete Revision der Beklagten ist zulässig und teilweise berechtigt.

Der erkennende Senat hat mit Beschluss vom 24. April 2001 an den Verfassungsgerichtshof gemäß Art 89 Abs 2 B-VG (Art 140 B-VG) den Antrag gestellt, das Wort "Verzehrprodukten," in § 50 Abs 2 GewO 1994 als verfassungswidrig aufzuheben. Dieser Antrag wurde mit Beschluss vom 9. August 2001 zurückgezogen, weil der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 21. Juni 2001, G 74/01-10, den in einem Parallelverfahren gestellten inhaltsgleichen Antrag abgewiesen hatte. Darüber hinaus war die Präjudizialität des Antrags dadurch weggefallen, dass die Klägerin mit Schriftsatz vom 26. Juli 2001 ihr Begehren um das Gebot, den Vertrieb von Verzehrprodukten im Versandhandel zu unterlassen, unter Verzicht auf den Anspruch eingeschränkt hatte. Der Verfassungsgerichtshof hat das Verfahren mit Beschluss vom 25. September 2001, G 266 /01-4, eingestellt, so dass nunmehr über die Revision der Beklagten zu entscheiden ist. Der erkennende Senat hat mit Beschluss vom 24. April 2001 an den Verfassungsgerichtshof gemäß

Artikel 89, Absatz 2, B-VG (Artikel 140, B-VG) den Antrag gestellt, das Wort "Verzehrprodukten," in Paragraph 50, Absatz 2, GewO 1994 als verfassungswidrig aufzuheben. Dieser Antrag wurde mit Beschluss vom 9. August 2001 zurückgezogen, weil der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 21. Juni 2001, G 74/01-10, den in einem Parallelverfahren gestellten inhaltsgleichen Antrag abgewiesen hatte. Darüber hinaus war die Präjudizialität des Antrags dadurch weggefallen, dass die Klägerin mit Schriftsatz vom 26. Juli 2001 ihr Begehren um das Gebot, den Vertrieb von Verzehrprodukten im Versandhandel zu unterlassen, unter Verzicht auf den Anspruch eingeschränkt hatte. Der Verfassungsgerichtshof hat das Verfahren mit Beschluss vom 25. September 2001, G 266 /01-4, eingestellt, so dass nunmehr über die Revision der Beklagten zu entscheiden ist.

Die Beklagte macht zu Unrecht geltend, dass nicht österreichisches, sondern belgisches Recht anzuwenden sei. Der Erfüllungsort der mit ihren Abnehmern in Österreich zustandegekommenen Verträge sei in Belgien gelegen.

Wo der Erfüllungsort der Verträge über die von der Beklagten vertriebenen Produkte gelegen ist, ist für die Frage des anwendbaren Rechts ohne Bedeutung. Der Kläger stützt seinen Anspruch auf § 1 UWG; wettbewerbsrechtliche Ansprüche sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, auf dessen Markt sich der Wettbewerb auswirkt (§ 48 Abs 2 IPRG). Das als wettbewerbswidrig beanstandete Verhalten der Beklagten wirkt sich auf den österreichischen Markt aus, weil die Beklagte ihre Produkte auf Bestellung österreichischer Kunden nach Österreich versendet. Damit steht die Beklagte mit österreichischen Unternehmen im Wettbewerb, so dass - wie durch die Vorinstanzen ohnehin geschehen - österreichisches Recht anzuwenden ist. Wo der Erfüllungsort der Verträge über die von der Beklagten vertriebenen Produkte gelegen ist, ist für die Frage des anwendbaren Rechts ohne Bedeutung. Der Kläger stützt seinen Anspruch auf Paragraph eins, UWG; wettbewerbsrechtliche Ansprüche sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, auf dessen Markt sich der Wettbewerb auswirkt (Paragraph 48, Absatz 2, IPRG). Das als wettbewerbswidrig beanstandete Verhalten der Beklagten wirkt sich auf den österreichischen Markt aus, weil die Beklagte ihre Produkte auf Bestellung österreichischer Kunden nach Österreich versendet. Damit steht die Beklagte mit österreichischen Unternehmen im Wettbewerb, so dass - wie durch die Vorinstanzen ohnehin geschehen - österreichisches Recht anzuwenden ist.

Die Beklagte zieht nicht in Zweifel, dass ein Inverkehrbringen von Arzneimitteln ohne vorherige Zulassung oder von nicht angemeldeten Verzehrprodukten ebenso wie die Werbung für nicht zugelassene Arzneimittel oder nicht genehmigte gesundheitsbezogene Angaben für Verzehrprodukte sittenwidriges Handeln im Sinne des § 1 UWG begründen. Sie macht jedoch geltend, dass die vom Kläger gestellten Begehren miteinander unvereinbar seien. Ein Produkt könne nur entweder ein Arzneimittel oder ein Verzehrprodukt sein. Ein und dieselben Angaben könnten ihr daher nicht zugleich als Werbung für Arzneimittel und als Werbung für Verzehrprodukte untersagt werden. Die Beklagte zieht nicht in Zweifel, dass ein Inverkehrbringen von Arzneimitteln ohne vorherige Zulassung oder von nicht angemeldeten Verzehrprodukten ebenso wie die Werbung für nicht zugelassene Arzneimittel oder nicht genehmigte gesundheitsbezogene Angaben für Verzehrprodukte sittenwidriges Handeln im Sinne des Paragraph eins, UWG begründen. Sie macht jedoch geltend, dass die vom Kläger gestellten Begehren miteinander unvereinbar seien. Ein Produkt könne nur entweder ein Arzneimittel oder ein Verzehrprodukt sein. Ein und dieselben Angaben könnten ihr daher nicht zugleich als Werbung für Arzneimittel und als Werbung für Verzehrprodukte untersagt werden.

Der Beklagten ist zuzustimmen, dass ein Produkt tatsächlich nicht zugleich Arzneimittel und Verzehrprodukt sein kann. Sowohl das Lebensmittelgesetz als auch das Arzneimittelgesetz grenzen Arzneimittel und Verzehrprodukte voneinander ab. Nach § 3 LMG 1975 sind Verzehrprodukte Stoffe, die dazu bestimmt sind, von Menschen gegessen, gekaut oder getrunken zu werden, ohne überwiegend Ernährungs- oder Genusszwecken zu dienen oder Arzneimittel zu sein. § 1 Abs 3 Z 2 AMG setzt fest, dass Verzehrprodukte im Sinne des Lebensmittelgesetzes 1975 keine Arzneimittel sind, sofern sie nach Art und Form des Inverkehrbringens nicht dazu bestimmt sind, die Zweckbestimmungen des Abs 1 Z 1 bis 4 zu erfüllen. Daraus folgt, dass ein Produkt, obwohl objektiv ein Verzehrprodukt, aufgrund subjektiver Zweckbestimmung als Arzneimittel einzustufen sein kann. Dem Hersteller (seinem Vertriebsunternehmen) ist es überlassen, ob er das Produkt als Verzehrprodukt nach vorheriger Anmeldung oder als Arzneimittel nach vorheriger Zulassung in Verkehr bringt (s 4 Ob 5/00i = ÖBI 2001, 73 - Ginkgo biloba mwN) Der Beklagten ist zuzustimmen, dass ein Produkt tatsächlich nicht zugleich Arzneimittel und Verzehrprodukt sein kann. Sowohl das Lebensmittelgesetz als auch das Arzneimittelgesetz grenzen Arzneimittel und Verzehrprodukte voneinander ab. Nach Paragraph 3, LMG 1975 sind Verzehrprodukte Stoffe, die dazu bestimmt sind, von Menschen gegessen, gekaut oder getrunken zu werden, ohne überwiegend Ernährungs- oder Genusszwecken zu dienen oder Arzneimittel zu sein. Paragraph eins, Absatz 3, Ziffer 2, AMG setzt fest, dass Verzehrprodukte im Sinne des Lebensmittelgesetzes 1975 keine Arzneimittel sind, sofern sie nach

Art und Form des Inverkehrbringens nicht dazu bestimmt sind, die Zweckbestimmungen des Absatz eins, Ziffer eins bis 4 zu erfüllen. Daraus folgt, dass ein Produkt, obwohl objektiv ein Verzehrprodukt, aufgrund subjektiver Zweckbestimmung als Arzneimittel einzustufen sein kann. Dem Hersteller (seinem Vertriebsunternehmen) ist es überlassen, ob er das Produkt als Verzehrprodukt nach vorheriger Anmeldung oder als Arzneimittel nach vorheriger Zulassung in Verkehr bringt (s 4 Ob 5/00i = ÖBl 2001, 73 - Ginkgo biloba mwN).

Im vorliegenden Fall bringt die Beklagte "Eukalyptus Kapseln", "Ginkgo Biloba Kapseln", "Johanniskraut Kapseln", "Spitzwegerich Kapseln", "Schwedische Kräuter Kapseln" und einen "Fett-Blocker in Kapseln" in Österreich mit Produktbeschreibungen in Verkehr, in denen arzneiliche Wirkungen im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 bis 4 AMG behauptet werden. Sie bringt diese Produkte damit als Arzneimittel in Verkehr, ohne über die notwendige Zulassung zu verfügen. Dass sie daneben auch Verzehrprodukte ohne vorherige Anmeldung in Verkehr brächte, ist weder behauptet noch festgestellt; die beiden weiteren von ihr in Österreich in Verkehr gebrachten Produkte - "Bärlauch Kapseln" und "Weizenkeimöl + Vitamin E Kapseln" - wurden als Verzehrprodukte angemeldet. Im vorliegenden Fall bringt die Beklagte "Eukalyptus Kapseln", "Ginkgo Biloba Kapseln", "Johanniskraut Kapseln", "Spitzwegerich Kapseln", "Schwedische Kräuter Kapseln" und einen "Fett-Blocker in Kapseln" in Österreich mit Produktbeschreibungen in Verkehr, in denen arzneiliche Wirkungen im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins bis 4 AMG behauptet werden. Sie bringt diese Produkte damit als Arzneimittel in Verkehr, ohne über die notwendige Zulassung zu verfügen. Dass sie daneben auch Verzehrprodukte ohne vorherige Anmeldung in Verkehr brächte, ist weder behauptet noch festgestellt; die beiden weiteren von ihr in Österreich in Verkehr gebrachten Produkte - "Bärlauch Kapseln" und "Weizenkeimöl + Vitamin E Kapseln" - wurden als Verzehrprodukte angemeldet.

Der Beklagten kann daher der Vertrieb der Produkte "Eukalyptus Kapseln", "Ginkgo Biloba Kapseln", "Johanniskraut Kapseln", "Spitzwegerich Kapseln", "Schwedische Kräuter Kapseln" und "Fett-Blocker in Kapseln" nur untersagt werden, weil sie entgegen § 11 Abs 1 AMG diese Kapseln als Arzneimittel ohne Zulassung in Verkehr bringt und damit sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG handelt. Das weitere Begehren, den Vertrieb dieser Produkte auch als Vertrieb nicht angemeldeter Verzehrprodukte zu untersagen, ist unbegründet, weil ein derartiger Verstoß der Beklagten nicht festgestellt ist. Die Klägerin hat auch nicht behauptet, dass ein Inverkehrbringen von Verzehrprodukten ohne vorherige Zulassung unmittelbar drohend bevorstünde; es besteht daher weder Erstbegehungsgefahr (ÖBl 1989, 57 - Bioren; MR 2001, 245 - täglich alles.at. uva) noch Wiederholungsgefahr. Dass es der Beklagten möglich wäre, die Produktbeschreibungen zu ändern, die Produkte ohne Hinweise auf arzneiliche Wirkungen und damit als Verzehrprodukte in Verkehr zu bringen, genügt nicht. Das Begehren, der Beklagten den Vertrieb von nicht angemeldeten Verzehrprodukten zu untersagen, ist daher abzuweisen. Der Beklagten kann daher der Vertrieb der Produkte "Eukalyptus Kapseln", "Ginkgo Biloba Kapseln", "Johanniskraut Kapseln", "Spitzwegerich Kapseln", "Schwedische Kräuter Kapseln" und "Fett-Blocker in Kapseln" nur untersagt werden, weil sie entgegen Paragraph 11, Absatz eins, AMG diese Kapseln als Arzneimittel ohne Zulassung in Verkehr bringt und damit sittenwidrig im Sinne des Paragraph eins, UWG handelt. Das weitere Begehren, den Vertrieb dieser Produkte auch als Vertrieb nicht angemeldeter Verzehrprodukte zu untersagen, ist unbegründet, weil ein derartiger Verstoß der Beklagten nicht festgestellt ist. Die Klägerin hat auch nicht behauptet, dass ein Inverkehrbringen von Verzehrprodukten ohne vorherige Zulassung unmittelbar drohend bevorstünde; es besteht daher weder Erstbegehungsgefahr (ÖBl 1989, 57 - Bioren; MR 2001, 245 - täglich alles.at. uva) noch Wiederholungsgefahr. Dass es der Beklagten möglich wäre, die Produktbeschreibungen zu ändern, die Produkte ohne Hinweise auf arzneiliche Wirkungen und damit als Verzehrprodukte in Verkehr zu bringen, genügt nicht. Das Begehren, der Beklagten den Vertrieb von nicht angemeldeten Verzehrprodukten zu untersagen, ist daher abzuweisen.

Davon unberührt bleibt, dass der Beklagten der Vertrieb dieser Produkte als Arzneimittel antragsgemäß nur solange untersagt werden kann, solange sie nicht als Arzneimittel zugelassen oder als Verzehrprodukte angemeldet und nicht untersagt sind. Die Klägerin hat ihr Begehren insoweit eingeschränkt; bei dieser Einschränkung hat es unabhängig davon zu bleiben, ob die Beklagte die im Spruch aufgezählten Produkte schon bisher als Verzehrprodukte in Verkehr gebracht hat.

Die Beklagte macht - wie oben erwähnt - weiters geltend, dass ihr ein und dieselben Angaben nicht zugleich als Werbung für Arzneimittel und für Verzehrprodukte untersagt werden können. Ihr ist auch insoweit zuzustimmen. Soweit die Beklagte arzneiliche Wirkungen ihrer Produkte behauptet, führen diese Angaben dazu, dass die Produkte Arzneimittel kraft subjektiver Zweckbestimmung sind. Werbung für diese Produkte ist demnach Arzneimittelwerbung;

Arzneimittelwerbung darf gemäß § 50 Abs 1 AMG nur für zugelassene Arzneyspezialitäten oder Arzneimittel betrieben werden, die im Arzneibuch im Sinne des § 1 ArzneibuchG genannt sind. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt; mit ihrer Werbung für die in Punkt b) des Spruchs genannten Produkte verstößt die Beklagte demnach gegen § 50 Abs 1 AMG und handelt damit sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG. Die Beklagte macht - wie oben erwähnt - weiters geltend, dass ihr ein und dieselben Angaben nicht zugleich als Werbung für Arzneimittel und für Verzehrprodukte untersagt werden können. Ihr ist auch insoweit zuzustimmen. Soweit die Beklagte arzneiliche Wirkungen ihrer Produkte behauptet, führen diese Angaben dazu, dass die Produkte Arzneimittel kraft subjektiver Zweckbestimmung sind. Werbung für diese Produkte ist demnach Arzneimittelwerbung; Arzneimittelwerbung darf gemäß Paragraph 50, Absatz eins, AMG nur für zugelassene Arzneyspezialitäten oder Arzneimittel betrieben werden, die im Arzneibuch im Sinne des Paragraph eins, ArzneibuchG genannt sind. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt; mit ihrer Werbung für die in Punkt b) des Spruchs genannten Produkte verstößt die Beklagte demnach gegen Paragraph 50, Absatz eins, AMG und handelt damit sittenwidrig im Sinne des Paragraph eins, UWG.

Dieses Verhalten wird von Punkt e) des Begehrens (= Punkt c des Spruchs) erfasst. Der Kläger begehrt darüber hinaus, der Beklagten zu verbieten, bei der Werbung für Verzehrprodukte den Eindruck zu erwecken, dass dem jeweiligen Verzehrprodukt physiologische und/oder pharmakologische Wirkungen zukämen, sofern solche Angaben nicht nach § 9 Abs 3 LMG 1975 zugelassen wurden (Punkt f des Begehrens), und er begehrt weiters, der Beklagten nicht genehmigte gesundheitsbezogene oder arzneiliche, krankheitsbezogene Werbung für "Bärlauch Kapseln" und "Weizenkeim + Vitamin E Kapseln" zu untersagen (Punkt g des Begehrens). Beide Begehren erfassen in Wahrheit den gleichen Verstoß, den die Beklagte allerdings nicht (auch) durch die Werbung für die in Punkt b) des Spruchs (= Punkt d des Begehrens) genannten Produkte begeht, weil es sich dabei um keine Verzehrprodukte, sondern um Arzneimittel kraft subjektiver Zweckbestimmung handelt, sondern durch die Werbung für "Bärlauch Kapseln" und "Weizenkeim + Vitamin E Kapseln", welche als Verzehrprodukte angemeldet sind. In ihrer Werbung für diese Produkte behauptet sie physiologische und pharmakologische Wirkungen, ohne dass die Ankündigungen nach § 9 Abs 3 LMG 1975 zugelassen wären. Die Beklagte wirbt damit für Verzehrprodukte; sie verstößt mit dieser Werbung gegen das Gesetz und gleichzeitig gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UWG. Um diesen Verstoß zu erfassen, bedarf es aber nicht der von der Beklagten gestellten zwei Begehren. Die beiden Begehren waren daher zusammenzuziehen und sprachlich neu zu fassen. Dieses Verhalten wird von Punkt e) des Begehrens (= Punkt c des Spruchs) erfasst. Der Kläger begehrt darüber hinaus, der Beklagten zu verbieten, bei der Werbung für Verzehrprodukte den Eindruck zu erwecken, dass dem jeweiligen Verzehrprodukt physiologische und/oder pharmakologische Wirkungen zukämen, sofern solche Angaben nicht nach Paragraph 9, Absatz 3, LMG 1975 zugelassen wurden (Punkt f des Begehrens), und er begehrt weiters, der Beklagten nicht genehmigte gesundheitsbezogene oder arzneiliche, krankheitsbezogene Werbung für "Bärlauch Kapseln" und "Weizenkeim + Vitamin E Kapseln" zu untersagen (Punkt g des Begehrens). Beide Begehren erfassen in Wahrheit den gleichen Verstoß, den die Beklagte allerdings nicht (auch) durch die Werbung für die in Punkt b) des Spruchs (= Punkt d des Begehrens) genannten Produkte begeht, weil es sich dabei um keine Verzehrprodukte, sondern um Arzneimittel kraft subjektiver Zweckbestimmung handelt, sondern durch die Werbung für "Bärlauch Kapseln" und "Weizenkeim + Vitamin E Kapseln", welche als Verzehrprodukte angemeldet sind. In ihrer Werbung für diese Produkte behauptet sie physiologische und pharmakologische Wirkungen, ohne dass die Ankündigungen nach Paragraph 9, Absatz 3, LMG 1975 zugelassen wären. Die Beklagte wirbt damit für Verzehrprodukte; sie verstößt mit dieser Werbung gegen das Gesetz und gleichzeitig gegen die guten Sitten im Sinne des Paragraph eins, UWG. Um diesen Verstoß zu erfassen, bedarf es aber nicht der von der Beklagten gestellten zwei Begehren. Die beiden Begehren waren daher zusammenzuziehen und sprachlich neu zu fassen.

Die Werbebehauptungen der Beklagten über gesunderhaltende Wirkungen fallen entgegen ihrer Behauptung nicht unter § 9 Abs 2 LMG 1975. Diese Bestimmung nimmt althergebrachte Bezeichnungen von den Verboten des Abs 1 aus, die keinerlei Zweifel über die Beschaffenheit der Ware zulassen. Es sind dies Ankündigungen, die Namensfunktion haben (4 Ob 270/97b = ÖBI 1998, 200 - Schwarzkümmelöl). Maßgebend ist daher nicht, ob die von der Beklagten den Produkten beigemessenen physiologischen Wirkungen schon seit Generationen oder sogar Jahrhunderten bekannt sind, sondern entscheidend ist, dass die beanstandeten Angaben nicht als Name verwendet werden. Die Werbebehauptungen der Beklagten über gesunderhaltende Wirkungen fallen entgegen ihrer Behauptung nicht unter Paragraph 9, Absatz 2, LMG 1975. Diese Bestimmung nimmt althergebrachte Bezeichnungen von den Verboten des Absatz eins, aus, die keinerlei Zweifel über die Beschaffenheit der Ware zulassen. Es sind dies Ankündigungen, die

Namensfunktion haben (4 Ob 270/97b = ÖBI 1998, 200 - Schwarzkümmelöl). Maßgebend ist daher nicht, ob die von der Beklagten den Produkten beigemessenen physiologischen Wirkungen schon seit Generationen oder sogar Jahrhunderten bekannt sind, sondern entscheidend ist, dass die beanstandeten Angaben nicht als Name verwendet werden.

Die Beklagte macht schließlich noch geltend, dass sowohl das Versandhandelsverbot für Verzehrsprodukte (§ 50 Abs 2 GewO) als auch das Anmeldeverfahren (§ 18 LMG 1975) gegen das Gemeinschaftsrecht verstießen. Auf ihre Ausführungen ist nicht weiter einzugehen, weil die Entscheidung von diesen beiden Bestimmungen nicht (mehr) abhängt: Die Beklagte macht schließlich noch geltend, dass sowohl das Versandhandelsverbot für Verzehrsprodukte (Paragraph 50, Absatz 2, GewO) als auch das Anmeldeverfahren (Paragraph 18, LMG 1975) gegen das Gemeinschaftsrecht verstießen. Auf ihre Ausführungen ist nicht weiter einzugehen, weil die Entscheidung von diesen beiden Bestimmungen nicht (mehr) abhängt:

Der Kläger hat sein Begehren, der Beklagten den Vertrieb von Verzehrsprodukten im Versandhandel zu untersagen, unter Verzicht auf den Anspruch eingeschränkt; § 50 Abs 2 GewO ist daher nicht mehr anzuwenden. Für eine Anwendung des § 18 LMG 1975 ist deshalb kein Raum, weil das auf ein Verbot des Inverkehrbringens von nicht angemeldeten Verzehrsprodukten gerichtete Begehren schon mangels Nachweises eines anspruchsbegründenden Sachverhalts abzuweisen ist. Der Kläger hat sein Begehren, der Beklagten den Vertrieb von Verzehrsprodukten im Versandhandel zu untersagen, unter Verzicht auf den Anspruch eingeschränkt; Paragraph 50, Absatz 2, GewO ist daher nicht mehr anzuwenden. Für eine Anwendung des Paragraph 18, LMG 1975 ist deshalb kein Raum, weil das auf ein Verbot des Inverkehrbringens von nicht angemeldeten Verzehrsprodukten gerichtete Begehren schon mangels Nachweises eines anspruchsbegründenden Sachverhalts abzuweisen ist.

Der Revision war teilweise Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 43, 50 ZPO. Der Kläger ist mit seinem auf ein Verbot des Vertriebs von nicht angemeldeten Verzehrsprodukten gerichteten Begehren unterlegen; sein Begehren, der Beklagten den Vertrieb von Verzehrsprodukten im Versandhandel zu untersagen, hat er unter Verzicht auf den Anspruch zurückgezogen. Punkt f) und Punkt g) erfassen denselben Verstoß - der Kläger hat eine gesetzwidrige Werbung für Verzehrsprodukte nur für die in Punkt Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 43,, 50 ZPO. Der Kläger ist mit seinem auf ein Verbot des Vertriebs von nicht angemeldeten Verzehrsprodukten gerichteten Begehren unterlegen; sein Begehren, der Beklagten den Vertrieb von Verzehrsprodukten im Versandhandel zu untersagen, hat er unter Verzicht auf den Anspruch zurückgezogen. Punkt f) und Punkt g) erfassen denselben Verstoß - der Kläger hat eine gesetzwidrige Werbung für Verzehrsprodukte nur für die in Punkt

g) genannten "Bärlauch-Kapseln" und "Weizenkeim + Vitamin E Kapseln" bewiesen -; sie waren daher sprachlich neu zu fassen. Obsiegen und Unterliegen sind mangels anderer Anhaltspunkte mit je der Hälfte des Streitwerts zu bewerten. Die Kosten waren daher gegeneinander aufzuheben; der Ersatz der Hälfte der jeweiligen Barauslagen war der jeweils anderen Partei aufzuerlegen.

#### **Anmerkung**

E63886 04AA0851

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2001:0040OB00085.01F.1113.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20011113\_OGH0002\_0040OB00085\_01F0000\_000

**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)