

# TE OGH 2000/12/19 4Ob312/00m

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.12.2000

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden sowie durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bundesarbeitskammer, \*\*\*\*\* wider die beklagte Partei I\*\*\*\*\*gmbH iL, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Harald Schmidt, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 500.000 S), infolge ordentlichen Revisionsrekurses beider Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 29. September 2000, GZ 2 R 37/00a-10, mit dem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 21. Jänner 2000, GZ 37 Cg 11/00x-4, teilweise abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Oberste Gerichtshof stellt gemäß Art 89 Abs 2 B-VG (Art 140 B-VG) an den Verfassungsgerichtshof den Antrag, das Wort "Verzehrprodukten," in § 50 Abs 2 GewO 1994 als verfassungswidrig aufzuheben. Der Oberste Gerichtshof stellt gemäß Artikel 89, Absatz 2, B-VG (Artikel 140, B-VG) an den Verfassungsgerichtshof den Antrag, das Wort "Verzehrprodukten," in Paragraph 50, Absatz 2, GewO 1994 als verfassungswidrig aufzuheben.

Mit der Fortführung des Revisionsrekursverfahrens wird gemäß § 62 Abs 3 VfGG bis zur Zustellung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofs innegehalten. Mit der Fortführung des Revisionsrekursverfahrens wird gemäß Paragraph 62, Absatz 3, VfGG bis zur Zustellung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofs innegehalten.

## Text

Begründung:

Die Beklagte ist zu FN 104361y des Firmenbuchs beim Handelsgericht Wien protokolliert. Sie tritt im geschäftlichen Verkehr auch unter den Bezeichnungen "Europaversand" und "Friedrich Mueller" auf. "Friedrich Mueller" ist eine für die Beklagte beim Österreichischen Patentamt zu Nr 168815 registrierte Marke.

Die Beklagte vertreibt im Versandhandel (ua) das Produkt "Die blau-rote Energie". In einem Katalog wirbt sie dafür mit Abbildungen des Sängers Roberto Blanco und des Schauspielers Harald Juhnke, den sie wie folgt zitiert "Diese blau-rote Energie macht mich jünger".

Anschließend wird ausgeführt:

"Warum sind die Brasilianer so temperamenvoll, so lebenslustig, so kerngesund bis ins hohe Alter und dazu zur Liebe immer bereit und fähig? Es ist vor allem die Wunderpflanze CURCUMA, deren Inhaltsstoffe den Körper zu einem 'Vulkan' machen, gleichzeitig aber auch die Seele von einem Hoch zum anderen führen. Machen Sie es so wie Filmstar

Harald Juhnke: wenn Sie sich KÖRPERLICH nicht ganz 'oben' fühlen, nehmen Sie eine ROTE PILLE, wenn Ihr SEELISCHES Gleichgewicht in Unordnung gerät, eine BLAUE."

Unter diesem Text sind "GUARANA" und "CURCUMA" einander gegenübergestellt, wobei "GUARANA" der Hinweis "an Tagen des seelischen Tiefs" und "CURCOMA" der Hinweis "an Tagen mit körperlichen Problemen" zugeordnet ist. Darüber hinaus wird noch mit der Aussage "Steigert das Lustempfinden bei Mann + Frau" geworben.

Am 2. 11. 1999 bestellte Hans Jürgen W\*\*\*\*\* aus E\*\*\*\*\* eine Packung "blau-rote Energie", die ihm in der Folge per Nachnahme zugesandt wurde. In der Packung befanden sich 30 rote und 30 blaue Pillen. Auf der Packung fand sich folgender Anwendungshinweis:

"Anwendung: Täglich morgens je nach Verfassung eine blaue oder rote Energie einnehmen. Langsam zerkauen. Konzentriert an die Wirkung denken."

Auf der anderen Seite der Packung war der Inhalt wie folgt beschrieben:

"Inhalt: 60 Magnesium und Vitamin-Dragees (120g) zur Nahrungsergänzung. Vertrieb: Europa Versand, 1020 Wien, Copyright by EVD, Wien."

Der Packung war ein Bestellschein und ein längeres Schreiben beigelegt. In diesem Schreiben war genau angegeben, an welchen vorausberechneten Tagen von November 1999 bis Februar 2000 welche Pille einzunehmen sei.

Das Produkt "Die blau-rote Energie" wurde als Verzehrprodukt angemeldet. Im Anmeldeverfahren war das vorgelegte Warenmuster mit "blau an Tagen seelischen Tiefs" und "rot an Tagen körperlicher Probleme" beschrieben. Diese Angaben wurden als verbotene gesundheitsbezogene Angaben beanstandet. Die Beklagte ersetzte sie durch die Hinweise "blau für die Seele" und "rot für den Körper".

Der Absender des Katalogs und der Hans Jürgen W\*\*\*\*\* zugestellten Packung war mit "EVD" und der Nummer eines Postfachs bezeichnet.

Die Klägerin begeht zu Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs, der Beklagten zu gebieten, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen,

a) Verzehrprodukte, insbesondere sogenannte "blau-rote Energie", an Letztverbraucher im Wege des Versandhandels abzugeben;

b) beim Inverkehrbringen von Verzehrprodukten, insbesondere der sogenannten "blau-roten Energie", sich auf die jungerhaltende, Alterserscheinungen hemmende oder gesunderhaltende Wirkung dieser Produkte zu beziehen und/oder den Eindruck zu erwecken, diesen Produkten käme eine solche Wirkung zu, wenn diese Angaben nicht gemäß § 9 Abs 3 LMG von der zuständigen Behörde bescheidmäßig zugelassen sind; b) beim Inverkehrbringen von Verzehrprodukten, insbesondere der sogenannten "blau-roten Energie", sich auf die jungerhaltende, Alterserscheinungen hemmende oder gesunderhaltende Wirkung dieser Produkte zu beziehen und/oder den Eindruck zu erwecken, diesen Produkten käme eine solche Wirkung zu, wenn diese Angaben nicht gemäß Paragraph 9, Absatz 3, LMG von der zuständigen Behörde bescheidmäßig zugelassen sind;

c) Verzehrprodukte, insbesondere sogenannte "blau-rote Energie", ohne Anmeldung nach § 18 Abs 1 LMG oder mit von der Anmeldung abweichender Deklaration in Verkehr zu bringen; c) Verzehrprodukte, insbesondere sogenannte "blau-rote Energie", ohne Anmeldung nach Paragraph 18, Absatz eins, LMG oder mit von der Anmeldung abweichender Deklaration in Verkehr zu bringen;

d) im Geschäftsverkehr, insbesondere in Ankündigungen oder Werbungen, lediglich ein Postfach, nicht aber die vollständige Firma dessen, der mit dem Adressaten in rechtsgeschäftlichen Verkehr tritt, zu verwenden.

Die Beklagte verstößt mit dem Vertrieb eines Verzehrprodukts im Versandhandel gegen § 50 Abs 2 GewO. Ihr Katalog enthalte gesundheitsbezogene Angaben, die nicht genehmigt seien. Die Beklagte verstößt damit gegen § 9 Abs 1 LMG. Das von ihr vertriebene Produkt gelte als nicht angemeldet, weil die Beklagte die Aufmachung nach der Anmeldung geändert habe. Darin liege ein Verstoß gegen § 18 Abs 1 LMG. Die Angabe bloß eines Postfachs sei keine ausreichende Bezeichnung des Absenders und verstößt gegen § 63 Abs 3 iVm § 63 Abs 1 letzter Satz GewO. Sämtliche Gesetzesverstöße begründeten sittenwidriges Handeln im Sinne des § 1 UWG, weil sich die Beklagte damit einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern verschaffe. Die Beklagte verstößt mit dem

Vertrieb eines Verzehrprodukts im Versandhandel gegen Paragraph 50, Absatz 2, GewO. Ihr Katalog enthalte gesundheitsbezogene Angaben, die nicht genehmigt seien. Die Beklagte verstoße damit gegen Paragraph 9, Absatz eins, LMG. Das von ihr vertriebene Produkt gelte als nicht angemeldet, weil die Beklagte die Aufmachung nach der Anmeldung geändert habe. Darin liege ein Verstoß gegen Paragraph 18, Absatz eins, LMG. Die Angabe bloß eines Postfachs sei keine ausreichende Bezeichnung des Absenders und verstoße gegen Paragraph 63, Absatz 3, in Verbindung mit Paragraph 63, Absatz eins, letzter Satz GewO. Sämtliche Gesetzesverstöße begründeten sittenwidriges Handeln im Sinne des Paragraph eins, UWG, weil sich die Beklagte damit einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern verschaffe.

Die Beklagte beantragt, den Sicherungsantrag abzuweisen. § 50 Abs 2 GewO sei verfassungswidrig. Sie habe die Angaben "blau an Tagen des seelischen Tiefs" und "rot an Tagen körperlicher Probleme" freiwillig gestrichen. Dies sei jedoch unerheblich, weil für das Begehr zu b) Wiederholungsgefahr und Rechtsschutzinteresse fehlten. Dürfe die Beklagte aufgrund des zu a) erlassenden Verbots Verzehrprodukte überhaupt nicht mehr vertreiben, so sei ihr auch der Vertrieb mit gesundheitsbezogenen Angaben untersagt. Soweit die in Verkehr gebrachte Aufmachung von der angemeldeten Aufmachung abweiche, könne ihr nur dieses Verhalten verboten werden. Auch das Begehr zu c) sei aber ohnehin abzuweisen, weil insoweit kein Rechtsschutzbedürfnis und keine Wiederholungsgefahr bestünden. Die Angaben über den Absender reichten für dessen Identifizierung aus. Die Beklagte beantragt, den Sicherungsantrag abzuweisen. Paragraph 50, Absatz 2, GewO sei verfassungswidrig. Sie habe die Angaben "blau an Tagen des seelischen Tiefs" und "rot an Tagen körperlicher Probleme" freiwillig gestrichen. Dies sei jedoch unerheblich, weil für das Begehr zu b) Wiederholungsgefahr und Rechtsschutzinteresse fehlten. Dürfe die Beklagte aufgrund des zu a) erlassenden Verbots Verzehrprodukte überhaupt nicht mehr vertreiben, so sei ihr auch der Vertrieb mit gesundheitsbezogenen Angaben untersagt. Soweit die in Verkehr gebrachte Aufmachung von der angemeldeten Aufmachung abweiche, könne ihr nur dieses Verhalten verboten werden. Auch das Begehr zu c) sei aber ohnehin abzuweisen, weil insoweit kein Rechtsschutzbedürfnis und keine Wiederholungsgefahr bestünden. Die Angaben über den Absender reichten für dessen Identifizierung aus.

Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung zu den Punkten a) bis c) und wies das Mehrbegehr ab. Das Produkt "Die blau-rote Energie" sei ein Verzehrprodukt im Sinne des § 3 LMG; es dürfe daher gemäß § 50 Abs 2 GewO nicht im Versandhandel vertrieben werden. Die Beklagte verstoße auch gegen § 9 Abs 1 lit a iVm § 9 Abs 3 LMG und gegen § 18 Abs 1 LMG. Sie werbe mit verbotenen gesundheitsbezogenen Angaben und bringe das Produkt in einer Aufmachung in den Verkehr, die von der Anmeldung abweiche. Sämtliche Gesetzesverstöße begründeten sittenwidriges Handeln im Sinne des § 1 UWG. Ein Verstoß gegen § 63 Abs 3 iVm § 63 Abs 1 GewO liege hingegen nicht vor. Mit der Abkürzung "EVD" habe die Beklagte den Firmenwortlaut angegeben. Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung zu den Punkten a) bis c) und wies das Mehrbegehr ab. Das Produkt "Die blau-rote Energie" sei ein Verzehrprodukt im Sinne des Paragraph 3, LMG; es dürfe daher gemäß Paragraph 50, Absatz 2, GewO nicht im Versandhandel vertrieben werden. Die Beklagte verstoße auch gegen Paragraph 9, Absatz eins, Litera a, in Verbindung mit Paragraph 9, Absatz 3, LMG und gegen Paragraph 18, Absatz eins, LMG. Sie werbe mit verbotenen gesundheitsbezogenen Angaben und bringe das Produkt in einer Aufmachung in den Verkehr, die von der Anmeldung abweiche. Sämtliche Gesetzesverstöße begründeten sittenwidriges Handeln im Sinne des Paragraph eins, UWG. Ein Verstoß gegen Paragraph 63, Absatz 3, in Verbindung mit Paragraph 63, Absatz eins, GewO liege hingegen nicht vor. Mit der Abkürzung "EVD" habe die Beklagte den Firmenwortlaut angegeben.

Das Rekursgericht bestätigte den abweisenden Teil dieses Beschlusses und den stattgebenden Teil zu Punkt a, wies die Begehr zu Punkt b) und c) ab und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Die Beklagte habe nicht nur ein Postfach angegeben. Vom Firmenschlagwort "EVD" und von der Marke "Friedrich Mueller" könne relativ leicht auf die Firma der Beklagten geschlossen werden. Auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit von § 50 Abs 2 GewO sei nicht weiter einzugehen, weil die Beklagte dazu erst im Revisionsrekursverfahren Stellung nehmen wolle. Das Verbot des Inverkehrbringens mit gesundheitsbezogenen Angaben und ohne Anmeldung sei überflüssig, wenn die Beklagte das Produkt überhaupt nicht im Versandhandel in Verkehr bringen dürfe. Dass sie es in Geschäftslokalen verkaufen wolle, sei nie vorgebracht worden. Das Rekursgericht bestätigte den abweisenden Teil dieses Beschlusses und den stattgebenden Teil zu Punkt a, wies die Begehr zu Punkt b) und c) ab und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Die Beklagte habe nicht nur ein Postfach angegeben. Vom

Firmenschlagwort "EVD" und von der Marke "Friedrich Mueller" könne relativ leicht auf die Firma der Beklagten geschlossen werden. Auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit von Paragraph 50, Absatz 2, GewO sei nicht weiter einzugehen, weil die Beklagte dazu erst im Revisionsrekursverfahren Stellung nehmen wolle. Das Verbot des Inverkehrbringens mit gesundheitsbezogenen Angaben und ohne Anmeldung sei überflüssig, wenn die Beklagte das Produkt überhaupt nicht im Versandhandel in Verkehr bringen dürfe. Dass sie es in Geschäftslokalen verkaufen wolle, sei nie vorgebracht worden.

### **Rechtliche Beurteilung**

Gegen diesen Beschluss richten sich die Revisionsreklamationen beider Parteien.

Bei der Entscheidung über die Rechtsmittel hat der Oberste Gerichtshof § 50 Abs 2 GewO anzuwenden. Der Oberste Gerichtshof teilt die Bedenken der Beklagten gegen die Anwendung dieses Gesetzes, soweit dadurch der Vertrieb von Verzehrprodukten vom Versandhandel ausgenommen wird. Bei der Entscheidung über die Rechtsmittel hat der Oberste Gerichtshof Paragraph 50, Absatz 2, GewO anzuwenden. Der Oberste Gerichtshof teilt die Bedenken der Beklagten gegen die Anwendung dieses Gesetzes, soweit dadurch der Vertrieb von Verzehrprodukten vom Versandhandel ausgenommen wird.

Die Frage, ob das Versandhandelsverbot für Verzehrprodukte verfassungswidrig ist, ist entgegen der Auffassung der Beklagten für die Entscheidung erheblich. Sollte der Verfassungsgerichtshof die angefochtene Bestimmung als verfassungswidrig aufheben, so wäre ein sittenwidriger Gesetzesverstoß der Beklagten zu verneinen.

Gemäß § 50 Abs 2 GewO 1994 ist der Versandhandel mit Giften, Arzneimitteln, Heilbehelfen, Verzehrprodukten, Waffen und Munition sowie pyrotechnischen Artikeln an Letztverbraucher unzulässig. Das Verbot des Versandhandels mit Verzehrprodukten wurde durch Art I Z 28 der GRNov 1997 BGBI I 1997/63 in das Gesetz aufgenommen. Gemäß Paragraph 50, Absatz 2, GewO 1994 ist der Versandhandel mit Giften, Arzneimitteln, Heilbehelfen, Verzehrprodukten, Waffen und Munition sowie pyrotechnischen Artikeln an Letztverbraucher unzulässig. Das Verbot des Versandhandels mit Verzehrprodukten wurde durch Art römisch eins Ziffer 28, der GRNov 1997 BGBI römisch eins 1997/63 in das Gesetz aufgenommen.

Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass die Materialien keine Begründung für die Gesetzesänderung enthalten. Es kann daher nur vermutet werden, dass durch das Verbot Schlankheitsmittel vom Versandhandel ausgenommen werden sollten (s Kinscher, GewO10 Anm 1 zu § 50). Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass die Materialien keine Begründung für die Gesetzesänderung enthalten. Es kann daher nur vermutet werden, dass durch das Verbot Schlankheitsmittel vom Versandhandel ausgenommen werden sollten (s Kinscher, GewO10 Anmerkung 1 zu Paragraph 50.).

Der Verfassungsgerichtshof hat schon wiederholt ausgesprochen, dass es zulässig ist, Ziele des Konsumentenschutzes mit Hilfe von Vorschriften des Gewerberechts zu verfolgen und dass die Wahrnehmung konsumentenpolitischer Erwägungen bei der gewerberechtlichen Regelung der Ausübung von Handelsgewerben im öffentlichen Interesse liegt (VfSlg 11853/1988 mwN). Der rechtspolitische Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist aber nicht unbegrenzt. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs wird das Grundrecht des Art 6 StGG verletzt, wenn sein Wesensgehalt berührt oder in einer anderen Weise gegen einen den Gesetzgeber bindenden Verfassungsgrundsatz verstoßen wird. In diesem Sinn hat der Verfassungsgerichtshof eine gesetzliche Einschränkung der Erwerbsausübungsfreiheit als mit Art 6 StGG unvereinbar gewertet, wenn sie nicht durch das öffentliche Interesse geboten und sachlich zu rechtfertigen ist (VfSlg 10718/1985 mwN). Der Verfassungsgerichtshof hat schon wiederholt ausgesprochen, dass es zulässig ist, Ziele des Konsumentenschutzes mit Hilfe von Vorschriften des Gewerberechts zu verfolgen und dass die Wahrnehmung konsumentenpolitischer Erwägungen bei der gewerberechtlichen Regelung der Ausübung von Handelsgewerben im öffentlichen Interesse liegt (VfSlg 11853/1988 mwN). Der rechtspolitische Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist aber nicht unbegrenzt. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs wird das Grundrecht des Artikel 6, StGG verletzt, wenn sein Wesensgehalt berührt oder in einer anderen Weise gegen einen den Gesetzgeber bindenden Verfassungsgrundsatz verstoßen wird. In diesem Sinn hat der Verfassungsgerichtshof eine gesetzliche Einschränkung der Erwerbsausübungsfreiheit als mit Artikel 6, StGG unvereinbar gewertet, wenn sie nicht durch das öffentliche Interesse geboten und sachlich zu rechtfertigen ist (VfSlg 10718/1985 mwN).

Die Beklagte bestreitet die sachliche Rechtfertigung des Versandhandelsverbots für Verzehrprodukte. Sie verweist

darauf, dass aus der Verordnungsermächtigung des § 50 Abs 3 GewO der Zweck des Verbots erschlossen werden kann. Danach können neben den in § 50 Abs 2 GewO genannten Waren auch andere Waren "wegen der besonderen Gefahr einer Irreführung oder Benachteiligung der Bevölkerung" vom Versandhandel ausgenommen werden. Diese Gefahr könnte bei Giften, Arzneimitteln, Heilbehelfen, Waffen, Munition und pyrotechnischen Artikeln verwirklicht sein, nicht aber bei Verzehrprodukten, selbst wenn sie im Sinne des § 1 Abs 1 Z 5 AMG dazu bestimmt sein könnten, die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktionen des Körpers oder seelische Zustände zu beeinflussen (§ 1 Abs 3 Z 2 AMG). Die Beklagte bestreitet die sachliche Rechtfertigung des Versandhandelsverbots für Verzehrprodukte. Sie verweist darauf, dass aus der Verordnungsermächtigung des Paragraph 50, Absatz 3, GewO der Zweck des Verbots erschlossen werden kann. Danach können neben den in Paragraph 50, Absatz 2, GewO genannten Waren auch andere Waren "wegen der besonderen Gefahr einer Irreführung oder Benachteiligung der Bevölkerung" vom Versandhandel ausgenommen werden. Diese Gefahr könnte bei Giften, Arzneimitteln, Heilbehelfen, Waffen, Munition und pyrotechnischen Artikeln verwirklicht sein, nicht aber bei Verzehrprodukten, selbst wenn sie im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 5, AMG dazu bestimmt sein könnten, die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktionen des Körpers oder seelische Zustände zu beeinflussen (Paragraph eins, Absatz 3, Ziffer 2, AMG).

Der Beklagten ist zuzugeben, dass die sachliche Rechtfertigung des Versandhandelsverbots für Verzehrprodukte zweifelhaft erscheint:

Verzehrprodukte sind nach § 3 LMG 1975 Stoffe, die dazu bestimmt sind, von Menschen gegessen, gekaut oder getrunken zu werden, ohne überwiegend Ernährungs- oder Genusszwecken zu dienen oder Arzneimittel zu sein. Der Begriff des "Verzehrprodukts" wurde erstmals im Lebensmittelgesetz 1975 verwendet; Ziel des Gesetzgebers war es, Stoffe, die bisher rechtlich in einer "grauen Zone" waren, ohne überdehnte Interpretation des Lebensmittelbegriffs dem Lebensmittelgesetz zu unterstellen. Damit sollte alles, was nicht eindeutig Lebensmittel ist und nicht nach den strengen Regelungen für Arzneimittel verlangt, als Verzehrprodukt den Bestimmungen des Lebensmittelgesetzes unterliegen (Barfuß/Smolka/Onder, Österreichisches Lebensmittelrecht\*\*2 Komm zu § 3). Verzehrprodukte sind nach Paragraph 3, LMG 1975 Stoffe, die dazu bestimmt sind, von Menschen gegessen, gekaut oder getrunken zu werden, ohne überwiegend Ernährungs- oder Genusszwecken zu dienen oder Arzneimittel zu sein. Der Begriff des "Verzehrprodukts" wurde erstmals im Lebensmittelgesetz 1975 verwendet; Ziel des Gesetzgebers war es, Stoffe, die bisher rechtlich in einer "grauen Zone" waren, ohne überdehnte Interpretation des Lebensmittelbegriffs dem Lebensmittelgesetz zu unterstellen. Damit sollte alles, was nicht eindeutig Lebensmittel ist und nicht nach den strengen Regelungen für Arzneimittel verlangt, als Verzehrprodukt den Bestimmungen des Lebensmittelgesetzes unterliegen (Barfuß/Smolka/Onder, Österreichisches Lebensmittelrecht\*\*2 Komm zu Paragraph 3.).

Das Lebensmittelgesetz macht das Inverkehrbringen von Verzehrprodukten von einer vorangehenden Anmeldung, die zu einer Prüfung von Produkt und Aufmachung führt, abhängig: Nach § 18 Abs 1 LMG ist es verboten, Verzehrprodukte vor ihrer Anmeldung beim Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz (derzeit: Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen) in Verkehr zu bringen. Der Bundesminister hat das Inverkehrbringen einer als Verzehrprodukt angemeldeten Ware mit Bescheid unverzüglich, längstens binnen drei Monaten zu untersagen, wenn sie den Vorschriften dieses Bundesgesetzes oder seiner Verordnungen nicht entspricht. Wer § 18 Abs 1 LMG und/oder den nach § 18 Abs 2 LMG getroffenen Anordnungen zuwiderhandelt, begeht eine Verwaltungsübertretung (§ 74 Abs 4 Z 4, Abs 5 Z 3 LMG). Das Lebensmittelgesetz macht das Inverkehrbringen von Verzehrprodukten von einer vorangehenden Anmeldung, die zu einer Prüfung von Produkt und Aufmachung führt, abhängig: Nach Paragraph 18, Absatz eins, LMG ist es verboten, Verzehrprodukte vor ihrer Anmeldung beim Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz (derzeit: Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen) in Verkehr zu bringen. Der Bundesminister hat das Inverkehrbringen einer als Verzehrprodukt angemeldeten Ware mit Bescheid unverzüglich, längstens binnen drei Monaten zu untersagen, wenn sie den Vorschriften dieses Bundesgesetzes oder seiner Verordnungen nicht entspricht. Wer Paragraph 18, Absatz eins, LMG und/oder den nach Paragraph 18, Absatz 2, LMG getroffenen Anordnungen zuwiderhandelt, begeht eine Verwaltungsübertretung (Paragraph 74, Absatz 4, Ziffer 4., Absatz 5, Ziffer 3, LMG).

§ 18 LMG stellt damit sicher, dass Waren, die als Verzehrprodukte in Verkehr gebracht werden, von der Lebensmittelbehörde auf ihre Eigenschaft als Verzehrprodukt wie auch auf die Übereinstimmung von Beschaffenheit und Aufmachung mit den einschlägigen Bestimmungen überprüft werden können. Durch die Strafbestimmungen soll erreicht werden, dass Waren nicht ohne Überprüfung durch die Behörde und entgegen einer Untersagung als

Verzehrprodukte in Verkehr gebracht werden (VwGH, Erkenntnis vom 9. 10. 2000, Zl. 98/10/0053). Paragraph 18, LMG stellt damit sicher, dass Waren, die als Verzehrprodukte in Verkehr gebracht werden, von der Lebensmittelbehörde auf ihre Eigenschaft als Verzehrprodukt wie auch auf die Übereinstimmung von Beschaffenheit und Aufmachung mit den einschlägigen Bestimmungen überprüft werden können. Durch die Strafbestimmungen soll erreicht werden, dass Waren nicht ohne Überprüfung durch die Behörde und entgegen einer Untersagung als Verzehrprodukte in Verkehr gebracht werden (VwGH, Erkenntnis vom 9. 10. 2000, Zl. 98/10/0053).

Waren können demnach nur dann als Verzehrprodukt in Verkehr gebracht werden, wenn sie, auch was ihre Aufmachung betrifft, den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen. Verstöße gegen diese Bestimmungen machen nicht nur strafbar; sie können von Mitbewerbern auch zum Anlass genommen werden, eine Klage wegen Verstoßes gegen § 1 UWG einzubringen und ein Vertriebsverbot zu erwirken (zum sittenwidrigen Handeln im Sinne des § 1 UWG durch Gesetzesverstoß s SZ 56/2 = EvBI 1983/49 = ÖBI 1983, 40 - Metro-Post I; ÖBI 1996, 118 - Gleitschirmschule uva).

Damit ist gewährleistet, dass die auf dem Markt befindlichen Verzehrprodukte den gesetzlichen Vorschriften entsprechen. Das gilt für eine Werbung mit verbotenen gesundheitsbezogenen oder sonst irreführenden Angaben ebenso wie für Produkte, die gesundheitsschädlich sind. Anders als bei Giften, Waffen, Munition und pyrotechnischen Artikeln ist bei Verzehrprodukten auch nicht zu befürchten, dass sie im Wege des Versandhandels in die Hände von Personen (vor allem von Kindern und Jugendlichen) gelangen, bei denen die Gefahr besteht, dass sie damit sich selbst oder anderen Schaden zufügen. Verzehrprodukte sind auch nicht Arzneimitteln und Heilbehelfen vergleichbar, deren sachgemäße Verwendung regelmäßig eine fachkundige Beratung voraussetzt.

Es kann auch nicht angenommen werden, dass - wie die Beklagte geltend macht - "dubiose" Produkte nur unter dem Schutz der Anonymität im Wege des Versandhandels und nicht auch in einem Geschäft gekauft werden. Auch der Verkauf in Geschäften ist durch die Selbstbedienung weitgehend anonymisiert, so dass das Versandhandelsverbot keineswegs dazu geeignet ist, bestimmte Produkte vom Markt verschwinden zu lassen. Das beweist die Tatsache, dass Schlankheitsmittel trotz des Versandhandelsverbots erhältlich sind und dass für sie auch massiv geworben wird.

Die Beklagte verweist darauf, dass diätetische Lebensmittel § 17 LMG, kosmetische Mittel § 5 LMG und Gebrauchsgegenstände im Sinne des § 6 lit f LMG keiner vergleichbaren Vertriebsbeschränkung unterliegen und dass der zuständige Bundesminister bei Medizinprodukten bisher nicht von der Verordnungsermächtigung des § 99 Abs 1 MPG Gebrauch gemacht hat. Sie leitet daraus ab, dass eine sachlich weder gerechtfertigte noch begründbare Differenzierung vorliege, welche den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei gleicher Tatsachengrundlage unsachlich überschreite und damit den Gleichheitsgrundsatz im Sinne des Art 7 B-VG verletze. Die Beklagte verweist darauf, dass diätetische Lebensmittel (Paragraph 17, LMG), kosmetische Mittel (Paragraph 5, LMG) und Gebrauchsgegenstände im Sinne des Paragraph 6, Litera f, LMG keiner vergleichbaren Vertriebsbeschränkung unterliegen und dass der zuständige Bundesminister bei Medizinprodukten bisher nicht von der Verordnungsermächtigung des Paragraph 99, Absatz eins, MPG Gebrauch gemacht hat. Sie leitet daraus ab, dass eine sachlich weder gerechtfertigte noch begründbare Differenzierung vorliege, welche den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei gleicher Tatsachengrundlage unsachlich überschreite und damit den Gleichheitsgrundsatz im Sinne des Artikel 7, B-VG verletze.

Gegen die Verfassungsmäßigkeit des Versandhandelsverbots für Verzehrprodukte bestehen demnach sowohl wegen Verletzung der Erwerbsausübungsfreiheit als auch wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz Bedenken. Der Oberste Gerichtshof hat im Anlassfall einen Sachverhalt zu beurteilen, der im Kernbereich der angefochtenen Norm liegt. Der Oberste Gerichtshof stellt daher den Antrag,

das Wort "Verzehrprodukten," in § 50 Abs 2 GewO 1994 als verfassungswidrig aufzuheben. das Wort "Verzehrprodukten," in Paragraph 50, Absatz 2, GewO 1994 als verfassungswidrig aufzuheben.

**Anmerkung**

E60443 04A03120

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2000:0040OB00312.00M.1219.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20001219\_OGH0002\_0040OB00312\_00M0000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

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