

# TE OGH 1988/6/28 40b29/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.06.1988

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr. Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith, Dr. Kodek, Dr. Niederreiter und Dr. Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A\*\*\* Handelsgesellschaft mbH, Graz, St. Peter, Pfarrweg 34-35, vertreten durch Dr. Christian Flick, Rechtsanwalt in Graz, wider die beklagte Partei Dr. S\*\*\* A\*\*\*

Gesellschaft mbH, Wien 18., Kutschkergasse 3, vertreten durch Dr. Harald Schmidt, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung, Urteilsveröffentlichung und Zahlung von S 50.000,-- (Streitwert im Provisorialverfahren S 400.000,--) infolge Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 15. Februar 1988, GZ 4 R 5/88-12, womit der Beschluß des Handelsgerichtes Wien vom 20. November 1987, GZ 18 Cg 87/87-8, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben und die angefochtene Entscheidung dahin abgeändert, daß der Beschluß des Erstgerichtes wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 23.905,20 (darin enthalten S 2.173,20 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die Klägerin stellt zur arzneilichen Verwendung bestimmte Stoffe und Präparate her (§ 220 GewO 1973) und betreibt den Großhandel mit Drogen und Pharmazeutika (§ 222 GewO 1973).

Die Beklagte vertreibt im Rahmen ihres Arzneimittelgroßhandelsbetriebes "E\*\*\*"-Kapseln über Apotheken, Drogerien und Reformhäuser. Die Verpackung dieses Produktes trägt die Aufschrift: "E\*\*\*-Kapseln - für volles Haar und schöne Fingernägel - mit Weizenkeimöl, Hirseextrakt, Keratin und Vitaminen." Die Beklagte hat für dieses Produkt auch mit einem Faltprospekt geworben, auf dessen Umschlagseite die Worte: "Volles Haar, schöne Fingernägel - E\*\*\* packt das Übel an der Wurzel!" zu lesen sind. Im Inneren des Prospektes heißt es dann (u.a.) weiter:

"E\*\*\*-Kapseln wirken auf natürliche Weise von innen her ... sind die ideale Ergänzung jeder kosmetischen Haar- und Nagelpflege. Denn sie packen die Probleme an der Wurzel."

Am 10. Dezember 1986 meldete die Beklagte dieses Produkt unter Anschluß des Verpackungstextes beim BMGU gemäß § 18 LMG als Verzehrprodukt an. Das Ministerium hat keinen Untersagungsbescheid erlassen.

Zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches beantragt die Klägerin, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu verbieten,

1. E\*\*\*-Kapseln in Österreich an andere als die in § 57 AMG (namentlich in Punkt 1 lit a bis c genannten) Abnehmer zu vertreiben;

2. Laienwerbung zu betreiben, die nicht gemäß § 53 Abs 1 AMG genehmigt ist;

in eventu der Beklagten zu gebieten, zum Zweck der Laienwerbung und soweit es sich um Werbetexte handelt, die bereits vor dem 1. April 1984 für E\*\*\*-Kapseln verwendet wurden, einen - in akustischen oder audiovisuellen Medien akustisch

wahrnehmbaren - Warnhinweis wie "Jedes Arzneimittel kann auch unerwünschte Wirkungen hervorrufen. Es ist daher die Gebrauchsinformation genau zu beachten oder der Rat des Arztes oder des Apothekers einzuholen" oder "Über mögliche unerwünschte Wirkungen informieren Gebrauchsinformation, Arzt oder Apotheker" aufzunehmen. Durch die auf der Verpackung und im Prospekt enthaltenen Werbeanmeldungen erwecke die Beklagte beim Publikum den Eindruck, E\*\*\*-Kapseln seien Arzneimittel. Arzneimittel dürften nur in Apotheken abgegeben werden; die Beklagte verkaufe aber ihr Produkt auch an Reformhäuser. Das Werbematerial der Beklagten, das gesundheitsbezogene Angaben enthalte, sei vom BMGU nicht genehmigt worden. Es müßte überdies einen allgemeinen Hinweis auf mögliche Nebenwirkungen enthalten. Die Beklagte verstoße daher gegen § 57, § 59 und § 53 Abs 1 AMG und damit auch gegen § 1 UWG. Die Beklagte sprach sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung aus. Die Streitparteien seien keine Mitbewerber. E\*\*\*-Kapseln seien nach der allgemeinen Verkehrsauffassung kein Arzneimittel; die beanstandeten Werbeanmeldungen enthielten auch nicht die Behauptung arzneilicher Wirkungen. Das Produkt bestehe nur aus Stoffen, die nach der Abgrenzungsverordnung 1987 BGBl. 156 auch in Drogerien vertrieben werden dürften. Die Beklagte habe die E\*\*\*-Kapseln beim BMGU als Verzehrprodukt angemeldet und keinen Untersagungsbescheid erhalten. Sie verstoße daher weder gegen das ArzneimittelG noch gegen das UWG und verschaffe sich auch keinen - geschweige denn einen bewußt

gesetzwidrigen - Wettbewerbsvorteil.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag zur Gänze ab. Die durch die Anmeldung der E\*\*\*-Kapseln als Verzehrprodukt sowie das Unterbleiben eines Untersagungsbescheides

begründete - widerlegbare - Vermutung, daß ein Verzehrprodukt vorliege, werde durch die Werbeangaben der Beklagten nicht widerlegt, weil auch Verzehrprodukte dazu bestimmt seien, die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktion des Körpers oder seelische Zustände zu beeinflussen, dennoch aber nicht dem ArzneimittelG unterliegen sollten. Die Klägerin habe nicht konkret behauptet, warum das beanstandete Produkt dennoch ein Arzneimittel sei. Die durch das Unterbleiben einer behördlichen Untersagung begründete Vermutung hätte nur durch ein Sachverständigengutachten widerlegt werden können; ein solches habe aber die Klägerin nicht vorgelegt. Sämtliche Ansprüche, die das Vorliegen eines Arzneimittels voraussetzen würden, seien daher nicht bescheinigt. Das Rekursgericht erließ eine einstweilige Verfügung im Umfang des Sicherungshauptantrages - mit geringfügigen Modifikationen des Spruches - und sprach aus, daß der von der Abänderung betroffene Wert "der Streitgegenstände" jeweils S 15.000,-, nicht aber S 300.000,- übersteige und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Ein zum Essen, Kauen oder Trinken bestimmtes Produkt sei nur dann als "Verzehrprodukt" gemäß § 3 LMG zu qualifizieren, wenn es weder ein Lebensmittel im Sinne des § 2 LMG noch ein Arzneimittel gemäß § 1 Abs 1 AMG sei. Da die E\*\*\*-Kapseln nicht zu Ernährungs- und Genußzwecken gegessen oder gekaut würden, sondern beim Anwender volles Haar und schöne Fingernägel bewirken sollten, seien sie dazu bestimmt, zumindest einen Teil der in § 1 Abs 1 Z 5 AMG angeführten Wirkungen zu erzeugen; ob und in welchem Umfang sie diese Wirkungen tatsächlich entfalteten, sei ebensowenig entscheidungswesentlich wie ihre Anmeldung als "Verzehrprodukt". Trotz des Unterbleibens eines Untersagungsbescheides handle es sich bei ihnen also nicht um ein Verzehrprodukt, sondern um ein Arzneimittel im Sinne des § 1 AMG. Diese Kapseln seien aber auch keine kosmetischen Mittel im Sinne des § 5 LMG, weil ihre Anwendung und Wirkung nicht auf den Bereich der Haut und deren Anhangsgebilde und der Mundhöhle beschränkt seien (§ 1 Abs 3 Z 2 AMG); sie seien vielmehr dazu bestimmt, eingenommen zu werden.

Der Vertrieb der E\*\*\*-Kapseln im Großhandel unterliege somit

§ 57 AMG, die für Verbraucher bestimmte Arzneimittelwerbung hingegen

§ 53 AMG. Gegen beide Bestimmungen habe die Beklagte verstoßen:

Arzneimittel dürften nicht an Reformhäuser abgegeben werden; die für Verbraucher bestimmte Werbung müsse vom zuständigen Minister genehmigt werden. Ob die Kapseln nach der Abgrenzungsv BGBl. 1987/156 vom "Apothekenvorbehalt" ausgenommen seien, sie nicht zu prüfen gewesen, weil Reformhäuser nicht von Personen betrieben würden, die Konzessionen gemäß § 220 Abs 1 Z 1 oder § 223 GewO 1973 haben.

Übertretungen des ArzneimittelG seien regelmäßig geeignet, einen Wettbewerbsvorteil vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. Damit liege ein - der Beklagten auch subjektiv

vorwerfbarer - Verstoß gegen § 1 UWG vor; der Annahme eines unverschuldeten Rechtsirrtums stehe der insoweit kaum mißverständliche Wortlaut des ArzneimittelG entgegen. Gegen diesen Beschluß richtet sich der wegen Mangelhaftigkeit des Rekursverfahrens, Aktenwidrigkeit und unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobene Revisionsrekurs der Beklagten mit dem Antrag, den Beschluß des Erstgerichtes wiederherzustellen; hilfsweise stellt die Beklagte auch einen Aufhebungsantrag.

Die Klägerin beantragt, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist berechtigt.

Den Rechtsausführungen im Revisionsrekurs, daß die Beklagte mit gutem Grund die Auffassung vertreten konnte, ein Verzehrsprodukt und kein Arzneimittel in Verkehr gesetzt zu haben, ist beizupflichten:

Nach ständiger Rechtsprechung (ÖBI 1983, 40, 136 und 165; ÖBI 1986, 18, 45 und 121, WBI 1987, 163; MuR 1987, 107) entfällt der Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens im Fall der Verletzung gesetzlicher Bindungen dann, wenn die Auffassung des Beklagten über den Umfang seiner Befugnisse durch das Gesetz so weit gedeckt ist, daß sie mit gutem Grund vertreten werden kann; trifft dies zu, dann kann die Auslegung der gesetzlichen Vorschrift und die darauf beruhende Tätigkeit des Beklagten nicht mehr als Handlung angesehen werden, die gegen das Anstandsgefühl der betroffenen Verkehrskreise verstößt.

Nach der Legaldefinition des § 3 LMG sind "Verzehrprodukte" im Sinne dieser Bestimmung Stoffe, die dazu bestimmt sind, von Menschen gegessen, gekaut oder getrunken zu werden, ohne überwiegend Ernährungs- oder Genußzwecken zu dienen - in welchem Fall es sich um "Lebensmittel (Nahrungs- oder Genußmittel)" im Sinne des § 2 LMG handeln würde - oder Arzneimittel zu sein. Der Arzneimittelbegriff ergibt sich seit dem Inkrafttreten des ArzneimittelG am 1. April 1984 allein aus der Legaldefinition des § 1 Abs 1 AMG (VwGH 14. Jänner 1985 BaPiSmo 27; ÖBI 1986, 45; ÖBI 1987, 71; VwGH 16. März 1987 Ernährung 1987, 579). "Arzneimittel" im Sinne dieser Begriffsbestimmung sind Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die nach der allgemeinen Verkehrsauffassung dazu dienen oder nach Art und Form des Inverkehrbringens dazu bestimmt sind, bei Verwendung am oder im menschlichen oder tierischen Körper

1. Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden zu heilen, zu lindern, zu verhüten oder zu erkennen,

....

5. die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktionen des Körpers oder seelische Zustände zu beeinflussen.

Lebensmittel und Verzehrsprodukte im Sinne der §§ 2 und 3 LMG sind gemäß § 1 Abs 3 Z 1 AMG keine Arzneimittel.

Maßgeblich für die Beurteilung, ob ein Arzneimittel vorliegt, ist entweder die objektive Zweckbestimmung ("die nach der allgemeinen Verkehrsauffassung dazu dienen ....") oder die subjektive Zweckbestimmung durch den Hersteller, Depositeur, Großhändler usw. ("nach Art und Form des Inverkehrbringens dazu bestimmt sind ...."): Ein Arzneimittel liegt daher immer dann vor, wenn auch nur eine dieser Zweckbestimmungen gegeben ist, also ein Mittel entweder nach der allgemeinen Verkehrsauffassung arzneiliche Wirkungen hat oder nach Art und Form des Inverkehrbringens dazu bestimmt ist, solche Wirkungen zu erzeugen (EB zur RV des § 1 Abs 1 AMG, 1060 BlgNR 15.GP 26; Mayer-Michtner-Schober, Komm. z. AMG 7 f, ÖBI 1986, 45; ÖBI 1987, 71). Bei der Beurteilung der Frage, ob im konkreten Fall ein zum Essen, Kauen oder Trinken bestimmtes Produkt als "Verzehrprodukt" zu qualifizieren ist, ist nach der sogenannten "Restgrößen-Judikatur" zu untersuchen, ob dieses Produkt die Merkmale des § 2 LMG aufweist und deshalb als "Lebensmittel" einzustufen ist; trifft dies nicht zu, dann muß geprüft werden, ob es der

Begriffsbestimmung des "Arzneimittels" im Sinne des § 1 Abs 1 AMG zu unterstellen ist. Nur wenn auch das nicht der Fall ist, liegt ein Verzehrprodukt im Sinne des § 3 LMG vor (VwGH 14. Jänner 1985, BaPiSmo 27; ÖBl 1986, 45; VwGH 16. März 1987 Ernährung 1987, 579). An dieser Auffassung ist auch weiterhin festzuhalten.

Verzehrprodukte dürfen vor ihrer Anmeldung nicht in den Verkehr gebracht werden (§ 18 Abs 1 LMG). Der Bundesminister für Gesundheit und Umweltschutz hat das Inverkehrbringen einer als Verzehrprodukt angemeldeten Ware mit Bescheid unverzüglich, längstens binnen 3 Monaten zu untersagen, wenn sie den Vorschriften dieses Bundesgesetzes oder seiner Verordnungen nicht entspricht. Zum Unterschied von den diätetischen Lebensmitteln, bei denen der Gegenstand der Prüfung auf die in § 17 Abs 1 LMG genannten Eigenschaften beschränkt ist, umfaßt die Prüfung der Anmeldung eines Verzehrproduktes nach § 18 Abs 2 LMG die Beschaffenheit insgesamt, einschließlich der Bezeichnung, hinsichtlich aller Vorschriften des Lebensmittelrechtes (Brustbauer-Jesionek-Petuely-Wrabetz, Das Lebensmittelgesetz 1975, 100; Barfuß-Pindur-Smolka, Österreichisches Lebensmittelrecht I B 96/1). Nach Ablauf der dreimonatigen Frist, die zur Untersagung eingeräumt ist, kann daher der Anmeldende damit rechnen, daß das angemeldete Verzehrprodukt verkehrsfähig ist (Brustbauer-Jesionek-Petuely-Wrabetz aaO) bzw. daß er das Verzehrprodukt gutgläubig in Verkehr bringt (Barfuß-Pindur-Smolka aaO 92 und 96). Der Anmeldende kann dann aber auch darauf vertrauen, daß die angemeldete Ware auf ihre Arzneimittelleigenschaft geprüft wurde, weil die Definition der Verzehrprodukte in § 3 LMG auch die negative Abgrenzung "ohne Arzneimittel zu sein" enthält (vgl. zur Einstufung einer Ware nach dem AMG auf Grund der Anmeldung gesundheitsbezogener Angaben nach § 9 Abs 3 LMG VwGH 16. März 1987 Ernährung 1987, 579). Damit ist aber auch die Auffassung der Beklagten, daß das von ihr vertriebene Produkt kein Arzneimittel sei, durch das Gesetz so weit gedeckt, daß sie mit gutem Grund vertretbar ist:

Die E\*\*\*-Kapseln sollen nach den Ankündigungen der Beklagten "volles Haar und schöne Fingernägel" herbeiführen und "auf natürliche Weise von innen her wirken" bzw. "das Übel an der Wurzel packen"; sie fallen demnach nicht unter den (engeren) Arzneimittelbegriff des § 1 Abs 1 Z 1 AMG, weil sie weder nach der allgemeinen Verkehrsauffassung der Heilung, Linderung, Verhütung oder Erkennung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden dienen noch nach Art und Form des Inverkehrbringens dazu bestimmt sind. Fraglich könnte nur sein, ob die (weitere) Begriffsbestimmung des § 1 Abs 1 Z 5 AMG auf sie zutrifft, wonach ein Arzneimittel auch dann vorliegt, wenn ein Stoff dazu dient oder dazu bestimmt ist, "die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktionen des Körpers oder seelische Zustände zu beeinflussen". Dieser weitere Arzneimittelbegriff würde selbst Lebensmittel erfassen, wenn diese nicht nach § 1 Abs 3 Z 1 AMG von der Anwendung des ArzneimittelG ausgenommen wären. Während nämlich Lebensmittel und Verzehrprodukte mangels gegenteiliger Ankündigungen regelmäßig nicht in den engeren Arzneimittelbegriff nach § 1 Abs 1 Z 1 AMG fallen können, weist eine Reihe von Lebensmitteln oder Verzehrprodukten tatsächlich die objektive Eignung auf, die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktionen des Körpers zu beeinflussen, also zumindest einen Teil der in § 1 Abs 1 Z 5 AMG genannten Arzneimittelleigenschaften zu erfüllen. Barfuß (Abgrenzungsfragen auf Grund des Arzneimittelgesetzes 1983, Ernährung 1983, 296 f) folgert aus dieser weiten Arzneimitteldefinition in § 1 Abs 1 Z 5 AMG, daß die Begriffsbestimmungen der §§ 2 und 3 LMG 1975 (für Lebensmittel und Verzehrprodukte) gegenüber diesem weiten - offensichtlich subsidiären - Arzneimittelbegriff Vorrang hätten; wenn daher die Arzneimittelleigenschaft eines Stoffes bloß im Grunde des § 1 Abs 1 Z 5 AMG vorliege, dann "schade" diese "Arzneimittelleigenschaft" nicht, wenn im übrigen definitionsgemäß ein Lebensmittel oder ein Verzehrprodukt im Sinne des LMG 1975 vorliege. Dieser Ansicht ist der Verwaltungsgerichtshof mit seiner "Restgrößen-Judikatur" nicht gefolgt. Die von Barfuß angenommene Subsidiarität des Arzneimittelbegriffes des § 1 Abs 1 Z 5 AMG ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes; mit Hilfe der Definition der Verzehrprodukte in § 3 LMG läßt sich auch keine Abgrenzung der Verzehrprodukte von den Arzneimitteln vornehmen. Die weite Fassung des Arzneimittelbegriffes nach § 1 Abs 1 Z 5 AMG, die für Lebensmittel und Verzehrprodukte getroffene Ausnahmeregelung des § 1 Abs 3 Z 1 AMG und die negative Definition des Begriffes "Verzehrprodukt" in § 3 LMG ("ohne Arzneimittel zu sein") kann aber die Auffassung, ein Produkt sei nicht Arzneimittel, sondern Verzehrprodukt, im Einzelfall mit gutem Grund vertretbar erscheinen lassen. Diese Auffassung steht mit den bereits zitierten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes ÖBl 1986, 45 und ÖBl 1987, 71 nicht im Widerspruch, hat doch der Oberste Gerichtshof dort lediglich ausgesprochen, daß bei der Beurteilung der Frage, ob bestimmte Teemischungen unter den Arzneimittelbegriff des § 1 Abs 1 Z 1 AMG fallen, der Annahme eines unverschuldeten Rechtsirrtums der insoweit kaum mißverständliche Wortlaut des ArzneimittelG entgegenstehe; auf den Arzneimittelbegriff des § 1 Abs 1 Z 5 AMG und seine Abgrenzung gegenüber Verzehrprodukten trifft das aber aus den dargelegten Gründen keinesfalls zu.

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte lediglich angekündigt, daß die E\*\*\*-Kapseln "volles Haar und schöne Fingernägel" herbeiführten, also Wirkungen hätten, die auch bei gesunder Ernährung eintreten; daß dieses Produkt wegen seiner objektiven Zweckbestimmung Arzneimittel sei, hat die Klägerin selbst nicht behauptet. Angesichts der Tatsache, daß der Beklagten das weitere Inverkehrbringen des Produktes als Verzehrprodukt nicht binnen 3 Monaten nach der Anmeldung untersagt worden war, konnte sie mit gutem Grund die Auffassung vertreten, daß ihr Produkt ein Verzehrprodukt ist und ihre Werbeangaben zulässig sind; die dargelegte Gesetzeslage ist durchaus nicht so klar, daß die Beklagte hätte annehmen müssen, ihr Produkt sei wegen seiner subjektiven Zweckbestimmung ein Arzneimittel im Sinne des § 1 Abs 1 Z 5 AMG. Ob letzteres der Fall ist, mußte daher nicht geprüft werden. Da der Beklagten die behaupteten Verstöße gegen das ArzneimittelG somit nicht als sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG vorgeworfen werden können, war der Beschluß des Erstgerichtes wiederherzustellen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf §§ 78, 402 EO, §§ 41, 50, 52 Abs 1 ZPO.

#### **Anmerkung**

E15009

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

ECLI:AT:OGH0002:1988:0040OB00029.88.0628.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19880628\_OGH0002\_0040OB00029\_8800000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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