

# TE OGH 1987/3/24 40b378/86

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.03.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Resch als Vorsitzenden und durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr. Friedl sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kuderna, Dr. Gamerith und Dr. Maier als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ö\*\*\* D\*\*\*, Wien 1., Krugerstraße 3,

vertreten durch Dr. Harald Schmidt, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei L\*\*\* Handelsgesellschaft m.b.H., Raaba, Dr. Aunerstraße 22, vertreten durch Dr. Walter Schuppich, Dr. Werner Sporn, Dr. Michael Winischhofer und Dr. Martin Schuppich, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert S 500.000,-) infolge Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Graz als Rekursgerichtes vom 8. Juli 1986, GZ 1 R 104/86-11, womit der Beschluß des Landesgerichtes für ZRS Graz vom 15. Mai 1986, GZ 15 Cg 126/86-6, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluß wird dahin abgeändert, daß der Beschluß des Erstgerichtes wiederhergestellt wird.

Der Kläger ist schuldig, der Beklagten die mit S 13.237,95 (darin S 1.203,45 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Rekursbeantwortung ON 9 und die mit S 15.874,65 (darin S 1.443,15 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsrekurses ON 12 binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die beklagte Handelsgesellschaft ist Inhaberin einer Konzession für den Großhandel mit Drogen und Pharmazeutika nach § 222 Abs 1 GewO. Am 18. April 1985 gab sie gegenüber dem Klagevertreter nachstehende schriftliche "Verpflichtungserklärung" (Beilage D) ab:

"Wir verpflichten uns dem Ö\*\*\* D\*\*\*,

1010 Wien, Krugerstraße 3, gegenüber auf Dauer der diesbezüglich bestehenden Gesetzeslage unwiderruflich, zur arzneilichen Verwendung bestimmte Stoffe und Präparate, deren Abgabe an Letztverbraucher zwar auch außerhalb von Apotheken gestattet, jedoch Drogisten vorbehalten ist, insbesondere Eibisch, Melisse, Schafgarbe, Tausendguldenkraut, Lindenblüten und Käsepappel, nicht an Abnehmer zu verkaufen, von denen uns urkundlich

nachgewiesen wurde, daß diese am betreffenden Standort über keine Konzession für das Drogistengewerbe (§ 223 Abs 1 GewO) verfügen und/oder zur Unterlassung des Verkaufes derartiger Waren gerichtlich vollstreckbar verpflichtet wurden".

Am 24. Jänner 1986 wurde bei der M\*\*\* Selbstbedienungs-Großhandel Gesellschaft m.b.H. in Wien-Vösendorf, welche über keine Konzession nach § 222 GewO verfügt, eine Packung "Kamillen-Kräutertee" gekauft, die kurz zuvor von der Beklagten geliefert worden war.

Mit Erlaß vom 17. Dezember 1985, betreffend die "Einstufung von teeähnlichen Produkten" (Beilage 1), hatte das Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz bekanntgegeben, daß "die folgenden teeähnlichen Produkte" - darunter Kamillenblüten, Melissenblätter, Lindenblüten, Schafgarbenkraut und Tausendguldenkraut - "ungemischt oder" - unter Einhaltung bestimmter Höchstgrenzen - "als Bestandteile von Mischungen, als Lebensmittel (Nahrungs- und Genußmittel) in Verkehr gebracht werden dürfen".

Mit der Behauptung, daß dieser Erlaß nicht nur gesetzwidrig, sondern als bloße Verwaltungsverordnung für das Gericht unbeachtlich sei, beantragt der klagende Verband, zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches der Beklagten mit einstweiliger Verfügung zu untersagen, im Betrieb ihres Handelsgewerbes zur arzneilichen Verwendung bestimmte Stoffe, deren Abgabe an Letztverbraucher außerhalb von Apotheken gestattet, jedoch Drogisten vorbehalten ist, nicht an Abnehmer zu verkaufen, von denen sie weiß oder ihr urkundlich nachgewiesen wurde, daß diese über keine Konzession für das Drogistengewerbe verfügen oder zur Unterlassung des Verkaufes derartiger Waren gerichtlich vollstreckbar verpflichtet wurden. Zu dieser Unterlassung sei die Beklagte nicht nur unmittelbar aus der Erklärung vom 18. April 1985, sondern - wegen Mißachtung ihrer außergerichtlichen Unterlassungsverpflichtung, Förderung eines Wettbewerbsverstoßes der von ihr belieferten Großhändlerin sowie ganz allgemein wegen Erlangung eines wettbewerbswidrigen Vorsprunges gegenüber den gesetzestreuen Drogengroßhändlern - nach § 1 UWG verpflichtet. Die Beklagte hat sich gegen den Sicherungsantrag ausgesprochen. Sie wisse nicht, über welche Gewerbeberechtigungen die von ihr belieferten Wiederverkäufer, insbesondere die M\*\*\* Selbstbedienungs-Großhandel GmbH, verfügten. Der Erlaß des Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz vom 17. Dezember 1985 habe insofern eine wesentliche Änderung der Rechtslage gebracht, als die in ihm angeführten Produkte - und damit auch Kamillentee und Pfefferminztee - jetzt nicht mehr als Arzneimittel im Sinne des § 1 Abs 1 des Arzneimittelgesetzes angesehen werden könnten; sie würden vielmehr ausschließlich zu Genußzwecken getrunken und seien daher Lebensmittel im Sinne des § 2 LMG. Soweit das Begehren der Klägerin unmittelbar aus der Erklärung vom 18. April 1985 abgeleitet werde, sei die nach § 381 EO erforderliche Anspruchsgefährdung weder behauptet noch bescheinigt worden.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag aus rechtlichen Erwägungen ab. Der Verkauf von "Kamillen-Kräutertee" sei von der Unterlassungsverpflichtung vom 18. April 1985 nicht umfaßt; im übrigen habe der Kläger weder behauptet noch bescheinigt, daß dieses Teegemisch den Anforderungen des Erlasses vom 17. Dezember 1985 nicht entspreche und deshalb nicht als Lebensmittel einzustufen wäre. Das Beliefern der M\*\*\* Selbstbedienungs-Großhandel GmbH könne auch deshalb nicht als Mißachtung der von der Beklagten vertraglich übernommenen Unterlassungsverpflichtung angesehen werden, weil diese Gesellschaft nur eine Konzession nach § 222 GewO und nicht auch eine solche nach § 223 GewO benötige. Bei der - vor allem durch den mehrfach genannten Erlaß des Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz geschaffenen - Rechtsunsicherheit im Bereich des Vertriebes von Teemischungen könnte ein Verstoß gegen § 1 UWG nur bei objektiv sehr schwerwiegenden Verletzungen der Grundregeln des lautereren Wettbewerbs angenommen werden; ein solches Verhalten falle aber der Beklagten hier nicht zur Last.

Das Rekursgericht erließ die einstweilige Verfügung und sprach aus, daß der von der Abänderung betroffene Wert des Beschwerdegegenstandes S 300.000,- übersteige. Da die von der Beklagten (ua) mit "Kamillen-Kräutertee" belieferte M\*\*\* Selbstbedienungs-Großhandel GmbH unstreitig weder eine Konzession für das Drogistengewerbe (§ 223 GewO) noch eine Konzession für den Großhandel mit Drogen und Pharmazeutika (§ 222 GewO) besitze, habe sie durch den Vertrieb von Kamillentee gegen §§ 3 und 4 der - auf Gesetzesstufe weiterhin in Geltung

stehenden - 2. AbgrenzungsverordnungRGBl. 1886/97 verstoßen, deren Übertretung regelmäßig auch geeignet sei, dem betreffenden Unternehmen einen Wettbewerbsvorsprung vor seinen gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. Der Erlaß vom 17. Dezember 1985 habe zwar diese Rechtslage nicht ändern können; er sei aber geeignet

gewesen, einen unverschuldeten Rechtsirrtum der Beklagten über die gewerberechtlichen Vorschriften betreffend den Vertrieb von Kamillentee herbeizuführen, zumal es bekanntermaßen nunmehr auch der allgemeinen Verkehrsauffassung entspreche, Kamillentee nicht mehr ausschließlich als Arzneimittel im Sinne des § 1 des Arzneimittelgesetzes, sondern - wie andere übliche Kräutertee-Zubereitungen - auch als Lebensmittel zu verwenden. Damit könne aber die Beklagte auch nicht wegen Beihilfe zu einem Wettbewerbsverstoß der M\*\*\* Selbstbedienungs-Großhandel GmbH verantwortlich gemacht werden. Da jedoch Kamillenblüten nach der geltenden Gesetzeslage auch weiterhin zu den "zur arzneilichen Verwendung bestimmten", dem "Drogistenvorbehalt" unterliegenden Stoffen gehörten, ergebe sich die Verpflichtung der Beklagten zur Unterlassung einer Belieferung der M\*\*\* Selbstbedienungs-Großhandel GmbH mit diesem Produkt unmittelbar aus der schriftlichen Unterlassungsverpflichtung vom 18. April 1985. Daß die genannte Großhandels-Gesellschaft über keine Konzession nach §§ 222, 223 GewO verfügt, habe die Beklagte gewußt; sie habe daher durch die Verletzung ihrer vertraglichen Unterlassungsverpflichtung einen Verstoß gegen § 1 UWG begangen.

Gegen diesen Beschluß richtet sich der Rekurs (richtig: Revisionsrekurs) der Beklagten mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinne der Wiederherstellung des erstgerichtlichen Beschlusses abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, diesem Rechtsmittel nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist berechtigt.

Ob der Vertrieb von Kamillentee durch die M\*\*\*

Selbstbedienungs-Großhandel GmbH mangels einer entsprechenden

Konzession nach wie vor gegen die 2. Abgrenzungsverordnung verstößt

oder aber, wie die Beklagte meint, nach heutiger Verkehrsauffassung

Kamillentee tatsächlich nicht mehr ausschließlich als Arzneimittel

im Sinne des § 1 des Arzneimittelgesetzes, sondern ebenso wie andere

übliche Kräutertee-Zubereitungen auch als Lebensmittel im Sinne des

§ 2 LMG verwendet wird, kann diesmal dahingestellt bleiben. Selbst

wenn man nämlich in diesem Punkt der Rechtsauffassung des Klägers

folgen und im Kamillentee auch weiterhin ein "ausschließlich zur

arzneilichen Verwendung bestimmtes" Produkt sehen wollte, müßte doch

die gegenteilige Auffassung der Beklagten schon im Hinblick auf den

Erlaß des Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz vom

17. Dezember 1985, nach welchem Kamillentee ungemischt oder - bis zu

einer bestimmten Höchstgrenze - als Bestandteil von Mischungen als

Lebensmittel (Nahrungs- und Genußmittel) in Verkehr gesetzt werden

darf, als durch das Gesetz so weit gedeckt angesehen werden, daß sie

mit gutem Grund vertreten werden konnte und daher nach der nunmehr

herrschenden Rechtsprechung (SZ 56/2 = EvBl 1983/49 = ÖBl 1983,

40; ÖBl 1983, 165; ÖBl 1986, 18; EvBl 1986/100 = ÖBl 1986, 45

ua) ein Verstoß gegen § 1 UWG - durch Mitwirken an einer Wettbewerbsverletzung der von der Beklagten belieferten Großhändlerin sowie Erlangung eines sittenwidrigen Wettbewerbsvorsprunges gegenüber den gesetzestreuen Drogengroßhändlern - in jedem Fall verneint werden müßte. Entgegen der im angefochtenen Beschluß vertretenen Rechtsauffassung schließt aber die durch den Erlaß vom 17. Dezember 1985 geschaffene unklare Rechtslage auch die Annahme aus, die Beklagte habe einen derartigen Wettbewerbsverstoß durch Mißachtung ihrer vertraglichen

Unterlassungsverpflichtung vom 18. April 1985 begangen: Wie der Oberste Gerichtshof schon mehrfach ausgesprochen hat, ist nicht jeder Bruch einer vertraglichen Verpflichtung schon an sich unlauter; er verstößt vielmehr nur dann gegen § 1 UWG, wenn sich seine Sittenwidrigkeit aus besonderen Umständen ergibt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn eine freiwillig übernommene Vertragspflicht, die sich unmittelbar auf eine Regelung des Wettbewerbs bezieht, in der Absicht verletzt wird, sich gegenüber Mitbewerbern einen rechtswidrigen Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen (ÖBl 1975, 109 mit weiteren Nachweisen; ÖBl 1980, 65 ua). Kann sich aber die Beklagte im Sinne der obigen Rechtsausführungen insoweit auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum berufen, als sie in dem mehrfach genannten Erlaß des Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz eine Änderung der "bestehenden Gesetzeslage" erblicken und daher der Meinung sein konnte, zumindest die dort ausdrücklich angeführten Produkte jetzt als Lebensmittel und damit ohne Verletzung ihrer vertraglichen Unterlassungspflicht in den Verkehr bringen zu dürfen, dann ist die Annahme einer bewußten, zu Wettbewerbszwecken begangenen Vertragsverletzung und damit eines Verstoßes gegen § 1 UWG auch unter diesem Gesichtspunkt ausgeschlossen. Daß aber das Sicherungsbegehren des Klägers nicht unmittelbar aus der Unterlassungserklärung vom 18. April 1985 abgeleitet werden kann, weil es dazu neben der Bescheinigung des zu sichernden Anspruches auch noch einer - hier vom Kläger gar nicht

angebotenen - Glaubhaftmachung einer (objektiven) Gefährdung dieses Anspruches bedurft hätte, folgt unmittelbar aus dem Gesetz (§ 381 EO).

Dem berechtigten Revisionsrekurs der Beklagten war daher Folge zu geben und in Abänderung der angefochtenen Entscheidung der Beschluß des Erstgerichtes wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50, 52 ZPO in Verbindung mit §§ 78, 402 Abs 2 EO.

#### **Anmerkung**

E10525

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

ECLI:AT:OGH0002:1987:0040OB00378.86.0324.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19870324\_OGH0002\_0040OB00378\_8600000\_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)