

# TE OGH 1986/12/15 40b340/86

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.12.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Präsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Wurzinger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr. Friedl, Dr. Resch, Dr. Kuderna und Dr. Gamerith als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ö\*\*\*. A\*\*\*, 1090 Wien, Spitalgasse 31, vertreten durch

Dr. Norbert Schöner, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei BIO-N\*\*\* Gesellschaft m.b.H., 6322 Kirchbichl, Oberndorf 60, vertreten durch Dr. Richard Larcher, Rechtsanwalt in Innsbruck wegen Unterlassung (Streitwert S 301.000,-) infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 19. Februar 1986, GZ 5 R 380,381/85-20, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 30. September 1985, GZ 10 Cg 224/85-15, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 10.766,25 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten S 978,75 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Partei betreibt unter der Anschrift Oberndorf 60, Kirchbichl eine kosmetisch-biologische Erzeugung und erzeugt ua verschiedene Teesorten, die sie unter folgenden Bezeichnungen in Verkehr bringt und Drogerien zum Weiterverkauf anbietet, wobei sie ihre Teesorten bei Drogerien mit einem Rundschreiben bewirbt:

"(Neuners Kräutertees)...

9101 Zur Unterstützung von Herz und Nerven

9102 Blutreinigungstee

9103 Zur Überstützung der Tätigkeit der Blase

9104 Zur Unterstützung der Tätigkeit der Nieren

9107 Zur Unterstützung der Tätigkeit der Bronchien und Atemwege

9108 Zur Unterstützung der Tätigkeit des Magens

(Übersäuerung)

9109 Zur Unterstützung des Magens

9110 Wintertee

9111 Z.U.d.T.d. Bronchien und Atemwege sowie d. ob.

Luftwege

9114 Zur Unterstützung der Tätigkeit der Verdauungsorgane 9115 Zur Unterstützung der Tätigkeit der Bauchspeicheldrüse

- Z 9116 Frauentee

9117 Zur Unterstützung der Tätigkeit der Leber

9118 Zur Unterstützung des Stoffwechsels I

9119 Zur Unterstützung des Stoffwechsels II

9120 Zur Unterstützung des Kreislaufes (zur Erhöhung des Blutdruckes)

9125 Schlankheitstee

9128 Zur Unterstützung der Tätigkeit der Galle

9129 Rheumatee

9130 Gichttee

9131 Zur Unterstützung der Tätigkeit der Prostata

9132 Blutdrucktee (zur Senkung des Blutzuckers, richtig: Blutdrucks)

9144 Venentee

91106 Zur Unterstützung der Tätigkeit der Augen

91107 Blähungstee

91124 Zur Unterstützung der Geburt

91126 Stilltee - zur Stützung der Milchbildung

91141 Tee für guten Schlaf

N\*\*\*S K\*\*\* - A\*\*\*

9301 Zur Unterstützung von Herz und Nerven

9304 Zur Unterstützung der Tätigkeit der Nieren

9311 Z.U.d.T.d. Bronchien und Atemwege, sowie d. ob.

Luftwege

9314 Zur Unterstützung der Tätigkeit der Verdauungsorgane."

In diesen Tees sind u.a. folgende Arzneidrogen enthalten, die ausschließlich oder überwiegend zu Heilzwecken verwendet werden:

Herba Hyperici	- Johanniskraut
+ Rad. Valerianae	- Baldrianwurzel
Herba Marubi albi	- Andorn
+ Flos. Sambuci	- Holunderblüten
Fol. Betulae	- Birkenblätter
+ Flos. Trifolii fibr.	- Bitterkleeblätter
Hb. Equiseti	- Zinnkraut
Fol. Uvae ursi	- Bärentraubenblätter
Hb. Solidaginis	- Goldrute

Hb. Veronicae	- Ehrenpreis
Hb. Pulmonariae	- Lungenkraut
Fol. Tussilaginis	- Huflattich
+ Rad Liquiritiae	- Süßholzwurzel
Lichen Islandicus	- Isländisch Moos
+ Hb. Centaurii	- Tausendguldenkraut
+ Flos. Tiliae	- Lindenblüten
Herba Alchemillae alp.	- Silbermantel
Herba Alchemillae vulg.	- Frauenmantel
Cort. Frangulae	- Faulbaumrinde
Hb. Lamii albi	- weiße Taubnessel
Rad. Pimpinellae	- Bibernelnwurzel
+ Rad. Taraxaci	- Löwenzahnwurzel
Rad. Enulae	- Alantwurzel
+ Imperatoriae	- Meisterwurz
Hb. Agrimoniae	- Odermennigkraut
+ Rad. Ononidis	- Hauhechel
Hb. Visci albi	- Mistelkraut
Flos. Crataegi	- Weißdorn
Flos. Lamii	- Taubnesselblüten
Flos. Primulae	- Primel
+ Hb. Serpylli	- Quendel
Hb. Bursae past.	- Hirtentäschel
Hb. Polygoni	- Vogelknöterich
Hb. Rutae hort.	- Gartenraute
Rad. Pyrethri	- Pyrethrumwurzel.

Die in dieser Liste mit einem Kreuz bezeichneten Drogen sind gemäß § 3 der zweiten AbgrenzungsverordnungRGBl. 97/1886 unter den dort näher genannten Bedingungen zum Kleinverkauf durch Drogerien freigegeben. Im Tee zur Unterstützung der Tätigkeit der Prostata sind von den nicht freigegebenen Drogen die Drogen Herba Visci albi (Mistelkraut), Herba Equiseti (Zinnkraut) und Herba Solidaginis (Goldrute), im Tee zur Unterstützung des Stoffwechsels die Drogen Folium Betulae (Birkenblätter) und Herba Lamii albi (weiße Taubnessel) enthalten. Die in den Tees enthaltenen Drogen werden von der beklagten Partei getrocknet und in grob zerkleinertem Zustand verkauft. Die einzelnen Bestandteile sind weiterhin durch bloßen Augenschein erkennbar. Auf Grund ihrer besonderen Zusammensetzung enthalten die von der beklagten Partei vertriebenen Tees oder Teegemische die aus ihrer Bezeichnung hervorgehende, die Tätigkeit von Organen unterstützende Wirkung.

Am 15. Juni 1982 wurden durch die beklagte Partei gemäß § 18 LebensmittelG 17 der nunmehr von ihr vertriebenen Teesorten beim Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz angemeldet. Am 25. August 1982 beantragte die beklagte Partei zudem die Bewilligung der verwendeten gesundheitsbezogenen Angaben gemäß § 9 Abs 3 LebensmittelG. Mit Bescheid vom 22. September 1982 untersagte der Bundesminister für Gesundheit und Umweltschutz das Inverkehrbringen der angemeldeten Teesorten. Eine Entscheidung über die Bewilligung der gesundheitsbezogenen Angaben erfolgte nicht. Mit Beschluß des Verwaltungsgerichtshofes vom 2. Juli 1984 wurde der erstinstanzliche Bescheid wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Am 2. April 1985 wurde von der Parfümerie W\*\*\* in Dornbirn ein von der beklagten Partei bezogener Tee verkauft, auf dessen Verpackung auszugsweise folgende Aufschriften enthalten sind:

"N\*\*\*`S K\*\*\*

Schlankheitstee

Zubereitung:

Für eine Tasse ca. 1 Teelöffel voll Neuner`s Kräutertee verwenden. Diesen mit frischem siedendem Wasser übergießen und im geschlossenen Gefäß 10 Minuten ziehen lassen. Dann abseihen und dreimal täglich eine Tasse warm trinken - nicht süßen.

Zusammensetzung:

Fol. Rubi fructic,

Cort. Frangulae,

Fucus Vesiculosus,

Fruct. Cynospathi,

Rad. Petroselini".

In dieser Packung fand sich tatsächlich die von der beklagten Partei in Verkehr gebrachte Teemischung "N\*\*\*`S S\*\*\*", in welcher der auf der Verpackung genannte Bestandteil "Fucus Vesiculosus" nicht, wohl aber der Bestandteil "Cort. Frangulae" enthalten war. Der Bestandteil Fucus Vesiculosus wurde von der beklagten Partei seit Mitte des Jahres 1982 nicht mehr verwendet. Offenbar wurde von der beklagten Partei irrtümlich eine falsche Verpackung verwendet.

Die klagende Partei beantragte der beklagten Partei zu untersagen

A) Tees oder Teegemische feilzuhalten oder zu verkaufen, die

1. Drogen enthalten, deren Abgabe im Kleinverkehr ausschließlich Apotheken vorbehalten ist oder
2. Drogengemische die aus Drogen bestehen, die aber ausschließlich Heilzwecken dienen oder
3. unter Verbindung der Bezeichnung Tee mit der Bezeichnung eines Körperorganes, eines Körperorganteiles oder einer Körperfunktion in einen geschäftlichen Verkehr gebracht wurden, sohin insbesondere die folgend angeführten Teegemische feilzuhalten oder zu verkaufen:

Kräutertee zur Unterstützung von Herz und Nerven

Blutreinigungstee

Kräutertee zur Unterstützung der Tätigkeit der Blase

Kräutertee zur Unterstützung der Tätigkeit der Nieren

Kräutertee zur Unterstützung der Tätigkeit der Bronchien und Atemwege,

Kräutertee zur Unterstützung der Tätigkeit des Magens

(Übersäuerung)

Kräutertee zur Unterstützung der Tätigkeit des Magens

Kräutertee zur Unterstützung der Tätigkeit der Bronchien und Atemwege sowie der oberen Luftwege,

Kräutertee zur Unterstützung der Tätigkeit der Verdauungsorgane

Kräutertee zur Unterstützung der Tätigkeit der Bauchspeicheldrüse,

Tee zur Unterstützung der Tätigkeit der Leber

Tee zur Unterstützung des Stoffwechsels I,

Tee zur Unterstützung des Stoffwechsels II,

Tee zur Unterstützung des Kreislaufes (zur Erhöhung des Blutdruckes)

Tee zur Unterstützung der Tätigkeit der Galle

Rheumatee

Gichttee

Tee zur Unterstützung der Tätigkeit der Prostata

Blutdrucktee (zur Senkung des Blutdruckes)

Venentee

Tee zur Unterstützung der Tätigkeit der Augen

Blähungstee

Tee zur Unterstützung der Geburt

Stilltee - zur Unterstützung der Milchbildung

Tee für guten Schlaf

Kräutertee - Aufgußbeutel zur Unterstützung von Herz

und Nerven,

zur Unterstützung der Tätigkeit der Nieren

zur Unterstützung der Tätigkeit der Bronchien und Atemwege sowie der oberen Luftwege,

B) Die beklagte Partei sei weiters bei Exekution ab sofort schuldig,

zu unterlassen, Arzneimittel, deren Abgabe Apotheken vorbehalten ist, nicht Berechtigten, insbesondere Drogerien und Reformhäusern, anzubieten.

Die klagende Partei brachte vor, die beklagte Partei vertreibe Tees oder Teegemische, welche sie in Zusammenhang mit Körperorganen, Körperorganteilen und Körperfunktionen bringe. Diese seien daher auf Grund der Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes nicht als Lebens- oder Genußmittel sondern ausschließlich als Heilmittel aufzufassen und fielen unter den Apothekenvorbehalt des § 3 Abs 1 der ersten Abgrenzungsverordnung. Da die beklagte Partei solche Teegemische ua auch an die Parfümerie W\*\*\* in Dornbirn verkauft habe, liege nicht nur ein Verstoß gegen die Abgrenzungsverordnung, sondern auch gegen § 57 AMG vor, weil Arzneimittel nur an öffentliche Apotheken und andere bestimmte Abnehmer, nicht aber an Drogerien weitergegeben werden dürften. Die Ausnahmebestimmung des § 59 Abs 3 AMG liegt hier nicht vor. Unter der internen Nummer "Neuner's Kräutertee Nr.25" habe die beklagte Partei überdies einen Schlankheitstee in Verkehr gebracht, welcher den der Rezeptpflicht unterfallenden Bestandteil Focus Vesiculosus enthalte.

Die beklagte Partei beantragte das Klagebegehren abzuweisen und wendete ein, bei den Waren handle es sich um Verzehrprodukte im Sinne des § 3 LMG, die gemäß § 1 Abs 3 AMG von dessen Geltungsbereich ausgenommen seien. Aus der Nichtuntersagung des Inverkehrbringens durch das Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz ergebe sich, daß die angemeldeten Teesorten als Verzehrprodukte gemäß § 3 LMG in Verkehr gebracht werden dürften. Sämtliche Bestandteile der Tees bzw. Teegemische seien gemäß § 3 der zweiten Abgrenzungsverordnung vom Apothekenvorbehalt ausgenommen. Es liege auch keine ausdrückliche Heilanpreisung vor, weil die von der beklagten Partei gewählten Bezeichnungen nicht geeignet seien, beim Konsumenten den Eindruck eines Tees mit besonderem Heilcharakter zu erwecken. Was den Schlankheitstee mit der internen Bezeichnung Nr.25 anlange, so weise dieser den Bestandteil "Focus Vesiculosus" gar nicht auf.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt, wobei es den Tenor in seinem Pkt. A 2 geringfügig abänderte. Es vertrat die Rechtsansicht, seit dem Inkrafttreten des ArzneimittelG 1983 sei in Abweichung von früher entwickelten Definitionen des Begriffes "Arzneimittel" davon auszugehen, daß sowohl die tatsächliche Eignung eines Stoffes, als auch seine subjektive Bezeichnung für die Begründung der Arzneimiteleigenschaft ausreiche. Daher müsse auch bei den vorliegenden Tees und Teegemischen infolge ihrer mit Körperorganen, Körperorganteilen und Körperfunktionen in Verbindung gebrachten Bezeichnungen von Arzneimitteln gesprochen werden. Gemäß den §§ 57 und 59 AMG sei daher der Vertrieb von all jenen Tees bzw. Teemischungen, welche ausschließlich dem Apothekenvorbehalt der gemäß § 86 Abs 2 AMG noch in Geltung befindlichen Abgrenzungsverordnungen RGBI. Nr.152/1883, Nr. 97/1886 und

Nr.88/1895 unterlägen, durch die beklagte Partei zu untersagen. Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei nicht Folge und sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes S 300.000,- übersteigt. Es vertrat die Ansicht, die Abgrenzung zwischen Arzneimittel und Verzehrprodukt sei allein nach dem Arzneimittelgesetz - unabhängig von einer dadurch allenfalls bewirkten Einschränkung der im LebensmittelG vorgenommenen Begriffsbestimmungen - zu treffen. Seit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des AMG sei die Lösung der Frage, ob einem Stoff Arzneimittelqualität zukomme oder nicht, nur mehr unter Heranziehung der in diesem Gesetz enthaltenen Definitionen und nicht mehr nach der durch die ältere Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes mangels gesetzlicher Umschreibung entwickelte Definition, wonach es vor allem auf die tatsächliche Eignung des Stoffes als Arzneimittel ankomme, vorzunehmen. Ein Stoff müsse nunmehr sowohl dann als Arzneimittel betrachtet werden, wenn er als solches bezeichnet sei, als auch dann, wenn er nach der Verkehrsauffassung, welche maßgeblich durch die Bezeichnung bestimmt werde, arzneiliche Wirkungen entfalten könne oder wenn nur eine dieser Voraussetzungen zutreffe. Lege man diesen Maßstab an die Tees und Teegemische der beklagten Partei und ihre Vorgangsweise bei deren Inverkehrsetzung an, so könne kein Zweifel daran bestehen, daß die Bestimmungen des AMG anzuwenden seien. Aus dem Umstand, daß der Verwaltungsgerichtshof den Bescheid des Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz vom 22. September 1982 ersatzlos aufgehoben habe, sei für die beklagte Partei nichts zu gewinnen. Für die Aufhebung seien nämlich rein formale Gründe ausschlaggebend gewesen. Die von der beklagten Partei vertriebenen Tees bzw. Teegemische enthielten jedenfalls auch Stoffe, die durch die zweite Abgrenzungsverordnung nicht ausgenommen worden seien und daher vom Apothekenvorbehalt betroffen seien. Insoweit sei der allgemeine Teil des Urteilsbegehrens jedenfalls gerechtfertigt. Daß es sich bei den für die in A 3 des Urteilstenors bezeichneten Tees verwendeten Bezeichnungen um alt hergebrachte Bezeichnungen im Sinne des § 9 Abs 2 LMG handle, fehle jeder Anhaltspunkt und sei von der beklagten Partei auch nicht behauptet worden. Da der beklagten Partei die Berechtigung zur Feilhaltung bzw. Weitergabe der im Pkt.A bezeichneten Tees und Teegemische über die durch § 57 Abs 1 AMG gezogene Grenze hinaus fehle, habe sie das Arzneimittelgesetz verletzt. Unabhängig davon, ob er fortlaufend oder planmäßig begangen worden sei, beinhalte dieser Gesetzesverstoß eine Verletzung des § 1 UWG.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der beklagten Partei aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit den Anträgen, es im Sinne der Abweisung des Klagebegehrens abzuändern oder es aufzuheben und die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an eine der Vorinstanzen zurückzuverweisen.

Die klagende Partei beantragt der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Die beklagte Partei meint vor allem, nur solche Stoffe seien als Arzneimittel anzusehen, die den Stoff nach der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaft infolge seines Wirkungsgrades als Arzneimittel kennzeichneten. Liege danach kein Arzneimittel vor, dann ändere auch die Art und Form wie das Produkt in Verkehr gebracht werde, nichts an der Eigenschaft des Stoffes als Verzehrprodukt.

Dem kann nicht beigeplichtet werden.

Der Oberste Gerichtshof hat in seiner grundlegenden Entscheidung vom 18. Februar 1986 Ob 301/86-Kräutertee (ÖBl 1986, 45) dargelegt, daß seit dem Inkrafttreten des AMG der in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entwickelte Arzneimittelbegriff überholt ist. Für die Beurteilung, ob ein Arzneimittel vorliegt oder nicht sind jetzt grundsätzlich zwei Kriterien maßgeblich, nämlich einerseits die objektive Zweckbestimmung ("die nach der allgemeinen Verkehrsauffassung dazu dienen...") und andererseits die subjektive Zweckbestimmung durch den Hersteller, Depositeur, Großhändler usw. ("nach Art und Form des Inverkehrbringens dazu bestimmt sind..."). Im Regelfall werden beide Voraussetzungen gleichzeitig zutreffen, das heißt einem als Arzneimittel bezeichneten Mittel werden auch nach der allgemeinen Verkehrsauffassung arzneiliche Wirkungen zukommen. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen ein Mittel, das nach der Verkehrsauffassung arzneiliche Wirkung entfaltet, nicht als Arzneimittel bezeichnet ist oder umgekehrt ein Mittel, das keine arzneiliche Wirkungen entfalten kann, als Arzneimittel bezeichnet ist. Daß solche Mittel als Arzneimittel einzustufen sind, ergibt sich einerseits aus der Tatsache, daß ein Mittel, das nach seiner objektiven Bestimmung ein Arzneimittel ist, diese Eigenschaft auch dann beibehält, wenn es nicht ausdrücklich als Arzneimittel bezeichnet ist, andererseits aus der Notwendigkeit, Mittel, die zwar als Arzneimittel bezeichnet sind, aber keine arzneilichen Wirkungen enthalten können, aus Gründen der Arzneimittelsicherheit und

Arzneimittelkontrolle den strengen Regelungen des AMG in vollem Umfang zu unterwerfen (EB zur Regierungsvorlage des § 1 Abs 1 AMG 1060 BlgNR.15 GP. 26). Damit ist aber seit dem Inkrafttreten des AMG der in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entwickelte Arzneimittelbegriff überholt. Die Frage, ob einem bestimmten Stoff die Qualität eines Arzneimittels zukommt, ist seit dem 1. April 1984 allein nach der Legaldefinition des § 1 Abs 1 AMG zu beurteilen.

Wendet man die Grundsätze dieser Entscheidung, an der festgehalten wird, auf den vorliegenden Fall an, dann kann es im Hinblick auf die von der beklagten Partei für ihre Teegemische bewählten Bezeichnungen in Verbindung mit den eindeutigen Zweckbestimmungsangaben nicht zweifelhaft sein, daß diese Teemischungen nach der Art und Form, wie sie in Verkehr gebracht wurden und für sie geworben wurde, dazu bestimmt sind, bei widmungsgemäßigem Gebrauch zumindest einen Teil der in § 1 Abs 1 Z.1 AMG angeführten Wirkungen zu erzielen. Ob und in welchem Umfang ihnen derartige Wirkungen tatsächlich zukommen, ist dabei nicht wesentlich.

Die beklagte Partei meint ferner, ihre Auffassung, daß sie Tees als Verzehrprodukte in Verkehr bringen dürfe, sei jedenfalls soweit gedeckt, daß ihr Vorgehen nicht sittenwidrig gewesen sei. Das Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz habe nämlich erst nach Ablauf der Dreimonatsfrist des § 18 Abs 2 LebensmittelG einen Bescheid erlassen, der vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben worden sei.

Auch damit ist für die beklagte Partei nichts gewonnen.

Abgesehen davon, daß der abweisende Bescheid des Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz bereits damit begründet wurde, daß es sich bei den Tees um Arzneimittel handle, die dem Apothekenvorbehalt unterlägen und dieser Bescheid vom Verwaltungsgerichtshof nur aus formalen Gründen aufgehoben wurde, kommt es bei der Beurteilung der Frage, ob eine Verletzung gewerberechtlicher Vorschriften gegen § 1 UWG verstößt, vor allem darauf an, ob die Auffassung des Beklagten über den Umfang seiner Befugnisse durch das Gesetz soweit gedeckt ist, daß sie mit gutem Grund vertreten werden kann. Der Annahme eines solchen unverschuldeten Rechtsirrtums steht aber im vorliegenden Fall schon der insoweit kaum mißverständliche Wortlaut des im März 1983 im BGBl kundgemachten neuen Arzneimittelgesetzes sowie der drei Abgrenzungsverordnungen entgegen (ÖBl 1986, 45).

Der Revision war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E09814

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

ECLI:AT:OGH0002:1986:0040OB00340.86.1215.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19861215\_OGH0002\_0040OB00340\_8600000\_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)