

TE OGH 1986/4/8 4Ob320/86

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.04.1986

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat 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***, Wien 9.,

Spitalgasse 31, vertreten durch Dr. Norbert Schöner, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei F. A*** Gesellschaft m.b.H., Wien 21., Marinonigasse 2-6, vertreten durch Dr. Erik Samesch, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert im Provisorialverfahren S 301.000,-), infolge Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien als Rekursgerichtes vom 19. Dezember 1985, GZ 3 R 200/85-9, womit der Beschluß des Handelsgerichtes Wien vom 23. August 1985, GZ 37 Cg 290/85-3, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Beklagte hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels endgültig, der Kläger die Kosten seiner Revisionsrekursbeantwortung vorläufig selbst zu tragen.

Text

Begründung:

Die beklagte GmbH betreibt das Gewerbe der "Erzeugung von diätetischen Präparaten, insbesondere von Produkten unter der Markenbezeichnung 'Florissamin'"

(Beilage 1). Sie ist Inhaberin der für "diätetische Präparate" eingetragenen österreichischen Wortmarke Nr. 82.601 "Florissamin" und vertreibt - auch im Kleinverkauf - u.a. die Produkte "Florissamin" und "Florissamol" sowie einen "Zitronen-Melissen-Extrakt", und zwar mit der nachstehend auszugsweise wiedergegebenen Ankündigung (Beilagen, B, D):

"Florissamin ist ein alkoholischer Auszug aus 4 Sorten von Brennesseln, die von biologischen Böden sind (stammen). Laut Bescheid der Lebensmittel-Versuchsanstalt wurde das bestätigt. Florissamin ist von biologischen Böden.

...

Die Brennessel kann wie folgt verwendet werden:

Für Magen, Darmtrakt, Bauchspeicheldrüse, Galle und Leber. Durch die Anregung der Bauspeicheldrüse ist bei Diabetikern ein guter Erfolg gesichert. Ähnlicher Erfolg ist bei Darmträgheit, ja sogar bei infektiösem Druchfall zu beobachten. Durch die positive Wirkung der Brennessel auf die Harnwege ist eine erfolgreiche Behandlung von Gicht

und Rheuma möglich, überdies wirkt diese Pflanze blutreinigend und blutbildend, kreislaufregulierend sowie regulierend auf die Monatsregel der Frau. Das wichtigste aber ist die Fähigkeit der Pflanze, das vegetative Nervensystem mit den nötigen Mikroströmen zu versorgen, sodaß ein gesunder Funktionsablauf aller Organe von selbst gewährleistet ist. Auch bei Asthma, Stauungen aller Art, Krampfadern, Kopfschmerzen, Nervenschmerzen, eventuell auch bei Sehstörungen kann ein positiver Erfolg erzielt werden.... Abschließend möchte ich noch erwähnen, daß alle Vorteile der Pflanze in Florissamin für Sommer und Winter enthalten sind.

Florissamin wird eingenommen: Schlechte Schläfer - am Abend, gute Schläfer - am Morgen; ca. 1/2 Likörglas, keinen Metallöffel verwenden.

Bei kürzlich überstandener Gelbsucht darf Florissamin nicht genommen werden. Eine Rückfrage ist zu empfehlen.

Florissamol wird nur aus natürlichen pflanzlichen Produkten mit reinem Alkohol und 1 % Kampfer hergestellt.

Die Brennessel ist die Grundlage des Präparates, sie wird in ein bestimmtes Verhältnis zu Kampfer und Alkohol gebracht. ... Florissamol-Fluid wird nur als Einreibungsmittel hergestellt und kann wie folgt verwendet werden.

Bei Gelenksschmerzen, Muskelschmerzen, Nervenschmerzen, Blutstauungen in den Beinen, besonders bei Krampfadern, ist in kurzer Zeit eine fühlbare Erleichterung zu erreichen. Nach längerer Verwendung kann mit einer dauernden Verbesserung der Durchblutung gerechnet werden....

Zitronen-Melissen-Extrakt

Gut bei Herzschwäche, Nervenschwäche, Migräne und Schlaflosigkeit. 20 Tropfen auf Zucker oder in ein 1/16 l Wasser oder Tee.

....

Darf ich Ihnen eine baldige Genesung wünschen?"

Der klagende Ö*** A*** beantragt, zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches der Beklagten mit einstweiliger Verfügung das Feilhalten, Verkaufen und Bewerben von Arzneimitteln, insbesondere von "Florissamin", "Florissamol" und "Zitronen-Melissen-Extrakt", zu untersagen. Diese Stoffe seien auf Grund der angeführten Heilanpreisung Arzneimittel im Sinne des § 1 Abs. 1 des Arzneimittelgesetzes BGBl. 1983/85 (im folgenden: AMG), deren Abgabe im Kleinverkauf ausschließlich den Apotheken vorbehalten sei. Da sich die Beklagte über diese Bestimmungen mehrfach hinweggesetzt habe, verstoße ihr Verhalten gegen § 1 UWG oder - falls die Heilanpreisung nicht zutreffen sollte - gegen § 2 UWG.

Die Beklagte hat sich gegen den Sicherungsantrag ausgesprochen. Die vom Kläger beanstandeten Produkte seien keine Arzneimittel, sondern "diätetische Mittel bzw. Verzehrprodukte" im Sinne des § 3 LMG. Die Werbeschrift der Beklagten enthalte keine Heilanpreisung, sondern nur eine Beschreibung der "Wirkung der Brennessel an sich"; die dort angeführten Eigenschaften dieser Pflanze seien aber "auf Grund gesicherter jahrhundertelanger medizinischer und volksmedizinischer Untersuchungen und Ergebnisse als erwiesen anzunehmen und keineswegs wahrheitswidrig".

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab und nahm folgenden Sachverhalt als bescheinigt an:

Die Landesinnung Wien der chemischen Gewerbe bestätigte am 28. Jänner 1983, daß alkoholische Pflanzenauszüge wie "Florissamin" und "Florissamol" ... "als diätetische Mittel, nicht als Arzneimittel, erzeugt (werden) und frei verkäuflich in den Handel kommen" (Beilage 3). Die Lebensmittel-Versuchsanstalt in Wien 19. ordnete am 23. März 1981 das von ihr analysierte "Florissamin" den Verzehrprodukten im Sinne des § 3 LMG zu (Beilage 4), ebenso am 17. Mai 1977 auf Grund von Angaben in einem Formblatt die Bundesanstalt für Lebensmitteluntersuchung und Lebensmittelforschung in Wien (Beilage 5). Das Zollamt Wien wies die Beklagte in einem Schreiben vom 6. Oktober 1980 (Beilage 6) auf das Ergebnis der von der Technischen Untersuchungsanstalt der Bundesfinanzverwaltung durchgeführten qualitativen und quantitativen Untersuchungen hin, wonach es sich bei "Florissamin".und "Florissamol" um äthylalkoholhaltige Brennesselauszüge handle, welche mangels konkreter Indikationsangaben keine "Arzneiware" der Tarif-Nummer 30.03 seien.

Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, daß weder "Florissamin" noch "Florissamol" nach allgemeiner Verkehrsauffassung jenen Wirkungsgrad erreichten, der sie als Arzneimittel im Sinne des § 1 Abs. 1 AMG kennzeichnen würde. Als solche seien sie auch nach Art und Form des Inverkehrbringens nicht anzusehen, würden doch von der

Beklagten nicht unmittelbar Wirkungen der betreffenden Präparate, sondern nur solche der Brennessel im allgemeinen beschrieben. Dabei würden nur "gute Erfolge" und "positive Wirkungen" versprochen, nicht aber Therapievorschläge gemacht, exakte pharmazeutische Analysen verbreitet oder für Arzneimittel spezifische Einnahmeformen (z.B. "20 Tropfen täglich") empfohlen; auch die Bezeichnungen der Produkte vermittelten keine Assoziationen mit Arzneimitteln. Der gleichfalls beanstandete "Zitronen-Melissen-Extrakt" sei zwar als Arzneimittel im Sinne des § 1 Abs. 1 AMG anzusehen; er falle aber unter die Ausnahmebestimmung des § 3 der 2. Abgrenzungsverordnung, in welcher "Melissae herba" ausdrücklich angeführt sei. Da die Beklagte keine konkreten Heilerfolge versprochen habe, liege auch kein Verstoß gegen § 2 UWG vor.

Das Rekursgericht erließ die einstweilige Verfügung und sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes S 15.000,-, nicht aber

S 300.000,- übersteigt und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Die in der Werbeschrift der Beklagten enthaltenen massiven Heilanpreisungen ließen keinen Zweifel daran, daß nicht nur der "Zitronen-Melissen-Extrakt", sondern auch "Florissamin" und "Florissamol" nach der Art und Form des Inverkehrbringens dazu bestimmt seien, bei Anwendung am oder im menschlichen Körper Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden zu heilen, zu lindern oder zu verhüten (§ 1 Abs. 1 Z 1 AMG); damit sei aber nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Annahme eines Verzehrproduktes im Sinne des § 3 LMG ausgeschlossen. Eine Ausnahme vom Apothekenvorbehalt sei von der Beklagten nicht behauptet worden; sie müßte im übrigen mangels der Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 der 2. Abgrenzungsverordnung in Verbindung mit der

3. Abgrenzungsverordnung verneint werden.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Revisionsrekurs der beklagten Partei mit dem Antrag auf Wiederherstellung des abweisenden Beschlusses der ersten Instanz.

Der Kläger beantragt, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil die Frage ob äthylalkoholhaltige Brennesselauszüge wie "Florissamin" und "Florissamol" sowie ein "Zitronen-Melissen-Extrakt" Arzneimittel im Sinne des § 1 Abs. 1 AMG oder Verzehrprodukte im Sinne des § 3 LMG sind, bisher noch nicht an den Obersten Gerichtshof herangetragen worden ist und die Entscheidung über den Revisionsrekurs der beklagten Partei demgemäß von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, der Rechtssicherheit und der Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt (§ 502 Abs. 4 Z 1 ZPO); er ist aber nicht berechtigt.

Die beklagte Partei hält auch weiterhin an ihrer Auffassung fest, daß die in Rede stehenden Produkte schon deshalb nicht dem "Apothekenvorbehalt" unterliegen könnten, weil sie "Verzehrprodukte" im Sinne des § 3 LMG seien. Dem kann nicht gefolgt werden:

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. Das entscheidende Kriterium zur Abgrenzung zwischen Arzneimitteln einerseits und Verzehrprodukten andererseits hatte der Verwaltungsgerichtshof vor dem 1. April 1984 (Inkrafttreten des Arzneimittelgesetzes) in Ermangelung einer umfassenden gesetzlichen Definition des Begriffes "Arzneimittel" in der österreichischen Rechtsordnung nicht im tatsächlichen Hervorrufen heilender Wirkungen, sondern ausschließlich in jenen qualitativen und quantitativen Momenten gesehen, die einen bestimmten Stoff nach dem Stand der Kenntnisse der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaft infolge seines Wirkungsgrades als Arzneimittel kennzeichneten (siehe dazu insbesondere VwSlg. 10.848 A; BaPiSmo 20 u.a.). Dieser in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entwickelte Arzneimittelbegriff - von welchem auch der Revisionsrekurs der beklagten Partei ausgeht - ist aber seit dem Inkrafttreten des Arzneimittelgesetzes überholt, weil die Frage, ob einem bestimmten Stoff die Qualität eines Arzneimittels zukommt, seit dem 1. April 1984 allein nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 AMG zu beurteilen ist (so ausdrücklich VwGH 14. Jänner 1985, 84/10/0204 BaPiSmo 27).

"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

Anwendung 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.

Für die Beurteilung, ob ein Arzneimittel vorliegt, sind also jetzt grundsätzlich zwei Kriterien maßgebend, nämlich einerseits die objektive Zweckbestimmung ("die nach der allgemeinen Verkehrsauffassung dazu dienen...") und andererseits die subjektive Zweckbestimmung durch den Hersteller, Depositeur, Großhändler o.dgl. ("nach Art und Form des Inverkehrbringens dazu bestimmt sind..."). Im Regelfall werden beide Voraussetzungen gleichzeitig zutreffen, das heißt einem als Arzneimittel bezeichneten Stoff werden auch nach der allgemeinen Verkehrsauffassung arzneiliche Wirkungen zukommen. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen ein Mittel, das nach der Verkehrsauffassung arzneiliche Wirkungen entfaltet, nicht als Arzneimittel bezeichnet ist, oder umgekehrt ein Mittel, das keine derartigen Wirkungen entfalten kann, als Arzneimittel bezeichnet wird (EB zur RV des § 1 Abs. 1 AMG, 1060 BlgNR 15. GP 26). Durch das Inkrafttreten des Arzneimittelgesetzes haben jedoch, wie schon das Rekursgericht zutreffend erkannt hat, weder die gesetzliche Umschreibung und damit der Inhalt des Begriffes "Verzehrprodukt" noch dessen Abgrenzung (an sich) zu den Begriffen des "Lebensmittels" auf der einen und des "Arzneimittels" auf der anderen Seite eine Änderung erfahren: bei der Beurteilung der Frage, ob ein zum Essen, Kauen oder Trinken bestimmtes Produkt im konkreten Fall als "Verzehrprodukt" zu qualifizieren ist, ist vielmehr auch weiterhin zunächst 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 das Produkt 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 (so gleichfalls die schon erwähnte Entscheidung des VwGH BaPiSmo 27).

Bei dieser Rechtslage hat aber das Rekursgericht die Qualifikation der hier beanstandeten Produkte als "Arzneimittel" im Sinne des § 1 Abs. 1 AMG mit Recht bejaht: Die Werbeankündigung Beilage B enthält entgegen der Meinung der Beklagten nicht nur eine allgemeine Aussage über die positiven Wirkungen der Brennessel als solcher, sondern darüber hinaus auch eine ganze Reihe eindeutiger Heilanpreisungen in bezug auf die dort angeführten, zum Teil aus dieser Pflanze gewonnenen Produkte: Die der Brennessel im einzelnen zugeschriebenen Heilwirkungen - insbesondere bei Diabetes, Gicht, Rheuma, Asthma, Krampfadern, Kopf- und Nervenschmerzen sowie Sehstörungen - werden durch den unmittelbar anschließenden Hinweis, wonach alle diese Vorteile in "Florissamin" enthalten seien, auch auf dieses Erzeugnis der beklagten Partei übertragen. Der Gebrauch des Einreibungsmittels "Florissamol"-Fluid läßt nach der Ankündigung der Beklagten bei Gelenkschmerzen, Muskelschmerzen, Nervenschmerzen und Blutstauungen in den Beinen, besonders bei Krampfadern, in kurzer Zeit eine fühlbare Erleichterung, nach längerer Anwendung sogar eine dauernde Verbesserung der Durchblutung erwarten; der "Zitronen-Melissen-Extrakt" wiederum sei "gut" bei Herzschwäche, Nervenschwäche, Migräne und Schlaflosigkeit. Im Zusammenhang mit dem abschließenden Satz: "Darf ich Ihnen baldige Genesung wünschen?" lassen alle diese - vom Rekursgericht zu Recht als "massive Heilanpreisungen" bezeichneten - Zweckbestimmungsangaben keinen Zweifel daran, daß die erwähnten Produkte nach Art und Form ihres Inverkehrbringens jedenfalls dazu bestimmt sind, bei widmungsgemäßigem Gebrauch zumindest einen Teil der in § 1 Abs. 1 Z 1 AMG angeführten Wirkungen - nämlich "Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden zu heilen, zu lindern, zu verhüten oder zu erkennen" - zu erzielen. Daß dabei nur ganz allgemein "gute Erfolge" oder "positive Wirkungen" versprochen und weder konkrete Therapievorschlüsse gemacht noch exakte pharmakologische Analysen angeboten oder - mit Ausnahme des "Zitronen-Melissen-Extraktes" - spezifische Einnahmeformen empfohlen werden, nimmt diesen Angaben nicht den Charakter eindeutiger Heilanpreisungen. Ob und in welchem Umfang aber den beanstandeten Produkten die versprochenen Wirkungen auch tatsächlich zukommen, ist im Sinn der obigen Rechtsausführungen ohne entscheidungswesentliche Bedeutung.

Verfehlt ist auch die Rechtsansicht des Revisionsrekurses, "Florissamol" könne schon deshalb nicht als "Arzneimittel" angesehen werden, weil es als "äthylalkoholhaltiges Körperpflegemittel für die äußerliche Anwendung am Körper" einzustufen und deshalb ein "kosmetisches Mittel" im Sinne des § 5 LMG sei. Die beklagte Partei übersieht dabei, daß nach der Legaldifinition dieser Gesetzesstelle "kosmetische Mittel" (nur) solche Stoffe sind, die "zur Reinigung, Pflege oder Vermittlung bestimmter Geruchseindrücke des Menschen, zur Beeinflussung des menschlichen Äußeren, zum Schutz der Haut oder zur Reinigung, Pflege oder Verbesserung des Gebrauches von Prothesen bestimmt sind". "Florissamol"-Fluid soll aber nach der ausdrücklichen Ankündigung der Beklagten nicht etwa solchen kosmetischen

Zwecken dienen, sondern als Einreibungsmittel bei Gelenks-, Muskel- oder Nervenschmerzen sowie bei Blutstauungen in den Beinen, insbesondere bei Krampfadern, verwendet werden. Daß der beanstandete "Zitronen-Melissen-Extrakt" schon deshalb nicht unter die Ausnahmebestimmung des § 6 Abs. 2 Satz 1 der

2.

Abgrenzungsverordnung RGBl. 1886/97 im Zusammenhang mit der

3.

Abgrenzungsverordnung RGBl. 1895/188 fällt, weil es sich dabei um eine Flüssigkeit handelt, hat das Rekursgericht richtig erkannt (vgl. dazu auch ÖBl 1986, 18). Da die Beklagte in ihrem Revisionsrekurs auf diese Frage nicht mehr zurückkommt, kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die auch insoweit zutreffende Begründung des angefochtenen Beschlusses verwiesen werden. Der Beklagten kann aber auch darin nicht gefolgt werden, daß ihr das Feilhalten, Verkaufen und Bewerben der beanstandeten Produkte, wenn überhaupt, dann nur mit dem Beisatz "als Arzneimittel, die nach Art und Form des Inverkehrbringens dazu bestimmt sind, bei Anwendung am oder im menschlichen oder tierischen Körper Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden zu heilen, zu lindern, zu verhüten oder zu erkennen und die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktion des Körpers oder seelische Zustände zu beeinflussen", untersagt werden könnte; was für die Beklagte mit einer solchen Bezugnahme auf den Wortlaut des § 1 Abs. 1 Z 1 und 5 AMG gewonnen wäre, ist auch den Ausführungen des Revisionsrekurses nicht zu entnehmen.

Diese Erwägungen führen zur Bestätigung des angefochtenen Beschlusses.

Die Kostenentscheidung beruht in Ansehung der Beklagten auf §§ 40, 50, 52 ZPO in Verbindung mit §§ 78, 402 Abs. 2 EO, in Ansehung des Klägers auf § 393 Abs. 1 EO.

Anmerkung

E08190

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1986:0040OB00320.86.0408.000

Dokumentnummer

JJT_19860408_OGH0002_0040OB00320_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