

# TE OGH 1984/10/24 6Ob662/84

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 24.10.1984

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Samsegger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Resch, Dr. Schobel, Dr. Riedler und Dr. Schlosser als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Mag. Leopold R\*\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Walter Schuppich, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Ekkehard M\*\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ingo Ubl, Rechtsanwalt in Wien, wegen 70.000 S sA, infolge Rekurses der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 14. Mai 1984, GZ 14 R 84/84-25, womit das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 30. Dezember 1983, GZ 20 Cg 401/82-19, unter Rechtskraftvorbehalt aufgehoben wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und in der Sache selbst erkannt:

„Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 2.596,15 S bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten 223,65 S Umsatzsteuer und 136 S Barauslagen) binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen.“

Die beklagte Partei ist ferner schuldig, der klagenden Partei die mit 4.153,50 S bestimmten Kosten des Rekursverfahrens (darin enthalten 268,50 S Umsatzsteuer und 1.200 S Barauslagen) binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte betreibt die „Bahnhof-Drogerie“ in M\*\*\*\*\*; seit Jahren – zuletzt im März 1982 hat er von der Alfred R\*\*\*\*\* Kommanditgesellschaft in K\*\*\*\*\* Käsepappeltee bezogen, der in Mengen von 5 kg in Papiersäcken abgepackt war. Der Beklagte packte den Tee in Verkaufskartons zu je 10 dag um, ohne die Teeblätter vorher noch zusätzlich zu bearbeiten. Der Kläger kaufte schon seit Jahren in der Drogerie des Beklagten verschiedene Kräutertees, darunter auch Käsepalletee. Die letzten Packungen dieser Teesorte – drei bis vier Stück á 10 dag – bezog er dort im September oder Anfang Oktober 1981. In diesen Packungen, die mit dem Aufdruck „B\*\*\*\*\*“ versehen waren, war zu einem Anteil von zumindest 40 % die giftige Droge Stechapfel (Folium Stramonii) enthalten. Durch den Genuss dieser Teemischung kam es beim Kläger am 13. 10. 1981 zu Vergiftungserscheinungen (vorübergehende Sprachstörungen und Halbseitenschwäche der rechten Gliedmaßen, Harnverhalten, Trübung des Senoriums sowie vorübergehende Mangeldurchblutung des Gehirns). Der Kläger wurde noch am selben Tag ins Krankenhaus Mödling aufgenommen, wo eine vorübergehende konstitutionell bedingte Hirnmangeldurchblutung diagnostiziert wurde. Da die infolge Beimengung von Stechapfel auftretende akute Atropinvergiftung nach wenigen Tagen abklingt, wurde der Kläger

schon am 24. 10. 1981 aus dem Spital entlassen. In der Folge trank er weiterhin den vom Beklagten gekauften Käsepappeltee. Daraufhin kam es bei ihm zu Störungen seiner Konzentrationsfähigkeit und zu einer erhöhten psychischen Irritierbarkeit, Symptomen einer chronischen Intoxikation mit atropinhältigen Substanzen. Am 6. 4. 1982 trank der Kläger wieder den Tee. Er musste erneut ins Krankenhaus Mödling eingeliefert werden, wo man eine akute Atropinvergiftung feststellte. Atropinhältige Präparate oder Medikamente hat der Beklagte zur fraglichen Zeit nie eingenommen. Im gesamten Zeitraum vom 13. 10. 1981 bis 9. 4. 1982 musste der Kläger Schmerzen und schmerzgleiche Beeinträchtigungen ausstehen, die zu zwei Tagen starken, 14 Tagen mittleren und zwei Monaten leichten Schmerzen gerafft werden können.

Der Kläger begehrte zuletzt ein Schmerzengeld von 70.000 S, wobei er vorbrachte, der Beklagte habe die pflichtgemäße Kontrolle des von ihm vertriebenen Käsepappeltees schuldhaft unterlassen und die schwere, mit Schmerzen verbundene Beeinträchtigung der Gesundheit des Klägers zu verantworten.

Der Beklagte wendete ein, er hafte selbst dann nicht, wenn die Vergiftung von dem von ihm verkauften Käsepappeltee herrühren sollte. Er sei bloß Händler und als solcher zu einer genauen chemischen Untersuchung des von der Alfred R\*\*\*\*\* Kommanditgesellschaft bezogenen Tees nicht verpflichtet gewesen, zumal für ihn kein Anlass bestanden habe, an der vorschriftsmäßigen Zusammensetzung des Tees zu zweifeln.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es beurteilte den Sachverhalt rechtlich dahin, der vom Beklagten verkaufte Käsepappeltee sei ein Arzneimittel, das gemäß § 4 ArzneibuchG den Vorschriften des Arzneibuches entsprechen müsse, soferne es zur Abgabe an Verbraucher im Inland bestimmt sei. Der Beklagte habe die ihn nach § 5 Abs 1, 2 und 3 1.c. treffenden Prüfungspflicht verletzt und dadurch gegen eine Schutznorm verstoßen. Er hafte daher für den dabei eingetretenen Schaden. Das begehrte Schmerzengeld sei angemessen.

Das Berufungsgericht hob dieses Urteil unter Rechtskraftvorbehalt auf. Es führte aus, der Beklagte sei als Drogist gemäß § 223 GewO 1973 unter anderem zum Kleinhandel mit zur arzneilichen Verwendung bestimmten Stoffen und Präparaten, deren Abgabe auch außerhalb von Apotheken durch bundesrechtliche Vorschriften gestattet sei, und zur Herstellung und zum Verkauf von Teemischungen und Hautsalben, denen keine Heilwirkung zukomme, berechtigt. Gemäß § 5 Abs 3 ArzneibuchG müsse, wer Arzneimittel an Letztverbraucher abgabe, diese Mittel auf ihre Identität prüfen; die Prüfungspflicht bestehe unabhängig von den einschlägigen Angaben im Arzneibuch. Bei der Abgabe pharmazeutischer Spezialitäten sei eine Identitätsprüfung hingegen nicht vorgeschrieben. Für die Zeit vor Inkrafttreten des erst am 1. 1. 1982 für verbindlich erklärten Arzneibuches sei durch § 3 der Verordnung der Ministerien des Inneren und des Handels vom 17. 6. 1886, RGBI Nr 97/1886, klargestellt worden, dass der Verkauf des Käsepapeltrees (Malvae Flores et Folia) als Arzneimittel auch Drogerien gestattet sei. Der Beklagte sei ungeachtet der Wirksamkeit des Arzneibuches zur Prüfung des von ihm verkauften Käsepappeltees verpflichtet gewesen; der Kläger habe sich auch auf die Unterlassung der pflichtgemäßen Kontrolle des Tees durch den Beklagten berufen. Damit habe der Kläger dargetan, dass der Beklagte die zum Schutz der Letztverbraucher erlassene Bestimmung des § 5 Abs 3 ArzneibuchG übertreten habe. Es könne allerdings noch nicht beurteilt werden, ob dem Beklagten dabei ein Verschulden zur Laste falle. Er hafte nämlich dem Käufer nur für die Erfüllung der ihn als Händler treffenden Pflichten. Da er aufgrund des Kaufvertrags nicht selbst zur Herstellung der Ware verhalten sei, müsse er nicht für jedes Verschulden des Erzeugers, der nicht sein Erfüllungsgehilfe sei, einstehen. Den Händler treffe zwar hinsichtlich der Warenqualität eine gewisse Prüfungspflicht wobei an den Drogisten als Fachhändler strengere Anforderungen zu stellen seien, doch könnten auch von ihm im Allgemeinen nicht eigene kostspielige technische Kontrollen erwartet werden. Das habe die Rechtsprechung bereits beim Vertrieb von Chemikalien zum Ausdruck gebracht. Gleichermaßen müsse auch für die vom Drogisten berechtigterweise verkauften Arzneimittel gelten. Im fortgesetzten Verfahren werde daher zu klären sein, inwieweit der Beklagte den von ihm verkauften Tee überprüft habe und ob diese Prüfung im Hinblick auf sein Fachwissen und seine technischen Hilfsmittel ausreichend gewesen sei. Soweit danach Einzelheiten des Schadensereignisses unaufgeklärt bleiben sollten, habe sie jedoch der Beklagte zu vertreten.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der gegen diesen Beschluss vom Kläger erhobene Rekurs ist berechtigt.

Ob der Beklagte für die Folgen der Atropinvergiftung des Klägers einzustehen hat, hängt in erster Linie davon ab, ob und in welchem Umfang ihn die vom Kläger behauptete Prüfungspflicht traf. Gemäß § 223 Abs 1 GewO 1973 umfasst die Berechtigung zur Ausübung des konzessionspflichtigen Drogistengewerbes unter anderem den Kleinhandel mit zur

arzneilichen Verwendung bestimmten Stoffen und Präparaten, sofern deren Abgabe an Letztverbraucher auch außerhalb von Apotheken durch bundesrechtliche Vorschriften gestattet ist. Da die im § 224 GewO 1973 vorgesehene Verordnung bisher nicht erlassen wurde (Mache-Kinscher5, GewO, Anm 3 zu § 224), bleiben die Verordnungen der Ministerien des Inneren und des Handels vom 17. 9. 1883, RGBI Nr 152, vom 17. 6. 1886, RGBI Nr 97, und vom 8. 12. 1895, RGBI Nr 188 (die sogenannte „Abgrenzungsverordnungen“) im Gesetzesrang in Kraft (Mache-Kinscher aaO Anm 4 und 5 zu § 223). Gemäß § 3 der Verordnung RGBI Nr 97/1886 ist das Feilhalten und der Verkauf bestimmter dort angeführter, nur zu Heilzwecken verwendeter Artikel – darunter der Malvae Flores et Folia (= Käsepappelblüten und -blätter – vgl Österreichisches Arzneibuch, 9. Ausgabe, Band I S 526 und 542) – unter den dort genannten Modalitäten und Bedingungen auch anderen Geschäften als Apotheken gestattet (insoweit also der für Arzneien grundsätzlich geltende Apothekenvorbehalt aufgehoben). Es unterliegt daher keinem Zweifel, dass der Beklagte zur Abgabe des Käsepappeltees an Letztverbraucher gewerblich befugt war.

Zutreffend hat das Berufungsgericht erkannt, dass das Arzneibuchgesetz (BGBI Nr 195/1980) mangels anders lautender Bestimmung am Tage nach seiner Verlautbarung, also am 10. 5. 1980, in Kraft getreten ist (Art 49 Abs 1 B-VG; § 4 Abs 1 BGBIG). § 8 Abs 2 1.c. bestimmt lediglich, dass bis zum Inkrafttreten der Verordnungen gemäß § 2 Abs 2 und 4 dieses Bundesgesetzes die Arzneibuchverordnung (BGBI Nr 229/1960) und die beiden Arzneibuchnachtragsverordnungen (BGBI Nr 154/1966 und Nr 313/1975) als Bundesgesetze in Kraft bleiben. Diese Regelung war deshalb notwendig, weil sonst bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das neue Arzneibuch für verbindlich erklärt wurde, die Rechtsgrundlage für die Verbindlichkeit des bisherigen Österreichischen Arzneibuches weggefallen wäre (RV, 244 BlgNR XV. GP, 8). tatsächlich ist das aus dem Europäischen Arzneibuch, Österreichische Ausgabe, und dem Österreichischen Arzneibuch, das ist die gemäß § 2 Abs 3 ArzneibuchG vorgenommene Zusammenfassung jener mit den drei vorgenannten Verordnungen erlassenen Bestimmungen des Österreichischen Arzneibuches, 9. Ausgabe, die durch Vorschriften des Europäischen Arzneibuches nicht ersetzt werden, bestehende Arneibuch gemäß § 1 ArneibuchV (vom 30. 4. 1981, BGBI Nr 238) erst mit 1. 1. 1982 für verbindlich erklärt worden. Die übrigen Bestimmungen des Arzneibuchgesetzes – und damit auch die Regelung der Prüfungspflicht im § 5 – waren dagegen beim Verkauf des Käsepappeltees an den Kläger bereits in Wirksamkeit. Gemäß § 5 Abs 3 ArzneibuchG hat, wer Arzneimittel an den Letztverbraucher abgibt, die Arzneimittel hiebei auf Identität zu prüfen. Eine Identitätsprüfung ist auch dann vorzunehmen, wenn das Arzneibuch keine diesbezüglichen Angaben enthält. Lediglich bei der Abgabe pharmazeutischer Spezialitäten sind Identitätsprüfungen nicht mehr erforderlich. Eine solche Spezialität ist der abweichend vom § 1 Abs 1 SpezialitätenO (BGBI Nr 99/1947 in der gegenwärtigen Fassung) vom Beklagten erst abgefüllte Käsepappeltee auch schon deshalb nicht, weil homöopathische Zubereitungen überhaupt ausgenommen (§ 1 Abs 2 lit c 1. c.) und Spezialitäten vom Apothekenvorbehalt betroffen sind (§ 2 Abs 1 1. c.).

Dass Käsepappeltee (genauer: Käsepappelblüten und -blätter – Folium et Flores Malvae) ein zu arzneilicher Verwendung bestimmter Stoff auch schon im Zeitpunkt der Abgabe an den Kläger war, ergibt sich nicht bloß aus der Aufzählung im § 3 der Abgrenzungsverordnung RGBI Nr 97/1886, sondern auch aus der Beschreibung im Österreichischen Arzneibuch, 9. Ausgabe, in der den fraglichen Zeitpunkt verbindlich erklärt Fassung aufgrund der Ersten Arzneibuchnachtragsverordnung (ÖAB, 9. Ausg., Bd I S 715 und S 733 f). Handelte es sich bei dem abgegebenen Käsepappeltee um ein Arzneimittel, war der Beklagte verpflichtet, den von ihm verkauften Tee auf Identität zu prüfen. Diese Prüfung dient dazu, um die Identität der Arznei mit dem auf der Beschriftung angegebenen Stoff als hinreichend gesichert ansehen zu können (vgl ÖAB [1981] Bd I S 17). Welchen Zweck diese – trotz im Allgemeinen schon in früheren Verkehrphasen (Erzeugung, Einfuhr usgl) vorgenommener Prüfungen – dem Abgeber von Arzneimitteln an den Letztverbraucher vorgeschriebene Prüfung auf Identität verfolgt, ist schon im § 1 Abs 1 ArzneibuchG festgehalten (Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier), kann aber noch deutlicher den Materialien (RV 244 BlgNR XV, GP, 7) entnommen werden: Es erscheine aus Sicherheitsgründen geboten, das Arzneimittel vor Abgabe an den Letztverbraucher durch Überprüfung zumindest seiner Identität einer nochmaligen Kontrolle zu unterziehen, und es sei selbst bei nicht im Arzneibuch enthaltenen Arzneimitteln angesichts der Notwendigkeit einer Letztkontrolle aus Sicherheitsgründen dem Normadressaten (das ist als derjenige, der Arzneien an den Letztverbraucher – als Erzeuger oder Händler – abgibt) durchaus zumutbar, mit seinem Sachwissen und aufgrund geeigneter Unterlagen, wie etwa Analysezertifikate, Produktbeschreibungen usw, eine Identitätsprüfung durchzuführen. Die Prüfungsvorschriften des § 5 ArzneibuchG sind demnach Schutznormen zugunsten der Letztverbraucher, die hiedurch vor Gefährdungen und Schädigungen von Leben und Gesundheit bewahrt werden sollen.

Deshalb kann sich der Beklagte auch nicht auf die Entscheidung SZ 52/74 = JBl 1979, 653 = EvBl 1980/2, S 12 berufen. Dort hat der beklagte Drogist kein Arzneimittel, sondern eine bei der Weinkelterung verwendete Chemikalie (SO2-Reagenz) verkauft. Abgesehen davon, dass sich dieser Vorfall vor Inkrafttreten des Arneibuchgesetzes zugetragen hatte, hätte das genannte Gesetz mit den dort normierten Prüfungspflichten auf diesen Fall auch gar nicht zur Anwendung gelangen können.

Dass der Beklagte die vorgeschriebene Identitätsprüfung vorgenommen hätte, hat er weder behauptet noch ist das vom Erstgericht festgestellt worden; der Beklagte hat sich in diesem Belange auf das Vorbringen, er sei zu einer genauen chemischen Untersuchung nicht verpflichtet gewesen, beschränkt. Es ist also davon auszugehen, dass der Beklagte seiner Pflicht zur Identitätsprüfung bei Abgabe des Käsepappeltees an den Kläger nicht nachgekommen ist und damit die Schutznorm des § 5 Abs 3 ArneibuchG übertreten hat. Das Berufungsgericht vertrat – unter Verweisung auf die Entscheidung SZ 52/74 – die Auffassung, es müsse allerdings noch geprüft werden, ob dem Beklagten bei der Unterlassung der Identitätsprüfung ein Verschulden zur Last gefallen sei. Dem ist entgegenzuhalten, dass zwar auch § 1311 ABGB zur Ersatzpflicht dessen, der eine Schutznorm verletzt, ein Verschulden an der Übertretung fordert. Die Behauptungs- und Beweislast, dass gegen das Schutzgesetz unverschuldet verstoßen worden sei, trifft jedoch den Schädiger (RZ 1979/67, S 232 uva). Dass das Erstgericht die vom Beklagten erst im Rechtsmittelverfahren aufgeworfene Frage, ihn treffe an der Unterlassung der Identitätsprüfung jedenfalls kein Verschulden, nicht erörtert hat, begründet deshalb keinen Feststellungsmangel, weil es dem Berufungsgericht verwehrt ist, Verfahrensergänzungen aufzutragen, die durch die Prozessbehauptungen der Partei nicht gedeckt sind (JBl 1976, 591; zuletzt wieder 6 Ob 640/84). Die Rechtssache erweist sich demnach auch in den vom Berufungsgericht noch als aufklärungsbedürftig erachteten Belangen als spruchreif.

Der Beklagte hat dem Kläger daher für die selbst zufälligen Folgen der unterlassenen Identitätsprüfung und der damit bewirkten Abgabe eines mit adropinhältigen Substanzen versetzten Käsepappeltees einzustehen und ihm daher auch ein angemessenes Schmerzengeld zu bezahlen (§ 1325 ABGB).

Da das Gericht zweiter Instanz die Mängel- und Beweisrüge in der Berufung erledigt hat, konnte der Oberste Gerichtshof angesichts der Spruchreife in der Sache selbst erkennen (§ 519 Abs 2 ZPO). Der Beklagte bekämpfte in der Berufung das zugesprochene Schmerzengeld der Höhe nach nicht mehr; da das Erstgericht zumindest im Ergebnis die Schadenersatzpflicht des Beklagten richtig beurteilt hat, war der Berufung in Stattgebung des Rekurses keine Folge zu geben (Fasching, Zivilprozessrecht Rdz 1983).

Die Kostenentscheidungen beruhen auf den §§ 41, 50 ZPO.

#### **Textnummer**

E116787

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

ECLI:AT:OGH0002:1984:0060OB00662.840.1024.000

#### **Im RIS seit**

17.01.2017

#### **Zuletzt aktualisiert am**

17.01.2017

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