

# TE OGH 1982/2/16 4Ob304/82

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.02.1982

## Norm

LMG §9 Abs1

LMG §26 Abs2

## Kopf

SZ 55/15

## Spruch

Die Bezeichnung einer Zahnpaste mit dem Zusatz "Kariomed" verstößt gegen § 9 Abs. 1, § 26 Abs. 2 LMG 1975

Die letztgenannte Bestimmung erlaubt nur - nicht irreführende - Hinweise auf einzelne physiologische oder pharmakologische Wirkungen eines kosmetischen Mittels, nicht aber eine weitergehende Bezugnahme auf die sich daraus ergebenden Folgen für den Gesundheitszustand eines Menschen

OGH 16. Feber 1982, 4 Ob 304/82 (OLG Linz 1 R 206/81; LG Salzburg 1 Cg 480/81).

## Text

Die Streitteile erzeugen und vertreiben ua. Zahnpasten; sie stehen miteinander im Wettbewerb. Die beklagte B GmbH bringt seit einigen Wochen eine Zahnpasta mit der Bezeichnung "B Kario-med" auf den Markt. Die klagende Partei beantragt zur Sicherung des im wesentlichen gleichlautenden Hauptbegehrens, der beklagten Partei mit einstweiliger Verfügung im geschäftlichen Verkehr beim Vertrieb von Zahnpasten die Verwendung der Bezeichnung "Kario-med" zu verbieten.

Die klagende Partei behauptet, daß diese Bezeichnung dem in § 9 Abs. 1 lit. a LebensmittelG 1975 (LMG 1975) ausgesprochenen Verbot gesundheitsbezogener Angaben widerspreche. § 9 LMG 1975 gelte auch für kosmetische Mittel (§ 5 LMG 1975) - zu denen auch Zahnpasten gehörten - mit der Maßgabe, daß nicht irreführende Hinweise auf physiologische und pharmakologische Wirkungen zulässig seien (§ 26 Abs. 2 LMG 1975). Die Bezeichnung "Kario-med" gehe über einen solchen erlaubten Hinweis hinaus. Sie weise auf die Verhütung, Linderung oder Heilung von Krankheiten oder Krankheitssymptomen hin und erwecke damit beim Verbraucher den Eindruck, daß Karies auf medizinische Weise behandelt werde. Dieser Eindruck werde durch die Beschriftungen der Verpackung der Zahnpasta und die Art, wie für sie im Fernsehen geworben werde, verstärkt. Die Bezeichnung "Kario-med" sowie die Verpackung und Werbung für dieses Produkt widersprüchen somit dem LMG 1975 und dem § 1 UWG.

Die beklagte Partei beantragte, den Sicherungsantrag abzuweisen, hilfsweise aber, der klagenden Partei wegen des bisherigen Werbeaufwandes der beklagten Partei für "Kario-med" den Ertrag einer Sicherheit von 6 Mill. S aufzutragen. Sie brachte vor, daß "Kariomed" Natriummonofluorphosphat und Natriumfluorid, also Stoffe enthalte, die tatsächlich der Kariesvorbeugung dienen. Mehr erwarte der Verbraucher - wie eine Marktanalyse zeige - von der Bezeichnung "Kario-med" nicht; insbesondere messe er der im Verkehr beim Vertrieb von Zahnpasten eingebürgerten

Buchstabenfolge "med" als Bestandteil der Bezeichnung einer Zahnpaste keine besondere Bedeutung zu. Der Hinweis auf die vorbeugende Wirkung von "Kariomed" sei als nicht irreführender Hinweis auf physiologische oder pharmakologische Wirkungen gemäß § 26 Abs. 2 LMG 1975 zulässig. Auch in der Werbung für "B Kariomed" sei nur auf die pharmakologischen Wirkungen hingewiesen worden. Im übrigen seien die Werbeaussagen auf der Verpackung und im Fernsehen vom Klage- und Sicherheitsbegehren nicht umfaßt. Die beklagte Partei verwende die Bezeichnung "Kariomed" nur zusammen mit ihrem Firmenschlagwort "B". Das Verbot richte sich gegen eine Verwendungsform, die nicht stattfinde.

Das Erstgericht bewilligte die beantragte einstweilige Verfügung, machte jedoch ihren Vollzug vom Erlag einer Sicherheit von 2 Mill. S durch die klagende Partei abhängig.

Die Bezeichnung "Kario-med" verstoße gegen §§ 9 und 26 LMG 1975, weil hiedurch beim unbefangenen Verbraucher der Eindruck entstehe, mit dieser Zahncreme medizinisch indizierte Zahnerkrankungen beeinflussen oder verhindern zu können. Die beklagte Partei verstoße damit auch gegen § 1 UWG, da das Verbot, den medizinischen Bereich der Werbung auszusetzen, keine wertneutrale Vorschrift sei, sodaß seine Verletzung gegen die guten Sitten verstoße.

Gemäß § 390 Abs. 2 EO könne das Gericht die Bewilligung einer einstweiligen Verfügung nach Lage der Umstände von einer Sicherheitsleistung abhängig machen, wenngleich die gefährdete Partei die ihr obliegenden Bescheinigungen in genügender Art beigebracht habe. Die Auferlegung einer Sicherheitsleistung von 2 Mill. S erscheine der Höhe nach angemessen.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der beklagten Partei nur teilweise Folge und änderte die angefochtene Verfügung dahin ab, daß es die von der klagenden Partei zu leistende Sicherheit auf 3 Mill. S erhöhte.

Das Rekursgericht war der Ansicht, daß die Entscheidung davon abhängen, ob wegen der Zulässigkeit der Bezugnahme auf nicht irreführende physiologische oder pharmakologische Wirkungen beim Inverkehrbringen kosmetischer Mittel auch Hinweise auf die Eignung zur Krankheitsverhütung oder eine gesunderhaltende Wirkung erlaubt seien. Da das Lebensmittelrecht auch wettbewerbsordnenden Charakter habe, komme der klagenden Partei nicht schon jede denkmögliche Auslegung des Lebensmittelgesetzes 1975 in mangelnder Sittenwidrigkeit zustatten. Verletzungen des § 9 LMG 1975 seien allerdings unter dem Tatbestand der falschen Bezeichnung (§ 63 Abs. 2 Z 1 LMG 1975) zu ahnden, weil der Gesetzgeber davon ausgehe, daß gesundheitsbezogene Angaben vom Verbraucher vielfach überbewertet würden, auch wenn sie der Wahrheit entsprächen, also einem "Lügen mit der Wahrheit" gleichkämen. § 9 Abs. 1 LMG 1975 verbiete nicht nur Hinweise auf physiologische und pharmakologische Wirkungen, sondern auch solche krankheitsverhindernder, lindernder, heilender oder gesunderhaltender Art; der Begriff "pharmakologisch" müsse in diesem Zusammenhang eng ausgelegt werden, da sonst die nur mit einem Vorbehalt versehene Übernahme des § 9 Abs. 1 lit. a LMG 1975 in § 26 Abs. 2 dieses Gesetzes entbehrlich wäre. Bei kosmetischen Mitteln seien nur nicht irreführende physiologische oder pharmakologische Hinweise gestattet, nicht aber solche auf die Verhütung, Linderung oder Heilung von Krankheiten. Erlaubt sei danach der Hinweis auf die Stärkung des Zahnschmelzes, während der Hinweis auf die Abwehr der Karies als krankheitsverhütend oder gesunderhaltend anzusehen sei. Wären nach dem Gesetz nur irreführende Behauptungen verpönt, dann wäre § 9 Abs. 3 LMG 1975 überflüssig, wonach der Bundesminister für Gesundheit und Umweltschutz auf Antrag für bestimmte Lebensmittel oder Verzehrprodukte gesundheitsbezogene Angaben mit Bescheid zuzulassen habe, wenn dies mit dem Schutz der Verbraucher vor Täuschung vereinbar sei. Im vorliegenden Fall sei nur die Bezeichnung "Kariomed" als unzulässiger Zusatz zu "B" inkriminiert worden. Es müsse damit gerechnet werden, daß der Verbraucher die näheren Erläuterungen auf der Tube nicht zur Kenntnis nehme. Der Begriff "Kariomed" lasse einen besonderen Schutz gegen Karies entsprechend einem Medikament erwarten. Dies sei eine gesundheitsbezogene Angabe, die über den eng auszulegenden Begriff der Bezugnahme auf eine pharmakologische Wirkung insoweit hinausgehe, als der unbefangene Verbraucher eine kariesverhütende, gesunderhaltende Wirkung erwarte.

Als berechtigt erweise sich der Rekurs nur, soweit er die Höhe der Sicherheitsleistung betreffe. Berücksichtige man, daß dem erst seit einigen Wochen laufenden Vertrieb des Erzeugnisses ein umfangreiches Erzeugungs- und Werbeprogramm vorausgegangen sei, das schon vorhandene und nicht unbegrenzt haltbare Erzeugnis bis zur Erledigung des Prozesses nicht in der erwarteten zugkräftigen Weise abgesetzt werden könne und der Verkauf in den Tuben derzeit überhaupt unzulässig sei, dann erscheine eine Sicherheitsleistung in der Höhe von 3 Mill. S angemessen.

Der Oberste Gerichtshof gab den Revisionsrekursen beider Parteien nicht Folge.

## Rechtliche Beurteilung

Aus der Begründung:

Während es beim Inverkehrbringen von Lebensmitteln, Verzehrprodukten oder Zusatzstoffen gemäß § 9 Abs. 1 lit. a LMG 1975 nicht nur verboten ist, "sich auf die Verhütung, Linderung oder Heilung von Krankheiten oder Krankheitssymptomen", sondern auch "auf physiologische oder pharmakologische, insbesondere jungerhaltende, Alterserscheinungen hemmende, schlankmachende oder gesunderhaltende Wirkungen zu beziehen oder den Eindruck einer derartigen Wirkung zu erwecken", gilt § 9 LMG 1975 für das Inverkehrbringen kosmetischer Mittel (§ 5 LMG 1975) gemäß § 26 Abs. 2 LMG 1975 (nur) "mit der Maßgabe, daß nicht irreführende Hinweise auf physiologische oder pharmakologische Wirkungen, sowie bildliche Darstellungen zur Erläuterung des Anwendungsbereiches zulässig sind". Die Vorschrift des § 9 Abs. 1 LMG 1975 wurde geschaffen, weil durch gesundheitsbezogene Anpreisungen und gesundheitsbezogene Werbung eine Irreführung der Verbraucher in breitem Ausmaß erfolgen kann. Der Gesetzgeber wollte mit diesem weitgehenden Verbot verhindern, daß durch besondere einseitige Hervorhebung der physiologischen und pharmakologischen Wirkungen von Lebensmitteln auf den Organismus (zB "Glucose zum Brennstoffbedarf ihrer Zellen notwendig"; "für guten Schlaf"; "zur Senkung des Blutdrucks") beim Laien völlig falsche Vorstellungen über den Wert und die Bedeutung bestimmter Lebensmittel (und gleichgestellter Produkte) erweckt würden. Da diese Wirkungen vom Laien vielfach überschätzt werden, soll das Verbot auch das sogenannte "Lügen mit der Wahrheit" unterbinden (vgl. Brustbauer - Jesionek - Petuely - Wrabetz, LMG 1975, 49 ff.; Barfuß - Pindur - Smolka, Lebensmittelrecht, Abschn. I b 53 ff., insbesondere 55 FN 4 und 58; Feil - Stranz, Lebensmittelrecht 123 f.). Aus diesem Grund gilt das Verbot unabhängig davon, ob die Angaben wahr oder unwahr sind. Eine Falschbezeichnung iS der § 7 Abs. 1 lit. c, § 8 lit. f LMG 1975 liegt daher auch vor, wenn Lebensmittel (und gleichgestellte Stoffe) mit verbotenen gesundheitsbezogenen Angaben (§ 9 LMG 1975) in Verkehr gebracht werden. Das Verbot der Falschbezeichnung kosmetischer Mittel ist mit dem allgemeinen Verbot der Falschbezeichnung von Lebensmitteln inhaltsgleich (Barfuß - Pindur - Smolka aaO 118; vgl. auch EvBl. 1981/191). Mit der Ausnahmebestimmung des § 26 Abs. 2 LMG 1975 trug der Gesetzgeber allerdings der Notwendigkeit Rechnung, daß bei kosmetischen Mitteln die physiologischen und pharmakologischen Wirkungen der darin enthaltenen Stoffe angegeben werden müssen, da ansonsten die Mittel nicht charakterisiert werden können (Brustbauer - Jesionek - Petuely - Wrabetz aaO 123). Es sind jedoch nur Hinweise auf diese beiden Wirkungen erlaubt, während im übrigen das Verbot gesundheitsbezogener Angaben iS des § 9 Abs. 1 LMG 1975 auch für kosmetische Mittel gilt (Barfuß - Pindur - Smolka aaO 120), was wegen der Verwandtschaft der verwendeten Begriffe - einerseits sind Angaben über Verhütung, Linderung oder Heilung von Krankheiten verboten, Angaben über physiologische oder pharmakologische (das ist die Arzneimittelkunde betreffende) Wirkungen erlaubt - zu schwer zu ziehenden Abgrenzungen führt (vgl. Barfuß - Pindur - Smolka aaO 56 ff.).

Geht man aber von dem vom Gesetzgeber mit der Grundsatzbestimmung des § 9 Abs. 1 LMG 1975 und der Ausnahmebestimmung des § 26 Abs. 2 LMG 1975 verfolgten Zweck aus, dann kann die letztgenannte Bestimmung nur dahin verstanden werden, daß der Hinweis auf die einzelne physiologische oder pharmakologische Wirkung eines kosmetischen Mittels auf den Organismus - losgelöst von den Folgen, die sich daraus für den Gesundheitszustand eines Menschen ergeben - erlaubt ist (zB die Bezeichnungen "bakterienhemmend", "bleichend", "adstringierend", "enthaarend"), daß aber darüber hinaus eine Bezugnahme auf die Verhütung, Linderung oder Verheilung von Krankheiten auch bei kosmetischen Produkten nicht gestattet ist. Es ist daher auch nicht gestattet, Zahnpaste zur Verhütung von Krankheiten, wie Karies oder Parodontose, anzupreisen. Wenn Zahnpasten, wie im vorliegenden Fall, Fluorverbindungen enthalten, die durch Erhöhungen der Widerstandsfähigkeit des Zahnschmelzes prophylaktisch wirken, darf lediglich die pharmakologische Wirkung der Fluorverbindung, nämlich die Erhöhung der Widerstandsfähigkeit des Zahnschmelzes, angepriesen werden, nicht jedoch darf behauptet werden, daß die betreffende Zahnpaste Karies verhüte oder heile. Die Bewilligung zu einer solchen weitergehenden Angabe könnte nur nach § 9 Abs. 3 LMG 1975 erlangt werden (Brustbauer - Jesionek - Petuely - Wrabetz aaO 123 f.). Die Ansicht der zweiten Instanz, die Bestimmung des § 9 Abs. 3 LMG 1975 würde bei einer weitergehenden Auslegung des Begriffes "physiologische und pharmakologische Wirkung" unanwendbar, ist daher richtig.

Im Recht ist die beklagte Partei allerdings insoweit, als sie darauf verweist, daß § 9 Abs. 1 LMG 1975 die gesunderhaltende Wirkung (neben anderen) als Beispiel einer physiologischen oder pharmakologischen Wirkung erwähnt (vgl. das Wort "insbesondere"), so daß nach § 26 Abs. 2 LMG 1975 zwar Hinweise auf die Verhütung von Krankheiten verboten, inhaltsgleiche Hinweise auf gesunderhaltende Wirkungen aber gestattet sein müßten (aM

offenbar Brustbauer - Jesionek - Petuely - Wrabetz aaO 123, die die Anpreisung jungerhaltender, Alterserscheinungen hemmender oder auch beseitigender, schlankmachender oder gesunderhaltender Wirkungen auch bei kosmetischen Mitteln als nicht gestattet ansehen). Eine Abgrenzung zwischen diesen Begriffen ist jedoch im vorliegenden Falle nicht erforderlich, weil die Bezeichnung "Kario-med" geeignet ist, nicht nur den Eindruck zu erwecken, daß die unter dieser Bezeichnung vertriebene Zahnpaste Karies verhüte, sondern ein nicht unbeträchtlicher Teil der maßgebenden Verkehrskreise, der die näheren Erläuterungen auf der Tube und der Verpackung in der Flüchtigkeit des geschäftlichen Verkehrs nicht zur Kenntnis nimmt, zur Ansicht gelangen kann, daß "Kario-med" Karies heile oder zumindest lindere. Für das Provisorialverfahren, das sich zur Aufnahme umfangreicher Beweise über die mit einer Bezeichnung verbundene Verbrauchererwartung nicht eignet, ist jedenfalls davon auszugehen, daß der Wortteil "med" in Verbindung mit der Nennung einer Krankheit (hier: Kario = Karies) den Eindruck hervorrufen kann, daß die betreffende Zahnpaste heilende Wirkungen entfalte.

An dieser Möglichkeit ändert auch die Verbindung der beanstandeten Bezeichnung mit dem Firmenschlagwort der beklagten Partei ("B") nichts. Der Verbraucher wird daraus nur den Schluß ziehen, daß die im Verkehr als Herstellerin von Zahnpasten zweifellos bestens bekannte beklagte Partei eine kariesheilende oder karieslindernde Zahnpaste herstellt.

Das Rekursgericht hat daher in der Verwendung der beanstandeten Bezeichnung mit Recht einen Verstoß gegen die Bestimmungen der § 9 Abs. 1, § 26 Abs. 2 LMG 1975 gesehen, die neben dem primären Zweck des Lebensmittelrechtes, dem Schutz der Gesundheit zu dienen, zumindest sekundär auch wettbewerbsregelnden Charakter haben (ausführlich SZ 49/70 mwN). Die Übertretung dieser Normen bildet daher unabhängig davon, ob sie fortgesetzt oder planmäßig begangen wurde, einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UWG (SZ 49/70 mwN).

Die klagende Partei wendet sich gegen die Erhöhung der Sicherheitsleistung durch die zweite Instanz mit der Begründung, daß die Kautionsleistung nur für den Fall auferlegt werden konnte, daß sich die von der beklagten Partei gewählte Bezeichnung als gesetzmäßig erweise. In diesem Fall sei aber der bisherige Entwicklungs-, Vertriebs- und Werbeaufwand für das Produkt weiterhin verwendbar. Der Schaden könne nur aus einer Unterbrechung der Auslieferung resultieren. Von diesen Überlegungen sei zwar auch das Rekursgericht ausgegangen, doch lasse seine Entscheidung nicht erkennen, aus welchen Gründen dennoch eine erhöhte Sicherheitsleistung angemessen sein solle.

Nach ständiger Rechtsprechung hat das Gericht die Sicherheit nach freiem Ermessen zu bestimmen; besonderer Erhebungen über die mögliche Höhe eines der beklagten Partei erwachsenden Schadens bedarf es nicht (SZ 28/244; ÖBl. 1971, 100 uva.; zuletzt etwa 4 Ob 313/80; 4 Ob 361/81). Eine rechtsirrig Bemessung kann in den für die Erhöhung der Sicherheitsleistung maßgebenden Erwägungen der zweiten Instanz, daß das erst seit wenigen Wochen vertriebene und nicht unbegrenzt haltbare Erzeugnis bis zur Beendigung des Prozesses nicht in der erwarteten zugkräftigen Weise abgesetzt werden könne, nicht erblickt werden. Eine Erhöhung der Sicherheitsleistung auf 6 Mill. S, wie sie die beklagte Partei wegen des angeblich in dieser Höhe gemachten Entwicklungs-, Vertriebs- und Werbeaufwandes anstrebt, war schon deshalb nicht anzuordnen, weil die Sicherheitsleistung nur den während der Prozeßführung entstehenden Verzögerungsschaden zu decken hat, im Falle des Obsiegens der beklagten Partei im Hauptprozeß aber zu erwarten ist, daß der bisher gemachte Aufwand zumindest zum Teil noch verwertet werden kann.

#### **Anmerkung**

Z55015

#### **Schlagworte**

Gesundheitszustand, keine Hinweise auf - gemäß § 26 Abs. 2 LMG, "Kario-med", Verstoß gegen LMG, Kosmetik, nicht irreführende Hinweise auf einzelne physiologische oder, pharmakologische Wirkungen

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

ECLI:AT:OGH0002:1982:0040OB00304.82.0216.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19820216\_OGH0002\_0040OB00304\_8200000\_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)