

TE OGH 2017/12/21 4Ob190/17w

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.12.2017

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Jensik, Dr. Schwarzenbacher, Dr. Rassi und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei WIWE-Schutzverband zur Förderung lauterer Wettbewerbs im In- und Ausland, *****, vertreten durch Dr. Bernd Roßkothen, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei M***** M*****, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 33.000 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 2.000 EUR), über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 3. August 2017, GZ 4 R 79/17s-15, womit das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 30. März 2017, GZ 9 Cg 102/16t-8, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Spruch

I. Die außerordentliche Revision wird, soweit sie sich gegen die Abweisung des Verbots richtet, Produkte mit Zeolith und/oder Bentonit als „vegan“, „laktosefrei“, „glutenfrei“ zu bewerben, zurückgewiesen.

II. Im Übrigen wird der außerordentlichen Revision teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung unter Einschluss des in Rechtskraft erwachsenen und des bestätigten Teils insgesamt zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig, es ab sofort im geschäftlichen Verkehr in Österreich zu unterlassen

a) Produkte mit Zeolith (Klinoptilolith) und/oder Bentonit, wie beispielsweise Zeolith MED® Detox-Pulver und/oder Zeolith MED® Detox-Kapseln, krankheitsbezogen zu bewerben, wie beispielsweise auf der Facebook-Seite der beklagten Partei damit, dass ihre Naturkosmetik mit Vulkanmineralien bei Hautsymptomen, wie zB Ekzemen, angewendet werden könne, oder, dass die Produkte bei Arthrose für Mensch und Tier geeignet seien, oder ähnlichen krankheitsbezogenen Angaben;

b) Produkte mit Zeolith (Klinoptilolith) und/oder Bentonit mit gesundheitsbezogenen Angaben zu bewerben, wenn dies verboten ist, wie beispielsweise mit den Worten 'zur natürlichen Entgiftung', 'zur Entgiftung im gesundheitlichen Bereich' und 'zur Herabsetzung krankheitserregender Faktoren'.

Die klagende Partei wird ermächtigt, binnen sechs Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils den der Klage stattgebenden Teil des Urteilspruchs und den Urteilskopf samt vorangehender Überschrift 'Im Namen der Republik' auf Kosten der beklagten Partei in einer Sonntags-Ausgabe der 'Neue Kronenzeitung', Ausgabe Österreich, halbseitig in einem Kasten mit Fettdruckumrandung, Fettdrucküberschrift und gesperrt sowie fettgedruckten Namen der Prozessparteien, im Übrigen in Normallettern, wie sie für den redaktionellen Teil der betreffenden Zeitung verwendet werden, veröffentlichen zu lassen.

Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, es ab sofort zu unterlassen, Produkte mit dem Bestandteil Zeolith (Klinoptilolith) und/oder Bentonit, wie beispielsweise Zeolith MED® Detox-Pulver und/oder Zeolith MED® Detox-Kapseln, irreführend als Medizinprodukt anzubieten und/oder zu vertreiben, wenn diese tatsächlich nicht als Medizinprodukte zugelassen sind, sowie Produkte mit Zeolith und/oder Bentonit als 'vegan', 'laktosefrei', 'glutenfrei', zu bewerben, wenn ohnehin keine organischen Bestandteile beinhaltet sein können, sowie das Veröffentlichungsmehrbegehren werden abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 3.086,64 EUR (darin 514,44 EUR USt) bestimmten Verfahrenskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

III. Die klagende Partei ist weiters schuldig, der beklagten Partei die mit 5.039,83 EUR bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin 703,97 EUR USt und 816 EUR Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der klagende Verein bezweckt unter anderem die Wahrung und Förderung der Interessen der in Österreich tätigen Unternehmen und die Bekämpfung aller Erscheinungsformen des unlauteren Wettbewerbs, insbesondere auch durch die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen nach § 14 UWG. Dem Verband gehören ausschließlich Unternehmer und berufliche Interessenvertretungen an, und zwar auch aus der Branche der Beklagten.

Die Beklagte vertreibt im Internet unter anderem Produkte mit den Bestandteilen Zeolith (Klinoptilolith) und Bentonit, insbesondere Zeolith MED® Detox-Pulver und Zeolith MED® Detox-Kapseln sowie Bentonit MED® Detox-Pulver und Bentonit MED® Detox-Kapseln. Sie bietet ihre Produkte im Internetversand auch Kunden in Österreich an. Die an die Endkunden verschickten Packungen der genannten Produkte enthalten jeweils einen Hinweis auf die mitgelieferte Gebrauchsanweisung, die auszugsweise lautet:

„NATÜRLICH ENTGIFTEN MIT VULKANMINERALIEN

Allgemeine Anwendungshinweise für Zeolith und Bentonit

Die schadstoffbindenden Eigenschaften der Naturalminerale Klinoptilolith-Zeolith und Montmorillonit-Bentonit werden in den unterschiedlichsten Bereichen genutzt, zB als Futterzusatz für Tiere, in der Landwirtschaft, Fischzucht, Wasser-/Abwasserbehandlung, in der Nuklearindustrie, Raumfahrt sowie Medizin und Kosmetik.

An unser Zeolith und Bentonit haben wir die höchsten Qualitätsanforderungen: Unsere Vulkanminerale müssen bei der Wareneingangskontrolle den hohen Qualitätskriterien des Europäischen Arzneibuches entsprechen. Um dies zu gewährleisten, werden unsere Minerale zum Entgiften in staatlich anerkannten (akkreditierten) deutschen Prüflaboratorien auf ihre Sicherheit und Wirkung geprüft sowie fortlaufend überwacht.

WELCHES MINERAL?

Zeolith – der klassische Entgiftungsspezialist

Das Naturmineral Zeolith wird bereits seit der Antike zur natürlichen Entgiftung eingesetzt und ist wegen seiner effektiven schadstoffbindenden Funktion bekannt. So wurde zB der explodierte Atomreaktor in Tschernobyl mit 22.000 Tonnen Klinoptilolith-Zeolith eingesargt und strahlungssicher gemacht.

Zeolith in Arzneibuchqualität, geprüft in staatlich anerkannten (akkreditierten) Prüflaboratorien, erhalten Sie bei uns als Zeolith MED® in Dosen und Violettgläsern:

Zeolith MED® Pulver Zeolith MED® Zahncreme

Zeolith MED® Pulver ultrafrei Zeolith MED® Hautcreme

Zeolith MED® Kapseln Zeolith MED® Bodylotion

Zeolith MED® Hautpuder Zeolith MED® Sonnencreme

Bentonit – der sanfte Entgifter mit Gelschutzfilm

Dieses ultrafeine Tonmineral aus Vulkanasche hat einen anderen Aufbau als Zeolith. Seine Besonderheit ist ein gelartiger Schutzfilm, weshalb es als 'sanfter' Entgifter gilt. Es eignet sich damit vor allem als Einstieg bei empfindsamen Anwendern.

Bentonit in Arzneibuchqualität, geprüft in staatlich anerkannten (akkreditierten) Prüflaboratorien, erhalten Sie bei uns als Bentonit MED® in Dosen und Violettgläsern:

Bentonit MEDR Pulver

Bentonit MEDR Kapseln

[...]

PULVER, ULTRAFEINES PULVER ODER KAPSEL?

Vor allem Zeolith wird in unterschiedlichen Korngrößen, zB als Pulver oder ultrafeines Pulver, angeboten. Die ultrafeinen Pulver sind noch kleiner bzw. feiner mikronisiert als Pulver. Dadurch haben die ultrafeinen Pulver eine noch größere innere Oberfläche und können so mehr Schadstoffe binden und ausleiten, wodurch gegenüber dem größeren Pulver eine geringere Dosierung möglich ist. So kann beispielsweise ein halber Teelöffel ultrafeines Pulver genau so effektiv sein, wie ein leicht gehäufter Teelöffel Pulver. Ultrafeine Pulver sind ganz ohne 'Sandkrümmel' und so fein, dass man das Gefühl hat, als ob sie sich auflösen würden. Pulver bzw. ultrafeine Pulver können leicht im Wasser verrührt werden.

Kapseln sind gut zu dosieren und wegen ihrer einfachen und praktischen Anwendung die idealen Begleiter für unterwegs, zB auf Reisen oder beim Sport. Jedoch öffnen sich die Kapseln erst im mittleren Verdauungstrakt, wodurch auch erst ab diesem Bereich die Wirkung des vorher verkapselten Minerals einsetzen kann.

Dosierungsbeispiele Pulver und ultrafeines Pulver

Pulver und ultrafeines Pulver können einfach in Wasser je nach Bedarf von breiig bis dünnflüssig aufgeschlämmt werden. Beim Einrühren von Bentonit-Pulver in Wasser ist die Verwendung eines Quirls, Rühr- oder Schneebesens sehr hilfreich. Bitte keinen Staub einatmen!

[...]

Abstand zu Mahlzeiten und Medikamenten

Natürliche Nahrungsergänzungsmittel können problemlos mit den Vulkanmineralien kombiniert werden. Bei Tieren können die Vulkanmineralien einfach mit ins Futter gemischt werden.

[...]

RECHTLICHER HINWEIS

Klinoptilolith-Zeolith ist in der EU gemäß Verordnung Nr. 651/2013 als Zusatzstoff in Futtermitteln für alle Tierarten zugelassen. Montmorillonit-Bentonit ist in der EU derzeit als Arneihilfsstoff (Pharm. Eu.) sowie Futterzusatz zugelassen.

[...]

Für eine persönliche Beratung stehe ich Ihnen gern auch telefonisch zur Verfügung.

Heilpraktikerin M***** M*****

Telefon [...]"

Die Beklagte bewirbt Zeolith MED® Detox-Pulver und Zeolith MED® Detox-Kapseln im Internet damit, diese könnten zur „natürlichen Entgiftung“ eingesetzt werden, die Kunden erhielten „Klinoptilolith-Zeolith in geprüft wirksamer Qualität gemäß den hohen Qualitätskriterien des Europäischen bzw Deutschen Arzneibuches“ und das Mineral sollte nur in der Form des von der Beklagten vertriebenen Klinoptilolith-Zeolith „zur Entgiftung im gesundheitlichen Bereich“ eingesetzt werden. Zeolith MED® Detox-Kapseln seien wegen ihrer einfachen und praktischen Anwendung ideal für die Anwendung auf Reisen. Bentonit MED® Detox-Pulver und Bentonit MED® Detox-Kapseln seien ebenfalls zur „Entgiftung“ einsetzbar, jedoch im Vergleich zu Zeolith „sanfter“. Die Kapseln werden als „sanfte Entgifter für unterwegs“ beworben. Die Beschreibung dieser Produkte (die nicht auf der Startseite aufscheint) enthält den Hinweis auf die Zulassung von Bentonit als pharmazeutischer Hilfsstoff sowie Zusatzstoff in Futtermitteln in der

Funktionsgruppe „Stoffe zur Verringerung der Kontamination von Futtermitteln mit Mykotoxinen“ und für alle Tierarten in den Funktionsgruppen „Bindemittel“, „Trennmittel“ und „Stoffe zur Beherrschung einer Kontamination mit Radionukliden“ in der EU.

Die Webseite der Beklagten enthält auch einen Link zu ihrer Facebookseite, die ähnliche Werbung aufweist. Darüber hinaus beantwortet die Beklagte dort Nutzeranfragen. Sie bestätigt etwa die Anwendbarkeit ihrer Zeolith/Bentonit Produkte bei Hautsymptomen wie Ekzemen sowie – unter Hinweis auf die geprüfte Arzneibuch-/Apothekenqualität – die Eignung für Mensch und Tier.

Das österreichische Bundesministerium für Gesundheit und Frauen wies in einer Aussendung vom 6. Mai 2004 unter anderem darauf hin, dass Lebensmittel einschließlich Nahrungsergänzungsmittel, die Klinoptilolite enthalten, im Hinblick auf ihre Novel-Food-Eigenschaften nicht verkehrsfähig seien. Eine Zulassung der von der Beklagten vertriebenen Produkte Zeolith MED® Detox-Pulver, Zeolith MED® Detox-Kapseln, Bentonit MED® Detox-Pulver und Bentonit MED® Detox-Kapseln als Arzneimittel und/oder als Medizinprodukt liegt nicht vor, ebensowenig für das Zeolith MED® Detox-Hautpuder als Medizinprodukt.

Der Kläger beantragte, der Beklagten zu verbieten, ihre Produkte mit dem Bestandteil Zeolith (Klinoptilolith) und/oder Bentonit als Medizinprodukte anzubieten und zu vertreiben, wenn diese tatsächlich nicht als Medizinprodukt zugelassen sind (Punkt 1a), sowie diese Produkte mit krankheitsbezogenen Angaben, wie die Anwendbarkeit bei Ekzemen oder Arthrosen (Punkt 1b), oder gesundheitsbezogenen Angaben, wie „zur natürlichen Entgiftung, zur Entgiftung im gesundheitlichen Bereich und zur Herabsetzung krankheitserregender Faktoren“ (Punkt 1c) sowie als „vegan, laktosefrei und glutenfrei“ zu bewerben (Punkt 1d). Weiters begehrt er die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Sonntags-Ausgabe der „Neuen Kronenzeitung“, hilfsweise in einem vom Gericht bestimmten Medium. Die Beklagte biete ihre Produkte mit Zeolith (Klinoptilolith) und Bentonit im Internet unter anderem mit der Aussage an, diese dienten zur „natürlichen Entgiftung“ und „zur Entgiftung im gesundheitlichen Bereich“ und böten „optimale Verträglichkeit beim Anwenden“. Besondere Bedeutung komme auch den Zusätzen „MED“, welcher auf eine medizinische Anwendung hinweise, und „Detox“ zu, welcher auf eine medizinische Einnahme zur Entgiftung hinweise. Die Beklagte suggeriere bei der Bewerbung ihrer Produkte, es handle sich um zugelassene Medizinprodukte, was irreführend im Sinn des UWG sei und gegen § 102 Abs 3 MPG verstoße. Sämtliche beanstandeten Produkte hätten keine Zulassung als Medizinprodukt. Ohne Zulassung als Medizinprodukt oder als Arzneimittel sei das In-Verkehr-Bringen von Produkten mit Zeolith zur Einnahme aber verboten. Die Beklagte verstoße gegen näher genannte Bestimmungen des Medizinprodukte-, Arzneimittel- und Lebensmittelrechts. Die Produkte der Beklagten seien aufgrund verbotener Inhaltsstoffe nicht verkehrsfähig. Die Beklagte lobe ihre Produkte als gesundheitsbezogen aus, die Health-Claims-Verordnung erlaube aber gesundheitsbezogene Angaben für Zeolith nicht. Diese Angaben seien daher verboten. Krankheitsbezogene Aussagen seien auch beim In-Verkehr-Bringen von Lebensmitteln unzulässig.

Die Beklagte wendete ein, sie bewerbe oder vertreibe die vom Kläger beanstandeten Produkte weder als Lebensmittel/Nahrungsergänzungsmittel noch als Medizinprodukt oder als Arzneimittel. Sowohl im Beipacktext als auch in der Werbung sei immer der Hinweis enthalten, bei Zeolith handle es sich um einen Zusatzstoff in Futtermitteln für alle Tierarten. Nirgendwo sei der Hinweis enthalten, es handle sich um ein Mittel zur Einnahme für Menschen. Da die Beklagte das Produkt nicht als Lebensmittel oder Lebensmittelzutat bewerbe und es sich auch um kein Lebensmittel handle, sei die Novel-Food-Verordnung nicht anwendbar. Das Lebensmittelrecht sei auf Medizinprodukte nicht anwendbar. Klinoptilolith/Zeolith und Bentonit verfügten über die EU-Zulassung als Bindemittel, Futterzusatz und Fließhilfsstoff, worüber die Beklagte wahrheitsgemäß informiere. Sie täusche daher Verbraucher nicht. Da es sich bei den Produkten der Beklagten nicht um Lebensmittel handle, seien allfällige gesundheitsbezogene Angaben nicht nach der Health-Claims-Verordnung zu beurteilen. Dies gelte auch für Naturkosmetikprodukte. Die Produkte der Beklagten erweckten beim Anwender nicht den Eindruck, Medizinprodukte zu sein.

Das Erstgericht gab dem Unterlassungsbegehren mit Ausnahme des auf Unterlassung der Bewerbung der Produkte mit Zeolith und/oder Bentonit als „vegan, laktosefrei und glutenfrei“ gerichteten Begehrens statt und verpflichtete die Beklagte, den stattgebenden Teil des Urteilsspruchs auf ihrer Webseite für einen ununterbrochenen Zeitraum von 30 Tagen zu veröffentlichen. Das Mehrbegehren auf Veröffentlichung in der „Neuen Kronenzeitung“ wies es ab. Mit ihren Werbeaussagen erwecke die Beklagte beim verständigen Durchschnittsverbraucher den Eindruck therapeutischer Wirksamkeit sowie heilender und gesundheitsfördernder Eigenschaften ihrer Produkte mit Zeolith

und Bentonit für Mensch und Tier. Damit entstehe der unrichtige Eindruck, sie vertreibe Arzneimittel oder Medizinprodukte. Beides treffe nicht zu.

Das Berufungsgericht wies das auf das Verbot der Bewerbung als Medizinprodukt gerichtete Begehren ab und beschränkte das weitere Unterlassungsgebot ausdrücklich auf die vom Kläger in seinem Begehren bloß beispielsweise angeführten Produkte, bestätigte die erstgerichtliche Veröffentlichungsverpflichtung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands insgesamt 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision im Hinblick auf die Maßgeblichkeit der Umstände des Einzelfalls nicht zulässig sei.

Die Beklagte bewerbe ihre Produkte in einer Weise, dass der hier maßgebliche durchschnittliche Verbraucher den Eindruck gewinne, diese Produkte seien zur Linderung bestehender Krankheiten oder zum Schutz vor Krankheiten geeignet. Aus den festgestellten Aussagen der Beklagten sei hingegen nicht zu entnehmen, dass der Hauptwirkmechanismus ihrer Produkte durch physikalische Effekte erzielt werde. Auch die vorgesehene Einnahme in Pulver- oder Kapselform spreche nach dem Verständnis der angesprochenen Kreise nicht dafür, dass die Hauptwirkung vorwiegend auf physikalischem Weg erreicht werde. Damit werbe die Beklagte aber nicht mit dem Vorliegen eines Medizinprodukts, weshalb ein Verstoß gegen das Medizinproduktegesetz ausscheide. Da die Beklagte ihre Produkte nicht als Medizinprodukte bezeichnet und festgelegt habe und ein solches Verständnis der angesprochenen Kreise aus den Werbebehauptungen auch nicht abzuleiten sei, sei das darauf gerichtete Unterlassungsbegehren abzuweisen. Nach dem Verständnis der angesprochenen Kreise werde suggeriert, es handle sich bei den Produkten der Beklagten um Nahrungsergänzungsmittel iSd § 3 Z 4 LMSVG. Gemäß § 5 Abs 3 LMSVG sei es verboten, beim In-Verkehr-Bringen oder in der Werbung einem Lebensmittel Eigenschaften der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit zuzuschreiben oder den Eindruck dieser Eigenschaften entstehen zu lassen. Die Beklagte bewerbe ihre Nahrungsergänzungsmittel aber krankheitsbezogen, wenn sie darauf verweise, dass „die Vulkanminerale bei Hautsymptomen ... angewendet werden können“ oder sie auf die Eignung bei Arthrose für Mensch und Tier verweise. Dem Unterlassungsbegehren des Klägers sei daher mit der Einschränkung stattzugeben gewesen, dass sich die Unterlassungsverpflichtung auf die konkreten verfahrensgegenständlichen Produkte beziehe und der Begriff der „Naturkosmetik“ entfalle, weil kosmetische Mittel nicht unter den Lebensmittelbegriff des LMSVG fielen. Da gesundheitsbezogene Angaben nur im Fall einer Zulassung erlaubt seien und eine derartige Zulassung nicht bestehe, erweise sich das entsprechende Unterlassungsbegehren des Klägers bezogen auf die konkret von der Beklagten vertriebenen Produkte als berechtigt. Für eine Veröffentlichung in einer Sonntags-Österreichausgabe der „Neuen Kronenzeitung“ zusätzlich zur Veröffentlichung auf den Internetseiten der Beklagten bestehe kein Grund, weil dem Unterlassungsgebot keine irreführenden Angaben in Printmedien oder Postwurfsendungen oder dergleichen zugrunde lägen und die Art und die Zahl der Medien, in denen die Veröffentlichung statfinde, nicht im Missverhältnis zur Publizität der rechtswidrigen Handlung stehen dürfe.

Rechtliche Beurteilung

Die außerordentliche Revision des Klägers, mit dem er sein gesamtes ursprüngliches Klagebegehren weiter verfolgt, ist – soweit sie sich auf das in erster Instanz rechtskräftig abgewiesene Begehren bezieht – nicht zulässig, im Übrigen aber zur Klärung der Rechtslage zulässig und auch teilweise berechtigt.

1. Schon das Erstgericht wies das auf Unterlassung der Bewerbung von Produkten mit Zeolith und/oder Bentonit als „vegan“, „laktosefrei“ und „glutenfrei“ gerichtete Begehren ab. Mangels Anfechtung durch den Kläger – er verfolgte mit seiner Berufung lediglich das vom Erstgericht abgewiesene Veröffentlichungsbegehren weiter – erwuchs dieser Teil des Ersturteils in Rechtskraft. Wenn der Kläger dieses rechtskräftig abgewiesene Begehren neuerlich in seinen Revisionsantrag aufnimmt, ist sein Rechtsmittel insoweit unzulässig.

2.1. Medizinprodukte iSd § 2 Abs 1 Z 1 MPG sind alle einzeln oder miteinander verbunden verwendeten Instrumente, Apparate, Vorrichtungen, Software, Stoffe oder andere Gegenstände, einschließlich der vom Hersteller speziell zur Anwendung für diagnostische oder therapeutische Zwecke bestimmten und für ein einwandfreies Funktionieren des Medizinprodukts eingesetzten Software, die vom Hersteller zur Anwendung für Menschen zur Erkennung, Verhütung, Überwachung, Behandlung oder Linderung von Krankheiten bestimmt sind und deren bestimmungsgemäße Hauptwirkung im oder am menschlichen Körper weder durch pharmakologische oder immunologische Mittel noch metabolisch erreicht wird, deren Wirkungsweise aber durch solche Mittel unterstützt werden kann.

2.2. Auch Medizinprodukte sind daher ihrer Definition nach auf die Heilung oder Linderung von Krankheiten gerichtet.

Allein daraus, dass einem solchen Produkt diese Eigenschaften zugeschrieben werden, lässt sich daher noch nicht darauf schließen, dass in Wahrheit ein (Präsentations-)Arzneimittel beworben wird (Wudy, Vier Streitpunkte zum Arzneimittelbegriff in der aktuellen Rechtsprechung, PharmR 2011, 156 [158]; v. Czettritz, PharmR 2010, 471 [Anm zu OVG Münster, 13A 156/06]; Zumwick, Der Gesetzesentwurf des zweiten AMG-Änderungsgesetzes 2012, PharmR 2012, 184 [196]).

2.3. Ein Medizinprodukt liegt nach § 2 Abs 1 MPG bereits dann vor, wenn es für die dort genannten Zwecke vom Hersteller bestimmt ist und die bestimmungsgemäße Hauptwirkung im oder am menschlichen Körper weder durch pharmakologische oder immunologische Mittel noch metabolisch erreicht wird. Es kommt also auf die dem Produkt objektiv zugeschriebene Wirkung (vgl 4 Ob 192/02t [Angaben in Werbefolder]), aber auch auf die tatsächliche Wirkungsweise an (Anhalt/Sax in Anhalt/Dieners, Medizinprodukterecht² § 3 Rn 9).

3.1. § 1 Abs 1 AMG definiert Arzneimittel als Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die (Z 1) zur Anwendung im oder am menschlichen oder tierischen Körper und als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung oder zur Linderung oder zur Verhütung menschlicher oder tierischer Krankheiten oder krankhafter Beschwerden bestimmt sind, oder (Z 2 lit a) im oder am menschlichen oder tierischen Körper angewendet oder einem Menschen oder einem Tier verabreicht werden können, um die physiologischen Funktionen durch eine pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung wiederherzustellen, zu korrigieren oder zu beeinflussen.

3.2. Es gibt daher zwei Gruppen von Arzneimitteln, nämlich jene, die wegen ihrer tatsächlichen Funktion Arzneimittel sind, und solche, die so eine Funktion zwar nicht haben, nach der Aufmachung des Produkts aber zu haben vorgeben (Präsentationsarzneimittel; RIS-Justiz RS0126741). Für die Annahme eines Arzneimittels genügt schon die subjektive Zweckbestimmung (RIS-Justiz RS0041450). Auch Präsentationsarzneimittel sind grundsätzlich den Bestimmungen des AMG zur Gänze unterworfen (zuletzt 4 Ob 117/16a mwN; RIS-Justiz RS0051393, RS0051388).

4.1. Medizinprodukte gemäß § 2 Abs 1 MPG sind gemäß § 1 Abs 3 Z 11 AMG keine Arzneimittel. Erfüllt ein Produkt sowohl die Definition des Arzneimittels gemäß § 1 Abs 1 bis 3 AMG als auch die Definition eines in einem anderen Bundesgesetz geregelten Produkts, so sind auf dieses Produkt ausschließlich die Bestimmungen des AMG anzuwenden (§ 1 Abs 3a AMG; sog „Vorrangregelung“). Dem entspricht die Regelung des § 4 Abs 1 Z 1 MPG, wonach das MPG nicht für Arzneimittel gilt, wobei die Entscheidung darüber, ob ein Produkt unter das AMG oder unter das MPG fällt, insbesondere aufgrund der hauptsächlichen Wirkungsweise des Produkts erfolgt.

4.2. Ein Produkt kann daher nicht zugleich Arzneimittel und Medizinprodukt sein (Müller in Kügl/Müller/Hofmann, Arzneimittelgesetz² § 2 Rn 220; Königshofer in Resch/Wallner, Handbuch, Medizinrecht² 1140).

5.1. Der Senat hat bereits ausgesprochen, dass aufgrund der rechtlichen Gleichstellung von Funktions- und Präsentationsarzneimitteln der in § 1 Abs 3a AMG vorgesehene Anwendungsvorrang auch für letztere gilt. Ein Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke oder ein Nahrungsergänzungsmittel, dem in seiner Aufmachung heilende oder lindernde Wirkung zugeschrieben wird, ist daher ausschließlich nach dem Arzneimittelrecht zu beurteilen (17 Ob 14/10y, relaxx.at; 4 Ob 76/15b, cranberry complex; 4 Ob 117/16h, Omnibiotik MIGRAene).

5.2. Dass es sich bei den Produkten der Beklagten nicht um Geräte handelt, schließt zunächst das Vorliegen eines Medizinprodukts nicht aus, weil § 2 Abs 1 MPG auch allgemein „Stoffe“ erfasst. Auch die Zuschreibung heilender oder lindernder Wirkung ist für die Abgrenzung nicht maßgeblich. Zu prüfen ist, ob dem Produkt der Beklagten eine pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung zugeschrieben wird, ist doch für die Abgrenzung von Arzneimitteln zu Medizinprodukten nach § 4 Abs 1 Z 1 MPG insbesondere auf die hauptsächliche Wirkungsweise des Produkts abzustellen.

5.3. Nach der Rechtsprechung des EuGH (C-308/11, Chemische Fabrik Kreussler & Co GmbH, Rn 31 f) und des BGH (I ZR 90/08 = PharmR 2010, 641; I ZR 166/08 = PharmR 2010, 638; I ZR 204/09 = PharmR 2011, 299) liegt (der MEDDEV-Borderline-Leitlinie der Europäischen Kommission zur Abgrenzung zwischen Medizinprodukten und Arzneimitteln folgend) eine pharmakologische Wirkung dann vor, wenn irgendeine Art von unmittelbarer oder mittelbarer Wechselwirkung zwischen den Molekülen des in Frage stehenden Wirkstoffs und einem zellulären Bestandteil des menschlichen Körpers erfolgt. Eine solche Wechselwirkung ist danach bereits dann zu bejahen, wenn die Moleküle eine ohne sie gegebene Einwirkung anderer Stoffe auf die Körperzellen verhindern (Anhalt/Sax in Anhalt/Dieners, Medizinprodukterecht² § 3 Rn 23).

5.4. Sowohl nach den festgestellten Zuschreibungen der Beklagten als auch nach dem eigenen Vorbringen des Klägers zu den tatsächlichen Wirkungsweisen der beanstandeten Produkte der Beklagten sollen diese Schadstoffe im menschlichen Körper binden und ausschwemmen und dadurch deren Einwirkung auf menschliche Zellen verhindern. Es ist daher nicht von einer rein physikalischen oder mechanischen Wirkung (vgl Hellbert, Handbuch Pharmarecht, 15) auszugehen.

5.5. Die beanstandeten Produkte der Beklagten sind daher als Präsentationsarzneimittel zu beurteilen. Damit scheidet die Anwendung der Regeln des MPG aus. Die berufsgerichtliche Abweisung des auf einen Verstoß gegen das MPG gerichteten Unterlassungsbegehrens erfolgte daher zu Recht.

6. Anzumerken bleibt, dass dem Berufungsgericht weder eine unterlaufene Aktenwidrigkeit noch die Fällung einer Überraschungsentscheidung vorzuwerfen ist. Bereits in erster Instanz stützte sich der Kläger auf die Vorrangregelung des § 1 Abs 3a AMG und brachte vor, die beanstandeten Produkte seien (auch) nach dem AMG nicht verkehrsfähig.

7.1. Das Berufungsgericht hat allerdings das im Zusammenhang mit den beanstandeten krankheits- und gesundheitsbezogenen Angaben erlassene Unterlassungsgebot zu Unrecht eingeschränkt.

7.2. Abgesehen davon, dass ein Verstoß gegen § 405 ZPO keine Nichtigkeit, sondern nur einen Verfahrensmangel begründet (RIS-Justiz RS0041089, RS0041240), bildet das auf die tatsächlich irreführend beworbenen Produkte eingeschränkte Unterlassungsgebot kein Aliud, sondern lediglich ein Minus gegenüber den vom Kläger erhobenen Begehren (4 Ob 93/13z).

7.3. Das Unterlassungsgebot hat sich in seinem Umfang stets am konkreten Gesetzesverstoß zu orientieren (RIS-Justiz RS0037645, RS0037478). Eine gewisse allgemeine Fassung des Begehrens in Verbindung mit Einzelverboten ist aber meist schon deshalb erforderlich, um nicht die Umgehung des erwähnten Verbots allzu leicht zu machen (RIS-Justiz RS0037607). Auch ist es praktisch unmöglich, alle nur denkbaren Eingriffshandlungen zu beschreiben (RIS-Justiz RS0000845).

7.4. Der Kläger wirft der Beklagten vor, den Stoffen Zeolith und Bentonit gesundheits- oder krankheitsbezogene Wirkungen zuzuschreiben. Dementsprechend hat er auch sein Unterlassungsbegehren formuliert. Die vom Berufungsgericht gewählte Fassung, die das Verbot auf vier konkrete Produkte einschränkt, ist nach den Grundsätzen der Rechtsprechung zu eng. Die Beklagte müsste die konkreten Produkte nur umbenennen und könnte auf diese Weise das Verbot leicht umgehen. Insoweit ist daher die (dem Klagebegehren folgende) erstgerichtliche Unterlassungsverpflichtung wiederherzustellen.

8.1. Zu Recht verfolgt der Kläger auch das von den Vorinstanzen abgewiesene Veröffentlichungsbegehren weiter.

8.2. Nach dem Talionsprinzip ist die Veröffentlichung zwar in der Regel in jener Form und Aufmachung zu publizieren, in der auch die beanstandete Ankündigung veröffentlicht worden ist (RIS-Justiz RS0079737 [T23], RS0079607), es können aber auch besondere Gründe für eine weitergehende Veröffentlichung sprechen (RIS-Justiz RS0079607 [T2]; 4 Ob 107/15m). Suchen voraussichtlich nicht alle ehemaligen Kunden eines Unternehmens, die ein objektives Interesse an der Information über dessen bedenkliche Geschäftspraktiken haben, neuerlich die Internetseiten dieses Unternehmens auf, so ist ein Unterlassungsurteil im Regelfall nicht nur dort zu veröffentlichen (RIS-Justiz RS0123550).

8.3. Letzteres trifft im vorliegenden Fall zu. Gerade bei gesundheitsbezogenen Eingriffen ist das Aufklärungsbedürfnis besonders groß, die Veröffentlichung in der Sonntags-Ausgabe der „Neue Kronenzeitung“ ist daher angemessen und dem Begehren folgend auch zuzusprechen (vgl 4 Ob 76/15b, cranberry complex). Eine halbseitige Urteilsveröffentlichung ist aber ausreichend.

9. Die Kostenentscheidung gründet sich für das erstinstanzliche Verfahren auf § 43 Abs 1 ZPO; in Ansehung des Rechtsmittelverfahrens auf §§ 43 Abs 1 und 2 sowie 50 ZPO. Der Erfolg des Klägers im Revisionsverfahren beschränkt sich auf die schon vom Berufungsgericht zutreffend als vernachlässigbar bewertete Modifikation des bereits in den Vorinstanzen erreichten Unterlassungsgebots sowie die Erweiterung der Veröffentlichungsermächtigung, was ohne Kostenfolgen bleibt.

Textnummer

E120536

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2017:0040OB00190.17W.1221.000

Im RIS seit

06.02.2018

Zuletzt aktualisiert am

07.11.2018

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