

TE OGH 1997/10/28 4Ob270/97b

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.10.1997

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber als Vorsitzenden, durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek und Dr. Niederreiter sowie durch die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Griß und Dr. Schenk als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M***** Gesellschaft mbH, ***** vertreten durch Dr. Ruth E. Hütthaler-Brandauer, Rechtsanwältin in Wien, wider die beklagten Parteien 1. Mag.pharm. Dieter G*****, 2. Mag.pharm. Andrea G*****, 3. E*****gesellschaft mbH, ***** alle vertreten durch Schönherr Barfuss Torggler & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren S 450.000,-), infolge außerordentlichen Revisionsrekurses der Klägerin gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Graz als Rekursgericht vom 1. August 1997, GZ 6 R 101/97p-11, den

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden in Ansehung des Erstbeklagten und der Drittbeklagten dahin abgeändert, daß die Entscheidung wie folgt zu lauten hat:

"Einstweilige Verfügung

Zur Sicherung des Anspruches der Klägerin auf Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen wird dem Erstbeklagten und der Drittbeklagten aufgetragen, ab sofort im geschäftlichen Verkehr beim Vertrieb von 'E***** Schwarzkümmel-Kapseln' gesundheitsbezogene Werbung, insbesondere mit Aussagen wie

'Ägyptisches Schwarzkümmelöl als Nahrungsergänzung zur Harmonisierung des Immunsystems und zur Vorbeugung von Erkältungskrankheiten; gestörtes Immungleichgewicht und die damit verbundene Abwehrschwäche des Körpers kann durch die im E***** Schwarzkümmelöl enthaltenen Wirkstoffe wieder harmonisiert werden; mit großem Erfolg wurde dieses ägyptische Naturheilmittel bereits in den USA und Deutschland an Patienten getestet und angewandt; dieses sanfte Naturheilmittel kann - wenn es über einen Zeitraum von mindestens 2-6 Monaten als Unterstützung eingenommen werden - bei Überreaktionen des Immunsystems eine Harmonisierung und in weiterer Folge Beschwerdefreiheit bewirken; bei Anfälligkeit für Erkältungskrankheiten: bei konsequenter Einnahme von Schwarzkümmelöl während der Grippemonate wird man durch die Harmonisierung des Immunsystems Erkältungskrankheiten wie Schnupfen, Husten und grippale Infekte entweder nicht bekommen oder schneller überwinden. Es ist sogar möglich, die gefürchteten Folgeerkrankungen wie Stirnhöhlen-, Nebenhöhlen- und Ohrentzündungen sowie schwere Bronchitiden zu vermeiden; ein Störfall im Immunsystem (Disharmonie) ist in vielen Fällen die Ursache für Zeitkrankheiten wie Anfälligkeit für Erkältungskrankheiten und ein schwaches Immunsystem; Experten schreiben ihm eine besonders positive Wirkung bei der Vorbeugung von

Erkältungskrankheiten, Bronchialspasmen, Asthma bronchialis etc. zu; Vorsicht bei Billigangeboten: nur eine ganz bestimmte Sorte von Schwarzkümmelöl beinhaltet die Wirkstoffe, die für den Einsatz zur Harmonisierung des Immunsystems geeignet sind. E***** wird nachweislich ständig von einer amtlichen Lebensmittel- oder Arzneimittelprüfanstalt kontrolliert und hat Apothekenqualität; es bewirkt, wenn es über einen Zeitraum von mehreren Monaten als Unterstützung eingenommen wird, bei Überreaktionen des Immunsystems eine Harmonisierung."

zu unterlassen.

Der Erstbeklagte und die Drittbeklagte haben ihre Äußerungskosten endgültig selbst zu tragen."

Der Erstbeklagte und die Drittbeklagte haben die Kosten des Rechtsmittelverfahrens endgültig selbst zu tragen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsmittelverfahrens vorläufig selbst zu tragen.

In Ansehung der Zweitbeklagten wird der angefochtene Beschuß aufgehoben und die Rechtssache wird insoweit an das Rekursgericht zurückverwiesen und dem Rekursgericht eine neuerliche Entscheidung aufgetragen.

Text

Begründung:

Die Klägerin vertreibt (ua) Echinacin-Tropfen.

Der Erstbeklagte ist Apotheker und Inhaber der Apothekenkonzession der Stiftsapotheke S****. Er ist weiters Mehrheitsgesellschafter der G***** OHG, die die Apotheke betreibt, und Inhaber der Einzelhandelsfirma "Mag. pharm. Dieter Ga*****" in J****, die eine Konzession für den Großhandel mit Drogen und Pharmazeutika sowie Einzelhandelsberechtigungen zur Abgabe von Kosmetika und Nahrungsergänzungsmittel an Endverbraucher besitzt.

Die Zweitbeklagte ist als Apothekerin im Einzelunternehmen des Erstbeklagten und in der Stiftsapotheke S**** angestellt. Sie ist weder Gesellschafterin noch Geschäftsführerin eines dieser Unternehmen noch an einem Unternehmen beteiligt, das "E***** Schwarzkümmelöl-Kapseln" vertreibt.

Die Drittbeklagte führte ursprünglich die Firma "b***** GmbH". An diese Firma war das Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit und Konsumentenschutz vom 11.4.1996 adressiert, mit dem die Anmeldung des Produktes "Schwarzkümmelöl" als Verzehrprodukt im Sinne des Lebensmittelgesetzes 1975 bestätigt wurde. Gleichzeitig wurde mitgeteilt, daß nach Prüfung der Ware anhand der vorgelegten Unterlagen kein Grund für die Untersagung des Inverkehrbringens gemäß § 18 Abs 2 LMG 1975 gefunden worden war. Die Drittbeklagte führte ursprünglich die Firma "b***** GmbH". An diese Firma war das Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit und Konsumentenschutz vom 11.4.1996 adressiert, mit dem die Anmeldung des Produktes "Schwarzkümmelöl" als Verzehrprodukt im Sinne des Lebensmittelgesetzes 1975 bestätigt wurde. Gleichzeitig wurde mitgeteilt, daß nach Prüfung der Ware anhand der vorgelegten Unterlagen kein Grund für die Untersagung des Inverkehrbringens gemäß Paragraph 18, Absatz 2, LMG 1975 gefunden worden war.

Die "E***** Schwarzkümmelöl-Kapseln" werden von der E***** GmbH in F***** hergestellt; sie werden vom Einzelunternehmen des Erstbeklagten und von der Drittbeklagten vertrieben.

In einer "Fachinformation für Arzt und Apotheker" wird "E***** Schwarzkümmelöl" wie folgt beschrieben:

"E***** Ägyptisches Schwarzkümmelöl als Nahrungsergänzung zur Harmonisierung des Immunsystems und zur Vorbeugung von Erkältungskrankheiten

... Dieses gestörte Immungleichgewicht und die damit verbundene

Abwehrschwäche des Körpers kann durch die im E***** Schwarzkümmelöl enthaltenen Wirkstoffe wieder harmonisiert werden.

... Mit großem Erfolg wurde dieses ägyptische Naturheilmittel bereits

in den USA und Deutschland an Patienten getestet und angewandt.

Dieses sanfte Naturheilmittel kann - wenn es über einen Zeitraum von mindestens 2 bis 6 Monaten als Unterstützung eingenommen wird - bei Überreaktionen des Immunsystems eine Harmonisierung, und in weiterer Folge Beschwerdefreiheit bewirken.

... Bei Anfälligkeit für Erkältungskrankheiten:

Bei konsequenter Einnahme von Schwarzkümmelöl während der 'Grippemonate' wird man durch die Harmonisierung des Immunsystems Erkältungskrankheiten wie Schnupfen, Husten und grippeale Infekte entweder nicht bekommen oder schneller überwinden.

Es ist sogar möglich, die gefürchteten Folgeerkrankungen wie Stirnhöhlen-, Nebenhöhlen- und Ohrenentzündungen sowie schwere Bronchitiden zu vermeiden.

..."

In der Ausgabe der gratis an 449.300 Haushalte in der ganzen Steiermark verteilten Zeitschrift "der Gesundheitssteirer" vom 31. Oktober 1996 und in der Ausgabe der Zeitschrift "Kärntner Gesundheits-Ratgeber" vom Jänner/Februar 1997 wurde wie folgt geworben:

"Neue Hoffnung für Neurodermitiker und Astmatiker

Ein Störfall im Immunsystem (Disharmonie) ist in vielen Fällen die Ursache für 'Zeitkrankheiten' wie: Anfälligkeit für Erkältungskrankheiten, Neurodermitis, Akne, Schuppenflechte, Asthma Bronchiale, Chronische Bronchitis, Allergien, wie zB Stauballergien, Rheuma oder chronische Entzündungen, Herpes, Darm- oder Scheidenpilze, ein schwaches Immunsystem.

... Es bewirkt, wenn es über einen Zeitraum von mehreren Monaten als Unterstützung eingenommen wird, bei Überreaktionen des Immunsystems eine Harmonisierung.

Experten schreiben ihm eine besonders positive Wirkung bei der Vorbeugung von Erkältungskrankheiten, Bronchial-Spasmen, Asthma Bronchiales, bei Allergien wie Heuschnupfen oder Stauballergien, bei Hauterkrankungen wie Neurodermitis und Akne, mangelndem Gallefluß, Sodbrennen und Magenleiden sowie bei zu hohem Cholesterinspiegel zu.

... Vorsicht bei Billigangeboten: Nur eine ganz bestimmte Sorte von Schwarzkümmel beinhaltet die Wirkstoffe, die für den Einsatz zur Harmonisierung des Immunsystems geeignet sind. E*****-Schwarzkümmelöl wird nachweislich ständig von einer amtlichen Lebensmittel- oder Arzneimittelprüfanstalt kontrolliert und hat Apothekenqualität.

E*****-Schwarzkümmelöl, -Kapseln und -Salbe gibt es in Apotheken, Fachdrogerien oder direkt bei E***** ... sowie bei G***** ...".

Die Klägerin begehrte zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches, den Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, im geschäftlichen Verkehr

1. den Vertrieb des Produktes "E***** Schwarzkümmelöl-Kapseln" zu unterlassen,

2. gesundheitsbezogene Werbung, insbesondere mit Aussagen wie:

Ägyptisches Schwarzkümmelöl als Nahrungsergänzung zur Harmonisierung des Immunsystems und zur Vorbeugung von Erkältungskrankheiten; gestörtes Immungleichgewicht und die damit verbundene Abwehrschwäche des Körpers kann durch die im E***** Schwarzkümmelöl enthaltenen Wirkstoffe wieder harmonisiert werden; mit großem Erfolg wurde dieses ägyptische Naturheilmittel bereits in den USA und Deutschland an Patienten getestet und angewandt; dieses sanfte Naturheilmittel kann - wenn es über einen Zeitraum von mindestens 2-6 Monaten als Unterstützung eingenommen wurde - bei Überreaktionen des Immunsystems eine Harmonisierung und in weiterer Folge Beschwerdefreiheit bewirken; bei Anfälligkeit für Erkältungskrankheiten: bei konsequenter Einnahme von Schwarzkümmelöl während der Grippemonate wird man durch die Harmonisierung des Immunsystems Erkältungskrankheiten wie Schnupfen, Husten und grippeale Infekte entweder nicht bekommen oder schneller überwinden. Es ist sogar möglich, die gefürchteten Folgeerkrankungen wie Stirnhöhlen-, Nebenhöhlen- und Ohrenentzündungen sowie schwere Bronchitiden zu vermeiden; ein Störfall im Immunsystem (Disharmonie) ist in vielen Fällen die Ursache für Zeitkrankheiten wie Anfälligkeit für Erkältungskrankheiten und ein schwaches Immunsystem; Experten schreiben ihm eine besonders positive Wirkung bei der Vorbeugung von Erkältungskrankheiten, Bronchialspasmen, Asthma bronchialis etc. zu; Vorsicht bei Billigangeboten: nur eine ganz bestimmte Sorte von Schwarzkümmelöl beinhaltet die Wirkstoffe, die für den Einsatz zur Harmonisierung des Immunsystems geeignet sind. Embamed wird nachweislich ständig von einer amtlichen Lebensmittel- oder

Arzneimittelprüfanstalt kontrolliert und hat Apothekenqualität; es bewirkt, wenn es über einen Zeitraum von mehreren Monaten als Unterstützung eingenommen wird, bei Überreaktionen des Immunsystems eine Harmonisierung; Experten schreiben ihm eine besonders positive Wirkung bei der Vorbeugung von Erkältungskrankheiten, Bronchialspasmen etc. zu."

zu unterlassen.

Die Streitteile vertrieben Arzneimittel. Die Klägerin vertreibe (ua) die registrierte Arzneispezialität "Echinacin M***** Tropfen" zur unterstützenden Behandlung und Vorbeugung vor wiederkehrenden Infekten im Bereich der Atemwege. Die Beklagten vertrieben "E***** Schwarzkümmelöl-Kapseln". Dieses Produkt sei weder als Arzneispezialität registriert noch als Verzehrprodukt angemeldet worden. Die Beklagten verwendeten in der Werbung gesundheitsbezogene Angaben, die nicht genehmigt worden seien.

Die Beklagten beantragen, den Sicherungsantrag abzuweisen.

Die Klägerin habe das behauptete Wettbewerbsverhältnis nicht bescheinigt. Die Klägerin habe auch nicht bescheinigt, wer von den Beklagten beim Vertrieb der Kapseln welche Rolle spiele. Die Zweitbeklagte sei nicht passiv legitimiert. Die Drittbeklagte habe die "E***** Schwarzkümmelöl-Kapseln" als Verzehrprodukt angemeldet. Das beantragte Verbot, gesundheitsbezogene Werbung zu betreiben, sei nicht gerechtfertigt, weil weder einem Unternehmen, das Arzneimittel vertreibe, noch einem Apotheker gesundheitsbezogene Werbung generell untersagt werden könne. Mit Brief vom 5.2.1997 hätten die Beklagten der Klagevertreterin mitgeteilt, die Werbung für Schwarzkümmelöl-Kapseln neu zu gestalten und die beanstandeten Werbeaussagen in Zukunft zu unterlassen. Es bestehe daher keine Wiederholungsgefahr.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab.

Die Klägerin habe nur bescheinigt, Echinacintropfen zu vertreiben. Daraus lasse sich nicht erschließen, daß die Streitteile in einem Wettbewerbsverhältnis stehen und ob die Klägerin durch allfällige Wettbewerbsverstöße der Beklagten geschädigt wurde. Die Zweitbeklagte sei nicht passiv legitimiert.

Das Rekursgericht bestätigte die Entscheidung des Erstgerichtes. Es sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000,-- übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei.

"Schwarzkümmelöl" sei eine althergebrachte Bezeichnung, die keinerlei Zweifel über die Beschaffenheit der Ware zulasse. Durch diese Bezeichnung würden - durch welche Ankündigungen immer - keine übertriebenen gesundheitsbezogenen Erwartungen geweckt. Die Schwarzkümmelöl-Kapseln enthielten nichts anderes als Schwarzkümmelöl in natürlicher Form; sie seien als Verzehrprodukt gemäß § 9 Abs 2 LMG vom Verbot gesundheitsbezogener Angaben nach § 9 Abs 1 LMG ausgenommen. Die Klägerin habe weder behauptet noch bescheinigt, daß die Ausnahme nach § 9 Abs 2 LMG nicht vorliege."Schwarzkümmelöl" sei eine althergebrachte Bezeichnung, die keinerlei Zweifel über die Beschaffenheit der Ware zulasse. Durch diese Bezeichnung würden - durch welche Ankündigungen immer - keine übertriebenen gesundheitsbezogenen Erwartungen geweckt. Die Schwarzkümmelöl-Kapseln enthielten nichts anderes als Schwarzkümmelöl in natürlicher Form; sie seien als Verzehrprodukt gemäß Paragraph 9, Absatz 2, LMG vom Verbot gesundheitsbezogener Angaben nach Paragraph 9, Absatz eins, LMG ausgenommen. Die Klägerin habe weder behauptet noch bescheinigt, daß die Ausnahme nach Paragraph 9, Absatz 2, LMG nicht vorliege.

Rechtliche Beurteilung

Der gegen diese Entscheidung gerichtete außerordentliche Revisionsrekurs der Klägerin ist zulässig, weil keine Rechtsprechung zu § 9 Abs 2 LMG besteht; der Revisionsrekurs ist auch berechtigt. Der gegen diese Entscheidung gerichtete außerordentliche Revisionsrekurs der Klägerin ist zulässig, weil keine Rechtsprechung zu Paragraph 9, Absatz 2, LMG besteht; der Revisionsrekurs ist auch berechtigt.

Die Klägerin verweist darauf, daß die Beklagten nicht behauptet haben, mit "Schwarzkümmelöl" eine althergebrachte Bezeichnung zu verwenden. Daß die beanstandeten gesundheitsbezogenen Angaben nicht in dieser Form überliefert seien, sei offenkundig.

Die Beklagten halten in der Revisionsrekursbeantwortung an ihrer Auffassung fest, daß die Klägerin das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses nicht bescheinigt habe. Die Klägerin habe nicht einmal bescheinigt, Echinacin-Tropfen

zu vertreiben; auch für den Vertrieb weiterer Arzneimittel fehle jede Bescheinigung. Mit dem im Rekurs gestellten Antrag, den Beklagten gesundheitsbezogene Werbung für das Produkt E***** Schwarzkümmelöl-Kapseln zu untersagen, werde ein aliud begehrte.

Die Klägerin hat in der Klage vorgebracht, Arzneimittel, insbesondere die registrierte Arzneispezialität "Echinacin M***** Tropfen" zur unterstützenden Behandlung und Vorbeugung vor wiederkehrenden Infekten im Bereich der Atemwege, zu vertreiben. Im Einleitungssatz ihrer Äußerung haben die Beklagten das "nicht ausdrücklich als richtig anerkannte" Vorbringen der Klägerin bestritten. In ihren weiteren Ausführungen haben sie zum Wettbewerbsverhältnis vorgebracht, daß die Klägerin den behaupteten Vertrieb von Arzneimitteln und auch von "Echinacin M***** Tropfen" nicht bescheinigt habe.

Einer Bescheinigung hat es aber nicht bedurft, weil die Tatsache, daß die Klägerin Arzneimittel vertreibt, notorisch ist (siehe Rechberger ZPO, Rz 2 zu § 269). Einer Bescheinigung hat es aber nicht bedurft, weil die Tatsache, daß die Klägerin Arzneimittel vertreibt, notorisch ist (siehe Rechberger ZPO, Rz 2 zu Paragraph 269,).

Gemäß § 9 Abs 1 LMG 1975 ist es verboten, beim Inverkehrbringen von Lebensmitteln, Verzehrprodukten oder ZusatzstoffenGemäß Paragraph 9, Absatz eins, LMG 1975 ist es verboten, beim Inverkehrbringen von Lebensmitteln, Verzehrprodukten oder Zusatzstoffen

a) sich auf die Verhütung, Linderung oder Heilung von Krankheiten

oder Krankheitssymptomen oder auf physiologische oder

pharmakologische, insbesondere jungerhaltende, Alterserscheinungen

hemmende, schlankmachende oder gesunderhaltende Wirkungen zu beziehen oder den Eindruck einer derartigen Wirkung zu erwecken;

b) auf Krankengeschichten, ärztliche Empfehlungen oder auf Gutachten

hinzuweisen;

c) gesundheitsbezogene, bildliche oder stilisierte Darstellungen von Organen des menschlichen Körpers, Abbildungen von Angehörigen der Heilberufe oder von Kuranstalten oder sonstige auf Heiltätigkeiten hinweisende Abbildungen zu verwenden.

Diese Verbote gelten nicht für jene althergebrachten Bezeichnungen, die keinerlei Zweifel über die Beschaffenheit der Ware zulassen (§ 9 Abs 2 LMG 1975). Diese Verbote gelten nicht für jene althergebrachten Bezeichnungen, die keinerlei Zweifel über die Beschaffenheit der Ware zulassen (Paragraph 9, Absatz 2, LMG 1975).

Grund für die Ausnahmebestimmung des § 9 Abs 2 LMG 1975 ist, daß keinerlei Zweifel über die Beschaffenheit der Ware besteht, wenn die Bezeichnungen eingebürgert sind und der Verbraucher daher weiß, was tatsächlich gemeint ist. In einem solchen Fall werden keine übertriebenen - gesundheitsbezogenen - Erwartungen geweckt. Althergebrachte Bezeichnungen können sowohl für jedermann verwendbare Gattungsbezeichnungen (zB Hustenzuckerl) als auch individuelle Marken (zB die stilisierte Darstellung eines menschlichen Herzens in einer Marke) bestimmter Produkte sein (Barfuß/Smolka/Onder, LMG**2, Komm zu § 9 Abs 2; s auch 1433 BlgNR 13. GP 3). Grund für die Ausnahmebestimmung des Paragraph 9, Absatz 2, LMG 1975 ist, daß keinerlei Zweifel über die Beschaffenheit der Ware besteht, wenn die Bezeichnungen eingebürgert sind und der Verbraucher daher weiß, was tatsächlich gemeint ist. In einem solchen Fall werden keine übertriebenen - gesundheitsbezogenen - Erwartungen geweckt. Althergebrachte Bezeichnungen können sowohl für jedermann verwendbare Gattungsbezeichnungen (zB Hustenzuckerl) als auch individuelle Marken (zB die stilisierte Darstellung eines menschlichen Herzens in einer Marke) bestimmter Produkte sein (Barfuß/Smolka/Onder, LMG**2, Komm zu Paragraph 9, Absatz 2 ;, s auch 1433 BlgNR 13. GP 3).

Unter "althergebrachte Bezeichnungen" können demnach nur Ankündigungen verstanden werden, die Namensfunktion haben. Das zeigt auch die Entscheidung des VwGH vom 27.2.1979, mit der ein Bescheid des Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz aufgehoben und dem Ministerium aufgetragen wurde, zu klären, ob die Ankündigungen "Linusit Gold" althergebrachte Bezeichnungen sind, die keinerlei Zweifel über die Beschaffenheit der Ware zulassen (ZfVB 1979/1338).

Wird ein Verzehrprodukt unter einer althergebrachten Bezeichnung in Verkehr gebracht, so darf diese Bezeichnung

trotz ihres gesundheitsbezogenen Bedeutungsinhalts beibehalten werden; es folgt daraus aber naturgemäß nicht, daß jede Art von (zusätzlichen) gesundheitsbezogenen Ankündigungen gestattet wäre. Althergebrachte Bezeichnungen sind nicht, wie das Rekursgericht meint, ein Freibrief für Werbung mit gesundheitsbezogenen Angaben.

Daß die beanstandeten Werbeaussagen gesundheitsbezogene Angaben sind, ist offenkundig. Die Aussagen sind keineswegs nur in Informationen für Ärzte und Apotheker enthalten, sondern auch in der "gratis an

449.300 Haushalte" verteilten Zeitschrift "der Gesundheitssteirer" und in der Zeitschrift "Kärntner Gesundheitsratgeber".

Der Einwand der Beklagten, daß Fachinformationen zulässig seien, betrifft daher von vornherein nur einen Teil ihrer Werbebehauptungen. Ihre "Fachinformation für Arzt und Apotheker" richtet sich auch an Apotheker und damit an Personen, die nicht zu dem "an solchen Angaben vital interessierten Personenkreis (Ärzte, Ernährungswissenschaftler, Diätassistenten)" gehören. Nach Barfuß/Smolka/Onder (aaO) sollen gezielte Informationen an den oben genannten Personenkreis vom Verbot des § 9 Abs 1 lit a LMG 1975 ausgenommen sein, solange sichergestellt ist, daß nicht auf diesem Umweg der Zweck des Gesetzes umgangen wird. Während Ärzte, Ernährungswissenschaftler und Diätassistenten aus medizinischen oder wissenschaftlichen Gründen an derartigen Informationen interessiert sind, soll eine an Apotheker gerichtete Information in erster Linie den Absatz steigern. Sie ist daher Werbung, die der Beschränkung des § 9 Abs 1 lit a LMG 1975 unterliegt. Der Einwand der Beklagten, daß Fachinformationen zulässig seien, betrifft daher von vornherein nur einen Teil ihrer Werbebehauptungen. Ihre "Fachinformation für Arzt und Apotheker" richtet sich auch an Apotheker und damit an Personen, die nicht zu dem "an solchen Angaben vital interessierten Personenkreis (Ärzte, Ernährungswissenschaftler, Diätassistenten)" gehören. Nach Barfuß/Smolka/Onder (aaO) sollen gezielte Informationen an den oben genannten Personenkreis vom Verbot des Paragraph 9, Absatz eins, Litera a, LMG 1975 ausgenommen sein, solange sichergestellt ist, daß nicht auf diesem Umweg der Zweck des Gesetzes umgangen wird. Während Ärzte, Ernährungswissenschaftler und Diätassistenten aus medizinischen oder wissenschaftlichen Gründen an derartigen Informationen interessiert sind, soll eine an Apotheker gerichtete Information in erster Linie den Absatz steigern. Sie ist daher Werbung, die der Beschränkung des Paragraph 9, Absatz eins, Litera a, LMG 1975 unterliegt.

Daß mit den beanstandeten Angaben in der Absicht geworben wurde, einen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen, ist ebenso offenkundig wie das Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs; es liegt daher auch ein Verstoß gegen § 1 UWG vor. Daß mit den beanstandeten Angaben in der Absicht geworben wurde, einen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen, ist ebenso offenkundig wie das Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs; es liegt daher auch ein Verstoß gegen Paragraph eins, UWG vor.

Die Beklagten behaupten, daß keine Wiederholungsgefahr bestehe, weil sie der Klagevertreterin mit Brief vom 5.2.1997 mitgeteilt und einem Herrn S***** schon zuvor zugesichert hätten, "die Werbung für Schwarzkümmelöl-Kapseln neu zu gestalten und die beanstandeten Werbeaussagen in Zukunft zu unterlassen".

Wiederholungsgefahr ist nach ständiger Rechtsprechung zu verneinen, wenn der Verletzer besondere Umstände dertun kann, die eine Wiederholung seiner gesetzwidrigen Handlung als ausgeschlossen oder zumindest äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen (ecolex 1993, 178 = ÖBI 1993, 18 = WBI 1993, 128 - Pharma Service; ÖBI 1996, 35 = WBI 1995, 428 - Rolls-Royce, jeweils mwN, uva). Ein wichtiges Indiz für den Wegfall der Wiederholungsgefahr kann sein, daß der Beklagte Handlungen vorgenommen hat, die nach außen klar erkennen lassen, daß es ihm mit seiner Sinnesänderung, künftig die verpönte Handlung zu unterlassen, ernst ist (ÖBI 1996, 35 = WBI 1995, 428 - Rolls-Royce mwN).

Die Beklagten berufen sich auf die unverbindliche Zusicherung, mit der sie auf die Beanstandung ihrer Werbung durch die Klägerin reagiert haben. Daß eine solche Zusicherung kein verlässliches Indiz für eine Sinnesänderung ist, bedarf keiner weiteren Begründung.

Nach den Feststellungen des Erstgerichtes ist die Zweitbeklagte weder Gesellschafterin noch Geschäftsführerin des Unternehmens "Mag. pharm. Dieter G*****" oder der Drittbeklagten. Sie ist auch an keinem Unternehmen beteiligt, das "E***** Schwarzkümmelöl-Kapseln" vertreibt. In ihrem Rekurs hat die Klägerin diese Feststellungen bekämpft; das Rekursgericht hat die zulässige - das Erstgericht hat seine Feststellungen nur aufgrund von Urkunden getroffen (verstSenat ecolex 1994, 159 = EvBl 1994/53 = JUS Z 1492 = ÖBI 1993, 259) - Beweisrügen unerledigt gelassen, weil die

bekämpften Feststellungen nach seiner - vom Obersten Gerichtshof nicht geteilten - Rechtsansicht unerheblich waren. Da der Sicherungsantrag aber nicht schon nach § 9 Abs 2 LMG 1975 abzuweisen ist, kommt es für die Entscheidung darauf an, ob die bekämpften Feststellungen zutreffen. Der angefochtene Beschuß war daher insoweit aufzuheben und die Rechtssache war an das Rekursgericht zur neuerlichen Entscheidung zurückzuverweisen. Nach den Feststellungen des Erstgerichtes ist die Zweitbeklagte weder Gesellschafterin noch Geschäftsführerin des Unternehmens "Mag. pharm. Dieter G*****" oder der Drittbeklagten. Sie ist auch an keinem Unternehmen beteiligt, das "E***** Schwarzkümmelöl-Kapseln" vertreibt. In ihrem Rekurs hat die Klägerin diese Feststellungen bekämpft; das Rekursgericht hat die zulässige - das Erstgericht hat seine Feststellungen nur aufgrund von Urkunden getroffen (verstSenat ecolex 1994, 159 = EvBl 1994/53 = JUS Ziffer 1492, = ÖBl 1993, 259) - Beweisrüge unerledigt gelassen, weil die bekämpften Feststellungen nach seiner - vom Obersten Gerichtshof nicht geteilten - Rechtsansicht unerheblich waren. Da der Sicherungsantrag aber nicht schon nach Paragraph 9, Absatz 2, LMG 1975 abzuweisen ist, kommt es für die Entscheidung darauf an, ob die bekämpften Feststellungen zutreffen. Der angefochtene Beschuß war daher insoweit aufzuheben und die Rechtssache war an das Rekursgericht zur neuerlichen Entscheidung zurückzuverweisen.

Im übrigen waren die Beschlüsse der Vorinstanzen dahin abzuändern, daß die einstweilige Verfügung erlassen wird. Bei der Fassung des Spruches war zu berücksichtigen, daß die Klägerin nach ihrem Vorbringen die beanstandeten Aussagen beim Vertrieb von "E***** Schwarzkümmelöl-Kapseln" untersagt haben will. Damit wird das Begehr nur im Sinne des Klagevorbringens präzisiert; der Klägerin wird kein aliud zugesprochen. Soweit Aussagen in der beispielsweisen Aufzählung zweimal aufschienen, hatten sie einmal zu entfallen.

Die Entscheidung über die Kosten der Klägerin beruht auf § 393 Abs 1 EO; jene über die Kosten des Erst- und der Drittbeklagten auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm §§ 40, 50 ZPO. Die Entscheidung über die Kosten der Klägerin beruht auf Paragraph 393, Absatz eins, EO; jene über die Kosten des Erst- und der Drittbeklagten auf Paragraphen 78., 402 Absatz 4, EO in Verbindung mit Paragraphen 40., 50 ZPO.

Anmerkung

E48110 04A02707

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1997:0040OB00270.97B.1028.000

Dokumentnummer

JJT_19971028_OGH0002_0040OB00270_97B0000_000

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at