jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2008/12/15 4Ob230/08i

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 15.12.2008

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Zechner als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Schenk und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Musger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Österreichische A*****, vertreten durch Höhne In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Andreas M*****, Deutschland, vertreten durch Rechtsanwälte Gehmacher Hüttinger Hessenberger Kommandit-Partnerschaft in Salzburg, wegen Unterlassung (Streitwert im Revisionsrekursverfahren 17.000 EUR), über den ordentlichen Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 28. März 2008, GZ 4 R 199/07z-18a, womit der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 8. August 2007, GZ 18 Cg 2/07v-12, teilweise abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung, die in ihrem bereits rechtskräftigen Ausspruch über die Abweisung des auf eine Verletzung des Versandhandelsverbots gestützten Begehrens unberührt bleibt, wird im Übrigen - samt dem Beschluss des Erstgerichts, soweit dieser nicht die bereits rechtskräftig abgewiesenen Teile des Sicherungsbegehrens betrifft - aufgehoben. Die Rechtssache wird im Umfang der Aufhebung an das Erstgericht zurückverwiesen und diesem die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Klägerin nimmt die wirtschaftlichen Interessen der Apotheker wahr und schreitet unter anderem gegen gesetzwidriges Bewerben und Inverkehrbringen von Arzneimitteln ein. Der Beklagte betreibt eine Apotheke in Deutschland und einen Arzneimittelversand. Er verschickte im Juni 2006 Faxformulare an österreichische Gynäkologen zur Bestellung rezeptpflichtiger Arzneimittel, darunter auch die rezeptpflichtige Arzneispezialität „Implanon".

Am 7. 7. 2006 bestellte ein österreichischer Facharzt für Gynäkologie und Geburtshilfe, der keine Bewilligung zur Führung einer Hausapotheke nach § 29 ApothekenG hat, mittels des auch ihm zugesendeten Faxformulars ein Stück des rezeptpflichtigen Arzneimittels „Implanon". Dieses Arzneimittel ist in Österreich zugelassen, jedoch rezept- und apothekenpflichtig. Es handelt sich um ein langwirksames Kontrazeptivum in Form eines Implantats, das durch einen entsprechend geschulten Arzt (subkutan) eingesetzt werden muss.

Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs begehrt die Klägerin (soweit im Revisionsrekursverfahren

noch von Bedeutung), dem Beklagten zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in Österreich entgegen den gesetzlichen Bestimmungen Arzneimittel zu vertreiben oder abzugeben, insbesondere österreichische Fachärzte, die über keine Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke gemäß § 29 ApothekenG verfügten, mit Arzneimitteln, insbesondere „Implanon", direkt zu beliefern, sofern es sich dabei nicht um Ärztemuster im Sinn des § 58 AMG handle oder diese Arzneimittel für die Erste-Hilfe-Leistung in dringenden Fällen notwendig seien. Das Verbot, Ärzte direkt zu beliefern, ergebe sich aus den Bestimmungen der §§ 57 ff AMG, § 57 ÄrzteG und §§ 28 ff ApothekenG. Eine Ausnahme bestehe nur für Ärzte mit Bewilligung zur Führung einer Hausapotheke und für Arzneimittel, die notwendig seien, um erste Hilfe zu leisten.

Der Beklagte wendete ein, eine Direktbelieferung von Ärzten mit Arzneimitteln, die vom Arzt selbst angewendet werden müssten, sei Apotheken nicht verboten.

Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung antragsgemäß und zeitgleich mit seiner (insoweit gleichlautenden) Entscheidung im Hauptverfahren. Es vertrat die Auffassung, die Direktbelieferung von Ärzten, die nicht über eine Bewilligung zum Betrieb einer Hausapotheke verfügten und daher auch nicht berechtigt seien, Arzneimittel abzugeben, sei unzulässig. Das weitere, auf unzulässigen Versandhandel gestützte Verbot des Erstgerichts ist nicht mehr Gegenstand des Revisionsrekursverfahrens.

Das Gericht zweiter Instanz fasste zeitgleich zwei getrennte Entscheidungen, in denen es einerseits den Rekurs des Beklagten im Sicherungsverfahren und andererseits seine Berufung im Hauptverfahren erledigte und - in teilweiser Abänderung der angefochtenen Entscheidungen - inhaltlich jeweils gleichlautende Unterlassungsgebote formulierte. Es untersagte dem Beklagten, im geschäftlichen Verkehr in Österreich zu Zwecken des Wettbewerbs und entgegen den gesetzlichen Bestimmungen österreichische Fachärzte, die über keine Bewilligung zur Haltung einer ärztlichen Hausapotheke gemäß § 29 ApothekenG verfügten, mit Arzneimitteln, insbesondere mit „Implanon", direkt zu beliefern, sofern es sich dabei nicht um Ärztemuster im Sinn des § 58 AMG handle, oder diese Arzneimittel für die Erste-Hilfe-Leistung in dringenden Fällen notwendig seien (das auf eine Verletzung des Versandhandelsverbots gestützte Sicherungsbegehren wies es - rechtskräftig - ab). Es sprach ferner aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Nach § 59 Abs 1 AMG dürften Arzneimittel im Detailverkauf - von hier nicht wesentlichen Ausnahmen abgesehen - nur in Apotheken abgegeben werden. Ein Arzt sei dazu nur im Rahmen des Betriebs einer (bewilligungspflichtigen) Hausapotheke berechtigt. Aus seiner Verpflichtung, Arzneimittel, die für eine Erste-Hilfe-Leistung in dringenden Fällen notwendig seien, vorrätig zu halten, ergebe sich auch seine Berechtigung, derartige Arzneimittel in Fällen, die keinen Aufschub duldeten, abzugeben. Keine dieser Ausnahmen liege hier vor. Der Beklagte habe den Wettbewerbsverstoß des belieferten Arztes durch eigenes Verhalten bewusst gefördert bzw erst ermöglicht. Angesichts der klaren Rechtslage sei der - durch eigenes Verhalten geförderte bzw erst ermöglichte - Verstoß dem Beklagten auch vorzuwerfen.

Mangels einer sofortigen Zustellung der Rekursentscheidung an die Parteien unterblieb zunächst deren Anfechtung im Sicherungsverfahren.

Der Beklagte bekämpfte zunächst (nur) das Urteil des Gerichts zweiter Instanz mit Revision im Hauptverfahren. Er machte - mit den nun auch im Revisionsrekurs herangezogenen Argumenten - geltend, § 59 Abs 1 AMG behalte den Apotheken nur die „Abgabe" von Arzneimitteln vor. Ein Verstoß gegen diesen Apothekenvorbehalt komme nur in Betracht, wenn der belieferte Arzt ein Arzneimittel weiter veräußere. Dies sei hier nicht der Fall, weil der von ihm belieferte Gynäkologe das Arzneimittel nicht „abgebe", sondern anlässlich einer ihm als Arzt vorbehaltenen Behandlung anwende. Das Arzneimittelgesetz unterscheide zwischen „Verbraucher" und „Anwender" und verstehe unter „Abgabe eines Arzneimittels" die Übertragung der Verfügungsbefugnis. Das festgestelltermaßen bei ihm bestellte und dem Gynäkologen gelieferte Arzneimittel - „Implanon", ein Implantat, das mittels OP eingesetzt werde -, sei ausschließlich für die Anwendung durch den Arzt bestimmt, eine „Abgabe" an den Patienten im Sinn eines Inverkehrbringens mit Übertragung der Verfügungsbefugnis habe nicht stattgefunden.

Die Revision war Gegenstand der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 26. August 2008 (4 Ob 139/08g). Sie behandelte die oben referierten und nun auch im Revisionsrekurs wiederholten Einwände im Rahmen des Hauptverfahrens. In der rechtlichen Beurteilung führte der Oberste Gerichtshof aus, für die Frage, ob die Auslegung des Beklagten durch das Gesetz zumindest soweit gedeckt sei, dass sie mit guten Gründen vertreten werden könne, sei entscheidend, ob das vom Gynäkologen bestellte „Implanon" tatsächlich für die Anwendung an einer Patientin in

Erfüllung eines Behandlungsvertrags besorgt worden sei, oder ob die konkrete Bestellung dem Zweck gedient habe, das Arzneimittel vorrätig zu halten, um es allenfalls an eine Patientin zu verkaufen, ohne es selbst an einer solchen anzuwenden. Das Arzneimittelgesetz unterscheide zwischen der Abgabe eines Arzneimittels und dessen Anwendung. Der Begriff der „Abgabe" finde sich in § 2 Abs 1 Z 11 AMG und in § 59 Abs 1 AMG und werde im Sinn des Inverkehrbringens durch einen Verkaufsvorgang verstanden. Demgegenüber seien „Anwender" nach § 2 Abs 1 AMG auch Ärzte, soweit sie Arzneimittel zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigten. Habe demnach der Gynäkologe das Implantat bezogen, um es einer Patientin mittels OP einzusetzen, so habe er es zur Erfüllung eines Behandlungsvertrags benötigt, der darauf gerichtet gewesen sei, eine Empfängnisverhütung durch Einsetzen des Implantats zu erreichen. Der primäre Zweck des Ankaufs hätte in einem solchen Fall in der Anwendung des Arzneimittels zur Erfüllung des Behandlungsvertrags und nicht in einem Weiterverkauf durch Abgabe und Übertragung der Verfügungsbefugnis an die Patientin bestanden. In einem solchen Fall wäre es zumindest vertretbar, den Gynäkologen als „Anwender" im Sinn des § 2 Abs 1 AMG und nicht als Käufer zu sehen, der sich das Arzneimittel zum Zweck der „Abgabe" im Sinn eines Weiterverkaufs beschafft habe. Gleiches gelte, wenn das Implantat für die Anwendung an einer noch nicht konkret bestimmten Patientin erworben worden sei; der Arzt würde auch in einem solchen Fall als „Anwender" und nicht als Wiederverkäufer tätig.

§ 57 ÄrzteG treffe entgegen der Auffassung der Klägerin keine Aussage über die Bevorratung von Arzneimitteln, die der Arzt anlässlich der Erfüllung eines Behandlungsvertrags benötige. Ein Verbot, Arzneimittel vorrätig zu halten, die der Arzt zur Erfüllung eines Behandlungsvertrags benötige und die er in einer Apotheke erworben habe, sei dieser Bestimmung nicht zu entnehmen.

Von dieser Rechtsansicht ausgehend hob der Oberste Gerichtshof die Entscheidungen der Vorinstanzen im Hauptverfahren im Umfang der erörterten Anfechtung auf, weil Feststellungen zur Frage fehlten, ob der Gynäkologe das Implantat im beschriebenen Sinn als „Anwender" erworben habe, um es einer Patientin in Erfüllung eines Behandlungsvertrags einzusetzen, oder ob er es zum Zweck der „Abgabe" im Sinn eines Weiterverkaufs beschafft habe. Er trug dem Erstgericht auf, im fortzusetzenden Verfahren festzustellen, ob das Implantat für die Anwendung an Patienten in Erfüllung eines Behandlungsvertrags besorgt worden sei oder ob die konkrete Bestellung dem Zweck gedient habe, das Medikament vorrätig zu halten, um es allenfalls an eine Patientin zu verkaufen, ohne es selbst an einer solchen anzuwenden. Dabei wurde - für das Hauptverfahren innerprozessual bindend - ausgesprochen, dass sich der Beklagte auf eine vertretbare Auslegung der angeblich verletzten Bestimmungen berufen könne, wenn das Implantat für die Anwendung an Patienten in Erfüllung eines Behandlungsvertrags besorgt worden sei. In einem solchen Fall fehle es an einer wesentlichen Voraussetzung für das angestrebte Unterlassungsgebot.

Der Beklagte beantragt im Revisionsrekurs die Abweisung des Sicherungsantrags, in eventu die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung. In ihrer Rechtsmittelbeantwortung begehrt die Klägerin, das Rechtsmittel zurückzuweisen, in eventu ihm nicht Folge zu geben. Sie wendet sich dabei auch gegen die dem fortzusetzenden Hauptverfahren zugrunde zu legende Rechtsansicht des Obersten Gerichtshofs.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs des Beklagten ist zulässig und berechtigt.

Vorauszuschicken ist, dass sich die Sach- und Rechtslage seit der im Hauptverfahren ergangenen Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (4 Ob 139/08g) nicht geändert hat.

1. Die Klägerin unterstellt ihren Ausführungen in der Revisionsrekursbeantwortung begründungslos die Auffassung, dass der Senat an jene Rechtsansicht, die er der im Hauptverfahren ergangenen Entscheidung zugrunde legte, nicht gebunden sei. Es ist zwar herrschende Ansicht, dass der Oberste Gerichtshof im Hauptverfahren an seine im Sicherungsverfahren geäußerte Rechtsansicht auch dann nicht gebunden sei, wenn sich die Sach- und Rechtslage nicht geändert habe (6 Ob 99/03g = MR 2003, 223; E. Kodek in Rechberger ZPO2 § 511 Rz 1; König, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren³ Rz 6/67; Zechner in Fasching/Konecny2 IV/1 § 511 ZPO Rz 14 mwN). Gleiches kann jedoch - nach den tieferstehenden Erwägungen - nicht im umgekehrten Fall gelten.

2. Der Zweck einer im lauterkeitsrechtlichen Provisorialverfahren angestrebten einstweiligen Verfügung ist die Sicherung des im Hauptverfahren erhobenen Anspruchs. Eine insofern anspruchsgebundene einstweilige Verfügung setzt somit einen zu sichernden Hauptanspruch voraus; sie hängt vom bescheinigten Bestehen eines solchen Anspruchs ab.

2.1. Vertrat daher der Oberste Gerichtshof bei Beurteilung des Klageanspruchs im Hauptverfahren eine bestimmte Rechtsansicht an die er, solange nicht eine Änderung der Sach- oder der Rechtslage eintritt, - abgesehen von hier nicht maßgebenden Ausnahmen - auch selbst gebunden ist (E. Kodek aaO; Zechner aaO § 511 ZPO Rz 5, 8 f - je mN aus der Rsp), so erstreckt sich diese Bindung an die den Vorinstanzen im Hauptverfahren überbundene Rechtsansicht bei unveränderter Sach- und Rechtslage auch auf die (zeitlich nachfolgende) Beurteilung der Sicherungsfähigkeit des Hauptanspruchs im Provisorialverfahren. Das hält etwa König (aaO) für „selbstverständlich". Diese Bindungswirkung hindert somit eine von der Entscheidung im Hauptverfahren abweichende rechtliche Beurteilung im Provisorialverfahren, kann doch die Entscheidung im Sicherungsverfahren immer nur der Sicherung des Hauptanspruchs dienen. Damit ist aber die Verfahrensergänzung, die dem Erstgericht im Hauptverfahren aufgrund einer bestimmten Rechtsansicht des Obersten Gerichtshofs aufgetragen wurde, auch im Provisorialverfahren erforderlich, um die Sicherungsfähigkeit des eingeklagten Hauptanspruchs abschließend beurteilen zu können. Das hat zur Folge, dass die Beschlüsse der Vorinstanzen in dem aus dem Spruch dieser Entscheidung ersichtlichen Umfang aufzuheben sind und die Rechtssache zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen ist, ohne dass sich der Senat mit der Kritik der Klägerin an der im Hauptverfahren ergangenen Entscheidung (4 Ob 139/08g) auseinandersetzen darf.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 393 Abs 1 EO iVm § 52 Abs 1 ZPO.

Textnummer

E89562

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2008:0040OB00230.08I.1215.000

Im RIS seit

14.01.2009

Zuletzt aktualisiert am

20.02.2012

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at