

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

24.04.2001

**Geschäftszahl**

4Ob85/01f

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Österreichische Apothekerkammer, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ruth Hütthaler-Brandauer, Rechtsanwältin in Wien, wider die beklagte Partei S\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Peter Sparer, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Unterlassung (Streitwert 250.000 S), infolge Revision der Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 4. Jänner 2001, GZ 2 R 227/00z-22, mit dem das Urteil des Landesgerichts Innsbruck vom 20. Juli 2000, GZ 17 Cg 219/99w-16, in der Hauptsache bestätigt und im Kostenpunkt abgeändert wurde, den

**Beschluss**

gefasst:

**Spruch**

Der Oberste Gerichtshof stellt gemäß Art 89 Abs 2 B-VG (Art 140 B-VG) an den Verfassungsgerichtshof den Antrag, das Wort "Verzehrprodukten," in § 50 Abs 2 GewO 1994 als verfassungswidrig aufzuheben.

Mit der Fortführung des Revisionsverfahrens wird gemäß § 62 Abs 3 VfGG bis zur Zustellung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofs innegehalten.

**Text****Begründung:**

Die Beklagte ist unter der Firmenregistrierungs-Nr HRA 302485 in A\*\*\*\*\* in Belgien registriert. Sie vertreibt "Gesundheitsprodukte" im Versandhandel; ob sie berechtigt ist, diese Produkte in Belgien in Verkehr zu bringen, konnte nicht festgestellt werden.

Die Beklagte versendet an österreichische Kunden in deutscher Sprache abgefasste Kataloge, in denen sie (ua) Schlankheitsmittel, potenzfördernde Mittel und Nahrungsergänzungsprodukte anbietet. Bestellte Waren sendet sie (österreichischen Kunden) per Nachnahme zu. Sie macht den Versand nicht vom Vorliegen einer ärztlichen Verschreibung abhängig.

Die von der Beklagten an einen österreichischen Kunden gesandten "Bärlauch Kapseln" und "Weizenkeim + Vitamin E Kapseln" wurden von einem Partnerunternehmen der Beklagten, der H\*\*\*\*\* GmbH in Innsbruck, als Verzehrprodukte angemeldet. Für die diesem Kunden ebenfalls gesandten Produkte "Eukalyptus Kapseln", "Ginkgo Biloba Kapseln", "Johanniskraut Kapseln", "Spitzwegerich Kapseln", "Schwedische Kräuter Kapseln" und den einer österreichischen Kundin gesandten "Fett-Blocker" liegen hingegen weder Anmeldungen als Verzehrprodukte noch Arzneimittelzulassungen vor. Ebenso wenig wurde ein Antrag gestellt, die gesundheitsbezogenen Angaben auf der Verpackung und auf dem Beipackzettel zu genehmigen.

Es handelt sich dabei um folgende Angaben:

Eukalyptus 63 Kapseln:

"Eukalyptus für die Lunge und Atemwege. Dieser wertvolle Auszug aus den Blättern der Eukalyptus-Pflanze ist ein unübertroffenes natürliches Mittel für die Gesundheit der Atmungsorgane".

Ginkgo Biloba 63 Kapseln:

"Verbessert Ihr Gedächtnis und Ihre Reaktion, der Extrakt stimuliert die Durchblutung des Gehirns..."

Der Extrakt des Ginkgo Biloba ist das Naturmittel gegen Verkalkung des Gehirns..."

Johanniskraut 100 Kapseln:

"Johanniskraut regt die Melatonin-Produktion im Körper an, was sich sehr positiv auswirkt ...

Melatonin regelt auch das Abwehrsystem unseres Körpers und sichert uns eine gute Gesundheit bis ins hohe Alter hinein."

Spitzwegerich 63 Kapseln:

"Für den Hals und die Lungen, schon Paracelsus empfahl Spitzwegerich ... für gesunde Nieren. Noch bekannter ist Spitzwegerich als Heilmittel bei Husten und Halsbeschwerden..." Schwedische Kräuter 42 Kapseln:

"Sie sind das beste natürliche Mittel in folgenden Fällen: Magen- und Verdauungsprobleme, gesunde Leber- und Gallenfunktion, Entgiftung und Reinigung des Blutes..."

Fett-Blocker in Kapseln:

"Senkt den Cholesterin-Spiegel".

Im Katalog der Beklagten wirbt die Beklagte (ua) wie folgt:

Bärlauch 63 Kapseln:

"Sie reinigen damit Ihren Magen, Ihre inneren Organe und Ihr Blut... Gegen hohen Blutdruck und ideal für ältere Menschen zur Verstärkung der Vitalität und Abwehrkräfte."

Weizenkeimöl + Vitamin E 63 Kapseln:

"Ein heilsames Mittel gegen Müdigkeit ist dieses Vitamin E des Weizenkeimöls. Wird wärmstens empfohlen für maximale physische Ausdauer und Verstärkung der Gehirnfunktion..."

Die Klägerin begehrt - nach Rückziehung ihrer Klage gegen die vormalige Zweitbeklagte H\*\*\*\*\* GmbH und nach Einschränkung ihres Begehrens -, die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in Österreich zu unterlassen

a) den Vertrieb von Arzneimitteln und Verzehrprodukten im Versandhandel,

b) den Vertrieb von nicht registrierten Arzneimitteln,

c) den Vertrieb von nicht angemeldeten Verzehrprodukten,

d) insbesondere den Vertrieb folgender Produkte: Eukalyptus Kapseln, Ginkgo Biloba Kapseln, Johanniskraut Kapseln, Spitzwegerich Kapseln, Schwedische Kräuter Kapseln, Fett-Blocker in Kapseln, solange diese nicht als Arzneimittel zugelassen oder als Verzehrprodukte angemeldet und nicht untersagt sind,

e) Werbung für Arzneimittel, es sei denn, das beworbene Arzneimittel ist durch das Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales als Arzneispezialität zugelassen oder als Arzneimittel im Arzneibuch im Sinne des § 1 Arzneibuch genannt,

f) bei der Werbung für Verzehrprodukte den Eindruck zu erwecken, dass dem jeweiligen Verzehrprodukt physiologische und/oder pharmakologische Wirkungen zukämen, sofern solche Angaben nicht nach § 9 Abs 3 LMG 1975 zugelassen wurden, sowie nicht genehmigte gesundheitsbezogene oder arzneiliche, krankheitsbezogene Werbung für "Bärlauch Kapseln" und "Weizenkeim + Vitamin E Kapseln" zu machen.

Die von der Beklagten vertriebenen Produkte seien nach Art und Form des Inverkehrbringens Arzneimittel im Sinne des § 1 AMG. Sie dürften ohne Zulassung nicht in Verkehr gebracht und nur in Apotheken an Letztverbraucher abgegeben werden. Sollte es sich um Verzehrprodukte handeln, so sei der Vertrieb deshalb unzulässig, weil sie nicht als Verzehrprodukte angemeldet worden seien. Weder Arzneimittel noch Verzehrprodukte dürften im Versandhandel vertrieben werden. Die gesundheitsbezogenen Angaben und die Hinweise auf arzneiliche Wirkungen dürften ohne Genehmigung nicht verwendet werden; Arzneimittelwerbung sei nur für zugelassene Arzneispezialitäten oder für im Arzneibuch genannte Arzneimittel zulässig. Keine dieser Voraussetzungen sei hier erfüllt.

Die Beklagte beantragt, das Klagebegehren abzuweisen. Sie vertreibe keine Arzneimittel, sondern Lebensmittel (Verzehrprodukte). Da sie diese Produkte in Belgien rechtmäßig in Verkehr bringen dürfe, widerspreche ein österreichisches Vertriebs- und Werbeverbot dem Gemeinschaftsrecht.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Der von der Beklagten behauptete Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht sei nicht näher zu prüfen, weil die Beklagte nicht bewiesen habe, zum Vertrieb der Produkte in Belgien berechtigt zu sein. Die in Punkt 1 d und 1 g des Urteilspruchs angeführten Produkte seien Arzneimittel aufgrund subjektiver Zweckbestimmung. Ihr Vertrieb sei unzulässig, weil sie nicht als Arzneimittel zugelassen seien. Der Versandhandel mit Arzneimitteln und Verzehrprodukten verstoße gegen § 50 Abs 2 GewO. Mit den Verstößen gegen das Arzneimittelgesetz und gegen die Gewerbeordnung handle die Beklagte sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG.

Das Berufungsgericht änderte dieses Urteil im Kostenpunkt ab, bestätigte es in der Hauptsache und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Mit dem Versand an österreichische Kunden habe die Beklagte ihre Produkte in Österreich in Verkehr gebracht. Die in Punkt 1 d des Urteilspruchs angeführten Kapseln seien nach den Produktbeschreibungen Arzneimittel aufgrund subjektiver Zweckbestimmung. Das österreichische Arzneimittelrecht widerspreche dem Gemeinschaftsrecht nicht, weil der "freie Warenverkehr" für Arzneimittel bisher nicht realisiert worden sei. Auch die §§ 3, 18 LMG seien mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Der EuGH habe in Bezug auf Arzneimittel bereits ausgesprochen, dass Maßnahmen aus Gründen des wirksamen Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen nach Art 30 EG dann gerechtfertigt sind, wenn sich dieser Schutz nicht mit anderen Maßnahmen, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken, gewährleisten lässt. Ähnliches müsse auch für Verzehrprodukte gelten. § 18 LMG hindere die Beklagte auch nicht, die von ihr angebotenen Produkte in Verkehr zu bringen. Warte sie die Untersagungsfrist nicht ab, so riskiere sie allerdings, die Produkte wieder aus dem Verkehr ziehen zu müssen, sollte das Inverkehrbringen untersagt werden. Der Vertrieb der in Punkt 1 d angeführten Produkte werde nicht grundsätzlich, sondern nur für den Fall verboten, dass sie nicht als Arzneimittel zugelassen oder als Verzehrprodukte angemeldet und nicht untersagt sind.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten.

## Rechtliche Beurteilung

Bei der Entscheidung über dieses Rechtsmittel hat der Oberste Gerichtshof (auch) das Versandhandelsverbot des § 50 Abs 2 GewO anzuwenden. Die Beklagte macht dazu geltend, dass diese Bestimmung "eine unsachlich undifferenzierte Einschränkung ... (ist), die den ortsansässigen Unternehmen gegenüber der beklagten Partei einen Wettbewerbsvorteil verschaffen und zudem den freien Warenverkehr mit Produkten, die die beklagte Partei vertreibt, behindert. Diese undifferenzierte Beschränkung lässt sich hingegen nicht mit dem Interesse am Schutz der Gesundheit der österreichischen Bevölkerung rechtfertigen".

Der Oberste Gerichtshof hat zu 4 Ob 312/00m (G 74/01) am 19. 12. 2000 an den Verfassungsgerichtshof den Antrag gestellt, das Wort "Verzehrprodukten," in § 50 Abs 2 GewO aufzuheben. Die im Antrag geäußerten Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung hält der erkennende Senat nach wie vor für berechtigt:

Gemäß § 50 Abs 2 GewO 1994 ist der Versandhandel mit Giften, Arzneimitteln, Heilbehelfen, Verzehrprodukten, Waffen und Munition sowie pyrotechnischen Artikeln an Letztverbraucher unzulässig. Das Verbot des Versandhandels mit Verzehrprodukten wurde durch Art I Z 28 der GRNov 1997 BGBl I 1997/63 in das Gesetz aufgenommen.

Nach den Materialien (644 BlgNR 20. GP 38) wurde das Verbot des Versandhandels vor allem zum Schutz der Verbraucher vor Gesundheitsgefährdung auf Verzehrprodukte ausgedehnt. Der Vertrieb derartiger Produkte im Versandhandel erschwere die behördliche Kontrolle.

Der Verfassungsgerichtshof hat schon wiederholt ausgesprochen, dass es zulässig ist, Ziele des Konsumentenschutzes mit Hilfe von Vorschriften des Gewerberechts zu verfolgen und dass die Wahrnehmung konsumentenpolitischer Erwägungen bei der gewerberechtlichen Regelung der Ausübung von Handelsgewerben im öffentlichen Interesse liegt (VfSlg 11853/1988 mwN). Der rechtspolitische Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist aber nicht unbegrenzt. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs wird das Grundrecht des Art 6 StGG verletzt, wenn sein Wesensgehalt berührt oder in einer anderen Weise gegen einen den Gesetzgeber bindenden Verfassungsgrundsatz verstoßen wird. In diesem Sinn hat der Verfassungsgerichtshof eine gesetzliche Einschränkung der Erwerbsausübungsfreiheit als mit Art 6 StGG unvereinbar gewertet, wenn sie nicht durch das öffentliche Interesse geboten und sachlich zu rechtfertigen ist (VfSlg 10718/1985 mwN).

Die sachliche Rechtfertigung des Versandhandelsverbots für Verzehrprodukte erscheint zweifelhaft:

Nach der Verordnungsermächtigung des § 50 Abs 3 GewO können neben den in § 50 Abs 2 GewO genannten Waren auch andere Waren "wegen der besonderen Gefahr einer Irreführung oder Benachteiligung der Bevölkerung" vom Versandhandel ausgenommen werden. Diese Gefahr kann bei Giften, Arzneimitteln, Heilbehelfen, Waffen, Munition und pyrotechnischen Artikeln verwirklicht sein, nicht aber bei Verzehrprodukten, selbst wenn sie im Sinne des § 1 Abs 1 Z 5 AMG dazu bestimmt sein können, die Beschaffenheit, den Zustand oder die Funktionen des Körpers oder seelische Zustände zu beeinflussen (§ 1 Abs 3 Z 2 AMG).

Verzehrprodukte sind nach § 3 LMG 1975 Stoffe, die dazu bestimmt sind, von Menschen gegessen, gekaut oder getrunken zu werden, ohne überwiegend Ernährungs- oder Genusszwecken zu dienen oder Arzneimittel zu sein. Der Begriff des "Verzehrprodukts" wurde erstmals im Lebensmittelgesetz 1975 verwendet; Ziel des Gesetzgebers war es, Stoffe, die bisher rechtlich in einer "grauen Zone" waren, ohne überdehnte Interpretation des Lebensmittelbegriffs dem Lebensmittelgesetz zu unterstellen. Damit sollte alles, was nicht eindeutig Lebensmittel ist und nicht nach den strengen Regelungen für Arzneimittel verlangt, als Verzehrprodukt den Bestimmungen des Lebensmittelgesetzes unterliegen (Barfuß/Smolka/Onder, Österreichisches Lebensmittelrecht\*\*2 Komm zu § 3).

Das Lebensmittelgesetz macht das Inverkehrbringen von Verzehrprodukten von einer vorangehenden Anmeldung, die zu einer Prüfung von Produkt und Aufmachung führt, abhängig: Nach § 18 Abs 1 LMG ist es verboten, Verzehrprodukte vor ihrer Anmeldung beim Bundesministerium für Gesundheit und Umweltschutz (derzeit: Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen) in Verkehr zu bringen. Der Bundesminister hat das Inverkehrbringen einer als Verzehrprodukt angemeldeten Ware mit Bescheid unverzüglich, längstens binnen drei Monaten zu untersagen, wenn sie den Vorschriften dieses Bundesgesetzes oder seiner Verordnungen nicht entspricht. Wer § 18 Abs 1 LMG und/oder den nach § 18 Abs 2 LMG getroffenen Anordnungen zuwiderhandelt, begeht eine Verwaltungsübertretung (§ 74 Abs 4 Z 4, Abs 5 Z 3 LMG).

§ 18 LMG stellt damit sicher, dass Waren, die als Verzehrprodukte in Verkehr gebracht werden, von der Lebensmittelbehörde auf ihre Eigenschaft als Verzehrprodukt wie auch auf die Übereinstimmung von Beschaffenheit und Aufmachung mit den einschlägigen Bestimmungen überprüft werden können. Durch die Strafbestimmungen soll erreicht werden, dass Waren nicht ohne Überprüfung durch die Behörde und nicht entgegen einer Untersagung als Verzehrprodukte in Verkehr gebracht werden (VwGH, Erkenntnis vom 9. 10. 2000, Zl. 98/10/0053).

Waren können demnach nur dann als Verzehrprodukt in Verkehr gebracht werden, wenn sie, auch was ihre Aufmachung betrifft, den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen. Verstöße gegen diese Bestimmungen machen nicht nur strafbar; sie können von Mitbewerbern auch zum Anlass genommen werden, eine Klage wegen Verstoßes gegen § 1 UWG

einzubringen und ein Vertriebsverbot zu erwirken (zum sittenwidrigen Handeln im Sinne des § 1 UWG durch Gesetzesverstoß s SZ 56/2 = EvBl 1983/49 = ÖBl 1983, 40 - Metro-Post I; ÖBl 1996, 118 - Gleitschirmschule uva).

Damit ist gewährleistet, dass die auf dem Markt befindlichen Verzehrsprodukte den gesetzlichen Vorschriften entsprechen und zwar unabhängig davon, auf welche Art sie in den Verkehr gebracht werden. Anders als bei Giften, Waffen, Munition und pyrotechnischen Artikeln ist bei Verzehrsprodukten auch nicht zu befürchten, dass sie im Wege des Versandhandels in die Hände von Personen (vor allem von Kindern und Jugendlichen) gelangen, bei denen die Gefahr besteht, dass sie damit sich selbst oder anderen Schaden zufügen. Verzehrsprodukte sind auch nicht Arzneimitteln und Heilbehelfen vergleichbar, deren sachgemäße Verwendung regelmäßig eine fachkundige Beratung voraussetzt.

Es kann auch nicht angenommen werden, dass "dubiose" Produkte nur unter dem Schutz der Anonymität im Wege des Versandhandels und nicht auch in einem Geschäft gekauft werden. Auch der Verkauf in Geschäften ist durch die Selbstbedienung weitgehend anonymisiert, so dass das Versandhandelsverbot keineswegs dazu geeignet ist, bestimmte Produkte vom Markt verschwinden zu lassen. Das beweist die Tatsache, dass Schlankheitsmittel trotz des Versandhandelsverbots erhältlich sind und dass für sie auch massiv geworben wird.

Gegen die Verfassungsmäßigkeit des Versandhandelsverbots bestehen auch deshalb Bedenken, weil diätetische Lebensmittel (§ 17 LMG), kosmetische Mittel (§ 5 LMG) und Gebrauchsgegenstände im Sinne des § 6 lit f LMG keiner vergleichbaren Vertriebsbeschränkung unterliegen und weil der zuständige Bundesminister bei Medizinprodukten bisher nicht von der Verordnungsermächtigung des § 99 Abs 1 MPG Gebrauch gemacht hat. Darin könnte eine sachlich weder gerechtfertigte noch begründbare Differenzierung gesehen werden, welche den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei gleicher Tatsachengrundlage unsachlich überschreitet und damit den Gleichheitsgrundsatz im Sinne des Art 7 B-VG verletzt.

Gegen die Verfassungsmäßigkeit des Versandhandelsverbots für Verzehrsprodukte bestehen demnach sowohl wegen Verletzung der Erwerbsausübungsfreiheit als auch wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz Bedenken. Der Oberste Gerichtshof hat im Anlassfall einen Sachverhalt zu beurteilen, der im Kernbereich der angefochtenen Norm liegt. Der Oberste Gerichtshof stellt daher auch im vorliegenden Verfahren den Antrag,

das Wort "Verzehrsprodukten," in § 50 Abs 2 GewO 1994 als verfassungswidrig aufzuheben.