

# medien<sup>ND</sup>recht

Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht

1/17

**MEDIENRECHT** **Kein Impressum, keine Autorenangabe – keine Rechtsverfolgung?**

*Daniel Bauer*

Gegendarstellungsverfahren – Urteilsveröffentlichung

„Überdosis neben geliebter Tochter“: Bildverwechslung – Betroffenheit der fälschlich abgebildeten Person

„Psychopath“: Anordnung der Löschung einer Äußerung auf Facebook:

**PERSÖNLICHKEITSSCHUTZ** **Drogentod:** Postmortales Persönlichkeitsrecht – kein immaterieller Schadenersatz

**Kriminelle Lagerinsassen:** Klagslegitimation der Mitglieder eines Kollektivs – ehemalige KZ-Insassen

**DATENSCHUTZRECHT** **MEG-Verwaltung:** Zulässigkeit der Datenübermittlung im privaten Bereich

**URHEBERRECHT** **Die digitale Verbreitung vergriffener Werke**  
Nationale Regelungen, der RL-Vorschlag der Kommission und das Urteil des EuGH in der Rechtssache „Marc Soulier/Sara Doke“

*Michel Walter*

**Marc Soulier, Sara Doke (EuGH):** Digitale Auswertung vergriffener Werke (Frankreich)

**WETTBEWERBSRECHT** **O-MIGRAene:** Irreführung – Arzneimittel – Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke

## Irreführung – Arzneimittel – Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke

OGH 25.10.2016, 4 Ob 117/16h  
(Vorinstanz: OLG Graz 07.04.2016,  
5R 40/16s) – O-MIGRAene

Deskriptoren: medizinische Zweckbestimmung, Produktname, Unklarheitenregel, Vorrang des Arzneimittelrechts

### §§ 1, 7 AMG; § 2 UWG

**1. Für die Annahme eines Präsentationsarzneimittels genügt schon die subjektive Zweckbestimmung. Dafür ist maßgebend, wie die angesprochenen Verkehrskreise die Angaben zum Produkt unter Anwendung der für § 2 UWG entwickelten Grundsätze, insbesondere der Unklarheitenregel, auffassen. Der Eindruck kann auch schlüssig, muss aber mit Gewissheit entstehen.**

**2. Der Eindruck einer heilenden Wirkung im Sinne eines Präsentationsarzneimittels kann auch durch den Produktnamen entstehen, wenn dieser die Krankheitsbezeichnung prominent herausstellt. Dabei sind die Produktaufmachung und alle anderen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, wie etwa auch die Darreichungsform als Brause und der Apothekenvertrieb.**

**3. Auch Präsentationsarzneimittel sind den Bestimmungen des AMG zur Gänze unterworfen. Ein und dasselbe Produkt kann nicht gleichzeitig als Präsentationsarzneimittel und als Lebensmittel (für besondere medizinische Zwecke) beurteilt werden.**

Die Klägerin beschäftigt sich u.a. mit der Herstellung und dem Vertrieb von Arzneimitteln, etwa auch einem rezeptfreien Arzneimittel, das unter anderem zur Behandlung von Kopfschmerzen und Migräne zugelassen ist.

Die Beklagte erzeugt und vertreibt unter anderem das nicht als Arzneimittel zugelassene Produkt „OMNi-BiOTiC MIGRAene“.

Am 19. 9. 2015 warb die Beklagte im wöchentlich erscheinenden Frauenmagazin „Madonna“ mit den Aussagen „Einfach wieder lächeln – trotz Migräne“. „OMNi-BiOTiC MIGRAene reduziert Intensität und Häufigkeit von Migräne natürlich aus dem Bauch heraus – ohne unerwünschte Effekte“. In der Kronen Zeitung vom 13. 9. 2015 warb die Beklagte mit der Aussage „Einfach wieder lächeln – trotz Migräne“ sowie damit, dass in Studien bewiesen worden sei, dass mit dem in den österreichischen Apotheken erhältlichen „OMNi-BiOTiC MIGRAene“ auf natürliche Weise sowohl die Intensität als auch die Dauer der Migräneattacken reduziert und die Schmerzmittelmengen nachhaltig gesenkt werden können. In der Apothekerkrone vom 11. 9. 2015 warb die Beklagte für ihr Produkt mit der Aussage „Einfach wieder lächeln – trotz Migräne“ und schrieb dem Produkt zu, dass es zu einer signifikanten Reduktion von Intensität und Häufigkeit von Migräne führe und seeli-

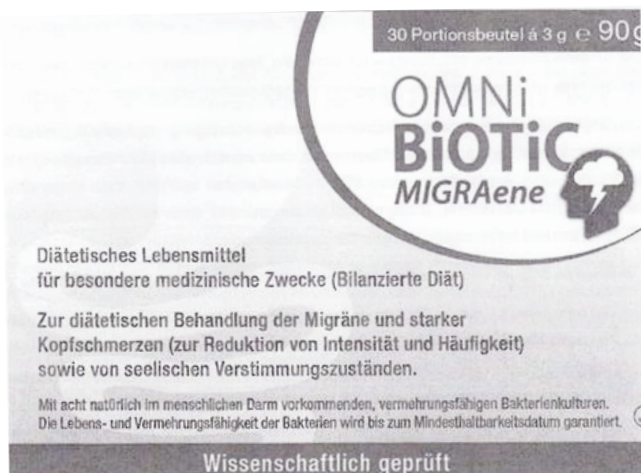
Geleitet von **Hon.-Prof. Dr. Gottfried Korn**

sche Verstimmungszustände verbessere. In der Kleinen Zeitung vom 12. 9. 2015 bewarb die Beklagte ihr Produkt mit der Aussage „Einfach wieder lächeln – trotz Migräne“ und schrieb ihm zu, dass es die Intensität und Häufigkeit von Migräne reduziere.

Diese Werbungen waren im Einzelnen wie folgt gestaltet: [beispielhaft wird hier die Werbeschaltung in der Zeitschrift „Madonna vom 19. September 2015, S 51 wiedergegeben]:



Die Verpackungen des Produkts OMNi-BiOTiC MIGRAene ist wie folgt gestaltet [Ausschnitt]:



Neben dem Produktnamen „OMNi-BiOTiC MIGRAene“ sind unter anderem folgende Informationen aufgedruckt: „Diätetisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (Bilanzierte Diät). Zur diätetischen Behandlung von Migräne und starker Kopfschmerzen (zur Reduktion von Intensität und Häufigkeit) sowie von seelischen Verstimmungszuständen.“

Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsbegehrens beantragte die Klägerin zuletzt, der Beklagten mittels EV zu verbieten, das Produkt „OMNi-BiOTiC MIGRAene“ ohne Zulassung nach dem Arzneimittelgesetz mit den auf eine Arzneimittelwirkung hinweisenden und/oder irreführenden Angaben „OMNi-BiOTiC MIGRAene“ und/oder „einfach wieder lächeln – trotz Migräne“ und/oder „reduziert Intensität und Häufigkeit von Migrä-

| **Hon.-Prof. Dr. Gottfried Korn,**  
Rechtsanwalt in Wien

ne“ und/oder „zur Behandlung von Migräne und starken Kopfschmerzen“ und/oder „OMNi-BiOTiC MIGRAene hat bewiesen, dass es auf natürliche Weise sowohl Intensität als auch Dauer von Migräneattacken reduziert und die Schmerzmittelmenge nachhaltig gesenkt werden kann“ und/oder „verbessert seelische Verstimmungszustände“ und/oder sinngleichen Äußerungen anzukündigen, zu vertreiben oder auf sonstige Weise in Verkehr zu bringen. Mit diesen Angaben bewirbt die Beklagte ihr Produkt, überdies mit dem Hinweis „wissenschaftlich geprüft“ und mit dem werblichen Hinweis, das Produkt sei in der Apotheke erhältlich. Das Produkt sei aber nicht nach § 7 AMG als Arzneimittel zugelassen. Die für diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät) in Anspruch genommenen Wirkungen seien durch allgemein anerkannte wissenschaftliche Daten zu belegen, was die Beklagte aber nicht getan habe. Da die Beklagte ihr Produkt aufgrund der Werbeaussagen und des Produktnamens als Arzneimittel präsentiere, sei dieses als solches zu beurteilen. Die Beklagte handle rechtswidrig, weil sie das Präsentationsarzneimittel ohne Zulassung nach dem AMG auf den Markt gebracht habe; überdies sei gemäß § 50a AMG die Werbung dafür unzulässig. Sie handle darüber hinaus auch irreführend im Sinn des § 2 UWG, weil sie dem Präsentationsarzneimittel eine Wirkung beimesse, die nicht hinreichend belegt sei. [...]

Das *Erstgericht* gab dem Sicherungsantrag der Klägerin insoweit statt, als es der Beklagten gebot, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, ihr Produkt ohne Zulassung nach dem Arzneimittelgesetz mit den auf eine Arzneimittelwirkung hinweisenden und irreführenden Angaben „einfach wieder lächeln – trotz Migräne“, „reduziert Intensität und Häufigkeit von Migräne“, „zur Behandlung von Migräne und starken Kopfschmerzen“ und „OMNi-BiOTiC MIGRAene hat bewiesen, dass es auf natürliche Weise sowohl Intensität als auch Dauer von Migräneattacken reduziert und die Schmerzmittelmenge nachhaltig gesenkt werden kann“ und „verbessert seelische Verstimmungszustände“ oder mit sinngleichen Äußerungen anzukündigen, zu vertreiben oder auf sonstige Weise in Verkehr zu bringen. Das Mehrbegehren, der Beklagten werde außerdem geboten, es zu unterlassen, ihr Produkt ohne Zulassung nach dem Arzneimittelgesetz mit der auf eine Arzneimittelwirkung hinweisenden und/oder irreführenden Angabe „OMNi-BiOTiC MIGRAene“ oder mit sinngleichen Äußerungen anzukündigen, zu vertreiben oder auf sonstige Weise in den Verkehr zu bringen, wies es hingegen ab. [...]

Das *Rekursgericht* bestätigte über Rekurse beider Parteien die erstgerichtliche EV. [...] Die erstgerichtliche rechtliche Beurteilung des von der Beklagten in Verkehr gebrachten Produkts als Präsentationsarzneimittel treffe zu. Die beanstandeten werblichen Angaben gingen weit über die für diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke bestehenden Kennzeichnungsvorschriften hinaus. Da sich das Unterlassungsbegehren ausschließlich auf eine (unzulässige) Bewerbung des Produkts als Arzneimittel, soweit keine Zulassung nach dem AMG vorliege, beschränke und die Irreführung schon deshalb zu bejahen sei, weil die Angaben den Verbrauchern gegenüber suggerieren, das Produkt verfüge über eine geeignete Zulassung als Arzneimittel, seien die Angaben inhaltlich im Hinblick auf die Irreführung nicht weiter zu prüfen gewesen. [...]

Der außerordentliche Revisionsrekurs der Klägerin ist zulässig und teilweise auch berechtigt; der außerordentliche Revisionsrekurs der Beklagten ist nicht zulässig.

Zum Revisionsrekurs der Beklagten:

Gemäß § 1 Abs 1 AMG, der in Umsetzung von Art 1 Nr 2 der Richtlinie 2001/83/EG eingeführt wurde, sind Arzneimittel Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die nach der allgemeinen Verkehrsauffassung dazu dienen oder nach Art und Form des Inverkehrbringens dazu bestimmt sind, bei Anwendung am oder im menschlichen oder tierischen Körper Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden zu heilen, zu lindern, zu verhüten oder zu erkennen. 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 RS0051450). Dafür ist maßgebend, wie die angesprochenen Verkehrskreise die Angaben zum Produkt auffassen (EuGH C-319/05, Knoblauchkapseln [Rz 46 f]), nicht dagegen, wie sie der Werbende verstanden wissen wollte. Es sind die zur Beurteilung von Werbeankündigungen nach § 2 UWG entwickelten Grundsätze heranzuziehen (RIS-Justiz RS0051461), insbes auch die Unklarheitenregel (4 Ob 213/06m; 4 Ob 22/04w; 4 Ob 5/00i). Der Eindruck kann zwar auch schlüssig, muss aber mit Gewissheit entstehen (EuGH C-319/05, Rz 46; 4 Ob 141/02t). Auch Präsentationsarzneimittel sind grundsätzlich den Bestimmungen des AMG zur Gänze unterworfen (RS0051393, RS0051388). Sie dürfen insbes nach § 7 Abs 1 AMG im Inland nicht ohne Zulassung abgegeben oder zur Abgabe bereit gehalten werden.

Der OGH hat bereits in zwei Entscheidungen klargestellt, dass ein und dasselbe Produkt nicht gleichzeitig als Präsentationsarzneimittel und als Lebensmittel (für besondere medizinische Zwecke) beurteilt werden kann. Wird ein Stoff als Arzneimittel im Sinn des § 1 Abs 1 Z 1 AMG auf den Markt gebracht, unterliegt er ausschließlich den Bestimmungen des Arzneimittelrechts (Art 3 Abs 2 lit d Basis VO; 4 Ob 76/15b, Cranberry Complex; 17 Ob 14/10y).

Entgegen den Revisionsrekursausführungen ergibt sich auch aus der VO 609/2013/EU nichts anderes, bestimmt diese doch in Art 9 Abs 5 ausdrücklich, dass Kennzeichnung und Aufmachung der in Art 1 Abs 1 genannten Lebensmittel sowie die Werbung dafür diesen Erzeugnissen keine Eigenschaften der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit zuschreiben oder den Eindruck dieser Eigenschaft erwecken dürfen.

Das vom Erstgericht erlassene und vom Rekursgericht bestätigte einstweilige Verbot, das Produkt „OMNi-BiOTiC MIGRAene“ ohne Zulassung nach dem Arzneimittelgesetz mit verschiedenen näher genannten, auf eine Arzneimittelwirkung hinweisenden und irreführenden Angaben oder mit sinngleichen Äußerungen anzukündigen, zu vertreiben oder auf sonstige Weise in Verkehr zu bringen, beruht daher auf keiner vom OGH im Interesse der Rechtssicherheit aufzugreifenden Fehlbeurteilung, zumal die beanstandeten Zuschreibungen eine Werbung mit konkreter Heil- und Präventionswirkung sind und demgemäß entsprechend den Grundsätzen der Rspr vom Vorliegen eines Präsentationsarzneimittels ausgegangen wurde.

Die Produktverpackung selbst weist – durch die gewählte Schriftgröße und graphische Anordnung hinreichend deutlich – die Bezeichnung „diätetisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät)“

sowie den weiteren ebenfalls deutlichen Hinweis „zur diätetischen Behandlung der Migräne und starker Kopfschmerzen ...“ auf. Der durch die Produktverpackung hervorgerufene Gesamteindruck für den verständigen Verbraucher mit dem Produkt angepasster Aufmerksamkeit entspricht wohl nicht einem Präsentationsarzneimittel, muss doch – wenn auch schlüssig – mit Gewissheit der Eindruck entstehen, es liege ein Arzneimittel vor.

Mit Blick auf die weiteren beanstandeten Werbeinschaltungen kann sich die Beklagte aber nicht darauf berufen, mit dem Hinweis auf das diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke den sonst durch die Inseratgestaltung hervorgerufenen Eindruck beseitigt zu haben, es handle sich beim beworbenen Produkt um ein Arzneimittel. Es ist zwar jeweils die Verpackung abgebildet, damit auch der dort aufgedruckte Text, dies aber entsprechend dem vom Rekursgericht als bescheinigt angenommenen Sachverhalt [...] so verkleinert, dass dieser textliche Hinweis völlig untergeht oder gar nicht lesbar ist. Dies gilt auch für den fußnotenartigen Hinweis im Zusammenhang mit dem ebenfalls in Kleindruck wiedergegebenen Hinweis auf das Herstellungsunternehmen.

Die Bezeichnung als „diätetisches Lebensmittel“ wäre als aufklärender Hinweis nur dann geeignet, den Eindruck medizinischer Zweckbestimmung zu verhindern, wenn ein durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher, der eine dem Anlass angemessene Aufmerksamkeit aufwendet, den Hinweis wahrnimmt, wenn er mit der Werbeaussage konfrontiert wird (RS0118488).

Im Hinblick auf die als bescheinigt angenommene Werbung ist die Beurteilung der Vorinstanzen, das beantragte Verbot sei im Hinblick auf das Vorliegen eines Präsentationsarzneimittels mangels Zulassung als Arzneimittel gerechtfertigt, daher als vertretbar zu beurteilen. Es ist [...] nicht Aufgabe des OGH, Anleitungen für die Gestaltung von Produktwerbung für diätetische Lebensmittel zu geben. Da zumindest ein Teil der beanstandeten Werbung eindeutig den Eindruck eines Arzneimittels und gerade nicht eines diätetischen Lebensmittels erweckt, bedarf es keiner allgemeinen weitergehenden Erörterung möglicher Abgrenzungskriterien zwischen Arzneimittel und diätetischem Lebensmittel. [...] Der a.o. Revisionsrekurs der Beklagten ist daher zurückzuweisen.

Zum Revisionsrekurs der Klägerin:

[...] Die Klägerin rügt [...] zu Recht, dass bereits der Produktname „OMNi-BiOTiC MIGRAene“ auf eine Arzneimittelwirkung hinweist, weil er suggeriert, das Präparat habe eine heilende oder lindernde Wirkung im Bezug auf diese mit dem Produktnamen eindeutig angesprochene Erkrankung.

Der zumindest schlüssige Eindruck einer heilenden Wirkung im Sinn eines Präsentationsarzneimittels wird nicht zuletzt auch im Zusammenhang mit der Darreichungsform als Brause und dem Apothekenvertrieb bewirkt.

Darüber hinaus steht die gegenteilige Beurteilung der Vorinstanzen im Widerspruch zur Rspr des erkennenden Senats, wonach ein Produktname, jedoch immer in Verbindung mit der Produktaufmachung und allen anderen Umständen des Einzelfalls, Arzneimittelwirkung anzeigen kann, wenn er die Krankheitsbezeichnung prominent herausstellt (4 Ob 301/86 für „Rheumatee“, „Gichttee“ und „Blutdrucktee“; vgl 4 Ob 340/86; 4 Ob 131/86 „Brusttee“). Dies entspricht auch der Auffassung im Schrifttum (*Ciresa*, Arzneimittelwerberecht, Rz 67; *Schnall* in *Streinz*, Lebens-

mittelrecht-Handbuch Rz 365a; *Doepner/Hüttebräuker* in *Dieners/Reese*, Handbuch des Pharmarechts, § 3 Rn 35; *Rauer*, Kosmetikwerbung und der schmale Grat hin zum Präsentationsarzneimittel, PharmR 2014, 509 [512]; *Delewski*, Die Entwicklung des Nahrungsergänzungsmittelrechts in den letzten Jahren, LmUR 2010, 1 [5], je mwN).

Der maßgebliche von der beanstandeten Werbung angesprochene Durchschnittsverbraucher versteht „OMNi-BiOTiC MIGRAene“ – unabhängig von der Schreibweise des Wortes Migräne abwechselnd mit Groß- und Kleinbuchstaben – im Zusammenhang mit der Darreichungsform als Brause und dem Apothekervertrieb als (wie auch immer hergestelltes und chemisch zusammengesetztes) Produkt, das Migräne oder allgemein Kopfschmerzen entgegen wirkt. Dieses Verständnis wird noch unterstützt durch den abgebildeten Kopf mit einer stilisierten Gewitterwolke, welche Abbildung zusätzlich auf einen heilenden oder lindernden Effekt hinweist. Damit erweckt die konkrete Produktbezeichnung zumindest schlüssig den Eindruck einer heilenden Wirkung.

Das von den Vorinstanzen ausgesprochene einstweilige Verbot, das Produkt „OMNi-BiOTiC MIGRAene“ ohne Zulassung nach dem Arzneimittelgesetz anzukündigen, zu vertreiben oder auf sonstige Weise in Verkehr zu bringen, ist daher auch auf die Verwendung des Produktnamens selbst auszudehnen.

#### Anmerkung:

1. Die Frage, ob ein Produkt noch als Lebensmittel „durchgeht“ oder schon als Arzneimittel zu gelten hat, ist insbes im boomenden Bereich der „speziellen Lebensmittel“ ständiger Begleiter jeder Marktpositionierung und jeder neuen Werbelinie. Denn dass die Auslobung eines gesundheitsbezogenen Zusatznutzens in hohem Maße absatzfördernd ist, steht außer Zweifel. Dem hat die EU durch Erlassung der Health-ClaimsVO (VO 1924/2006 des Europäischen Parlamentes und des Rates) versucht, weitestgehend Einhalt zu gebieten, indem sie ein recht striktes Zulassungssystem für gesundheitsbezogene Angaben von Lebensmitteln festlegt (vgl dazu *Marko*, MR 2008, 28; sa die mittlerweile durch die VO 432/2012 der Kommission mit Wirksamkeit v 14.12.2012 in Kraft gesetzte Positivliste gem Art 13 Health-ClaimsVO). Auch die Health-ClaimsVO lässt aber einige wesentliche Bereiche unberührt, wie etwa „diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke“, soweit sie durch die RL 89/298/EWG (Neufassung in RL 2009/29/EG) und RL 1999/21/EG (innerstaatlich VO BGBl II 416/2000 [DiätLMVO]) geregelt sind, wodurch hier gewissermaßen ein „Auffangbecken“ für sonst unzulässige Wirkversprechen verbleibt. Die maßgeblichen Vorschriften sehen eine Kennzeichnungspflicht der Produkte durch die Angabe „zur diätetischen Behandlung von ...“ unter Angabe der Krankheit oder Störung vor, der durch die Einnahme des Lebensmittels auf Ernährungsebene entgegengewirkt werden soll (vgl § 5 Abs 3 DiätLMVO). Im Gleichlauf dazu nimmt § 5 Abs 3 LMSVG die „wahrheitsgemäße Angabe des diätetischen Zwecks“ vom Verbot, einem Lebensmittel Eigenschaften der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit zuzuschreiben, aus. Das ist zwischenzeitig durch die VO 609/2013 des Europäischen Parlamentes und des Rates überholt, die mit Wirksamkeit vom 20.7.2016 auch für „spezielle Lebensmittel“ das Verbot, diesen in Kennzeichnung, Aufma-

chung und Werbung Eigenschaften der Vorbeugung, Behandlung oder Heilung einer menschlichen Krankheit zuzuschreiben, festschreibt und davon nur zweckdienliche Angaben an medizinisch qualifizierte Personen ausnimmt. Ob die behauptete Wirkung tatsächlich vorliegt, wird – anders als bei „gewöhnlichen“ Lebensmitteln, die dem Zulassungssystem der Health-Claims-VO unterliegen – nicht vorab behördlich geprüft, sondern ist vom Hersteller im Bedarfsfall durch „allgemein anerkannte wissenschaftliche Daten“ nachzuweisen (Art 3 RL 1999/21/EG; § 3 Abs 1 DiätLM-VO). Was darunter zu verstehen ist, hat die Judikatur noch nicht abschließend geklärt (vgl 4 Ob 169/11y), weshalb Werbetreibenden hier Argumentationsspielraum verbleibt.

Hersteller, die diesen rechtlichen Rahmen ausreizen, geraten leicht in Gefahr, dadurch in den Anwendungsbereich des AMG zu geraten, gilt dieses doch nicht nur für Stoffe, die tatsächlich arzneiliche Wirkungen aufweisen, sondern auch für Produkte, bei denen durch Aufmachung, Werbung oder sonstige Begleitmaßnahmen der Eindruck entsteht, sie würden über solche Wirkungen verfügen.

2. Im gegenständlichen Fall war die Grenze zum Arzneimittelrecht für den OGH deutlich überschritten: Das als „diätetisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke“ in Verkehr gebrachte Produkt rühmte sich mit einer die Krankheit Migräne heilenden Wirkung. Das Ergebnis entspricht der zitierten Vorjudikatur und verdient uneingeschränkte Zustimmung. Interessant an der vorliegenden E sind insbesondere zwei Aspekte: Zum einen referiert der OGH aus der Judikatur des EuGH, der Eindruck der Arzneimittelbestimmung könne zwar auch schlüssig, müsse aber mit Gewissheit entstehen, was auf den ersten Blick in einem Spannungsverhältnis zur in ständiger Judikatur ausdrücklich für maßgeblich erklärten Unklarheitenregel zu stehen scheint. Zum andern hält der OGH an seiner Judikatur fest, dass die Beurteilung eines Produktes als Arzneimittel dessen Beurteilung nach anderen Rechtsvorschriften, etwa dem Lebensmittelrecht, ausschließt.

2.1. In ständiger Rechtsprechung (soweit ersichtlich erstmals in 4 Ob 74/92 – *Capillaris Haarentferner*) geht der OGH davon aus, dass bei der Beurteilung der Produktangaben die zu § 2 UWG entwickelten Grundsätze und daher insb auch die Unklarheitenregel zu gelten haben. Das bedeutet, dass bei mehrdeutigen Angaben der Äußernde die für ihn ungünstigste Auslegung (das ist im gegebenen Zusammenhang regelmäßig jene Auslegung, aus der die Behauptung arzneilicher Wirkungen folgt) gegen sich gelten lassen muss. In 4 Ob 141/02t hatte der OGH die Frage auch im europarechtlichen Kontext zu prüfen und gelangte zu dem Ergebnis, dass die innerstaatlichen und die europäischen Regelungen zum Arzneimittelbegriff (insb daher was Präsentationsarzneimittel betrifft) zum selben Ergebnis führen. In dem sich mit Europarecht befassenden Teil der Begründung dieser E hat der OGH erstmals den ursprünglich aus der E des EuGH v 30.11.1983 Rs 227/82 – *van Bennekom* stammenden Satz zitiert, wonach der (nach der seinerzeit geltenden RL 65/65 maßgebliche) Begriff der „Bezeichnung“ eines Produktes weit zu verstehen sei. Darunter wären nicht nur (was der Wortlaut eigentlich indiziert) ausdrückliche Hinweise am Produkt zu verstehen, vielmehr genüge es, wenn beim durchschnittlich informierten Verbraucher „schlüssig, aber mit Gewissheit,“ der Eindruck arzneilicher Wirkungen entstehe. Dieser Begründungsduktus zielt daher in erster Linie darauf ab, nicht ex-

plizite Hinweise in die Beurteilung einzubeziehen. Er ist auch im Kontext damit zu sehen, dass es in dieser E des EuGH (wie etwa auch in den E Rs C-60/89 – *Monteil und Samanni* und Rs C-319/05 – *Komm gg Deutschland*) darum ging, ob alleine die Darreichungsform als Kapsel (bzw Tablette) ausreichend wäre, was der EuGH jeweils verneint hat. „Mit Gewissheit“ ist daher kein die Unklarheitenregel relativierender Beurteilungsmaßstab, sondern nur die Klarstellung, dass bei Beurteilung des unter ihrer Anwendung gewonnenen Bedeutungsgehaltes die Behauptung arzneilicher Wirkungen objektiv deutlich sein muss. Das lässt sich mit der jüngeren Judikatur des OGH zu Unklarheitenregel in Einklang bringen, wonach diese nicht jeder abstrakt denkbaren Deutungsvariante zum Durchbruch verhilft, sondern bei klar erschließbarem eindeutigen Bedeutungsgehalt gerade keine Anwendung findet (4 Ob 14/13g – *Liebblingszeitung der Salzburger*). Im vorliegenden Fall genügt dem OGH das prominente Herausstreichen einer Krankheit im Produktnamen (nämlich Migräne) im Zusammenspiel mit der Darreichungsform als Brause und dem Apothekenvertrieb. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

2.2. In ständiger Judikatur (zuletzt 4 Ob 76/15b – *Cranberry*) lehnt es der OGH ab, Produkte, die als Präsentationsarzneimittel einzustufen sind, auch nach anderen Normen als nach jenen des AMG zu beurteilen. Das hat seine normative Grundlage in § 1 Abs 3a AMG. Danach sind Produkte, die sowohl die Definition eines Arzneimittels gem den § 1 Abs 1-3 AMG als auch die Definition eines in einem anderen BG geregelten Produktes (also zB Lebensmittel, Kosmetika oder Medizinprodukte) erfüllen, ausschließlich nach den Normen des AMG zu beurteilen. Damit wird der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Vorrang des Arzneimittelrechtes umgesetzt (*Haas/Plank/Unterkofler*, AMG<sup>22</sup> 39; Art 2 Abs 2 RL 2004/27/EG).

In der Praxis führt das dazu, dass gerade bei Präsentationsarzneimitteln die Rechtsverfolgung oftmals in mehreren Stufen erfolgen muss. Typischerweise werden solche Produkte ja gerade nicht als Arzneimittel, sondern als Lebensmittel oder Kosmetika vertrieben. Zumeist beschränken sich Rechtswidrigkeiten auch nicht unbedingt auf die Behauptung arzneilicher Wirkungen, sondern ließen sich auch in dem vom Hersteller (Inverkehrbringer) eigentlich angestrebten rechtlichen Rahmen, also zumeist im LMSVG (bzw dazu erlassenen VO) oder in der Health-ClaimsVO, finden. So auch im gegenständlichen Fall, wo zB strittig war, ob die behauptete Wirkung (diätetische Behandlung von Migräne) wie es die DiätLMVO verlangt durch „allgemein anerkannte wissenschaftliche Daten“ abgesichert ist. Da sich diese (bislang ungeklärte) Frage aber nur dann stellt, wenn man das Produkt als diätetisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke einstuft, setzt sich der OGH damit nicht auseinander, wenn – wie hier und gerade bei solchen „medizinischen“ Lebensmitteln häufig – die Werbung die Grenze zum Arzneimittel überschreitet. Weil aber in Fällen, in denen die arzneiliche Wirkung ausschließlich durch Werbeclaims vermittelt wird, deren Weglassen das Arzneimittel im Handumdrehen wieder zu einem – vom Hersteller eigentlich ja intendierten – Lebensmittel machen kann, muss diese Frage in einem weiteren Verfahren geklärt werden, was für den Kläger einen enormen Zeitverlust bedeuten kann.

Ein Ausweg aus diesem Dilemma könnte mE wie folgt aussehen: Nachdem das in Rede stehende Produkt ja

mit einer bestimmten Zweckbestimmung (dh zumeist als Lebensmittel oder als Kosmetikum) in Verkehr gebracht wurde, hat der Hersteller wohl mit ausreichender Deutlichkeit und ganz konkret dokumentiert, dass er gerade dies wollte und auch weiterhin zu tun gedenkt. Man muss wohl auch unterstellen, dass einzelne Claims für den Fall eines Verbots unterlassen, nicht aber der Produktvertrieb zur Gänze eingestellt würde. Dann liegen insoweit aber die Voraussetzungen einer vorbeugenden Unterlassungsklage vor, was es rechtfertigt, potentielle Rechtswidrigkeiten des Produktes (bzw seiner Aufmachung oder Bewerbung) unter Ausblendung der Frage nach der Behauptung arzneilicher Wirkungen nach dem dann anwendbaren Sachrecht zu beurteilen und zu entscheiden. Denn: Eine Rechtswidrigkeit nach dem vom Hersteller (Inverkehrbringer)

eigentlich angestrebten und gewollten Sachrecht sollte nicht bloß deshalb „unter den Tisch fallen“, weil zusätzlich eine noch größere Rechtswidrigkeit verwirklicht wurde. Immerhin war ja auch die Rechtswidrigkeit nach dem angestrebten Sachrecht vom Hersteller (Inverkehrbringer) „gewollt“ (wenngleich rechtlich vielleicht anders beurteilt). Das Instrument der vorbeugenden Unterlassungsklage bietet in diesen Fällen eine adäquate Abhilfe gegen die in der Praxis zu beobachtende „Salamitaktik“, ausschließlich die konkret aufgetragenen Verpflichtungen gerade noch zu erfüllen, die dem Kläger nach derzeitigem Stand die Einklagung bereits lange ersichtlicher Rechtswidrigkeiten erst nach Erledigung der „vorrangigen Rechtswidrigkeit“ aufbüdet.

**RA Dr. Andreas Frauenberger**  
(am Verfahren als KV beteiligt)

### **Fortsetzung von S. 43 (Anmerkung M. Walter zu EuGH Marc Soulier, Sara Doko)**

vom 16. September 2016<sup>4)</sup> und den Implikationen der vorliegenden Entscheidung auf diese gesetzgeberische Initiative sei auf den Beitrag in diesem Heft „Die digitale Verbreitung vergriffener Werke“ verwiesen. Hier soll in aller Kürze der allgemeinen Frage nachgegangen werden, ob das System erweiterter Lizenzen (*extended licenses*), wie es auch in der gegenständlichen französischen Regelung für vergriffene Werke vorgesehen ist, durch die Entscheidung des EuGH grundsätzlich in Frage gestellt wird, was – um das Ergebnis vorwegzunehmen – mE nicht der Fall ist.

4. Der EuGH gründet seine Meinung vor allem darauf, dass Rechteinhaber im gegenständlichen Zusammenhang ungeachtet des Umstands, dass vergriffene Werke in eine von der *Bibliothèque Nationale* zu führende Datenbank aufzunehmen sind, hiervon keine Kenntnis haben müssen, gleichwohl aber gezwungen sind, dagegen Widerspruch zu erheben (*opting-out*), was mit dem Erfordernis der vorherigen Zustimmung des Rechteinhabers zu einer bestimmten Nutzung im Fall urheberrechtlicher Auschlussrechte nicht in Einklang zu bringen ist.

– Diese Überlegung trifft aber dann nicht zu, wenn bestimmte Rechte auf Grund einer nationalen oder einer Europäischen Regelung nur von Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden können. In einem solchen Fall muss der Rechteinhaber von vornherein damit rechnen, dass Verwertungsgesellschaften diese Rechte auch nutzbar machen, wobei eine individuelle Zustimmung nicht zur Diskussion steht, und es nur darum gehen kann, dem Rechteinhaber seinen Anteil an den Verwertungserträgen zu sichern. Gerade das System erweiterter Lizenzen ermöglicht es, auch auf die Rechte von Außenseitern Rücksicht zu nehmen, die gleich zu behandeln sind wie die Bezugsberechtigten der betreffenden Verwertungsgesellschaft. Auf unionsrechtlicher Ebene gilt dieses System insbes für die „integrale Kabelweiterleitung“ von Rundfunksendungen, wie sie in § 59b Abs 1 UrhG vorgesehen und im Unionsrecht – zwingend – festgelegt ist (Art 9 Sat- u. Kabel-RL).

Es wird dies aber auch in Fällen gelten, in welchen zwar eine Drittwirkung der von Verwertungsgesellschaften vergebenen Lizenzen, nicht aber zugleich eine Verwertungsgesellschaftenpflicht vorgesehen ist. Dies trifft in Österreich etwa für den schon im Stammgesetz 1936 geregelten Fall der öffentlichen Rundfunkwiedergabe (§ 59 UrhG)<sup>5)</sup>

und für die kommerzielle Nutzung von Werken für den Schul- und Unterrichtsgebrauch (§ 59c UrhG) zu, wobei in beiden Fällen eine ausdrückliche unionsrechtliche Grundlage fehlt, und eine freie Nutzung insoweit auch in Art 5 Info-RL nicht vorgesehen ist. Soweit es sich um analoge Nutzungen handelt, könnte allerdings die „*Grandfather Clause*“ des Art 5 Abs 3 lit o Info-RL herangezogen werden, was für eine digitale Nutzung aber ausscheidet.

– Auch in solchen – gesetzlich geregelten – Fällen geht es um Nutzungsbereiche, die für den Rechteinhaber kalkulierbar und vorhersehbar sind, weshalb sich die Situation von derjenigen, in welcher auch eine Verwertungsgesellschaftenpflicht festgelegt ist, nicht maßgebend unterscheidet. Auch ist zu bedenken, dass das Ausschlussrecht in solchen Fällen grundsätzlich aufrecht bleibt, weshalb es sich nicht um eine Ausnahme (*exception*) im eigentlichen Sinn handelt. Allerdings könnte sowohl eine Verwertungsgesellschaftenpflicht als auch eine erweiterte Lizenz als Beschränkung (*limitation*) des betreffenden ausschließlichen Verwertungsrechts angesehen werden, für welche es einer unionsrechtlichen Grundlage bedarf.

– Dessen ungeachtet wird davon auszugehen sein, dass der Unionsgesetzgeber bei Erstellung der (abschließenden) Liste zulässiger freier Werknutzungen in Art 5 Info-RL an diese Fälle nicht gedacht hat und diese auch nicht ausschließen wollte. Die Richtigkeit dieser Ansicht folgt auch aus ErwG 12 Verwertungsgesellschaften-RL, der ausdrücklich darauf hinweist, dass die Richtlinie nationale Regelungen über die individuelle Wahrnehmung, erweiterte Lizenzen, Vermutungsregeln und eine Verwertungsgesellschaftenpflicht unberührt lässt, sofern es sich um eine Lizenzvergabe durch eine repräsentative Verwertungsgesellschaft handelt. Daraus folgt, dass der Unionsgesetzgeber von der Zulässigkeit solcher Regelungen ausgeht und diese nicht als „Ausnahmen und Beschränkungen“ im Sinn des Art 5 Info-RL verstanden wissen will.

– Allerdings muss die Verwertungsgesellschaft, deren Lizenzierung eine Drittwirkung auslöst, für die betreffenden Werke oder Schutzgegenstände und die betroffene Nutzungsart repräsentativ sein, was gerade in Österreich im Hinblick auf das mit dem VerwGesG 2016 aufrecht erhaltende Monopolprinzip von Verwertungsgesellschaften in aller Regel auch der Fall sein wird.

**Michel M Walter**

*ders*, UrhG/VerwGes '15 I 253f

4) COM(2016)593 final.

5) Vgl *Michel Walter*, Handbuch des Urheberrechts I Rz 720ff;