



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Primus als Vorsitzende sowie den Richter Mag. Rendl und den Kommerzialrat Mag.Dr. Bosek in der Rechtssache der klagenden Partei **Bundesarbeiterkammer Wien**, Pöinz Eugen-Straße 20-22, 1041 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei [REDACTED], vertreten durch [REDACTED] in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500; Gesamtstreitwert: EUR 36.000), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Handelsgericht vom 30.1.2017, GZ 55 Cg 53/15k-12, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 3.2.2017, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.051,12 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin EUR 508,12 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Klägerin ist gemäß § 14 Abs 1 letzter Satz UWG klagebefugt.

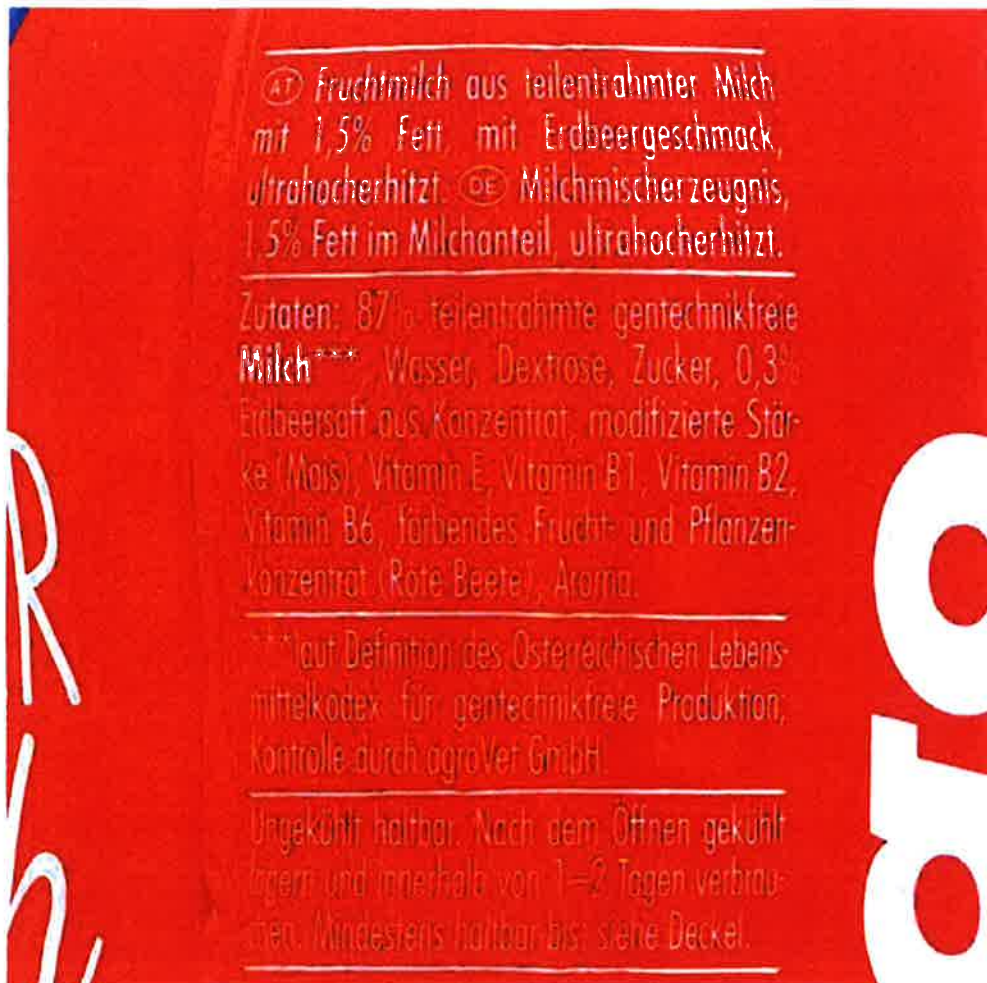
Die Beklagte bringt in österreichischen Supermärkten Milchprodukte unter der Bezeichnung „Erdbeermilch to go“, „Bananenmilch to go“ und „Vanillemilch to go“ auf den Markt. Diese Produkte werden in Plastiktrinkflaschen à 450 g angeboten. Auf zwei gegenüberliegenden Schauseiten der Flaschen befindet sich die jeweilige Produktbezeichnung, mit entsprechenden Abbildungen von Vanilleblüten und -schoten, Erdbeer- und Bananenfrüchten sowie eine Draufsicht auf ein Gefäß der Fruchtmilch mit feinst pürierten Fruchtpartikeln in nachstehender Aufmachung:





Auf einer schmalen Fläche zwischen den beiden Schau-
seiten der Flaschen finden sich in kleingedruckter
Schrift Kurzbeschreibungen („(AT) Vanillemilch aus teilent-
rahmter Milch mit 1,5 % Fett, mit Vanillegeschmack,
ultrahocherhitzt. (DE) Milchlischerzeugnis, 1,5 % Fett im
Milchanteil, ultrahocherhitzt“ / „(AT) Erdbeermilch aus
teilentrahmter Milch mit 1,5 % Fett, mit Erdbeerge-
schmack, ultrahocherhitzt. (DE) Milchlischerzeugnis, 1,5 %
Fett im Milchanteil, ultrahocherhitzt“ / „(AT) Bananen-
milch aus teilentrahmter Milch mit 1,5 % Fett, mit Bana-
nengeschmack, ultrahocherhitzt. (DE) Milchlischerzeugnis,
1,5 % Fett im Milchanteil, ultrahocherhitzt“). Darunter

befinden sich jeweils Zutatenverzeichnisse in nachstehender Aufmachung:





Die Vanillemilch enthält demnach keine Anteile an natürlicher Vanille, geschmackgebend ist ausschließlich das künstlich gewonnene Vanillearoma, der Erdbeermilch enthält 0,3 % Erdbeer-Saft aus Konzentrat, ihr prägender Geschmack wird aus künstlichen Aromen gewonnen. Bei der Bananenmilch wird 0,5 % Bananenmark zugesetzt, was einer halben Fingerkuppe natürlicher Banane, bezogen auf einen halben Liter entspricht. Deren Geschmack basiert auch auf künstlichen Aromen.

Der Kläger beehrte mit seiner auf § 2 Abs 1 Z 1 und Z 2 UWG gestützten Klage, die Beklagte schuldig zu erken-

nen, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, ihre Milchprodukte mit der Bezeichnung „to go“ enthielten nennenswerte Anteile der namensgleichen Früchte, insbesondere durch die große Herausstellung der Fruchtbezeichnung auf der Schauseite der Verpackung, der Abbildung der namensgebenden Früchte, Vanilleschoten und -blüten und/oder Abbildung des enthaltenen Getränks in einer Art und Weise, die geschmacksbildende Fruchtanteile vorspiegelt, wenn diese Milchprodukte tatsächlich keine oder nur geringe Fruchtanteile enthalten und der Geschmack im Wesentlichen oder gänzlich auf die Beigebung von chemisch-synthetisch hergestellten Aromen zurückzuführen ist. Weiters erhob er auch ein Veröffentlichungsbegehren. Durch die die jeweils geschmackgebende Frucht enthaltene Bezeichnung und die kleinste pürierte Fruchtpartikel sowie naturgetreue Früchte hervorhebenden Abbildungen werde für den Durchschnittsverbraucher der in Wahrheit unzutreffende Eindruck erweckt, es handle sich um Milchprodukte, die Fruchtzusätze enthielten, unter Verwendung von aus diesen Früchten gewonnenen natürlichen Aromen und nicht bloß durch chemisch-synthetisch hergestellte Aromen erzeugt worden seien.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte dessen Abweisung und wandte ein, die Produkte erst nach positiver Überprüfung ihrer Verkehrsfähigkeit auf den Markt gebracht zu haben. Es gebe am Markt praktisch keine Milcherzeugnisse, die nicht aromatisiert hergestellt seien. Die Packungsdeklarationen würden sachgerecht über die Beschaffenheit der Lebensmittel informieren. Alle drei Kurzbeschreibungen enthielten den Hinweis auf den jeweiligen [Frucht]Geschmack, was stets als klarer Hinweis auf die Aromatisierung des Lebensmittels verstanden

werde. Die Produktdeklaration entspreche allen rechtlichen Erfordernissen. Bei den Konsumenten würden keine unrichtigen Vorstellungen erweckt, zumal diese die Möglichkeit hätten, dort den jeweiligen Fruchtanteil leicht festzustellen.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage statt. Es traf die auf Seiten 6 bis 18 der Ausfertigung ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen wird. Durch den vom Gesamtinhalt zu unterscheidenden, hier durch die blickfangartige Herausstellung der Fruchtbezeichnung und der Abbildung feinpürrierter Fruchtmilch auf der Verpackung geprägten Gesamteindruck werde bei den Verbrauchern die Erwartung erweckt, ein Milchprodukt zu erwerben, das in Bezug auf die Geschmacksgebung auf der Beimengung eines nennenswert hohen Rohstoff- oder Fruchtanteils und nicht auf künstlich hergestellten Aromen basiere. Allein aufgrund der Verpackungsgestaltung auf der Schauseite werde der informierte Durchschnittsverbraucher davon ausgehen, ein Milchprodukt mit Fruchtzusatz oder mit natürlicher Vanille zu erwerben. Diese Erwartung könne durch das Zutatenverzeichnis nicht korrigiert werden. Allfällige gleichartige Verstöße von Mitbewerbern, deren Produkt ähnliche Aufmachungen ausweisen würden, seien ohne Relevanz. Auch der Vertrieb gleichartiger Produkte mit geschmacksprägenden Zutaten unter Verwendung künstlicher Aromen am Markt sei nicht geeignet, die Vorstellung dahin zu lenken, dass auch in den Produkten der Beklagten der Anteil natürlicher Rohstoffe gering sei. An diesem Ergebnis könnten auch die von der Beklagten vorgelegten Zeugnisse über die Verkehrsfähigkeit ihrer Produkte nichts ändern. Darin werde nur auf die Unbedenklichkeit für den menschlichen Verzehr, die Prü-

fung verpflichtender Informationen sowie die Verständlichkeit und Lesbarkeit der Angaben auf den Lebensmitteln abgestellt, nicht aber die Irreführungseignung beurteilt. Durch diese Irreführung verstoße die Beklagte gegen § 2 Abs 1 Z 1 und Z 2 UWG. Mangels Wegfalls der Wiederholungsgefahr bestehe das Unterlassungsbegehren ebenso wie das Veröffentlichungsbegehren zu Recht.

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung durch Klagsabweisung, hilfsweise auf Urteilsaufhebung.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

In ihrer Verfahrensrüge wirft die Beklagte dem Erstgericht einen Verstoß gegen § 182a ZPO vor. Sie sei durch dessen Auffassung überrascht worden, dass die Farbe und Konsistenz der verfahrensgegenständlichen Produkte für die Beurteilung der Irreführungseignung entscheidungsrelevant sei. Bei Erörterung dieses Umstandes hätte sie volle Flaschen vorgelegt und nachweisen können, dass die tatsächliche Konsistenz ihrer Produkte den Abbildungen entspreche.

Dem ist zu erwidern, dass es im hier zu beurteilenden Fall nicht um die Beurteilung einer durch die Abbildung auf der Verpackung hervorgerufene Irreführung über die tatsächliche Farbe und optische Konsistenz ihrer Milchprodukte geht. Der Verfahrensrüge fehlt es daher diesbezüglich an Relevanz.

Eine weitere auf einem Verstoß gegen § 182a ZPO

beruhende Mangelhaftigkeit des Verfahrens erblickt die Beklagte in der unterbliebenen Erörterung des für sie überraschenden Umstandes, dass in den von ihr vorgelegten Verkehrsfähigkeitsgutachten nur die verpflichtenden Kennzeichnungselemente nach der VO (EU) Nr. 1169/2011 überprüft wurden und sich demnach daher daraus keine Aufschlüsse über die normkonforme Kennzeichnung der Produkte ergeben. Bei vollständiger Erörterung hätte sie vorbringen können, dass darin die Proben auf die Anforderungen an die Kennzeichnung gemäß der erwähnten Verordnung überprüft worden seien und die Verfasser der Gutachten als Zeugen zum Beweis des Umfangs der Untersuchungen beantragen können.

Dem ist zu erwidern, dass die Anleitungspflicht des Richters gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien keineswegs so weit geht, dass der Rechtsanwalt aufzufordern wäre, ein Sachvorbringen in einer bestimmten Richtung zu erstatten und hiefür Beweise anzubieten (RIS-Justiz RS0037127), oder dass das Gericht zu erkennen geben müsste, welchen Beweisaufnahmen es Glauben schenken werde und welchen nicht, und in diesem Zusammenhang zur Stellung neuer Beweisanträge anzuleiten hätte (RIS-Justiz RS0036869). Das Verbot von Überraschungsentscheidungen bedeutet auch keineswegs, dass das Gericht seine Rechtsansicht vor der Entscheidung kundtun muss; anderes gilt nur, wenn rechtserhebliche Tatsachen nicht vorgebracht wurden (RIS-Justiz RS0122749). Schließlich gelingt es der Beklagten neuerlich nicht, die Relevanz der von ihr vorgelegten Verkehrsfähigkeitsgutachten zur Beurteilung der lauterkeitsrechtlichen Irreführungseignung darzustellen.

Ein primärer Verfahrensmangel wird nicht mit Erfolg aufgezeigt.

Die Beweisrüge bekämpft nachstehende Feststellungen:

Bekämpfte Feststellung: „Auch finden sich am Markt Konkurrenzprodukte etwa mit der beispielhaften Bezeichnung „Milch mit Bananengeschmack“ oder dergleichen, was - im Gegensatz zu den inkriminierten Erzeugnissen der Beklagten - eine Geschmacksprägung durch künstlich hergestellte Aromen indiziert.“; Ersatzfeststellung: „Auch finden sich am Markt Konkurrenzprodukte etwa mit der beispielhaften Bezeichnung „Milch mit Bananengeschmack“ oder dergleichen, was - wie bei den inkriminierten Erzeugnissen der Beklagten - eine Geschmacksprägung durch künstlich hergestellte Aromen indiziert.“ (Urteil Seite 16; Berufung Seite 3 f)

Die beanstandete Wortfolge betrifft kein Tatsachensubstrat, sondern bereits die rechtliche Beurteilung, weshalb darauf im Rahmen der Beweisrüge nicht einzugehen ist.

Bekämpfte Feststellung: „... angrenzend dazu befindet sich eine Draufsicht auf eine mit pürierten Fruchtpartikeln ausgestattete rosafarbene Fruchtmilch“; Ersatzfeststellung: „... angrenzend dazu befindet sich eine Draufsicht auf eine rosafarbene Fruchtmilch. Pürierte Fruchtpartikel sind darauf nicht zu erkennen“ (Urteil Seite 13; Berufung Seite 4 f)

Die Beklagte weist darauf hin, dass sich die auf allen drei Verpackungen befindlichen Abbildungen einer Flüssigkeit (Draufsicht) nur farblich unterscheiden, im Übrigen aber ident sind. Es handle sich in allen drei Fällen nur um Luftbläschen, deren Kontrast je nach verwendeter Farbe variieren.

Das Erstgericht hat die Verpackung nicht nur wörtlich beschrieben, sondern ohnehin abgebildet (Urteil Sei-

ten 6, 8 und 11), was alleine maßgeblich ist. Die darüber hinausgehenden Feststellungen waren daher entbehrlich und werden als „Feststellung“ nicht übernommen. Soweit der Eindruck von Fruchtstücken besteht, stellt dies bereits eine rechtliche Beurteilung dar.

Bekämpfte Feststellung: „Im Handel werden mehrere vergleichbare Milchkischerzeugnisse in einer ähnlichen Preiskategorie vertrieben, wobei die meisten hievon einen höheren Frucht- bzw. Vanilleanteil aufweisen als die von der Beklagten vertriebenen Produkte.“; Ersatzfeststellung: „Im Handel werden mehrere vergleichbare Milchmischerzeugnisse in einer ähnlichen Preiskategorie vertrieben. Teilweise haben diese einen höheren, teilweise einen niedrigeren Frucht- bzw. Vanilleanteil als die von der Beklagten vertriebenen Produkte.“ (Urteil Seite 16; Berufung Seite 5)

Entgegen der Ansicht der Beklagten sind die erstgerichtlichen Schlussfolgerungen von den Beweisergebnissen, denen sie nicht entgegengetreten ist, gedeckt (vgl die Aussage des Zeugen und die Beilagen ./B, ./C und ./E). Demgegenüber hat sie es unterlassen, Angaben über den natürlichen Fruchtanteil der von ihr genannten Produkte zu machen. Die Feststellung ist daher angesichts des Regelbeweismaßes der hohen Wahrscheinlichkeit nicht zu beanstanden.

Mit der erwähnten Einschränkung übernimmt das Berufungsgericht die Feststellungen und legt sie seiner rechtlichen Beurteilung zu Grunde (§ 498 ZPO).

In ihrer Rechtsrüge wirft die Beklagte dem Erstgericht die Heranziehung eines der Rechtsprechung des EuGH widersprechenden Leitbildes eines „flüchtigen“ Verbrauchers vor, wenn es befürchtet, die Konsumenten würden

sich bei kostengünstigen und kurzlebigen Lebensmitteln wie den hier beanstandeten Produkte nicht mehr mit dem Zutatenverzeichnis auseinandersetzen. Insbesondere wendet sie sich gegen die erstgerichtliche Auffassung, die Aufmachung auf der Hauptschauseite spiegle durch die prominente Herausstellung der Fruchtbezeichnung, der Abbildung der namensgleichen Früchte sowie die Abbildung des namensgleichen Getränkes geschmacksbildende Fruchtanteile vor, welche gar nicht oder nur in geringen Mengen enthalten seien und deren Geschmack im Wesentlichen oder gänzlich auf künstlichen Aromen beruhe. Dieser Schlussfolgerung stehe zum Einen die Produktart und der geringe Preis entgegen, zum Anderen könnten aus der farblichen Abbildung des Getränkes keine Rückschlüsse auf die Zusammensetzung der Getränke gezogen werden, weshalb die Verbraucher nur Getränke mit Fruchtgeschmack erwarten würden. Mangels Verwendung weiterer entsprechender Produktangaben (wie „naturrein“, „echter“ oder „purer Obstgeschmack“) würde nicht die Erwartung geweckt, dass darin keinesfalls nennenswerte Anteile der jeweils abgebildeten Früchte enthalten seien.

Das Rekursgericht schließt sich der überzeugenden Argumentation des Erstgerichts an (§ 500a ZPO). In Erwiderung der Argumente der Rechtsrüge ist ergänzend auszuführen:

Zum Verbraucherleitbild hat schon das Erstgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass das „europäische“ Referenzmodell des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers heranzuziehen ist, der eine dem Anlass angemessene Aufmerksamkeit aufwendet. Dabei ist auf den „durchschnittlichen“ Vertreter der jeweils angesprochenen Gruppe (der „angesprochenen Verkehrskreise“ im

Sinne der bisherigen Rechtsprechung) abzustellen (vgl 4 Ob 42/08t). Die vom Erstgericht angesprochene Gefahr, flüchtige Verbraucher würden sich angesichts der Kurzlebigkeit und Kostengünstigkeit von Lebensmitteln nicht mehr mit der Sachbezeichnung und dem Zutatenverzeichnis auseinandersetzen, beruht nicht auf der Heranziehung eines veralteten Verbraucherleitbildes. Zutreffender Weise ist nämlich die Aufmerksamkeit und die Sorgfalt, mit der ein Verbraucher eine Werbung zur Kenntnis nimmt, nicht stets die gleiche, sondern hängt davon ab, welche Bedeutung die Ware oder Dienstleistung besitzt. Schon deshalb wird bei geringfügigen Waren oder Dienstleistungen des täglichen Bedarfs die Beurteilung einer Werbung auch von einem verständigen Verbraucher flüchtig erfolgen (vgl 4 Ob 95/16y; *Bornkamm/Feddersen* in Köhler/Bornkamm UWG³⁷ § 5 Rz 79). Darüber hinaus werden damit vom Erstgericht die mit der blickfangartigen Herausstellung unrichtiger oder unvollständiger Angaben verbundenen Aspekte der zulässigen Korrektur dadurch hervorgerufener Irrtümer durch die Möglichkeit irrtumsausschließender Aufklärungen, insbesondere beim Verhältnis von Etikett und Zutatenliste im Lebensmittelbereich angesprochen. In diesem Zusammenhang hat der EuGH, wie die Beklagte zutreffend ausführt, früher wiederholt ausgesprochen, es sei davon auszugehen, dass Verbraucher, die sich in ihrer Kaufentscheidung nach der Zusammensetzung der Erzeugnisse richteten, zunächst das (unionsrechtlich vorgeschriebene) Zutatenverzeichnis lesen werden, und daraus den Schluss gezogen, dass die allenfalls bestehende Gefahr, dass Verbraucher dabei in Einzelfällen irregeführt werden könnten, gering sei. Diese stark am Zutatenverzeichnis orientierte Haltung wurde jedoch mittlerweile dahin relati-

viert, dass die Etikettierung eines Lebensmittels durch das Aussehen, die Bezeichnung oder die Darstellung einer bestimmten Zutat nicht den unzutreffenden Eindruck erwecken darf, dass diese Zutat im Lebensmittel vorhanden sei, selbst wenn sich ihr Fehlen aus dem Zutatenverzeichnis ergibt (EuGH, GRUR 2016, 701 Rn 31). Damit ist klar gestellt, dass ein korrektes Zutatenverzeichnis allein die Irreführung durch die Art und Weise der Etikettierung nicht ausschließt (vgl. dazu BGH GRUR 2016, 738 Rn 15 - Himbeer-Vanille-Abenteuer II; vgl. *Bornkamm/Feddersen* aaO § 5 Rn 1.79 f). Diese Rechtsprechung wird dem Umstand gerecht, dass weite Kreise der Verbraucher die Zutatenliste nicht oder nicht mit großer Aufmerksamkeit lesen, sondern allenfalls flüchtig wahrnehmen, wie zutreffend von der Lehre mehrfach hervorgehoben wird (vgl. *Diekmann* in *jurisPK-UWG*³ § 5 UWG Rz 344 mwN; *Nordemann* in *Götting/Nordemann UWG*² § 5 Rn 0.101).

Ausgehend davon ist das vom Erstgericht im vorliegenden Einzelfall erzielte Ergebnis seiner Überprüfung, dass die Etikettierung trotz aufklärender Hinweise in der Zutatenliste irreführend ist, nicht korrekturbedürftig. Die Argumentation der Beklagten, dass die gewählte Bezeichnung und die Abbildung von Früchten insbesondere im Zusammenhang mit dem geringen Preis ihres Milchgetränks eine Irreführung ausschließen, ist nicht stichhaltig. Der Kläger weist zutreffend darauf hin, dass ein geringer Preis zu einer geringeren Aufmerksamkeit der Verbraucher führen kann und es zudem nicht ausgeschlossen ist, dass auch Milchlischgetränke mit nennenswerten Fruchtanteil zu bereits niedrigen Preisen angeboten werden, weshalb keineswegs davon auszugehen ist, dass Verbraucher im vorliegenden Fall mit einem Fruchtanteil im

Ausmaß von bloßen Spurenelementen rechnen werden. Dass die Grenze zu einem nennenswerten Fruchtanteil schwer zu ziehen ist, mag zutreffen. Bei den hier vorliegenden geringfügigen Mengen an Fruchtanteil ist diese aber bei weitem nicht erreicht.

Das Erstgericht hat daher die Aufmachung des Produkts insgesamt zu Recht als irreführend beurteilt. Die relevierte sekundäre Mangelhaftigkeit liegt nicht vor, weil die Frage, ob am Markt viele Produkte mit künstlichen Aromen angeboten werden, für die rechtliche Beurteilung ohne Relevanz ist.

Die Anordnung der Urteilsveröffentlichung gemäß § 25 UWG wird von der Berufung nicht thematisiert, weshalb sich diesbezügliche Ausführungen erübrigen.

Der Berufung war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Die ordentliche Revision ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO im Hinblick auf die zitierte Judikatur nicht zulässig.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 4, am 31. August 2017

Dr. Dorit Primus
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG