jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 2002/8/20 4Ob173/02y

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 20.08.2002

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden sowie durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei N***** AG, *****, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte OEG in Wien, gegen die beklagte Partei E***** GmbH, *****, vertreten durch Dallmann & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 34.882,96 EUR), über den Revisionsrekurs der Beklagten gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 8. Mai 2002, GZ 2 R 88/02m-17, mit dem der Beschluss des Landesgerichts Feldkirch vom 12. März 2002, GZ 9 Cg 335/01a-12, abgeändert wurde, folgenden

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Klägerin hat die Kosten ihrer Revisionsrekursbeantwortung vorläufig selbst zu tragen; die Beklagte hat die Kosten ihres Revisionsrekurses endgültig selbst zu tragen.

Text

Begründung:

Klägerin und Beklagte vertreiben Milch und Milchprodukte. Die Beklagte vertreibt seit November 2001 Milch in Packungen, die auf der Vorderseite wie folgt beschriftet sind:

„Emmi Vollmilch 3,6 %

Länger

frische

Vollmilch

..."

Seitlich tragen die Packungen folgende Aufschriften:

„Endlich heißt es: Täglich

längerfrische Milch genießen,

ohne täglich einzukaufen.

Mit Emmi, die Längerfrische
haben Sie stets einen Vorrat
und müssen nie wieder auf
den feinen Geschmack
frischer Milch verzichten.
...
Vollmilch mit 3,6 %
homogenisiert, hocherhitzt
Gekühlt bei +6oC mindestens
Haltbar bis: siehe Giebel
...
Sowie
„Emmi, die Längerfrische
bleibt als einzige Vollmilch
Österreichs länger frisch.
Möglich macht dies ein
ebenso innovatives wie
natürliches Verfahren,
genannt 'Falling Stream
Heater': Emmi, die
Längerfrische Vollmilch fällt
in feinen Strahlen durch
heiße Luft und wird auf
diese Weise schockerhitzt.
In nur einer Sekunde,
ohne Berührung mit Metall,
ohne jegliche Zusätze.
Mit Emmi, die Längerfrische
bereitet frischer Milchgenuss
endlich länger Freude.
Tag für Tag.
..."

Bei einer am 21. 11. 2001 gekauften Packung der „Emmi längerfrische Vollmilch" war das Haltbarkeitsdatum „7. 12. 2002" aufgedruckt.

Kapitel B 32 des Österreichischen Lebensmittelbuchs lautet wie folgt:

„Auflagen für 'Pasteurisierte Konsummilch', bei der der Frischebegriff ausgelobt wird

(über die Bestimmungen der Milchhygiene-Verordnung 1993 teilweise hinausgehend)

1 Zwischen Gewinnung der Rohmilch und Pasteurisierung dürfen nicht mehr als 48 Stunden liegen.

2 Pasteurisierte Milch muss durch einmalige Kurzzeiterhitzung (mindestens 15 Sekunden bei 71,7 oC bzw

vergleichbare Relation) oder durch ein Verfahren der Pasteurisierung gewonnen worden sein, bei dem unterschiedliche Zeit-Temperaturrelationen mit gleicher Wirkung verwendet werden. Außerdem muss sie im Phosphatasetest eine negative und beim Peroxidasetest eine positive Reaktion zeigen. Nach der Pasteurisierung muss die Milch sofort abgekühlt werden, damit schnellstmöglich eine Temperatur von höchstens 6 oC erreicht wird (gem. Milchhygiene-Verordnung, 1993, Anhang C, Kap. I, 4a).2 Pasteurisierte Milch muss durch einmalige Kurzzeiterhitzung (mindestens 15 Sekunden bei 71,7 oC bzw vergleichbare Relation) oder durch ein Verfahren der Pasteurisierung gewonnen worden sein, bei dem unterschiedliche Zeit-Temperaturrelationen mit gleicher Wirkung verwendet werden. Außerdem muss sie im Phosphatasetest eine negative und beim Peroxidasetest eine positive Reaktion zeigen. Nach der Pasteurisierung muss die Milch sofort abgekühlt werden, damit schnellstmöglich eine Temperatur von höchstens 6 oC erreicht wird (gem. Milchhygiene-Verordnung, 1993, Anhang C, Kap. römisch eins, 4a).

3 Als Frischebegriff ist maximal der der Pasteurisierung folgende 5. Tag auszuzeichnen. Liegen zwischen Gewinnung und Pasteurisierung nicht mehr als 24 Stunden, dann ist als Frischebezeichnung maximal der der Pasteurisierung folgende 6. Tag auszuzeichnen.

Das Mindesthaltbarkeitsdatum und die Lagerbedingungen sind gemäß Lebensmittelkennzeichnungsverordnung 1993 anzugeben. Empfohlen wird eine Lagertemperatur von höchstens 6 oC."

Bei der Vermarktung von Lebensmitteln suchen Hersteller, Handel und Konsument nach einem Kompromiss zwischen Natürlichkeit und „convenience", das heißt Einfachheit von Transport und Lagerung. In diesem Sinn hat die Lebensmitteltechnologie verschiedene Verfahren zur Verarbeitung von Rohmilch entwickelt, um Keime möglichst zu beseitigen und die Haltbarkeit zu erhöhen. Soweit diese Verfahren in der Erhitzung der Milch bestehen, unterscheiden sie sich vor allem durch die Höhe der Temperatur und die Dauer der Erhitzung. Grundsätzlich sind umso weniger Keime vorhanden und ist die Milch umso länger haltbar, je höher die Temperatur ist, der die Milch ausgesetzt wird. Die geringere Anzahl von Keimen und die längere Haltbarkeit ist aber mit einer Änderung des Geschmacks und der den gesundheitlichen Wert der Milch bestimmenden Eigenschaften verbunden.

Die vergleichsweise geringste Veränderung erfährt die Milch durch das Pasteurisieren. Dabei wird die Milch mindestens 15 Sekunden bei 71,7o C oder in einer unterschiedlichen Zeit-Temperaturrelation mit gleicher Wirkung erhitzt. Ergebnis ist eine weitgehend keimfreie Milch mit weitgehend erhaltener ernährungsphysiologischer Qualität, einem der Rohmilch vergleichbaren Geschmack und einer gegenüber der Rohmilch erhöhten Haltbarkeit von mehreren Tagen bei gekühlter Lagerung.

Die am stärksten veränderte Milch ist die Haltbarmilch (H-Milch, UHT-Milch). Diese wird zumindest ein oder zwei Sekunden lang „ultrahohen" Temperaturen von 135o bis 150o C ausgesetzt. Haltbarmilch kann wochenlang auch ungekühlt gelagert werden. Sie hat jedoch durch die hitzebedingte Veränderung des Milchzuckers einen typischen Eigengeschmack, der teilweise als unangenehmer Kochgeschmack empfunden wird. Verschiedene hitzeempfindliche Vitamine gehen in unterschiedlichem Ausmaß verloren.

Zwischen pasteurisierter Milch und Haltbarmilch stehen Milchprodukte, die in jüngerer Zeit entwickelt wurden und bei deren Herstellung Temperaturen eingesetzt werden, die nicht so niedrig sind wie bei der Pasteurisierung und nicht so hoch wie bei UHT-Produkten. Diese Milch wird als ESL (= Extended Shell Life)-Milch bezeichnet, weil sie länger gelagert werden kann als bloß pasteurisierte Milch. Bei der ESL-Milch wird gleichzeitig angestrebt, den Geschmack gegenüber Rohmilch oder pasteurisierter Milch nicht oder möglichst wenig abfallen zu lassen. ESL-Milch wird in verschiedenen Verfahren hergestellt, die sich unter anderem durch die Temperatur unterscheiden, der die Milch ausgesetzt wird. Es gibt der pasteurisierten Milch ähnliche ESL-Milch, die noch eine positive Peroxidasereaktion aufweist, also noch intakte Enzyme enthält. Daneben werden aber auch ESL-Produkte erzeugt, die durch eine Hochtemperaturbehandlung bei 125o bis 135o C annähernd steril sind.

Mit welcher Temperatur die von der Beklagten vertriebene ESL-Milch behandelt wird, ist nicht bescheinigt. Ebensowenig ist bescheinigt, wie sich der ernährungsphysiologische Wert und die Haltbarkeit dieser Milch zur pasteurisierten Milch und zur Rohmilch verhält.

Die Klägerin begehrt zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, eine hocherhitzte Vollmilch mit einer Mindesthaltbarkeitsdauer von mehr als 7 Tagen als Frischmilch, insbesondere unter der

Bezeichnung „Längerfrische Vollmilch", anzukündigen, zu vertreiben oder sonst in Verkehr zu bringen. Die Milch der Beklagten sei keine Frischmilch, sondern eine durch hohe Temperaturen haltbar gemachte Milch. Bei einer als „frisch" angekündigten Vollmilch erwarte der durchschnittliche Verbraucher nicht, dass die Milch durch Hocherhitzung haltbar gemacht sei. Das ergebe sich nicht zuletzt aus den Richtlinien für Frischmilch des Österreichischen Lebensmittelbuchs. Mit dem Begriff „frisch" sei nur eine Pasteurisierung, nicht aber auch eine Hocherhitzung vereinbar. Die Beklagte kündige eine Haltbarkeitsfrist von mindestens 16 Tagen an und setze sich damit über die Regel hinweg, dass eine Milch, deren Haltbarkeitsdatum nach dem 6. Tag nach der Pasteurisierung liege, nicht als „frisch" angekündigt werden dürfe. Pasteurisierte Milch zeige beim Peroxidasetest eine positive Reaktion, hocherhitzte Milch reagiere hingegen negativ. Dies bedeute, dass sämtliche Enzyme abgetötet seien. Die Beklagte vergleiche die Werte ihres Produkts nicht mit pasteurisierter Milch, sondern nur mit ultrahocherhitzter Haltbarmilch. Anstatt wahrheitsgemäß anzukündigen, dass ihre Vollmilch infolge Hocherhitzung länger haltbar sei, behaupte die Beklagte in grob irreführender Weise, ihre Milch sei länger frisch. Die Beklagte verstoße aber nicht nur gegen § 2 UWG, sondern auch gegen § 1 UWG, weil sie sittenwidrige vergleichende Werbung betreibe. Sie erwecke durch die Ankündigung „Längerfrische Vollmilch" den Eindruck, dass ihre Milch insoweit alle anderen vergleichbaren Erzeugnisse übertreffe, weil sie „als einzige Milch Österreichs länger frisch bleibt". Der Verbraucher merke nicht, dass die Beklagte damit Ungleiches vergleiche. Durch den irreführenden Vergleich verbessere die Beklagte ihre Wettbewerbsposition, weil die Verbraucher natürlich der „Längerfrischen Vollmilch" den Vorzug geben würden.Die Klägerin begehrt zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, eine hocherhitzte Vollmilch mit einer Mindesthaltbarkeitsdauer von mehr als 7 Tagen als Frischmilch, insbesondere unter der Bezeichnung „Längerfrische Vollmilch", anzukündigen, zu vertreiben oder sonst in Verkehr zu bringen. Die Milch der Beklagten sei keine Frischmilch, sondern eine durch hohe Temperaturen haltbar gemachte Milch. Bei einer als „frisch" angekündigten Vollmilch erwarte der durchschnittliche Verbraucher nicht, dass die Milch durch Hocherhitzung haltbar gemacht sei. Das ergebe sich nicht zuletzt aus den Richtlinien für Frischmilch des Österreichischen Lebensmittelbuchs. Mit dem Begriff „frisch" sei nur eine Pasteurisierung, nicht aber auch eine Hocherhitzung vereinbar. Die Beklagte kündige eine Haltbarkeitsfrist von mindestens 16 Tagen an und setze sich damit über die Regel hinweg, dass eine Milch, deren Haltbarkeitsdatum nach dem 6. Tag nach der Pasteurisierung liege, nicht als „frisch" angekündigt werden dürfe. Pasteurisierte Milch zeige beim Peroxidasetest eine positive Reaktion, hocherhitzte Milch reagiere hingegen negativ. Dies bedeute, dass sämtliche Enzyme abgetötet seien. Die Beklagte vergleiche die Werte ihres Produkts nicht mit pasteurisierter Milch, sondern nur mit ultrahocherhitzter Haltbarmilch. Anstatt wahrheitsgemäß anzukündigen, dass ihre Vollmilch infolge Hocherhitzung länger haltbar sei, behaupte die Beklagte in grob irreführender Weise, ihre Milch sei länger frisch. Die Beklagte verstoße aber nicht nur gegen Paragraph 2, UWG, sondern auch gegen Paragraph eins, UWG, weil sie sittenwidrige vergleichende Werbung betreibe. Sie erwecke durch die Ankündigung „Längerfrische Vollmilch" den Eindruck, dass ihre Milch insoweit alle anderen vergleichbaren Erzeugnisse übertreffe, weil sie „als einzige Milch Österreichs länger frisch bleibt". Der Verbraucher merke nicht, dass die Beklagte damit Ungleiches vergleiche. Durch den irreführenden Vergleich verbessere die Beklagte ihre Wettbewerbsposition, weil die Verbraucher natürlich der „Längerfrischen Vollmilch" den Vorzug geben würden.

Die Beklagte beantragt, den Sicherungsantrag abzuweisen; sollte dem Antrag stattgegeben werden, so sei der Klägerin eine Sicherheitsleistung von mindestens 563.000 EUR aufzuerlegen. Die Gesamtaufmachung der Packung erwecke nicht den Eindruck, dass es sich um Frischmilch handle. Aus der Produktbezeichnung und auch aus den weiteren Angaben auf der Packung sei zu erkennen, dass es sich um eine besondere Art von Milch handle. Ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher gewinne nicht den Eindruck, eine herkömmliche pasteurisierte Vollmilch zu erwerben. Das Lebensmittelbuch regle ESL-Milch (noch) nicht. Diese Milch werde durch Hocherhitzung länger haltbar gemacht und weise hinsichtlich Geschmack, Vitaminen, Nährstoffen die wesentlichen Eigenschaften der Frischmilch auf. Der Verbraucher erwarte bei frischer Milch nicht vollkommen unbehandelte Milch. Bei frischer Milch erwarte der Verbraucher, dass die Milch frisch schmecke, gesundheitstechnisch und hygienisch einwandfrei sei und die ernährungsphysiologischen Ansprüche erfülle. „Längerfrische" Milch sei in verschiedenen Staaten Europas als Bezeichnung für eine dritte Kategorie von Milch, neben pasteurisierter Milch und Haltbarmilch, gebräuchlich. Sie erfülle die Erwartung des Verbrauchers, eine keimfreie und frisch schmeckende Milch zu erhalten. Je nach der Art der Verarbeitung der Milch sei auf einen verschiedenen Frischebegriff abzustellen. Die Klägerin behaupte nicht, dass das von der Beklagten angewandte Verfahren nicht geeignet sei, den Frischecharakter

der Milch zu erhalten. Es gäbe mehrere Untersuchungsergebnisse, wonach die von der Beklagten in Verkehr gebrachte Vollmilch die Eigenschaften einer herkömmlichen pasteurisierten Frischmilch besitze und mit dieser gleichzusetzen sei. Sämtliche Angaben der Beklagten seien wahrheitsgemäß und nicht zur Irreführung geeignet. Nur durch umfangreiche Sachverständigengutachten könnte bescheinigt werden, dass die von der Beklagten vertriebene Milch nicht die Eigenschaften einer Frischmilch aufweise. Diese Bescheinigung könne im Provisorialverfahren nicht erbracht werden. Schon aus diesem Grund könne keine einstweilige Verfügung erlassen werden. Die Klägerin wolle sich durch den Sicherungsantrag einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Sie beabsichtige offenbar, ebenfalls ein ESL-Produkt auf den Markt zu bringen, und wolle daher erreichen, dass die Beklagte ihr Produkt vom Markt nehmen müsse. Der Beklagten drohe ein Schaden von 1,500.000 S, wobei der Imageschaden gar nicht beziffert werden könne.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab. Zusätzlich zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt stellte es fest, mehrere Untersuchungsbefunde bestätigten, dass die im FSH (= Falling Stream Heater)-Verfahren behandelte „Emmi Längerfrische Vollmilch" in puncto Geschmack und Geruch einer homogenisierten pasteurisierten Milch entspricht. Die Regelung des Lebensmittelbuchs für pasteurisierte Milch könne nicht unmittelbar übernommen werden. Es sei davon auszugehen, dass die zeitliche Begrenzung der Frischebezeichnung auf die speziellen Eigenschaften dieses Verfahrens abstelle. Aus der Regelung lasse sich aber weder ableiten, wie lange unbehandelte Vollmilch als „frisch" bezeichnet werden dürfe, noch wie lange dies für Milch zulässig sei, die in einem anderen, möglicherweise die Milch höher erhitzenden Verfahren haltbar gemacht wurde. Ebensowenig könne daraus geschlossen werden, dass für jede andere als durch Pasteurisierung behandelte Milch die Bezeichnung „frisch" unzulässig sei oder als „frisch" nur eine Milch bezeichnet werden dürfe, die im Phosphatasetest eine negative und beim Peroxidasetest noch eine positive Reaktion zeige. Ob und wie lange ESL-Milch als „frisch" bezeichnet werden dürfe, könne daher ausschließlich auf Grundlage der konkreten Eigenschaften dieser Milch beurteilt werden. Dabei sei zu beachten, dass „frisch" im Zusammenhang mit Lebensmitteln durchaus differenziert verwendet werde. Als „frisch" würden einerseits Lebensmittel bezeichnet, die zeitlich möglichst unmittelbar vor dem Verzehr erzeugt wurden, andererseits werde diese Bezeichnung aber auch für Lebensmittel verwendet, die zwar eine gewisse Zeit gelagert, aber noch nicht verdorben sind. In diesem Sinn sei es grundsätzlich nicht ausgeschlossen, auch ein haltbar gemachtes Lebensmittel über einen begrenzten Zeitraum als „frisch" oder „länger frisch" zu bezeichnen. Ob die von der Beklagten vertriebene ESL-Milch im Vergleich mit einer natürlichen unbehandelten Milch oder einer pasteurisierten Milch als „frisch" bezeichnet werden dürfe, könne nur durch genaue vergleichende Bewertung der Eigenschaften beurteilt werden. Dies sei nach den Bescheinigungsergebnissen nicht möglich; ein Sachverständigengutachten sei im Provisorialverfahren nicht einzuholen. Aus diesem Grund sei der Sicherungsantrag abzuweisen. Ein Verbot, der Beklagten die Behauptung zu untersagen, dass die von ihr vertriebene Milch „als einzige Vollmilch Österreichs länger frisch bleibe", werde nicht begehrt.

Das Rekursgericht erließ die einstweilige Verfügung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der Revisionsrekurs zulässig sei. Die von der Klägerin bekämpfte Feststellung, wonach mehrere Untersuchungsbefunde bestätigten, dass die durch das FSH-Verfahren behandelte „Emmi Längerfrische Vollmilch" in Geschmack und Geruch einer homogenisierten pasteurisierten Milch entspreche, werde nicht übernommen. Das Rekursgericht gehe davon aus, dass die Frage, ob die von der Beklagten vertriebene „Längerfrische Vollmilch" hinsichtlich Geschmack und Geruch einer pasteurisierten Milch entspreche, im Provisorialverfahren offen geblieben sei. Dass die von der Beklagten vertriebene Milch im Gegensatz zu pasteurisierter Milch eine negative Peroxidasereaktion zeige, werde von der Beklagten zugestanden. Die Relevanz des Inhalts an Peroxidase für die Qualität der Milch könne aber den Bescheinigungsmitteln ebensowenig entnommen werden wie der von der Klägerin ins Treffen geführte Proteinverlust von 1 bis 3 %, so dass das Rekursgericht schon aus diesem Grund dazu keine Feststellungen treffe. In seinen Ausführungen zur Rechtsrüge ging das Rekursgericht davon aus, dass „frisch" schon nach der Wortbedeutung insbesondere für Nahrungsmittel auf eine zeitliche Nähe zur Erzeugung hinweise. Die Beklagte verwende nicht nur die Bezeichnung „längerfrische", sondern „länger" und „frische" und behaupte, dass ihre Milch länger frisch bleibe. Das Österreichische Lebensmittelbuch knüpfe die Verwendung der Bezeichnung „frisch" für Milch an enge zeitliche Voraussetzungen. Die in diesem Zusammenhang genannte Pasteurisierung sei eine aus lebensmittelhygienischen Gründen notwendige Konzession an den an sich engeren Frischebegriff, weil eine völlig unbehandelte und damit im eigentlichen Sinn frische Milch nur sehr eingeschränkt in Verkehr gebracht werden dürfe. Diese Konzession mache das Lebensmittelbuch ausschließlich für das herkömmliche schonendste Verfahren zur Abtötung von Keimen in der Milch, die Pasteurisierung. Soweit Milch durch ein anderes Verfahren wirksamer und

länger haltbar gemacht werde, dürfe sie nach der unverkennbaren Intention des Lebensmittelbuchs nicht mehr als frisch bezeichnet werden, auch wenn es sich um ein neues Verfahren handle, das vom Lebensmittelbuch noch nicht umfasst werde. Eine damit behandelte Milch wäre nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als „länger haltbar", nicht aber als „länger frisch" zu bezeichnen. Auf die objektiven Eigenschaften der Milch komme es dabei nicht an. Da der hier maßgebliche Inhalt des Lebensmittelbuchs ohnehin dem allgemeinen Sprachgebrauch entspreche, bedürfe es keiner Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine „verweisende Verbrauchervorstellung" vorliege. Dass die Beklagte „frisch" in Verbindung mit „länger" verwende, führe zu keiner anderen Beurteilung, weil die Beklagte die ungünstigste Auslegung des insoweit mehrdeutigen Begriffs gegen sich gelten lassen müsse. Ein nicht unbeträchtlicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise werde der von der Beklagten vertriebenen Milch wegen der hervorgehobenen Bezeichnung „frisch" die Eigenschaften einer herkömmlichen Frischmilch beimessen; dazu gehöre auch eine sehr eingeschränkte zeitliche Nähe zur Erzeugung, welche die von der Beklagten vertriebene Milch nicht aufweise. Die Gefahr der Irreführung bestehe unabhängig davon, ob „Längerfrische" in Deutschland und in anderen Ländern bereits als terminus technicus verwendet werde. Eine Sicherheitsleistung sei nicht aufzuerlegen, weil die Klägerin ihren Anspruch ausreichend bescheinigt habe.

Rechtliche Beurteilung

Der gegen diesen Beschluss gerichtete Revisionsrekurs der Beklagten ist zulässig, weil Rechtsprechung zu einem gleichartigen Sachverhalt fehlt; der Revisionsrekurs ist aber nicht berechtigt.

Das Rekursgericht hat den Unterlassungsanspruch im Wesentlichen mit der Begründung bejaht, dass ein nicht unbeträchtlicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise der von der Beklagten vertriebenen Milch wegen der hervorgehobenen Bezeichnung „frisch" die Eigenschaften einer herkömmlichen Frischmilch beimessen werde; dazu gehöre auch eine sehr eingeschränkte zeitliche Nähe zur Erzeugung, welche die von der Beklagten vertriebene Milch nicht aufweise. Auf die Eigenschaften der Milch komme es dabei nicht an.

Das Rekursgericht bejaht die Irreführungseignung der beanstandeten Bezeichnung damit schon allein deshalb, weil die Beklagte als „länger frisch" eine Milch bezeichnet, bei der das Abfülldatum mehr als fünf oder sechs Tage zurückliegt. Es folgt damit der Klägerin, die damit argumentiert, dass „frisch" schon nach der umgangssprachlichen Bedeutung auf eine zeitliche Nähe zur Erzeugung hindeute. Als „noch nicht verdorben" werde „frisch" nicht verstanden. Eine im FSH-Verfahren behandelte Milch sei daher schon ab dem Moment der Behandlung keine „frische", und daher auch keine „längerfrische" Milch mehr.

Die Klägerin macht geltend, dass auch das Lebensmittelbuch ihre Auffassung stütze. Sinn der Regelung über die Auslobung von „Frischmilch" sei es, die Auslobung einer Milch als „Frischmilch" nur in einem eng begrenzten zeitlichen Rahmen zuzulassen. Die Bundesanstalt für Lebensmitteluntersuchung und -forschung stelle hiezu sehr klar fest, dass der Frischebegriff nur bei pasteurisierter Milch ausgelobt werden dürfe und dies nur unter der Bedingung der Einhaltung eines zeitlichen Faktors.

Diese Auffassung wird schon durch den Wortlaut der zitierten Regelung widerlegt:

Kapitel B 32 des Lebensmittelbuchs ist mit „Auflagen für 'Pasteurisierte Konsummilch', bei der der Frischebegriff ausgelobt wird", überschrieben. Die Regelung, wonach „als Frischebegriff ... maximal der der Pasteurisierung folgende 5. Tag auszuzeichnen" sei, gilt daher allein für pasteurisierte Milch. Sie schließt es nicht aus, dass auch eine unbehandelte oder anders behandelte Milch als „frisch" bezeichnet wird. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die als „frisch" bezeichnete Milch auch tatsächlich die Eigenschaften einer „frischen" Milch aufweist. Dazu gehört, wegen der Verderblichkeit der Milch, eine enge zeitliche Nähe zur Erzeugung. Dieses Erfordernis ist aber inhaltsleer, wenn und soweit es gelingt, die Milch so zu behandeln, dass sie die Eigenschaften einer Frischmilch länger beibehält, als es ohne Behandlung der Fall wäre. Eine pasteurisierte Milch bleibt bis zu sechs Tage in dem Sinn „frisch", dass sie in Geschmack und Nährwert dem entspricht, was der Verbraucher von einer „Frischmilch" erwartet. Gelingt es, die Milch durch ein anderes Verfahren über diesen Zeitraum hinaus in einem Zustand zu halten, der dem einer „Frischmilch" entspricht, so wird der Verbraucher nicht getäuscht, weil er eine Milch erhält, die in Geschmack und Nährwert einer „Frischmilch" entspricht. Ein allfälliger Irrtum über die seit dem Abfüllen verstrichene Zeit wäre auch unerheblich, wenn und soweit die mit dem Verstreichen der Zeit regelmäßig verbundene Veränderung der Milch durch deren Behandlung

verhindert wird. Träfe die Auffassung der Klägerin zu, wonach „der Frischebegriff nur bei pasteurisierter Milch ausgelobt werden darf", so dürfte auch eine unmittelbar nach dem Melken vermarktete Milch nicht als „frisch" bezeichnet werden.

Ist der Begriff „Frischmilch" nicht bloß in einem zeitlichen Sinn zu verstehen, sondern ist er auf die Eigenschaften der damit bezeichneten Milch zu beziehen, so kommt es, entgegen der Auffassung des Rekursgerichts, darauf an, ob die von der Beklagten vertriebene Milch die Eigenschaften einer „Frischmilch" aufweist. Das Rekursgericht hat die dazu getroffene Feststellung des Erstgerichts nicht übernommen und ist - aufgrund seiner im Revisionsrekursverfahren unanfechtbaren Beweiswürdigung - davon ausgegangen, „dass die Frage, ob die von der Beklagten vertriebene 'Längerfrische Vollmilch' hinsichtlich Geschmack und Geruch einer pasteurisierten Milch entspreche, im Provisorialverfahren offen geblieben ist". Schon das Erstgericht konnte nicht feststellen, wie sich der ernährungsphysiologische Wert der von der Beklagten vertriebenen Milch zu dem der pasteurisierten Milch verhält.

Damit stellt sich die Frage der Beweislast. Kann nämlich eine für die Entscheidung erhebliche Tatsache nicht bewiesen (bescheinigt) werden, so ist so zu entscheiden, als wäre die Tatsache nicht eingetreten. Der Nachteil daraus trifft die Partei, welche die Tatsache zu beweisen (bescheinigen) hat (s Rechberger in Rechberger, ZPO² vor § 266 Rz 11).Damit stellt sich die Frage der Beweislast. Kann nämlich eine für die Entscheidung erhebliche Tatsache nicht bewiesen (bescheinigt) werden, so ist so zu entscheiden, als wäre die Tatsache nicht eingetreten. Der Nachteil daraus trifft die Partei, welche die Tatsache zu beweisen (bescheinigen) hat (s Rechberger in Rechberger, ZPO² vor Paragraph 266, Rz 11).

Die Klägerin macht geltend, dass die Beweislast die Beklagte treffe. Sie beruft sich einerseits auf die Rechtsprechung zur Alleinstellungswerbung, andererseits auf § 2 Abs 5 UWG.Die Klägerin macht geltend, dass die Beweislast die Beklagte treffe. Sie beruft sich einerseits auf die Rechtsprechung zur Alleinstellungswerbung, andererseits auf Paragraph 2, Absatz 5, UWG.

Nach § 2 Abs 5 UWG sind in Verfahren auf Unterlassung oder Schadenersatz nach den Abs 1 bis 4 und Abs 6 vom Werbenden die entsprechenden Beweise für die Richtigkeit der in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen zu verlangen, in den Fällen irreführender Werbung aber nur dann, wenn ein solches Verlangen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer Verkehrsteilnehmer im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls angemessen erscheint. Damit wird Art 6 der Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. 9. 1984 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl 1984 L 250/17 (IrreführungsRL) umgesetzt. Danach übertragen die Mitgliedstaaten den Gerichten oder Verwaltungsbehörden Befugnisse, die sie ermächtigen, in den in Art 4 vorgesehenen Verfahren (= Verfahren zur Bekämpfung der irreführenden Werbung und zur Gewährleistung der Einhaltung der Bestimmungen über vergleichende Werbung) vor den Zivilgerichten oder Verwaltungsbehörden (a) vom Werbenden Beweise für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen zu verlangen, wenn ein solches Verlangen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer Verkehrsbeteiligter im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls angemessen erscheint, und bei vergleichender Werbung vom Werbenden zu verlangen, die entsprechenden Beweise kurzfristig vorzulegen, sowie (b) Tatsachenbehauptungen als unrichtig anzusehen, wenn der gemäß Buchstabe a) verlangte Beweis nicht angetreten wird oder wenn er von dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde für unzureichend erachtet wird.Nach Paragraph 2, Absatz 5, UWG sind in Verfahren auf Unterlassung oder Schadenersatz nach den Absatz eins bis 4 und Absatz 6, vom Werbenden die entsprechenden Beweise für die Richtigkeit der in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen zu verlangen, in den Fällen irreführender Werbung aber nur dann, wenn ein solches Verlangen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer Verkehrsteilnehmer im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls angemessen erscheint. Damit wird Artikel 6, der Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. 9. 1984 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl 1984 L 250/17 (IrreführungsRL) umgesetzt. Danach übertragen die Mitgliedstaaten den Gerichten oder Verwaltungsbehörden Befugnisse, die sie ermächtigen, in den in Artikel 4, vorgesehenen Verfahren (= Verfahren zur Bekämpfung der irreführenden Werbung und zur Gewährleistung der Einhaltung der Bestimmungen über vergleichende Werbung) vor den Zivilgerichten oder Verwaltungsbehörden (a) vom Werbenden Beweise für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen zu verlangen, wenn ein solches Verlangen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer Verkehrsbeteiligter im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls angemessen erscheint, und bei vergleichender

Werbung vom Werbenden zu verlangen, die entsprechenden Beweise kurzfristig vorzulegen, sowie (b) Tatsachenbehauptungen als unrichtig anzusehen, wenn der gemäß Buchstabe a) verlangte Beweis nicht angetreten wird oder wenn er von dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde für unzureichend erachtet wird.

§ 2 Abs 5 UWG ist demnach - richtlinienkonform ausgelegt - dahin zu verstehen, dass den Werbenden bei vergleichender Werbung in jedem Fall die Beweislast für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen trifft; in allen anderen Fällen irreführender Werbung jedoch nur dann, wenn eine Interessenabwägung die Beweislast des Werbenden angemessen erscheinen lässt. Damit entspricht § 2 Abs 5 UWG der bisherigen Rechtsprechung zur Beweislast bei irreführender Werbung, geht aber über die Rechtsprechung zur Beweislast beim Werbevergleich hinaus:Paragraph 2, Absatz 5, UWG ist demnach - richtlinienkonform ausgelegt - dahin zu verstehen, dass den Werbenden bei vergleichender Werbung in jedem Fall die Beweislast für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen trifft; in allen anderen Fällen irreführender Werbung jedoch nur dann, wenn eine Interessenabwägung die Beweislast des Werbenden angemessen erscheinen lässt. Damit entspricht Paragraph 2, Absatz 5, UWG der bisherigen Rechtsprechung zur Beweislast bei irreführender Werbung, geht aber über die Rechtsprechung zur Beweislast beim Werbevergleich hinaus:

Für den Bereich irreführender Werbung wurde zuerst nur für den Bereich der - für den Außenstehenden kaum nachzuprüfenden - Alleinstellungswerbung eine Verschiebung der Beweislast angenommen. Dabei wird darauf abgestellt, ob für den Kläger im Einzelfall ganz besondere Beweisschwierigkeiten bestehen, wobei es entscheidend darauf ankommt, ob die Umstände des konkreten Falls eine Überwälzung der Beweis(Bescheinigungs)last auf den Beklagten als gerechtfertigt erscheinen lassen (4 Ob 325/69 = ÖBl 1970, 22 - größte Tageszeitung;4 Ob 348/72 = ÖBl 1973, 53 - Stahlrohrgerüste; 4 Ob 329/74 = ÖBl 1975, 57 - Kosmetikklub International ua). In der Folge wurde darüber hinaus ganz allgemein der Grundsatz aufgestellt, dass die Beweislast den Beklagten trifft, wenn der Kläger mangels genauer Kenntnis der Tatumstände ganz besondere, unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten hat, wogegen dem Beklagten diese Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben (4 Ob 387/76 = SZ 50/20 - Fernschul-Gruppenunterricht; 4 Ob 84/94 = ÖBl 1995, 67 - Führerschein auf Anhieb;4 Ob 11/95 = WBl 1995, 250 - Persil Megaperls; 4 Ob 2365/96i = SZ 69/284 - 20 Jahre dm ua).

In dem der Entscheidung 4 Ob 387/76 zugrundeliegenden Fall hatte das beklagte Fernlehrinstitut durch seine Werbung den Eindruck erweckt, mündlichen Gruppenunterricht zu erteilen; ihm wurde die Beweislast für die Frage, wo und in welchem Umfang dieser Unterricht tatsächlich erteilt wird, auferlegt, weil diese Frage von der außenstehenden Klägerin nur schwer beantwortet werden könne, es der Beklagten aber ohneweiters möglich sein müsse, konkrete Angaben über die Art und das Ausmaß ihrer Unterrichtstätigkeit zu machen und diese auch erforderlichenfalls nachzuweisen. Gegenstand der Entscheidung 4 Ob 84/94 war die Werbung einer Fahrschule, „überdurchschnittliche Prüfungsergebnisse" aufzuweisen, die „manchmal an den Zauberstab erinnern". Die Beweislast für die Richtigkeit dieser Behauptung wurde der beklagten Fahrschule aus der Erwägung auferlegt, dass anzunehmen sei, die Beklagte habe gewissenhafte Erhebungen über die durchschnittliche Anzahl von Prüfungserfolgen und -misserfolgen angestellt, bevor sie mit der entsprechenden Behauptung an die Öffentlichkeit getreten sei. In dem der Entscheidung 4 Ob 11/95 zugrundeliegenden Fall hatte der beklagte Waschmittelerzeuger damit geworben, dass sein Waschmittel „wesentlich mehr Waschkraft" aufweise, die sich in „umfangreichen Vergleichstests", welche die Überlegenheit seines Erzeugnisses „stringent" bewiesen habe, gezeigt habe. Um die Richtigkeit seiner Behauptung zu beweisen, brauche er nur die Forschungsergebnisse offenzulegen; es sei ihm daher zumutbar, den Beweis zu erbringen. Die Entscheidung 4 Ob 2365/96i hat die Verschiebung der Beweislast auf den Fall erstreckt, dass dem Kläger die notwendigen Kenntnisse zwar nicht fehlen, ihm ihre Offenbarung aber unzumutbar ist. Gegenstand der Entscheidung war das „Anzapfen" von Lieferanten. Der Oberste Gerichtshof hat dem klagenden Wettbewerbsverband zugestanden, die Namen von Mitgliedern nicht zu nennen, die als Lieferanten der beklagten Drogeriemarktkette nur deshalb die verlangten Zahlungen geleistet haben, um nicht allfällige wirtschaftliche Nachteile zu erleiden. Aufgrund ihrer Prozessführung hätten sie noch viel eher solche Benachteiligungen zu befürchten. Der Beklagten sei es hingegen nicht nur möglich, sondern auch durchaus zumutbar, die von ihr angesprochenen Lieferanten zu nennen und - gegebenenfalls - zu bescheinigen, dass sie „nur ganz starke, keiner Pression zugängliche Unternehmen mit ihrem Ersuchen angegangen sei".

Diese Entscheidungen zeigen, dass - außerhalb eines Werbevergleichs - eine Beweislastverschiebung nur in Frage

kommt, wenn der Kläger die maßgebenden Tatumstände nicht kennt und unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten hat oder, wenn er sie kennt, ihm ihre Offenlegung nicht zumutbar ist. Dabei ist die Frage, ob die Beweisschwierigkeiten des Klägers unverhältnismäßig sind, auch danach zu beurteilen, wie leicht es dem Beklagten fällt, die Richtigkeit seiner Behauptungen zu beweisen. Wirbt der Beklagte mit der Art (4 Ob 378/76) oder mit den Ergebnissen seiner Tätigkeit (4 Ob 84/94) oder mit Testergebnissen (4 Ob 11/95), so braucht er nur ihm schon bekannte Umstände offenlegen; der Kläger hingegen müsste, soweit ihm die notwendigen Daten überhaupt zugänglich sind, erst umfangreiche Nachforschungen anstellen. Wird hingegen - ohne Berufung auf Testergebnisse - mit den für den Verbraucher wahrnehmbaren Eigenschaften eines Produkts geworben, so ist der Beweis grundsätzlich beiden Teilen in gleicher Weise zugänglich.

Die Rechtsprechung hat bei einem als irreführend beanstandeten Werbevergleich die Beweislast dem Werbenden auferlegt, weil unrichtige Angaben über die geschäftlichen Verhältnisse des Mitbewerbers herabsetzende Behauptungen im Sinne des § 7 Abs 1 UWG sind, deren Richtigkeit immer der Werbende zu beweisen hat (4 Ob 2105/96 = ÖBl 1996, 245 - Eau de Toilette II). Nach der Lehre entspricht diese Rechtsprechung der - um die Bestimmungen über vergleichende Werbung erweiterten - IrreführungsRL (Gamerith, Kritisches zur UWG-Novelle im Fernabsatz-Gesetz, ecolex 1999, 700). Das bedarf jedoch insoweit einer Korrektur, als Art 2a IrreführungsRL, ebenso wie der diese Bestimmung umsetzende § 2 Abs 3 UWG, vergleichende Werbung als Werbung definiert, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Waren oder Leistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht. Das kann - wie etwa bei einem Systemvergleich - auch Werbung sein, die nicht mit einer Herabsetzung im Sinne des § 7 UWG verbunden ist. Da Art 6 IrreführungsRL und ihm folgend § 2 Abs 5 UWG insoweit nicht unterscheiden und die Beweislast bei jedem Werbevergleich dem Werbenden auferlegen, gehen sie über die bisherige Rechtsprechung hinaus.Die Rechtsprechung hat bei einem als irreführend beanstandeten Werbevergleich die Beweislast dem Werbenden auferlegt, weil unrichtige Angaben über die geschäftlichen Verhältnisse des Mitbewerbers herabsetzende Behauptungen im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, UWG sind, deren Richtigkeit immer der Werbende zu beweisen hat (4 Ob 2105/96 = ÖBl 1996, 245 - Eau de Toilette römisch II). Nach der Lehre entspricht diese Rechtsprechung der - um die Bestimmungen über vergleichende Werbung erweiterten - IrreführungsRL (Gamerith, Kritisches zur UWG-Novelle im Fernabsatz-Gesetz, ecolex 1999, 700). Das bedarf jedoch insoweit einer Korrektur, als Artikel 2 a, IrreführungsRL, ebenso wie der diese Bestimmung umsetzende Paragraph 2, Absatz 3, UWG, vergleichende Werbung als Werbung definiert, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Waren oder Leistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht. Das kann - wie etwa bei einem Systemvergleich - auch Werbung sein, die nicht mit einer Herabsetzung im Sinne des Paragraph 7, UWG verbunden ist. Da Artikel 6, IrreführungsRL und ihm folgend Paragraph 2, Absatz 5, UWG insoweit nicht unterscheiden und die Beweislast bei jedem Werbevergleich dem Werbenden auferlegen, gehen sie über die bisherige Rechtsprechung hinaus.

Werden diese Grundsätze im vorliegenden Fall angewandt, so ist die Beweislast der Beklagten aufzuerlegen:

Die Bezeichnung „länger frisch" enthält die Behauptung, dass die so bezeichnete Milch länger frisch bleibe als andere Milch; damit ist zwar keine Herabsetzung im Sinne des § 7 UWG verbunden, es wird aber ein Bezug zu den Waren der Mitbewerber geschaffen, wodurch diese im Sinne des § 2 Abs 3 UWG erkennbar gemacht werden. Damit liegt ein Werbevergleich vor; bei einem Werbevergleich trifft die Beweislast immer den Werbenden und somit im vorliegenden Fall die Beklagte.Die Bezeichnung „länger frisch" enthält die Behauptung, dass die so bezeichnete Milch länger frisch bleibe als andere Milch; damit ist zwar keine Herabsetzung im Sinne des Paragraph 7, UWG verbunden, es wird aber ein Bezug zu den Waren der Mitbewerber geschaffen, wodurch diese im Sinne des Paragraph 2, Absatz 3, UWG erkennbar gemacht werden. Damit liegt ein Werbevergleich vor; bei einem Werbevergleich trifft die Beweislast immer den Werbenden und somit im vorliegenden Fall die Beklagte.

Die Beklagte hat ihrer Beweislast nicht genügt. Dass dazu, wie sie in ihrem Rechtsmittel geltend macht, "die Aufnahme eines komplexen Sachverständigenbeweises über die qualitativen und sensorischen Eigenschaften" der von ihr vertriebenen Milch im Vergleich zu pasteurisierter Milch notwendig sein mag, kann sie nicht entlasten. Zwar ist es richtig, dass im Provisorialverfahren nur parate Bescheinigungsmittel aufgenommen und nicht auch Sachverständigengutachten eingeholt werden können (s 4 Ob 26/99y = ÖBl 1999, 240 - TV Movie); das geht aber zu Lasten desjenigen, den die Bescheinigungslast trifft.

Der Anregung, eine Vorabentscheidung einzuholen, ist nicht zu folgen, weil - wie die Klägerin zu Recht ausführt - die

Entscheidung, ob eine geschäftliche Ankündigung in einem konkreten Einzelfall zur Irreführung geeignet ist, Sache der nationalen Gerichte ist. Die Frage der Beweislast beim Werbevergleich ist in der IrreführungsRL klar geregelt, so dass auch insoweit keine Vorlagefrage besteht.

Der Revisionsrekurs musste erfolglos bleiben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm §§ 41, 50 ZPO.Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 78,, 402 Absatz 4, EO in Verbindung mit Paragraphen 41,, 50 ZPO.

Textnummer

E66653

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2002:0040OB00173.02Y.0820.000

Im RIS seit

19.09.2002

Zuletzt aktualisiert am

21.02.2014

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