

Österreichische Blätter für

# GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

Jänner 2019

01

1 – 56

## Beiträge

### MSchG-Nov 2019 – Umsetzung der Modernisierung des Markenrechts

Rainer Beetz, Max Mosing, David Plasser, Christian Schumacher  
und Manuel Wegrostek ↻ 4

Hochzeitsrabatte auf Österreichisch Daniel Bräunlich ↻ 10

## Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ↻ 18

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ↻ 21

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ↻ 27

Nationale Gesetzgebungsverfahren ↻ 27

Rechtsprechung des OLG Wien in Patentsachen ↻ 28

Rechtsprechung des OLG Wien in Markenregisterverfahren ↻ 29

## Leitsätze

Nr 1 – 4 ↻ 29

## Rechtsprechung

Ocean Bottle – Recycling-Plastik aus dem Meer Silke Graf ↻ 34

Stimmung hoch zwei – Zur Unterscheidungskraft, Originalität und  
zum Mindestmaß an Interpretationsaufwand

Christian Schumacher ↻ 38

#darferdas? – Verwendung eines Texts als sichtbarer Aufdruck  
auf Kleidungsstücken oder als Herkunftshinweis auf Etiketten

Marianne Grabrucker ↻ 41

Dexmedetomidin – Zur „zweiten medizinischen Anwendung“ eines  
vorbekanntem Sedativums Dominik Göbel und Andreas Vögele ↻ 47

Mit  
Jahresregister  
2018!

# Rechtsprechung

Reinhard Hinger

ÖBL 2019/10

## → Recycling-Plastik aus dem Meer

§ 2 UWG

OLG Wien

28. 5. 2018,

1 R 32/18k

(HG Wien

58 Cg 65/17 t;

OGH

4 Ob 144/18g),

ECLI:AT:

OLG0009:

2018:00100R000-

32.18K.0528.000

Ocean Bottle

→ Die Behauptung, Flaschen bestünden zu 50% aus „Plastik aus dem Meer“, trifft nicht zu, ist irreführend und somit unlauter, wenn der Plastikmüll an Stränden, Flussufern und Wasserläufen in Meernähe gesammelt wurde, aber nicht sicher ist, dass

### Sachverhalt:

Im Sicherungsverfahren war folgender Sachverhalt bescheinigt:

Die ErstBekl vertreibt ein Handspülmittel in Flaschen, auf deren Rückseite sich folgender Text findet: *„Flasche besteht zu 50% Plastikmüll aus dem Meer\* und zu 50% recyceltem Plastik.“* / *„Diese Flasche wurde mit 50% Plastikmüll aus dem Meer hergestellt, welcher an die Küste gespült und an Rio's Stränden gesammelt wurde.“*

Auf einer Papiermanschette am Flaschenhals findet sich folgender Text: *„Ocean Bottle hergestellt mit 50% Plastikmüll aus dem Meer.“*

Die ZweitBekl betreibt eine Website, auf der die Produkte der Erstbekl beworben werden. Dort findet sich unter der Rubrik „plastik-im-meer/plastik-fischen“ folgender Text:

*„Weltweit einmalig. Wir haben mit einem Unternehmen namens Plastic Whale zusammengearbeitet, um unsere Flaschen mit Plastikmüll aus dem Meer zu entwickeln. [...] Unsere wegweisende Flasche besteht zu 10% aus Plastikmüll aus dem Meer und zu 90% aus recyceltem Kunststoff. Durch das Hightech-Design wird 15% weniger Kunststoff als für normale Flaschen benötigt. Und wir arbeiten daran, den Anteil des Plastikmülls aus dem Meer noch zu erhöhen.“*

Auf einer anderen Website, die die Zweitbekl betreibt, findet sich für das Produkt der Erstbekl folgende Aussage:

*„Diese Flasche mit 50% Ocean Plastic ist erst der Anfang. Die Flasche besteht zu 50% aus Plastikmüll, der an die Strände von Rio gespült und dort gesammelt wurde. Zu 50% aus Ocean Plastik.“*

Die Website ist auch mit einem YouTube-Film verlinkt, der vergleichbare Aussagen wiedergibt.

Als bescheinigt wurde festgestellt, dass die Flaschen zu 55% aus einer Komponente bestehen, die durch die Waschung und Aufbereitung aus PET<sup>1)</sup>-Flakes<sup>2)</sup> hergestellt wurde. Die PET-Flakes wurden in Brasilien aus PET-Abfall hergestellt, der in Rio de Janeiro an den Stränden, Flussufern und Wasserläufen um die Guanabara-Bucht gesammelt wurde. Nicht festgestellt konnte werden, dass die PET-Flakes aus PET hergestellt wurden, die **aus dem Meer** angeschwemmt wurden.

Das ErstG verbot den Bekl, zu behaupten oder den Eindruck zu erwecken, dass die Flaschen aus 50% Plastikmüll aus dem Meer hergestellt worden seien, der an die Küste gespült und an den Stränden von Rio gesammelt worden sei. Der Zweitbekl verbot es die Behauptung

er dorthin angeschwemmt wurde, nachdem er sich bereits im Meer befunden hat.

→ Wer behauptet, verarbeiteter Plastikmüll stamme aus dem Meer, muss die Richtigkeit der Behauptung beweisen.

tung, dass durch das Design der Flasche 15% weniger Kunststoff als für normale Flaschen benötigt werde.

Das RekG bestätigte diese Entscheidung und präziserte das Verbot gegenüber den beiden Bekl dahin, dass ihnen die Behauptung verboten wurde, die Flasche werde aus 50% Plastikmüll aus dem Meer hergestellt, wenn dies tatsächlich nicht zutreffe. Der Zweitbekl wurde die Behauptung verboten, dass durch die Flasche 15% weniger Kunststoff als für normale Flaschen benötigt werde, wenn dies tatsächlich nicht zutreffe.

Der OGH<sup>3)</sup> wies den aoRevRek der Bekl zurück.

### Aus der Begründung des RekG:

2.1. Der Rek wendet sich gegen folgende Tatsachenfeststellung:

*„Es konnte nicht festgestellt werden, dass die PET-Flakes aus PET, welches aus dem Meer an den Stränden Rio de Janeiros angeschwemmt wurde, hergestellt wurden.“*

Begehrt wird, anstatt dessen die positive Feststellung zu treffen, dass die Flakes aus derartigem PET hergestellt worden seien.

Das ErstG begründet die Negativfeststellung damit, dass es den von der Bekl vorgelegten Schreiben der \*\*\* Foundation nur entnehmen könne, dass das gelieferte Material an den Stränden, Flussufern und Wasserläufen um die Guanabara Bay gesammelt worden sei, nicht aber, dass es aus dem Meer angeschwemmt worden sei.

Auch der Rek zeigt keine Beweisergebnisse auf, aus denen abzuleiten wäre, dass das verwendete PET sich bereits im Meer befunden habe und von dort erst wieder an Land gelangt wäre. Die Bekl verweisen vielmehr auf die allgemeine Lebenserfahrung, aus der sich ergebe, dass nur ein geringer Teil des Meeresmülls aus am Strand weggeworfenen Plastikflaschen besteht, der weit überwiegende Teil jedoch an den Küsten angeschwemmt werde.

Über diese Lebenserfahrung verfügt der erKSen nicht. Auch unter Berücksichtigung des Rekursvorbringens, wonach der überwiegende Teil des Meeresabfalls zunächst vom Festland – aus der Industrie, Haushalten und ungesicherten Deponien – stamme, dann in Seen, Wasserwege und ins Meer gelange und in der Folge häufig ans Land geschwemmt werde, bleibt die Möglichkeit bestehen, dass es sich bei dem an den Stränden, Flussufern und Wasserläufen gesammelten PET-Abfall um solchen handelt, der erst später

1) Polyethylenterephthalat.

2) Flocken.

3) ECLI:AT:OLG0009:2018:00100R00032.18K.0528.000.

Das OLG Wien beurteilt die Werbung mit Plastikflaschen, von denen behauptet wird, sie bestünden im erheblichen Ausmaß aus Plastikmüll aus dem Meer und ihr besonderes Design erfordere 15% weniger Kunststoff als jenes anderer Flaschen.

ins Meer gelangt wäre, sich aber nicht bereits im Meer befunden hatte. Die Negativfeststellung des ErstG begünstigt daher keinen Bedenken. [...]

#### [Zur Behauptung „50% Plastikmüll aus dem Meer“]

**3.1.** Rechtlich rügt der Rek, ausgehend von der Feststellung, dass die „Ocean Bottle“ zu 55% aus PET bestehe, das an den Stränden, Flussufern und Wasserläufen um die Guanabara-Bucht gesammelt worden sei, sei die Aussage „50% Ocean Plastic“ zutreffend. [...]

**3.2.** Beim Irreführungstatbestand ist zu prüfen,

- a) wie ein durchschnittlich informierter und verständiger Interessent für das Produkt, der eine dem Erwerb solcher Produkte angemessene Aufmerksamkeit aufwendet, die strittige Ankündigung versteht,
- b) ob dieses Verständnis den Tatsachen entspricht, und
- c) ob eine nach diesem Kriterium unrichtige Angabe geeignet ist, den Kaufinteressenten zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte (RIS-Justiz RS0123292).

Die Beurteilung der Irreführungseignung ist eine Rechtsfrage, wenn dazu kein besonderes fachliches Verständnis erforderlich ist, sondern die Erfahrungen des täglichen Lebens ausreichen (RIS-Justiz RS0075798; vgl RS0039926 [T 26, T 29], 17 Ob 27/11 m). Dies ist hier der Fall.

Maßfigur für die lauterkeitsrechtliche Prüfung einer gegenüber Verbrauchern angewendeten Geschäftspraktik ist dabei ein angemessen gut unterrichteter und angemessen aufmerksamer und kritischer Durchschnittsverbraucher, der eine dem Anlass angemessene Aufmerksamkeit aufwendet (4 Ob 95/16 y;<sup>4)</sup> RIS-Justiz RS0114366 [insb T 5]). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Aufmerksamkeitsgrad von der jeweiligen Situation, insb von der Bedeutung der beworbenen Waren oder Dienstleistungen für den angesprochenen Verbraucher, abhängt und beispielsweise dort eher gering, also flüchtig sein wird, wo es um den Erwerb geringwertiger Gegenstände des täglichen Bedarfs geht (RIS-Justiz RS0114366).

**3.3.** Das ErstG ist im vorliegenden Fall zutreffend davon ausgegangen, dass ein Handspülmittel für die angesprochenen Konsumentenkreise zu den geringwertigen Gegenständen des täglichen Bedarfs zählt, sodass sie dem Kauf eine eher geringe Aufmerksamkeit widmen werden. Allein der Umstand, dass die **Aufmachung der Flasche** mit einem positiven Effekt für die Umwelt wirbt, führt nicht dazu, dass die angesprochenen Verkehrskreise diese Ankündigung einer besonders kritischen Würdigung unterziehen.

Die Produktaufmachung enthält mehrfach die Aussage, die Flasche sei *„hergestellt mit 50% Plastikmüll aus dem Meer“*. Diese Angabe findet sich in auffälliger Gestaltung auf der Vorderseite der Papiermanschette am Flaschenhals sowie kleiner auf deren Rückseite und auf dem rückseitigen Aufkleber auf der Flasche.

Schon die Formulierung „aus dem Meer“ weist eindeutig darauf hin, dass es sich um Plastikmüll handle, der sich bereits im Meer befunden habe. Der auf der Rückseite der Papiermanschette befindliche Text *„Diese Flasche wurde mit 50% Plastikmüll aus dem*

*Meer hergestellt, welcher an die Küste gespült und an Rios Stränden gesammelt wurde“* bekräftigt dieses Verständnis.

Dieser Hinweis enthält die Information, dass der Plastikmüll nicht auf hoher See eingesammelt, sondern an die Küste angespült und dort gewonnen wurde. Auch daraus ergibt sich aber, dass es sich um Müll handelt, der sich zuvor im Meer befunden habe; ansonsten könnte er nicht an eine Küste angespült werden.

Irgendein Hinweis darauf, dass es sich um Müll handle, der zwar noch nie auf dem Meer getrieben hat, der aber, wäre er nicht gesammelt worden, potentiell ins Meer gespült oder vom Meer davongetragen werden könnte, ergibt sich aus der gesamten Aufmachung der Flasche nicht. [...]

Die **Inhalte der Websites** der Zweitbekl sprechen von *„Plastikmüll aus dem Meer“* und *„Plastikmüll, der an die Strände von Rio gespült und dort gesammelt wurde“*; iZm der Stabilität des Materials wird darauf Bezug genommen, dass *„dieses Plastik schon länger im Meer trieb“*. Damit wird wiederum eindeutig auf eine Herkunft des Plastikmülls aus dem Meer hingewiesen. Dieser Eindruck wird durch die Bezeichnung der Rubrik der Website [www.ecover.com/at](http://www.ecover.com/at) mit *„plastik-im-meer/plastik-fischen“* nochmals verstärkt.

Die Bezeichnung „Ocean Plastic“ wird in der Webadresse [www.ocean-plastic.com/de](http://www.ocean-plastic.com/de) verwendet; auf dieser Website findet sich auch die Angabe *„Zu 50% aus Ocean Plastic“*.

Die angesprochenen Verkehrskreise werden diesen Begriff – entsprechend der Bedeutung der verwendeten Worte im Deutschen – als „Meeresplastik“ übersetzen, dieser Bezeichnung aber weder im Englischen noch im Deutschen eine präzise Aussage dazu entnehmen, ob damit auch Plastikmüll gemeint sei, der erst **potentiell** ins Meer gelangen kann. Als Fachausdruck, der auch an Stränden abgelagerten, aber vom Festland stammenden und nicht angeschwemmten Müll erfasst, der erst ins Meer gelangen kann, ist „Ocean Plastic“ jedenfalls nicht bekannt. Betrachtet man diese Bezeichnung im Zusammenhalt mit den zusätzlichen auf der Website kommunizierten Informationen, dass für die „Ocean Bottle“ Plastikmüll *„aus dem Meer“* verarbeitet werde und das Plastik *„schon länger im Meer trieb“*, ist die Verwendung des Worts „Ocean Plastic“ nicht geeignet, den Eindruck, es handle sich um Müll, der aus dem Meer zurückgeholt worden sei, zu zerstören.

#### [Ausnahmsweise Beweislastverschiebung]

**3.4.** Grundsätzlich trifft den Kl die **Beweislast** für die Unrichtigkeit einer Werbeangabe (RIS-Justiz RS0011634 [T 2]). Wenn der Kl jedoch mangels genauer Kenntnis der Tatumstände ganz besondere, unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten hat, wogegen dem Bekl diese Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach Treu und Glauben ohne Weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben, hat der Bekl die Richtigkeit seiner Behauptung zu beweisen (RIS-Justiz RS0011634 [T 8, T 10]; RS0078519 [T 4]). Dies ent-

4) OGH 24. 5. 2016, 4 Ob 95/16 y, *schwarz kaufen*, ÖBI-LS 2016/20 (Hinger).

spricht der allgemeinen Regel, dass eine Beweislastverschiebung auf Ausnahmefälle beschränkt ist, in denen die „Nähe zum Beweis“ – im Einzelfall – den Ausschlag für die Zuteilung der Beweislast gibt; etwa dann, wenn Tatfragen zu klären sind, die „tief in die Sphäre einer Partei hinein führen“ (RIS-Justiz RS0013491 [T 3]; vgl. RS0040182; 4 Ob 182/15 s<sup>5</sup>).

Diese Rsp ist in jüngster Zeit in der Literatur wegen ihrer mangelnden dogmatischen Fundierung kritisiert worden (*Rassi*, Die Nähe zum Beweis – eine Analyse der Rechtsprechung, ÖJZ 2017, 297 [301 ff]; dazu 4 Ob 115/17 s [außerhalb des Anwendungsbereichs des § 1 Abs 5 UWG]).

Im Unterlassungsprozess wegen unlauterer Geschäftspraktiken besteht allerdings mit § 1 Abs 5 UWG eine gesetzliche Grundlage, auf deren Basis die von der Rsp zur Beweishöhe entwickelten Grundsätze anzuwenden sind (*Rassi*, ÖJZ 2017, 301 f; vgl. RIS-Justiz RS0116971). So wurde etwa hinsichtlich der Vermarktung von Produkten als diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke ausgesprochen, dass im Regelfall davon auszugehen sei, dass derjenige, der diese Produkte herstellt und vertreibt, näher am Beweis ist und daher auch deren Wirksamkeit darzulegen und zu beweisen hat (4 Ob 169/11 y<sup>6</sup>).

Im vorliegenden Fall hat die Kl dargelegt, aufgrund welcher Überlegungen sie davon ausgeht, dass die Ankündigung der Verwendung „mit 50% Plastikmüll aus dem Meer“ nicht zutreffend sein könne. Sie hat in diesem Zusammenhang auch in Zweifel gezogen, dass der von der Bekl verwendete Plastikmüll aus dem Meer gesammelt worden sei.

Es liegt auf der Hand, dass die Bekl, von denen die „Ocean Bottle“ produziert (Erstbekl) und beworben (Zweitbekl) wird, Zugang zu den Informationen über den Produktionsprozess und die Herkunft der verwendeten Rohstoffe haben, die der Kl nicht offenstehen. Das ErstG hat die Beweislast für die Richtigkeit der beanstandeten Werbeaussage daher zutreffend den Bekl auferlegt.

Die Negativfeststellung zur Frage, ob das verwendete PET aus dem Meer angeschwemmt wurde, geht daher zu Lasten der Bekl.

**3.5.** Die Relevanz der Irreführungseignung ist schon dann zu bejahen, wenn die unrichtige Angabe den Durchschnittsverbraucher dazu veranlassen kann, sich näher mit dem Angebot des Unternehmens zu befassen (RIS-Justiz RS0078296; RS0078202 [T 28]; 4 Ob 107/15 m<sup>7</sup>). Aussagen über die Natürlichkeit oder Umweltverträglichkeit eines Erzeugnisses sind in hohem Maß geeignet, den Kaufentschluss zu beeinflussen (RIS-Justiz RS0078210; RS0078315). Die Frage, ob eine Werbung mit Umweltschutzbegriffen zur Irreführung geeignet ist, ist daher ähnlich wie die Gesundheitswerbung nach strengen Maßstäben zu beurteilen (4 Ob 202/12 b, *klimaneutraler Stempel*<sup>8</sup>), mwN; RIS-Justiz RS0078217).

Das ErstG bejahte die Relevanz der Irreführungseignung. Der Rek hält dem entgegen, die Konsumenten seien gleichermaßen daran interessiert, den potentiell ins Meer gelangenden Plastikmüll zu reduzieren.

Dies überzeugt nicht. Die durch das Versprechen „hergestellt zu 50% mit Plastikmüll aus dem Meer“ geweckte Assoziation mit Bildern von auf dem Meer trei-

bendem Müll hat eine starke emotionale Komponente. Diese Ankündigung ist daher in hohem Maß geeignet, den Durchschnittsverbraucher zu einer näheren Befassung mit dem Angebot der Bekl zu verleiten. Das ErstG hat die wettbewerbliche Relevanz der Irreführungseignung daher zu Recht bejaht.

Auf die Frage, ob bei den angesprochenen Verkehrskreisen das Konzept, Plastikmüll bereits an Land einer Verwertung zuzuführen, bevor er ins Meer gelangen kann, eine vergleichbare emotionale Reaktion hervorriefe wie die Assoziation mit auf dem Meer treibendem Plastikmüll, kommt es nicht an, weil die Bekl eine derartige Ankündigung nicht gemacht haben. [...]

**[Einschränkung des Unterlassungsgebots]**

**3.7.** [...] Der Unterlassungsanspruch wird durch zwei Elemente konkretisiert: eine Unterlassungspflicht und die Gefahr, dass dieser Unterlassungspflicht zuwidergehandelt wird. Fehlt eines dieser Elemente, dann besteht kein Unterlassungsanspruch (RIS-Justiz RS0037660). Hat der zu einer bestimmten Unterlassung Verpflichtete bereits einmal zuwidergehandelt, so wird vermutet, dass er wieder zuwiderhandeln werde (RIS-Justiz RS0037661).

Die Kl beehrte, den Bekl zu untersagen, den Eindruck zu erwecken, die „ECOVER Ocean Bottle“ bestehe aus 50% Plastikmüll aus dem Meer und/oder von den Stränden von Rio. Sie haben damit – entsprechend der im Lauterkeitsrecht gängigen Praxis (4 Ob 85/17 d<sup>9</sup>) – zwei verpönte Handlungen kumulativ oder alternativ („und/oder“) miteinander verknüpft (vgl. 4 Ob 287/02 p<sup>10</sup>), nämlich einerseits die (unzutreffende) Ankündigung, der Plastikmüll stamme *aus dem Meer*, andererseits die Aussage, er stamme *von den Stränden Rios*.

Letztere Behauptung trifft aber zu [...].

[Dazu] liegt daher kein Lauterkeitsverstoß der Bekl vor, aus dem eine Wiederholungsgefahr abgeleitet werden könnte; Anhaltspunkte für einen drohenden Verstoß sind ebenfalls nicht ersichtlich.

[...] Soweit der Sicherungsantrag darauf gerichtet ist, den Bekl zu untersagen, den Eindruck zu erwecken, die „ECOVER Ocean Bottle“ werde zu 50% aus Plastikmüll von den Stränden von Rio hergestellt, war er deshalb abzuweisen.

**[Zur Behauptung einer Materialreduktion um 15%]**

**3.8.** Der Rek wendet sich weiter gegen die Beurteilung des Bedeutungsgehalts der Werbeaussage dahin, dass der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Verbraucher die Aussage, durch das High-tech-Design werde 15% weniger Kunststoff benötigt als für normale Flaschen, auf übliche 500-ml-Flaschen für Handspülmittel beziehe. Ein derartiges Verständnis sei lebensfremd, weil es keine einheitliche Flaschenform aller Mitbewerber gebe, auf die sich der Vergleich beziehen könne, sodass klar sei, dass auf die „Ocean Bottle“ selbst Bezug genommen werde.

5) *Regionales Rindfleisch*, ÖBL-LS 2016/1 (Majchrzak).

6) *Immun 44*, ÖBL 2012/50 (Gamerith).

7) *Bildungsreise in die Türkei*, ÖBL 2015/56 (Graf).

8) ÖBL 2013/41 (Gamerith).

9) *Wiesenfest*, ÖBL 2018/19 (Grama).

10) *Eintragungsangebot*, ÖBL-LS 2003/53.

Dazu kann auf die zutreffenden Ausführungen des ErstG verwiesen werden (§ 500 a ZPO). Dieses hat bereits darauf hingewiesen, dass die von der Erstbekl entwickelte Flasche ohne Biomimikry-Struktur dem Verbraucher nicht bekannt sein könne, sodass er schon deshalb nicht an einen derartigen Vergleich denken werde. Dem vom Rek geforderten Verständnis steht auch der Wortlaut der beanstandeten Werbeaussage entgegen.

Die auf der Website [www.ecover.com/at](http://www.ecover.com/at) enthaltene Aussage „durch das Hightech-Design wird 15% weniger Kunststoff als für normale Flaschen benötigt“ enthält keinen Hinweis darauf, dass die Bekl selbst unterschiedliche Flaschenformen entwickelt hätte; unter einer „normalen“ Flasche kann der angesprochene Durchschnittsverbraucher tatsächlich nur handelsübliche Kunststoffflaschen verstehen.

Die auf einer anderen Website ([www.ocean-plastic.com/de](http://www.ocean-plastic.com/de)) enthaltenen Ausführungen („Weil dieses Plastik schon länger im Meer trieb, war es schwächer. Wir würden

mehr Plastik verwenden müssen, um eine Flasche zu entwerfen, die stark genug war. Also haben wir uns Inspiration im Meer gesucht. Dort haben wir Mikroorganismen gefunden, die aufgrund ihrer Struktur sowohl sehr leicht als auch sehr robust sind. Die Struktur war die Inspiration für unser Design. Dadurch konnten wir weniger Plastik verwenden.“) sind nicht geeignet, diesen Eindruck zu korrigieren. Dies ist schon deshalb ausgeschlossen, weil die Ausführungen auf unterschiedlichen Websites platziert sind und daher typischerweise nicht gleichzeitig wahrgenommen werden. Darüber hinaus lassen auch die Ausführungen zur Biomimikry-Struktur offen, welche Flaschen den Vergleichsmaßstab bilden.

Da die gegenständliche Flasche das gleiche Gewicht aufweist wie die durchschnittliche handelsübliche 500-ml-PET-Flasche für Handspülmittel, hat das ErstG zutreffend die Unrichtigkeit der beanstandeten Werbeaussage und damit die Irreführungseignung bejaht. [...]

### Anmerkung:

Der Schutz der Umwelt ist nicht nur in der Politik, sondern auch in der Gesellschaft ein brandaktuelles Thema. Dass dem so ist, das ist auch in der Welt des Konsums längst angekommen: Umweltfreundlichkeit ist „in“. Doch wer mit Umweltversprechen wirbt, der muss sie auch halten können.

Die Kl und ErstBekl vertreiben beide ua Handspülmittel in Kunststoffflaschen. Im Sortiment der Erstbekl befand sich die sog **Ocean Bottle**, die aus teilweise recyceltem PET besteht und von der Zweitbekl auf ihrer Website beworben wurde. Die Kl zweifelte an der Richtigkeit mehrerer Werbeaussagen zur Ocean Bottle und beantragte die Erlassung einer EV wegen Irreführung (§ 2 UWG). Bei den einzelnen Sachverhaltenspunkten musste daher jeweils geprüft werden,

- wie der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher die Ankündigung versteht. Dabei war zu berücksichtigen, dass es sich bei der Ocean Bottle um einen geringwertigen Gegenstand des täglichen Bedarfs handelt und der Durchschnittsverbraucher bei solchen Gütern nur eine geringe Aufmerksamkeit an den Tag legt.<sup>11)</sup> Hervorzuheben ist die Ausführung des RekG, dass die Ankündigung nicht kritischer betrachtet wird, bloß weil sie direkt an der Flasche selbst angebracht ist.<sup>12)</sup> Diesen Hinweis kann man mE dahingehend präzisieren, dass für das Maß der Aufmerksamkeit lediglich das beworbene Produkt bzw die beworbene Dienstleistung ausschlaggebend ist. Dazu zählen nicht die Werbeaussagen, die direkt am Produkt angebracht sind;
- ob dieses Verständnis den Tatsachen entspricht;
- ob die Irreführung relevant ist, also ob sie den Interessenten zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen kann, die er sonst nicht getroffen hätte.

Das ErstG gab dem Begehren der Kl teilweise Folge:

- Zur Aussage, die Ocean Bottle **bestehe zu 50% aus Plastikmüll aus dem Meer**: Der Kl zufolge könne eine transparente PET-Flasche derzeit weder technisch noch ökonomisch sinnvoll mit einem derart

hohen Anteil an Plastikabfällen aus dem Meer hergestellt werden. Die Frage der technischen Umsetzbarkeit des Werbeversprechens konnte jedoch offenbleiben, weil das ErstG feststellte, dass der für die Ocean Bottle verwendete PET-Abfall nach den Olympischen Sommerspielen 2016 in Rio de Janeiro an den Stränden, Flussufern und Wasserläufen gesammelt worden war. Dass dieser Abfall jemals **im Meer getrieben ist, konnte nicht festgestellt werden**.<sup>13)</sup>

Der Durchschnittsverbraucher versteht die Werbeaussagen der Bekl jedoch dahingehend, dass der verwendete PET-Abfall tatsächlich zu irgendeinem Zeitpunkt im Meer getrieben ist, was aber nicht den Tatsachen entspricht.

Schließlich ist die Irreführung auch relevant, zumal Aussagen über Natürlichkeit und Umweltverträglichkeit grundsätzlich in hohem Maß geeignet sind, den Kaufentschluss zu beeinflussen,<sup>14)</sup> und daher ein ähnlich **strenger Maßstab** anzulegen ist wie bei der Gesundheitswerbung.<sup>15)</sup> Diese aus den 1990ern stammenden Leitsätze haben ohne Zweifel nicht an Bedeutung verloren.

- Zur Aussage, die Ocean Bottle **benötige zu 15% weniger Kunststoff als normale Flaschen**: Der Durchschnittsverbraucher zieht bei dieser Werbeanündigung einen Vergleich zu den handelsüblichen Flaschen für Handspülmittel derselben Füllmenge. Da eben diese jedoch dieselbe Menge PET enthalten wie die Ocean Bottle, ist die Ankündigung jedenfalls irreführend.
- Zur Aussage, die Ocean Bottle sei eine **serienreife neue Entwicklung**: Ob ein Produkt in limitierter Stückzahl hergestellt wird, hat keinerlei Bedeutung für die Beurteilung der Frage, ob es in Serienpro-

11) RIS-Justiz RS0114366.

12) OLG Wien 28. 5. 2018, 1 R 32/18k, Pkt 3.3.

13) Die Beweislast hat das Gericht gem § 1 Abs 5 UWG den Bekl zugeordnet, die Zugang zu Informationen zu Herkunft und Produktionsprozess haben, die der Kl nicht offenstehen.

14) RIS-Justiz RS0078210; RS0078315.

15) RIS-Justiz RS0078217.





duktion hergestellt wird. Nachdem die Ocean Bottle keine Einzelanfertigung ist, hat das ErstG das Unterlassungsbegehren der Kl in diesem Punkt abgewiesen.

Die zweite Instanz bestätigte die E des ErstG iW; der OGH wies den RevRek zurück, weil die Bekl keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung aufzeigen konnte.

Eine besondere Hervorhebung in diesem Verfahren verdient der zum ersten Punkt vorgebrachte Einwand der Bekl im Rek, auch **die wahrheitsgemäße Ankündigung** – die Flasche bestehe zu 50% aus Plastikmüll, der potenziell in das Meer gelangen hätte können – **hätte dieselbe wirtschaftliche Entscheidung** bei den

Interessenten **hervorgerufen**. Damit mögen die Bekl durchaus Recht haben – das Recyclen von „Plastik vom Strand“ ist fraglos ebenfalls ein positiver Beitrag zur Schonung unserer Umwelt. Doch die Tatsache, dass die tatsächlich gemachte Ankündigung nicht hält, was sie verspricht, hat zumindest mein Vertrauen und vermutlich auch das anderer Konsumenten geschädigt. Das wirkt sich allerdings nicht nur für die Bekl, sondern auf die gesamte Branche der mit Umwelthinweisen werbenden Unternehmen aus. Manchmal ist die UWG-Klage eben eine zweischneidige Waffe im Kampf gegen unlauter handelnde Mitbewerber.

*Silke Graf,  
Senior Consultant bei PwC Legal*