

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

Mai 2019

03

113 – 160

Beiträge

Ohio v. American Express *Barbara Seelos* ➤ 116

Der Streitgegenstand im Patentverletzungsverfahren und
seine Grenzen *Thomas Adocker* ➤ 121

Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ➤ 125

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ➤ 128

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ➤ 132

Rechtsprechung des OLG Wien in Patentsachen ➤ 133

Rechtsprechung des OLG Wien in Markenregisterverfahren ➤ 134

Leitsätze

Nr 9 – 15 ➤ 135

BGH 12. 7. 2018, I ZR 74/17, Combit Software II *Johannes Strobl* ➤ 137

BGH 19. 7. 2018, I ZR 268/14, Champagner Sorbet II

Alexander Koller ➤ 140

Rechtsprechung

Knuspriges Gemüse – Rote Rüben-Kren-Chips

Andreas Natterer und Iliyana Sirakova ➤ 143

LED LENSER – Umfang der Ersatzpflicht nach einer

Muster-Verletzung *Thomas Schneider und Clemens Thiele* ➤ 149

Verfahren zur Entwicklung eines Produkts – Zur Technizität

eines Verfahrens für gedankliche Tätigkeiten *Fabian Stanke* ➤ 153

Sonnenuntergang – Urheberrechtliche Unternehmerhaftung

Johann Guggenbichler ➤ 156

Rechtsprechung

Reinhard Hinger

→ Rote Rüben-Kren-Chips

Die Aufmachung eines zum Verzehr bestimmten Produkts kann irreführend sein, auch wenn die Angaben im Zutatenverzeichnis zutreffen.

Sachverhalt:

Die Bekl bringt unter der Produktbezeichnung „Knuspriges Gemüse – Gemüsechips – Premiumqualität – hauchdünn gebacken“ gebackene Waffelscheiben in der folgend dargestellten Verpackung in Verkehr:



Auf der Rückseite ist unter der Überschrift „Gebackene Waffelscheiben mit Gemüseanteil“ das folgende Zutatenverzeichnis in der auf der dritten Aufnahme von links im oberen Bildteil ersichtlichen Schriftgröße abgedruckt: „Zutaten: Mehlmischung (Maisstärke, Glukosesirup, Kartoffelflocken, Apfelfaser), 14% Rote Rübe (Pulver), Kokosöl, Kren (Pulver), Salz, Emulgator (Lecithin), Backtriebmittel (Natriumhydrogencarbonat).“

Die gebackenen Waffeln bestehen aus einer Mehlmischung (70%, zusammengesetzte Zutat), die sich aus Maisstärke, Glukosesirup, Kartoffelflocken und Apfelfasern zusammensetzt, der Rote Rüben Pulver, Kokosöl, Krenpulver, Salz, Lecithin und Natriumhydrogencarbonat zugesetzt werden. Die Teigmischung enthält 14 g Rote Rüben Pulver auf 100 g. 1.000 g Rote Rüben Pulver wird aus 10.000 g bis 14.000 g frischer Rohware Rote Rübe durch Wasserentzug extrahiert. Diese Mehlmischung wird auf Backplatten portionsweise zu dünnen Scheiben gebacken.

Die Bekl vertreibt unter der Produktbezeichnung „Knuspriges Gemüse“ auch gebackene Waffelscheiben mit den Geschmacksrichtungen „Karotte-Ingwer“ und „Spinat“. Diese beiden Produkte werden ebenfalls aus einer Teigmischung hergestellt, die bis auf einzelne Aromastoffe und Gewürze der Teigmischung des Rote Rüben-Produkts gleicht. Bei der Geschmacksrichtung „Karotte-Ingwer“ kommen 17 g Karottenpulver auf 100 g Teigmischung; bei der Geschmacksrichtung „Spinat“ kommen 14 g Spinatpulver auf 100 g Teigmischung.

Der **Kl Verein** begehrt, der Bekl aufgrund von § 2 Abs 1 Z 1 und 2 UWG zu verbieten, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, sie biete gebackene Gemüsescheiben, insb gebackene Scheiben der Roten Rübe zum Kauf an, wenn es sich in Wahrheit um gebackene

Waffelscheiben aus einer Mehlmischung handelt, der das Gemüse, insb Rote Rübe, nur zu einem untergeordneten Anteil und/oder in Pulverform beigemischt ist (so die bezughabende Urteilsveröffentlichung).

Die **Bekl** wendet ein, kein mit dem Produkt konfrontierter Durchschnittsverbraucher könne annehmen, dass er tatsächlich „Knuspriges Gemüse“ oder eine mit frischem Gemüse vergleichbare Ware erhalte. Ein Verbraucher wisse, dass derartige Knabbererzeugnisse häufig auf Teigbasis hergestellt würden. Die Bekl vertreibe auch Produkte mit der Geschmacksrichtung „Karotte-Ingwer“ und „Spinat“. Diese Produkte würden im Lebensmittelhandel stets gemeinsam im Regal mit dem „Rote Rüben“-Produkt angeboten. Jeder Verbraucher würde daher immer gleichzeitig diese drei Produkte sehen. Bei den Gemüsesorten Karotte und Spinat sei es aufgrund der Beschaffenheit von vornherein unmöglich, hauchdünne Scheiben mit einem Durchmesser von circa 6 cm herzustellen und zu backen.

Der verständige Verbraucher lese auch das Zutatenverzeichnis. Es spiele überdies eine untergeordnete Rolle für die Verbrauchererwartung, in welchem genauen Mengenverhältnis die geschmacksgebende Zutat zu den sonstigen Zutaten stünde.

Das **ErstG** gab dem Klagebegehren statt. Das **BerG** bestätigte diese E. Der **OGH** wurde nicht befasst.

Aus den Entscheidungsgründen:

1.1. Die Argumentation der Berufung, der verständige Konsument wisse, dass Rote Rüben nicht zylinderförmig seien, und müsse deshalb davon ausgehen, dass die gleichförmig großen, kreisrunden Waffelerzeugnisse aus dieser Rübe gar nicht hergestellt werden können, dies umso mehr, wenn diese Produkte in der Regel gemeinsam mit den „Karotte-Ingwer“- und den „Spinatgemüsechips“ angeboten würden, deren Grundprodukte (Karotte und Spinat) noch weniger eine Herstellung von kreisrunden Scheiben mit 6 cm Durchmesser zuließen, überzeugt aus zwei Gründen nicht:

1.1.1. Wie das **ErstG** zutreffend ausführt, tritt die Abbildung der gestapelten kreisrunden Chips gegenüber der restlichen Aufmachung auf der Verpackung in den Hintergrund. Das Logo „Premium Qualität Gemüsechips hauchdünn gebacken“ und die Abbildung des Gemüses sowie der Schriftzug „Knuspriges Gemüse“ sind der erste und auch entscheidende Blickfang.

1.1.2. Einem verständigen Konsumenten mag zwar bekannt sein, dass nicht nur Karotten und Blattspinat, sondern auch Rote Rüben aufgrund ihrer Beschaffenheit die Herstellung von gleichförmigen runden Schei-

ÖBI 2019/36

§ 2 Abs 1 Z 1 und 2 UWG

OLG Wien
28. 5. 2018,
129 R 38/18 h
(HG Wien
58 Cg 31/17 t),
ECLI:AT:
OLG0009:2018:
12900R00038.
18H.0528.000

Knuspriges
Gemüse

Das OLG Wien prüft die Irreführung von Konsumenten durch die Aufmachung eines Produkts und die (in den Hintergrund tretende) Bedeutung des kleingedruckten Zutatenverzeichnisses.

ben alleine durch das Zerschneiden nicht zulassen. Dem mündigen Konsumenten ist aber ebenso klar, dass die Beschaffenheit des Grundprodukts durch Zerkleinern, Zerstampfen, Raspeln oder Ähnliches verändert und dadurch eine Masse hergestellt werden kann, aus der problemlos unter Verwendung entsprechender Hilfsmittel kreisrunde Scheiben hergestellt werden können. Alleine die Notwendigkeit, das rohe Gemüse in seiner äußeren Form zu verändern, um zu flachen Scheiben zu gelangen, kann nicht dazu führen, dass automatisch davon ausgegangen werden müsste, es werde eine Mehlmischung verwendet, der das angepriesene Gemüse nur zu einem gewissen (noch dazu eher untergeordneten) Prozentsatz beigemischt wird. Die Möglichkeit, durch das bloße Verarbeiten des Gemüses eine Masse zu gewinnen, gilt (wenn auch mit unterschiedlichen Mitteln: Spinat wäre zu passieren, Karotte und Rübe zu zerhacken oder zu raspeln) für alle drei hier angeführten Gemüsesorten. Es können daher aus den Karotten- und den Spinat-Gemüsechips keine Rückschlüsse auf die Variante aus Roten Rüben gewonnen werden.

1.2. Richtig ist, dass aufgrund der Bezeichnung „Chips“ für sich alleine der verständige Verbraucher möglicherweise noch nicht erkennen kann, ob es sich um ein Teigprodukt oder um geschnittenes Gemüse handelt. Die Gesamtaufmachung des Produkts („Knuspriges Gemüse, Gemüsechips, hauchdünn gebacken“) lässt diesen Rückschluss auf geschnittenes Gemüse aber sehr wohl zu. Gerade die Verbindung der Wortfolge „Gemüsechips“ im oberen Teil des Siegels mit „Premium Qualität“ in der Mitte und im unteren Teil „hauchdünn gebacken“ stellt eindeutig die Assoziation her, dass hier das Gemüse zu Chips gebacken und nicht eine Mehlmischung bearbeitet wird.

1.3. Die E C-195/14,¹⁾ *Teekanne*, ist entgegen der Berufungsargumentation durchaus einschlägig. Dort wurde für die den entsprechenden UWG-Bestimmungen zugrundeliegenden RL ausgesprochen, dass die Etikettierung eines Lebensmittels und die Art und Weise, in der sie erfolgt, durch das Aussehen, die Bezeichnung oder die bildliche Darstellung einer bestimmten Zutat den Eindruck des Vorhandenseins dieser Zutat in dem Lebensmittel erwecken kann. Für den Fall, dass sie darin tatsächlich nicht vorhanden ist, würde es nicht reichen, dass sich dies allein aus dem Verzeichnis der Zutaten auf der Verpackung des Lebensmittels ergibt. Hier geht es zwar nicht um ein Fehlen der Zutat im Produkt, aber um das Verwenden einer völlig anderen Hauptzutat, dies mit der Beimischung der angepriesenen Hauptzutat in untergeordneter Weise. Die Wertung aus der *Teekanne*-E betreffend das Verhältnis zwischen Anpreisung und Zutatenverzeichnis ist auf den hier zu beurteilenden Fall übertragbar. [...]

Auch hier ist „Gemüsechips“ und „hauchdünn gebacken“ auf der Verpackung sehr prominent angebracht und als großer Blickfang im oberen Bereich „knuspriges Gemüse“. Das erweckt eine Erwartungshaltung in Bezug auf die stoffliche Beschaffenheit dieser Chips (bestehend aus Gemüse). Dass diese Beschaffenheit möglicherweise durch das Aussehen der kreisrund aufgestapelten Chips auf der Verpackung hinterfragt werden

müsste, ist nicht entscheidend, weil die übrigen Merkmale deutlich im Vordergrund stehen und daher die beschriebene Assoziation dennoch hervorrufen.

Die korrekte Angabe der Zutaten im Zutatenverzeichnis vermag an dieser Irreführung nichts mehr zu ändern, schon alleine wegen des wesentlich geringeren Auffälligkeitsgehalts des Zutatenverzeichnisses.

1.4. Durch die Aufmachung des Produkts kann ein unrichtiger Eindruck über die Zusammensetzung der angebotenen Gemüsechips entstehen. Auch der Hinweis auf die E C-51/94, *Sauce hollandaise*, und C-465/98, *Darbo Naturrein*, vermag daran nichts zu ändern.

1.4.1. Eine Sauce ist ein Erzeugnis, das für den gesundheitsbewussten Konsumenten über seine Zusammensetzung definiert wird. Die ergibt sich nicht notwendigerweise aus der Bezeichnung oder Aufmachung der Verpackung. Das Lesen des Zutatenverzeichnisses ist bei dem Produkt „Sauce hollandaise“ daher viel eher kaufentscheidend, wenn dem Konsument die Zusammensetzung an sich wichtig ist und er nicht – wie hier – bereits von der Aufmachung der Verpackung in die Irre geführt wird. Es war daher zu C-51/94 ausreichend, die Zutaten im Zutatenverzeichnis korrekt anzugeben.

1.4.2. Betreffend *Darbo Naturrein* (C-465/98) wurde den Verbrauchern nicht zugesonnen, zu glauben, dass Marmelade gänzlich ohne einen künstlichen Stoff hergestellt werden würde. Das hat nichts mit der Möglichkeit zu tun, Chips grundsätzlich aus Gemüsechips herzustellen zu können; solche werden – unstrittig – hergestellt und angeboten.

1.5. Insgesamt sind lauterkeitsrechtlich in diesem Zusammenhang folgende Grundsätze zu beachten:

Die Werbeangaben [...] über Bestandteile und zur stofflichen Beschaffenheit des angebotenen Produkts [...] sind für den Verkehr von wesentlicher Bedeutung, weil aus diesen Angaben auf bestimmte Eigenschaften oder Wirkungen, insb auf die Güte der Ware, geschlossen wird. Fehlvorstellungen darüber sind grundsätzlich für die (Kauf-)Entscheidung relevant. Angaben über die stoffliche Beschaffenheit, die nicht der Wahrheit entsprechen, sind daher in aller Regel irreführend.

Zu den Informationen über die Zusammensetzung zähl[t] nicht nur [...] das Zutatenverzeichnis, sondern auch und gerade die Bezeichnung einer Ware. Denn die Bezeichnung eines Produkts löst beim angesprochenen Verkehrskreis Erwartungen aus, etwa über die stoffliche Beschaffenheit oder die Zusammensetzung und die damit verbundene Qualität, und veranlasst aufgrund dieser Erwartungen die wirtschaftliche Entscheidung (vgl auch 4 Ob 20/91,²⁾ *Himbeer Essig*, betreffend eine Enttäuschung der Verbrauchererwartung über den Inhalt an wertbestimmenden Bestandteilen eines Lebensmittels).

Maßfigur für die lauterkeitsrechtliche Prüfung einer gegenüber Verbrauchern angewendeten Geschäftspraktik (§ 1 Abs 1 Z 2 UWG) ist ein angemessen gut unterrichteter und angemessen aufmerksamer und kri-

1) ÖBl 2015/46 (Appf).

2) ÖBl 1991, 232.

tischer Durchschnittsverbraucher. Die Maßfigur kann auch als mündiger Konsument bezeichnet werden.

[Gesamteindruck und Gesamthalt]

Die Irreführungseignung ist – auch nach der UWG-Nov 2007 – nach dem Gesamteindruck der strittigen Ankündigung zu beurteilen. Der Gesamteindruck ist aber nicht gleichbedeutend mit dem Gesamthalt der Ankündigung. Denn er kann schon durch einzelne Teile der Ankündigung, die als Blickfang besonders herausgestellt sind, entscheidend geprägt werden. In solchen Fällen darf auch der blickfangartig herausgestellte Teil der Ankündigung für sich allein nicht irreführend sein. In solchen Fällen kann nur ein ausreichend deutlicher aufklärender Hinweis zum Wegfall der Irreführungseignung führen (vgl dazu ausführlich 4 Ob 228/10y mwN, *Waldbeeren-Fruchtschnitte*).

1.6. Entgegen der Ansicht der Bekl ist aus dieser E für ihren Rechtsstandpunkt nichts zu gewinnen.

In 4 Ob 228/10y ging es darum, dass die geschmacksbestimmenden Zutaten (Waldbeeren) grafisch auf der Verpackung hervorgehoben waren, jedoch mengenmäßig nicht dominierten. Dass die Früchte – welche Früchte auch immer – nur durch einen Vorgang des Verarbeitens und Pressens in eine Fruchtschnitte verarbeitet werden können, war zu keinem Zeitpunkt als irreführungsgeeignet angesehen. Es ging dort nur um die Frage, dass die grafisch stärker hervorgehobenen Waldbeeren nicht den Hauptanteil der hergestellten Fruchtmasse ausmachen.

Hier geht es aber darum, dass ein Produkt aus einer grundsätzlich anderen Masse – nämlich einer Mehlmischung, die sich in der Erwartung des Verbrauchers ganz grundsätzlich von geraffeltem, geschnittenem oder sonst verarbeitetem Gemüse unterscheidet – hergestellt wird. Es besteht daher hier ein weiterer entscheidender Unterschied zwischen der Aufmachung des Produkts und dessen tatsächlicher Beschaffenheit. Hier werden eben keine Gemüsechips angeboten, aber solche angepriesen. Dort wurde eine Fruchtschnitte aus verschiedenen Früchten – unter anderem Waldbeeren – angeboten und in der Anpreisung die Waldbeeren hervorgehoben. Dies ist ein qualitativ weniger stark irreführendes Vorgehen und daher mit der hier zu beurteilenden Situation nicht vergleichbar. Gerade die entscheidende Bezeichnung des Produkts als Gemüsechips, die für sich allein schon eine Aussage über die Zutat trifft, spielt hier eine wesentliche Rolle.

Der mündige Konsument erwartet von einem als Waldbeeren-Fruchtschnitte bezeichneten Produkt weder eine unter Verwendung ganzer Früchte noch eine

überwiegend aus Waldbeeren hergestellte Fruchtschnitte, sondern dass diese aus echten Waldbeeren (die, um in die flache Form einer Fruchtschnitte zu passen, selbstverständlich passiert und weiterverarbeitet werden müssen) und nicht aus Aromastoffen hergestellt ist und [nur] danach schmeckt. Der mündige Konsument erwartet von Gemüsechips aber sehr wohl Chips aus Gemüsescheiben, welche ja auch hergestellt werden können und hergestellt werden. Dort war das Mengenverhältnis problematisch und wurde letztlich als für den Verbraucher nicht entscheidend beurteilt, weil andere Obstsorten verwendet werden. Hier geht es nicht um das Mengenverhältnis, sondern um das Produkt als solches und um die Verwendung einer Mehlmischung statt einer anderen Gemüsesorte.

An alldem vermag das Zutatenverzeichnis nichts zu ändern, weil es aufgrund der Schriftgröße und der Platzierung nicht als ausreichend deutlich im Verhältnis zur Anpreisung angesehen werden kann (RIS-Justiz RS0078542; RS0118488).

[Verkehrsfähigkeit und Irreführungseignung]

1.7. Dass nach dem Ergebnis eines von der Bekl eingeholten Privatgutachtens – das sich mit der Schriftgröße und den verpflichtenden Elementen des Zutatenverzeichnisses auseinandersetzt – die Ware nach den Anforderungen der EU-Lebensmittelinformationsverordnung in Österreich verkehrsfähig wäre, beeinflusst die hier vorzunehmende wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Gesamtaufmachung nach dem UWG nicht. Dieses Gutachten trifft auch keine Aussage über die Irreführungseignung nach § 5 Abs 2 LMSVG, weshalb aus den Ausführungen in 4 Ob 116/12f,³⁾ das Irreführungsverbot (dort analog für kosmetische Mittel) gem § 5 Abs 2 und 4 iVm § 18 Abs 2 LMSVG stehe im Einklang mit dem lauterkeitsrechtlichen Verbot nach § 2 UWG, für die Bekl nichts gewonnen werden kann.

1.8. Da die Frage, ob die Chips aus Roten Rüben mit den anderen beiden Gemüsechipsprodukten der Bekl immer gemeinsam nebeneinander aufgestellt angeboten werden, für die rechtliche Beurteilung nicht relevant ist, weil die Beurteilung der Aufmachung der Verpackung mit dem Hinweis auf hauchdünn gebackene Gemüsechips und der Möglichkeit, durch Verarbeitung die Konsistenz des Gemüses so zu verändern, dass eine Herstellung von Scheiben möglich ist, auf alle drei Gemüsesorten zutrifft, ist eine Feststellung dazu für die rechtliche Beurteilung irrelevant.

3) 24K-rat DELUXE FORMULA, ÖBl 2013/29 (Gamerith).

Anmerkung:

Einleitung

Die vorliegende E passt sehr gut in die Linie der Judikatur, die wir zuletzt als nicht mit der Auffassung des EuGH in Einklang zu bringen kritisiert hatten.⁴⁾ Das Ergebnis mag hier vertretbar sein, der Weg dorthin hätte anders aussehen können.

Gegenstand des Verfahrens ist wieder einmal die als irreführend erachtete Hauptschauseite von Lebensmit-

telverpackungen, die keines der verpflichtenden Kennzeichnungselemente des Art 9 Abs 1 VO (EU) 1169/2011 (LMIV) trägt, welche nach dem Willen des Gesetzgebers dem Verbraucher eine informierte Kaufentscheidung ermöglichen sollen.⁵⁾ Auch wenn der Ver-

4) *Natterer/Sirakova*, Blickfangjudikatur und der mündige Verbraucher im Lebensmittelrecht, ÖBl 2018, 213.

5) Vgl ErwGr 3, 4 LMIV.



braucher weiß, dass er alle Pflichtinformationen auf der Verpackung von Lebensmitteln finden kann, interessiere er sich, nach der von uns kritisierten Judikatur, schlicht nicht dafür, weil sein Eindruck überwiegend von – als irreführend erachteten – werblichen Gestaltungselementen auf den Verpackungen bestimmt werde und er alleine deswegen seine Kaufentscheidung treffe. Informationen wie Mindesthaltbarkeitsdatum, Nettofüllmenge, Zutatenverzeichnis und Allergene (die im Zutatenverzeichnis ausgewiesen werden) sollen ihm auch hier wieder egal sein. Ein Käufer, der so vorgeht, kauft immer die sprichwörtliche Katze im Sack. Man muss also wieder fragen, wozu es die zahlreichen Pflichtinformationen nach der LMIV gibt, wenn sie nicht gelesen werden.

Das sieht der EuGH deutlich anders: Verbraucher, die sich in ihrer Kaufentscheidung nach der Zusammensetzung des Erzeugnisses richten, **lesen zunächst das Zutatenverzeichnis.**⁶⁾ Nichts anderes wird auch im *Teekanne*-Urteil wiederholt. Den Verbraucher trifft also, wenn ihn die Zusammensetzung interessiert, eine gewisse Erkundigungspflicht, auch wenn die Angabe in der „kleinen“ gesetzlich normierten Mindestschriftgröße zulässigerweise hinten auf der Verpackung angebracht ist. Und wieso sollte eigentlich ein „gesundheitsbewusster Konsument“ eher das Zutatenverzeichnis einer Fertigsauce studieren als von Gemüsechips oder Gemüsewaffeln?⁷⁾

Natürlich gibt es Fälle, in denen ein richtiges und vollständiges Zutatenverzeichnis einen anderweitig erweckten unrichtigen Eindruck nicht aufklären kann.⁸⁾ Das hängt im Einzelfall von der konkreten Gesamtaufmachung des Lebensmittels ab. So wäre auch im vorliegenden Fall zu prüfen gewesen, ob die Pflichtangaben, va die Bezeichnung des Lebensmittels und das Zutatenverzeichnis, ausreichende Aufklärung über die verfahrensgegenständlichen Erzeugnisse boten.

„Bezeichnung“ vs „Produktname“ vs „Fantasiebezeichnung“

Wie ein roter Faden zieht sich das Thema „Produkt-/Bezeichnung“ durch die gesamte Entscheidung. So heißt es schon in den ersten Sätzen der Begründung: *„Die beklagte Partei bringt unter der Produktbezeichnung ‚Knuspriges Gemüse – Gemüsechips – Premiumqualität – hauchdünn gebacken‘ gebackene Waffelscheiben [...] in Verkehr: [hier: Abb vorne]. Auf der Rückseite ist unter der Überschrift ‚Gebackene Waffelscheiben mit Gemüseanteil‘ das folgende Zutatenverzeichnis [...] abgedruckt: [...]“* Aus lebensmittelrechtlicher Sicht muss man hier einhaken, weil freiwillige Angaben wie Fantasiebezeichnungen und die verpflichtende „Bezeichnung des Lebensmittels“ nicht ausreichend auseinandergehalten werden. Der rechtliche Hintergrund:

Die „Produktbezeichnung“ – rechtlich richtig die „Bezeichnung des Lebensmittels“ (vormals „Sachbezeichnung“)⁹⁾ – ist eine Pflichtangabe gem Art 9 Abs 1 lit a LMIV und wird in Art 17 LMIV näher beschrieben. Die Bezeichnung ist entweder gesetzlich vorgeschrieben,¹⁰⁾ verkehrsüblich¹¹⁾ oder beschreibend.¹²⁾

Die LMIV kennt darüber hinaus aber eben auch die Ausdrücke „Fantasiebezeichnung“¹³⁾ und „Produktname“¹⁴⁾ die sich von der „Bezeichnung“ eines Lebensmittels insb durch ihre freiwillige Natur und den überwiegend werblichen Charakter unterscheiden. Jedemfalls dient die Fantasiebezeichnung der Wiedererkennbarkeit eines Lebensmittels. Hierbei geht es in erster Linie um die Unterscheidung der Marken und der allgemeinen Produktkategorien. Sie lässt nicht immer einen Rückschluss auf die Zusammensetzung eines Lebensmittels zu.

Eine Fantasiebezeichnung bzw ein Produktname wäre etwa „Pizza Casa di Mama“, eine mögliche rechtliche Bezeichnung „Pizza mit Mozzarella, Cocktailtomaten und Rucola-Pesto“. Wie Fantasienamen sind auch Marken, die für ganz konkrete Lebensmittel stehen, etwa „Mars“ (= „Milchschokolade, gefüllt mit feiner Candy-Creme und Karamell“), „Snickers“ (= „Schokoladenriegel mit Erdnüssen“), „Raffaello“ (= „Kokos-Mandel-Konfekt“), zu beurteilen. Mit diesen Fragen hat man sich im Verfahren offenbar nicht befasst.

Im konkreten Fall hat die Bekl als Bezeichnung (in der E „Überschrift“ genannt) „Gebackene Waffelscheiben mit Gemüseanteil“, also eine beschreibende Bezeichnung, gewählt, die eine verkehrsübliche Bezeichnung enthält („Waffel“¹⁵⁾). Ob diese Bezeichnung korrekt ist, dürfte kein Thema des Verfahrens gewesen sein und kann dahingestellt bleiben. Diese Bezeichnung wäre wohl geeignet, den Verbraucher zu informieren, welche Art Erzeugnis er erwirbt, wäre da bloß nicht die Vorderseite der Verpackung mit den oben angeführten Angaben „Gemüse Chips“ und „Knuspriges Gemüse“.

Obwohl laut dem Vorbringen der Bekl „Chips“ nur als Sammelbegriff und gemeinsam mit „Knuspriges Gemüse“ wohl als freiwillige Angaben (Fantasiebezeichnung) gewählt und deklariert wurden, wird der Begriff „Chips“ auf dem Markt – wenn auch als Sammelbegriff – als verkehrsübliche Bezeichnung gewisser Lebensmittel verwendet; auch „Knuspriges Gemüse“



6) Vgl etwa EuGH C-195/14, *Teekanne*, Rz 37; C-51/94, *Kommission/Deutschland*, Rz 34; C-465/98, *Darbo*, Rz 22.

7) Vgl Punkt 1.4.1 des OLG Wien zur EuGH-E *Sauce Hollandaise* (EuGH C-51/94, Slg 1995, I-3599, *Kommission/Deutschland*; s auch *Meyer*, ZLR 1995, 674).

8) Nochmals: Im *Teekanne*-Urteil kritisierte der EuGH, dass nicht einmal die Aromen aus Himbeeren und Vanille hergestellt waren. Dass es einen Unterschied zwischen „natürlichem Himbeeraroma“, das zu 95% aus Himbeeren hergestellt sein muss, und „natürlichem Aroma mit Himbeergeschmack“, das gar keine Himbeere „gesehen“ haben muss, geben kann, wissen vielleicht einige Lebensmittelrechtsexperten, nicht aber Durchschnittsverbraucher.

9) Im Englischen „Name of the Product“.

10) ZB „Milchschokolade“ laut § 1 Z 4 SchokoladeV, BGBI II 2003/628, oder die Spirituosen laut Anh II EG-SpirituosenVO.

11) Siehe etwa die Vorgaben im ÖLMB, zB „Vollbier“ für ein Bier mit elf bis 16 Grad Stammwürzgehalt – ÖLMB⁴ Kap B 13 Abs 1.1., 1.7.

12) ZB „Milchmischgetränk aus Magermilch mit Bananengeschmack“ oder „vegane Tofu-Wurst nach Salami-Art“.

13) Art 17 Abs 4 LMIV.

14) Art 7 Abs 1 lit d Anh VI Teil A Nr 4 lit a LMIV.

15) Laut ÖLMB⁴ Kap B 18 Abs 2.3.4.17 werden Waffeln aus einer aufgetragenen Teigmasse zwischen erhitzten Backflächen gebacken; sie gelangen sowohl ungefüllt als auch gefüllt in den Verkehr.

ist eine bekannte Beschreibung bestimmter Erzeugnisse (hierzu sogleich unten).

Nun dürfen freiwillige Angaben wie Fantasiebezeichnungen¹⁶⁾ nicht irreführend, zweideutig oder missverständlich sein.¹⁷⁾ Das heißt ua, dass sie nicht den Eindruck einer unvollständigen/unzutreffenden/irreführenden/missverständlichen Bezeichnung des Lebensmittels erwecken, nicht in Widerspruch zur tatsächlichen Bezeichnung des Lebensmittels stehen und allgemein nicht in sich widersprüchlich sein dürfen.¹⁸⁾

Es wäre zu prüfen gewesen, ob durch die Verwendung der Bezeichnung „Chips“ ein unrichtiger Eindruck über die Beschaffenheit des Lebensmittels geschaffen wurde, der durch die intendierte rechtlich vorgeschriebene Bezeichnung des Lebensmittels nach Art 9 Abs 1 lit a LMIV nicht ausreichend aufgeklärt wird.

Wenn eine Angabe als „Bezeichnung“ gewählt wurde, muss sie den Vorgaben von Art 17 LMIV entsprechen. Sollte es sich um einen „Fantasiennamen“ handeln, muss dieser gem Art 7 Abs 2 iVm Art 36 LMIV klar, eindeutig und leicht verständlich sein. Widrigenfalls könnte – abgesehen von einer allfälligen Täuschung der Gesamtaufmachung – ein formeller Verstoß gegen die Vorschriften der LMIV vorliegen. Das dürfte aber nicht thematisiert werden sein.

Um jedenfalls entscheiden zu können, ob ein Verstoß gegen die LMIV vorliegt, muss die konkrete Verbrauchererwartung im Zusammenhang mit den Angaben ermittelt werden.

Die Verbrauchererwartung zu Chips, Crackers und Co

Die Bekl argumentiert, dass kein mit dem Produkt konfrontierter Durchschnittsverbraucher annehmen könne, dass er tatsächlich „Knuspriges Gemüse“ oder eine mit frischem Gemüse vergleichbare Ware erhalte. „Chips“ sei ein Sammelbegriff für kleine scheibenförmige Nahrungsmittel, die je nach Produktart Unterschiede in Zusammensetzung, Aussehen und Geschmack aufweisen. Ein Verbraucher wisse außerdem, dass derartige Knabbererzeugnisse häufig auf Teigbasis hergestellt würden. Schließlich ließen sich derart hauchdünne, glatte gleichförmige und stapelförmig angeordnete Scheiben mit dem Grundprodukt des Gemüses gar nicht herstellen (hier wird Bezug auf die Abbildung des Produkts genommen).

Dass „Chips“ als Sammelbegriff verwendet wird und es Knabbererzeugnisse auf Teigbasis gibt, steht außer Frage. Diese sind im ÖLMB sogar eigens unter „Knabbergebäck“ angeführt.¹⁹⁾ Doch schon ein kurzer Blick in die Verkaufsregale zeigt Folgendes:

→ „Chips“:

„Chips“ werden nicht nur als „Chips“ bezeichnet, sondern mit einem näher umschreibenden Begriff verbunden – „Kartoffelchip“.²⁰⁾ Ohne nähere Konkretisierung der Bezeichnung (wie „Obst“-Chips oder „Kartoffel“-Chips und „frittiert“ oder „gebacken“) und ohne das Zutatenverzeichnis könnte man tatsächlich nicht sagen, um welches Lebensmittel es sich konkret handelt. Üblicherweise wird der Ausdruck aber für dünne, knusprige, frittierte Lebensmittel verwendet, die un-

mittelbar aus einem in der Bezeichnung angeführten Grunderzeugnis (meist Kartoffeln) hergestellt werden. Es lassen sich auf dem Markt kaum „Chips“ mit einer Teigmischung als Grundzutut finden.²¹⁾



→ „Gemüsechips“/„Gemüse Chips“:



Der Begriff „Gemüsechips“ („Gemüse Chips“) wird als Bezeichnung für Lebensmittel verwendet, die aus geschnittenem Gemüse hergestellt sind, welche getrocknet, frittiert oder gebacken und denen geschmacksgebende Zutaten wie Öl/Salz/Kräuter beigemischt wurden. Auch die Angabe „Knuspriges Gemüse“ ist auf dieser Art Produkte regelmäßig zu finden.

→ „Crackers“²²⁾/„Knabbergebäck“²³⁾:

Die verfahrensgegenständlichen Produkte sind unter dem Begriff „Chips“ jedenfalls nicht zu finden. Nahezu



16) Art 36 iVm Art 2 Abs 2 lit a und j LMIV.

17) Art 36 Abs 2 LMIV.

18) Hierzu auch *Natterer/Sirakova*, Die Kennzeichnung von Fleischerersatzprodukten, ern 2017, 34.

19) ÖLMB⁴ B 18 Abs 2.3.4.12: Knabbergebäck wird aus Mahl- und Schälprodukten und anderen Zutaten hergestellt. Es gelangt in den unterschiedlichsten Formen und Geschmacksrichtungen in den Verkehr. Zum Knabbergebäck zählen auch Extruderprodukte. Diese werden mit Extrudermaschinen hergestellt, die den stärkehaltigen Rohstoff unter Einwirkung von Feuchtigkeit, Temperatur und Druck verkleistern, wobei die notwendige Produktexpansion entweder durch raschen Druckabbau nach der Austrittsdüse des Extruders erfolgt oder durch anschließendes Frittieren des Extrudates.

20) Für „Kartoffelerzeugnisse“ gibt es im dt Lebensmittelbuch sogar Leitsätze. In Punkt II. h) 1. heißt es „Kartoffelchips sind frittierte Kartoffelscheiben gleichmäßiger Dicke mit glattem oder gewelltem Schnitt. Sie werden aus geschälten Kartoffeln hergestellt und vor dem Frittieren gegebenenfalls noch behandelt (zB gewaschen, blanchiert)“; www.deutsche-lebensmittelbuch-kommission.de/sites/default/files/downloads/leitsaetzekartoffelerzeugnisse.pdf (Stand 22. 1. 2019).

21) Eine Ausnahme gibt es wohl: „Tortilla Chips“; hierzu weiter unten im Text.

22) ÖLMB⁴ Kap B 18 Abs 2.3.4.11: Kracker (Crackers) sind flache, kleine bis mittelgroße fetthaltige Gebäckstücke, die eine blättrige Struktur aufweisen. Sie werden nach dem Backen mit Öl besprüht oder gesalzen; manche enthalten auch weitere Zutaten wie zum Beispiel Käse, Gewürze, fettreiche Samen.

23) ÖLMB⁴ Kap B 18 Abs 2.3.4.12: Knabbergebäck wird aus Mahl- und Schälprodukten und anderen Zutaten hergestellt. Es gelangt in den unterschiedlichsten Formen und Geschmacksrichtungen in den Verkehr. Zum Knabbergebäck zählen auch Extruderprodukte. Diese werden mit Extrudermaschinen hergestellt, die den stärkehaltigen Rohstoff unter Einwirkung von Feuchtigkeit, Temperatur und Druck verkleistern, wobei die notwendige Produktexpansion entweder durch raschen Druckabbau nach der Austrittsdüse des Extruders erfolgt oder durch anschließendes Frittieren des Extrudates. Mahl- und Schälprodukte werden aus Weizen, Roggen, Triticale, Mais, Gerste, Hafer, Hirse, Reis, Wildreis hergestellt (ÖLMB⁴ Kap B 20 Abs 1.1).

idente Produkte werden aber unter dem ebenfalls im Deutschen geläufigen Begriff „Crackers“ vermarktet:



Diese Produkte bestehen dem ÖLMB zufolge tatsächlich aus Teigmischungen, denen geschmacksgebende Zutaten wie Gemüse und Kräuter beigemischt werden. Die einzelnen Erzeugnisse unterscheiden sich in ihrer Zusammensetzung durch die Teigarten, die geschmacksgebenden Gemüse-/Kräuterarten und die Menge der geschmacksgebenden Zutaten, aber auch im Herstellungsverfahren.

Somit lässt sich wohl begründen, dass der Durchschnittsverbraucher bei „Gemüse Chips“ von einem Produkt ausgeht, bei dem es sich grundsätzlich um geschnittenes Gemüse handelt, das (infolge irgendeiner Bearbeitung) knusprig ist und geschmacklich infolge der Zubereitungsweise (frittiert oder gebacken) und der geschmacksgebenden Zutaten (Öl, Gewürze) strukturelle und geschmackliche Unterschiede aufweisen kann. Er erwartet sich wohl keine auf Teigbasis hergestellten „Crackers“ (oder „Waffeln“), denn diese Begriffe lassen für den Verbraucher gewisse Rückschlüsse zu, wie das Produkt zusammengesetzt und grundsätzlich zubereitet wurde.

Die Bekl versuchte sich hier auch damit zu behelfen, dass das Produkt naturgetreu auf gut über der Hälfte der Packungsfrontseite abgebildet sei; der Verbraucher müsse ja erkennen, um was für ein Erzeugnis es sich (nicht) handle. Die Ausführungen des OLG Wien, die bildliche Komponente der Chips trete in den Hintergrund und habe de facto keine Bedeutung, überraschen in Anbetracht der „NÖM Erdbeermilch to go“-E aus 2017.²⁴⁾ Sie sind aber mit der EuGH-Judikatur durchaus im Einklang.

In diesem Zusammenhang erklärt das OLG Wien auch, es sei gar nicht notwendig, die Chips in klassischer (geschnittener) Form zuzubereiten. Man könne die Grundmasse aus einem Gemüsepulver herstellen. Dem mündigen Konsumenten sei ebenso klar, dass die Beschaffenheit des Grundprodukts durch Zerkleinern, Zerstampfen, Raspeln oder Ähnliches verändert und dadurch eine Masse hergestellt werden kann, aus der problemlos unter Verwendung entsprechender Hilfsmittel kreisrunde Scheiben hergestellt werden können. Alleine die Notwendigkeit, das rohe Gemüse in seiner äußeren Form zu verändern, um zu flachen Scheiben zu gelangen, könne nicht dazu führen, dass automatisch davon ausgegangen werden müsse, es werde eine Mehlmischung verwendet, der das angepriesene Gemüse lediglich zu einem gewissen (untergeordneten) Prozentsatz beigemischt werde.²⁵⁾

Auf den ersten Blick klingt diese Meinung vernünftig und deckt sich auch mit den Überlegungen in der

Waldbeeren-Fruchtschnitten-E. Doch würde dann nicht tatsächlich ein gänzlich anderes Produkt erzeugt werden? Schauen wir uns doch die beliebten „Pringles“²⁶⁾ an:



Pringles werden aus „Kartoffelpüreepulver“ (nebst anderen nachgereihten Zutaten) hergestellt. Form und Stapelung sind absolut gleichmäßig. Technisch dürfte die Form wohl auch mit Gemüsepulver hinzubekommen sein.

Pringles werden aber nicht als „Chips“ bezeichnet, sondern als „Knabbergebäck“. Erklären lässt sich das ua mit der weiteren Zusammensetzung des Produkts, die nämlich je nach Sorte ua Reis- und Weizenmehl, Weizenstärke und Hefepulver enthält – ein klassisches Knabbergebäck also, wie es im ÖLMB²⁷⁾ definiert ist. Genau das meinte auch eine Kl, als sie Ende der 1990er-Jahre dem ehemaligen Vertreiber des Erzeugnisses die Verwendung der Bezeichnung „Chips“ verbieten lassen wollte. Die damalige Kl argumentierte ua, dass nach dem allgemeinen Verständnis und nach dem redlichen Herstellungsbrauch als Kartoffel-Chips stets in Fett gebackene dünne Scheiben aus rohen Kartoffeln vertrieben würden; „Chips“ würden stets aus einem Stück bestehen und sich damit wesentlich von zusammengesetzten Produkten, die Teig und andere Beimengungen enthielten, unterscheiden. Dieser Argumentation schloss sich das HG Wien an, dessen E vom OLG Wien bestätigt wurde.²⁸⁾

Dem ÖLMB entsprechend werden also „Hirsebällchen“ etwa als „Hirse-Knabbergebäck, extrudiert“ bezeichnet. Anders sind nur „Nachos“/„Tortilla“, die anstatt als „Mais-Knabbergebäck“ regelmäßig als „Maischips“ bezeichnet werden. Das dürfte wohl damit zu erklären sein, dass sich die kleinen Maiskörner nicht wirklich (sinnvoll) zu einzelnen greifbaren Chips verarbeiten lassen (Gemüse aber sehr wohl); die Bezeichnung dürfte mittlerweile wohl auch verkehrsblich geworden sein. Das ändert aber nichts an der dargelegten

24) In der zitierten E meinte das OLG Wien, der Konsument würde in der sehr kleinen Abbildung der Flüssigkeit Fruchtstücke (eigentlich Luftbläschen) erkennen können und daraus schließen, es seien nennenswerte Mengen an Fruchtmark im Getränk enthalten (OLG Wien 31. 8. 2017, 4 R 50/17 b, *Erdbeermilch to go ua*, ÖBL-LS 2018/13 [*Hinger*]); Punkt 1.3. im Berufungsurteil.

25) Punkt 1.1.2 im Berufungsurteil.

26) Marke als Fantasiebezeichnung.

27) Siehe oben FN 23.

28) HG Wien, GZ 38 Cg 92/96g; GZ 1 R 24/97z; der OGH wurde mit der Frage nicht befasst.



Verkehrsauffassung zum Begriff „Gemüsechips“ und „Knuspriges Gemüse“.

Wir halten also fest: Wäre die Angabe „Chips“ als „Bezeichnung“ aufzufassen, müsste sie den Vorgaben von Art 17 LMIV entsprechen. Da Chips jedoch ein anderes Produkt beschreiben als das hier vorliegende, würde (neben der Irreführung nach Art 7 Abs 1 LMIV) schon alleine deswegen ein formaler Verstoß gegen Art 9 Abs 1 lit a iVm Art 17 LMIV vorliegen. Davon abgesehen wären zwei Bezeichnungen angebracht, die einander widersprechen würden. Man hätte die Unzulässigkeit der angegriffenen Packung also damit begründen können, dass mit „Chips“ und „Waffeln“ zwei unterschiedliche als verkehrübliche Bezeichnungen gebrauchte Ausdrücke verwendet worden sind.

Damit muss man iSd EuGH-Judikatur fragen, ob der Verbraucher durch das Zutatenverzeichnis, das die interessierte und alleine schutzwürdige Verbraucher zu lesen hat, ausreichend aufgeklärt wird. Daran kann im vorliegenden Fall gezweifelt werden, weil dort zwar die Zutaten (vermutlich) korrekt aufgelistet sind, das Herstellungsverfahren daraus aber nicht hervorgeht und nicht erklärt wird, was das Produkt mit „Chips“ gemein hat.

Im Ergebnis erfährt der mündige Durchschnittsverbraucher auch durch das Studium der Pflichten-

gaben nicht mit der erforderlichen Sicherheit, ob er nun „Waffeln mit Gemüseanteil“ oder „Gemüsechips“ erhält. Insofern ist die E im Ergebnis richtig, eine nähere Befassung mit den lebensmittelrechtlichen Vorschriften wäre aber wünschenswert gewesen.

Schlussbemerkungen

Ausschlaggebend ist hier also nicht das Mengenverhältnis der geschmacksgebenden zu den restlichen Zutaten (als Forderung des Konsumenten nach einem höheren Prozentsatz), sondern das Verwenden von zwei verkehrüblichen, einander ausschließenden Bezeichnungen, nämlich „Chips“ und „Waffeln“. Eine Aufklärung über die Art des Lebensmittels erfolgt auch nicht durch das Zutatenverzeichnis, das die Beschaffenheit des Lebensmittels nicht erklärt. Mit der hier gesetzmäßigen Schriftgröße und mit der Platzierung des Zutatenverzeichnisses hat das aber nichts zu tun.

Im Ergebnis ist die E des OLG Wien also richtig, eine klare Abgrenzung der Begriffe und eine nähere Befassung mit den Vorschriften der LMIV wären wünschenswert gewesen.

*Andreas Natterer, Partner, Iliyana Sirakova,
Rechtsanwaltsanwärtin,
beide Schönherr Rechtsanwälte GmbH, Wien*

