

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB! 

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

März 2022

02

49 – 96

Schwerpunkt Urheberrechts-Novelle 2021

Urheberrechts-Novelle 2021 – Überblick und neue Plattformhaftung

Christian Auinger und Verena Strasser ➔ 52

Urheberrechts-Novelle 2021 – Vertragsrecht

Christian Handig ➔ 59

Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ➔ 65

Nationale und internationale Rechtsentwicklung ➔ 67

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ➔ 67

**Rechtsprechung des OLG Wien im markenrechtlichen
Registerverfahren** ➔ 70

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ➔ 70

Editorial:
Lauter(es)
Richterrecht

Rechtsprechung

Vorteilswelt – Weite „Vorteilswelt“ für „Bonus-Kunden“

Barbara Kuchar ➔ 71

Stoppt das Schwitzen – Marktschreierei oder Tatsachenbehauptung

Katharina Majchrzak und Alina Alavi Kia ➔ 73

**Altkleidersammlung – Spenden durch Loswerden – Loswerden durch
Spenden** Reinhard Hinger ➔ 77

OVB/3SI – Mitbenutzt und nicht in den Hintergrund getreten

Reinhard Hinger ➔ 79

Pauscha Austria – since 1875 – Since 1875? Irmgard Nemec ➔ 82

**Leistungsschau – Der Anschein einer Verpflichtung, eine Vorbenut-
zung geheim zu halten** Alexander Koller ➔ 86

Sumal/Mercedes – „Kinder haften für ihre Eltern“ (im Kartellrecht)

Franz Stenitzer ➔ 88

→ Marktschreierei oder Tatsachenbehauptung beim Schwitzen

→ Auch eine Botschaft, die nicht wörtlich verstanden wird, kann bei einem nachprüfbaren Tatsachenkern das Publikum in die Irre führen (zB dass ein Deo, das „das Schwitzen stoppt“, der Schweißbildung bemerkenswert effektiv entgegengewirkt).

Sachverhalt:

Die Parteien vertreiben Deodorants auf dem österr Markt; die Bekl unter der Marke Borotalco.¹⁾

Im Provisorialverfahren war der folgende Sachverhalt bescheinigt: Die Bekl verwendet den Werbeslogan „Stoppt das Schwitzen“ in zwei Fernsehwerbespots. Auf der Website [www.\[B\].at](http://www.[B].at) bewirbt die Bekl mit diesem Bild wie im Fernsehwerbespot ihr Produkt mit der Aussage „Stoppt das Schwitzen“:



Dieser Werbeslogan wird auch auf Produktaufstellern in Supermärkten verwendet sowie auf öffentlichen Werbeflächen wie Plakatwänden und Litfaßsäulen.

Aluminiumsalze sind die einzigen Bestandteile von Deodorants, die eine Schweißreduktion bewirken. Die Kl analysierte das Deodorant „[B] Original“ im Hinblick auf seine Bestandteile. Dabei wurde festgestellt, dass im Spray rund 3% an aktivem Aluminiumchlorohydrat vorhanden sind; der Spray hat damit einen Gehalt an Aluminiumchlorohydrat, der zu einer maximalen Schweißreduktion von etwa 25% nach 48 Stunden führen kann. Beim Roll-On wurden rund 10,5% an aktivem Aluminiumchlorohydrat gefunden. Der Roll-On kann aufgrund dieser Menge zu einer maximalen Schweißreduktion von etwa 50% nach 48 Stunden führen.

Die Bekl verwendet den Werbeslogan „Nummer 1 in Italien“ in Fernsehwerbespots und auf Straßenbahnen in Wien, auf Plakatwänden und auf Litfaßsäulen etc. Bei allen Werbemaßnahmen wird die Aussage

→ Die Marktführerschaft als „Nummer 1“ hängt weder allein von den Absatzzahlen noch allein vom Umsatz ab, sondern bei beiden Faktoren muss ein erheblicher und stetiger Vorsprung vor allen Mitbewerbern bestehen.

„Nummer 1 in Italien“ mit einem *-Hinweis versehen, der lautet: „Wertmäßiger Marktanteil, [B] Spray Original, Gesamtmarkt Italien (12/2018–11/2019), LEH + DFH, IRI Group data“ (die Abkürzung „LEH“ steht für Lebensmitteleinzelhandel, „DFH“ für Drogeriefachhandel).

Der wertmäßige Marktanteil der Bekl in Italien liegt ebenso wie die absoluten Verkaufszahlen der Bekl seit 2016 vor dem wertmäßigen Marktanteil und den absoluten Verkaufszahlen der zweitplazierten Kl. Der prozentuelle Marktanteil der Bekl, berechnet auf der Grundlage der verkauften Stückzahlen, sowie die verkauften Stückzahlen der Bekl lagen 2016 und 2017 über dem prozentuellen Marktanteil und den verkauften Stückzahlen der zweitplazierten Kl. Seit 2018 liegen der prozentuelle Marktanteil der Kl sowie ihre verkauften Stückzahlen an erster Stelle.

Der wertmäßige Marktanteil der Bekl in Italien für den Verkauf in Supermärkten, Drogeriemärkten und Diskontmärkten liegt ebenso wie die absoluten Verkaufszahlen der Bekl seit 2016 vor der zweitplazierten Kl. Der prozentuelle Marktanteil der Bekl, berechnet auf der Grundlage der verkauften Stückzahlen, sowie die verkauften Stückzahlen der Bekl lagen 2016 und 2017 über jenen der zweitplazierten Kl. Seit 2018 liegen der prozentuelle Marktanteil der Kl sowie ihre verkauften Stückzahlen vor jenen der Bekl und somit an erster Stelle.

Bei der Werbemaßnahme wird die Aussage „Nummer 1 in Österreich“ mit einem *-Hinweis versehen, der lautet: „Wertmäßiger Marktanteil, [B] Roll-On, AC Nielsen Gesamtmarkt (LEH + DFH), MAT 12/2020“ (die Abkürzung „LEH“

ÖBI 2022/24

§ 2 UWG

OLG Wien
27. 4. 2021,
33 R 26/21 t
(HG Wien
541 Cg 3/21 g;
OGH 4 Ob 99/21 v,
ECLI:AT:
OGH0002:2021:
00400B00099.
21V.0727.000)

Stoppt das
Schwitzen

Ob die Behauptung, ein Deodorant stoppe das Schwitzen, eine marktschreierische Anpreisung ist oder eine Tatsachenbehauptung, die die Verbraucher in die Irre führen kann, haben die Gerichte verschiedentlich beurteilt. Geprüft wurde auch, wie die Behauptung verstanden wird, die „Nummer 1“ zu sein.

1) In der Folge: [B].

steht für „Lebensmitteleinzelhandel“, jene für „DFH“ für „Drogeriefachhandel“).

Der wertmäßige Marktanteil des Roll-On der Bekl lag 2020 an erster Stelle und war um 14% höher als bei dem an Nummer 2 stehenden Produkt (€ 516.803,- gegenüber € 453.454,-). Im Jahr 2019 lag der wertmäßige Marktanteil des Roll-On der Bekl gegenüber dem an Nummer 2 stehenden Produkt um 23% höher (€ 451.288,- gegenüber € 366.858,-).

[Anträge und Verfahrensgang]

Die Kl beehrte von der Bekl gestützt auf § 2 UWG die Unterlassung, ihr Produkt „[B] Original“ (Spray und Roll-On) im geschäftlichen Verkehr wörtlich oder sinngemäß mit der Aussage „Stoppt das Schwitzen“, als „Nummer 1 in Italien“ und als „Nummer 1 in Österreich“ zu bezeichnen und/oder zu bewerben, sowie die Urteilsveröffentlichung. Zur Sicherung des Unterlassungsanspruchs beantragte sie die Erlassung einer EV. Die Werbeaussagen der Bekl seien falsch und damit irreführend. [B] unterbinde entgegen der Erwartung des Publikums das Schwitzen nicht, sondern führe nur zu einer Schweißreduktion von maximal 25% (Spray) und 50% (Roll-On). [B] sei weder in Italien noch in Österreich marktführend. Auf dem italienischen Deodorantmarkt verkaufe die Kl seit 2018 durchgehend mehr Stück „D. Original“ als die Bekl „[B] Original“. Auf dem österr Deodorantmarkt liege [B] nach den Verkaufszahlen nur auf dem vierten Platz. Die Marktführerschaft könne nicht allein nach den Umsatzzahlen ermittelt werden. Im Übrigen sei der Umsatzvorsprung von [B] auf die Produkte der Kl zu gering, um die Marktführerschaft zu begründen.

Die Bekl beantragte die Abweisung des Sicherungsantrags. Die Werbung „Stoppt das Schwitzen“ sei als marktschreierische Übertreibung erkennbar und führe den Adressaten nicht in die Irre. „[B] Original“ sei die „Nummer 1 in Italien“ und die „Nummer 1 in Österreich“. Die Bekl stelle dabei auf den wertmäßigen Marktanteil ab, also auf die Umsatzzahlen, was sich auch aus den *-Hinweisen zu diesen Werbungen ergebe. Nach den Umsatzzahlen liege der [B]-Spray auf dem ersten Platz des italienischen Deodorantmarkts und der Roll-On auf dem ersten Platz des österr Roll-On-Teilmarkts. Der Vorsprung auf den ersten Verfolger sei stetig und erheblich und begründe die Marktführerschaft.

Das ErstG wies das Sicherungsbegehren ab. Die Werbeaussagen seien nicht irreführend nach § 2 UWG. Der Slogan „Stoppt das Schwitzen“ sei als marktschreierische Übertreibung erkennbar. [B] sei jedenfalls geeignet, die Schweißproduktion signifikant zu reduzieren. Der [B]-Spray erziele auf dem italienischen Deodorantmarkt den höchsten Umsatz, der [B]-Roll-On auf dem österr Roll-On-Markt. Der Umsatz („wertmäßiger Marktanteil“) sei für sich genommen ein veritabler Parameter, anhand dessen die Marktführungsstellung evaluiert werden könne. Ein Unternehmen, das beim wertmäßigen Marktanteil die Spitzenstellung einnehme, habe unabhängig von den Absatzzahlen einen Vorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern. Der Umsatz eines Unternehmens drücke regelmäßig seinen Erfolg aus. Die Bekl habe beim Um-

satz einen stetigen und erheblichen Vorsprung gegenüber ihren Mitbewerbern.

Das RekG änderte die E und verbot der Bekl, ihr Produkt „[B] Original“ wörtlich oder sinngemäß zu bewerben (i) mit der Aussage „Stoppt das Schwitzen“; (ii) als „Nummer 1 in Italien“, sofern dies bezogen auf ihren Marktanteil nicht zutrifft; (iii) als „Nummer 1 in Österreich“, sofern dies bezogen auf ihren Marktanteil nicht zutrifft.

Der OGH wies den ao RevRek zurück.

Aus der Begründung des RekG

[...] 2.1. Das ErstG hat die von der Rsp entwickelten allgemeinen Grundsätze zum Irreführungstatbestand des § 2 UWG zutreffend wiedergegeben. [...] Für das RekVerf ist zu betonen, dass die Rechtsfrage der Irreführungseignung nach dem Gesamteindruck zu beantworten ist, den die durchschnittlich informierten und verständigen Adressaten der Werbung bei angemessener Aufmerksamkeit gewinnen²⁾ – hier also die Verbraucher, denen die Deodorants der Bekl im Handel angeboten werden. Sie werden in der Folge kurz als „Publikum“ bezeichnet.

[Marktschreierei]

2.2. Die Kl sieht den Slogan „Stoppt das Schwitzen“ als irreführend an, weil das Produkt „[B] Original“ das Schwitzen nicht unterbinde, sondern nur reduziere. Die Bekl entgegnet, der Slogan sei als marktschreierische Übertreibung erkennbar.

Eine zulässige marktschreierische Anpreisung liegt nur vor, wenn das Publikum sofort erkennt, dass sie nicht ernst gemeint ist,³⁾ sie also sogleich als Übertreibung ohne Anspruch auf Glaubwürdigkeit auffasst.⁴⁾ Im Zweifel, ob eine marktschreierische Anpreisung oder aber eine ernst gemeinte Behauptung vorliegt, ist immer das letztere anzunehmen.⁵⁾ Dass das Publikum eine bestimmte Werbebehauptung als nicht wörtlich aufzufassende Übertreibung ansieht, schließt im Übrigen nicht aus, dass es sie uU doch in einem bestimmten, eingeschränkten Umfang als sachbezogene Aussage ernst nimmt.⁶⁾ Selbst marktschreierische Anpreisungen können somit auf einen sachlich nachprüfbaren Tatsachenkern zurückzuführen sein, der dann, wenn er vom Publikum ernst genommen wird, bei Unrichtigkeit zur Irreführung geeignet ist.⁷⁾

Das RekG teilt die Ansicht des ErstG und der Bekl, dass das Publikum den Slogan „Stoppt das Schwitzen“ nicht wörtlich nimmt und folglich nicht davon ausgeht, dass [B] die Schweißbildung vollständig „stoppen“, also zur Gänze unterbinden könnte. Dies macht den Slogan aber noch nicht zulässig [...]: Das Publikum erwartet prinzipiell von jedem „aluminiumhaltigen“ Deodorant, dass es in seinem Anwendungsbe-

2) RS0043590 [T 48]; RS0114366 [T 1]; die Zitate sind in der Folge weitgehend in die FN verschoben.

3) RS0078248.

4) RS0078301 [T 11, T 26, T 28].

5) RS0078301; RS0078274.

6) RS0077872.

7) OGH 4 Ob 111/10t, A-Fenster, ÖBl 2011/17, 70; 4 Ob 201/13g; 4 Ob 70/20b, overpriced, ÖBl 2020/81, 263 (Hinger); vgl auch RS0089509.

reich die Schweißbildung reduziert. Wird nun ein Deodorant ausdrücklich mit dem Slogan „Stoppt das Schwitzen“ beworben, misst ihm ein beträchtlicher Teil des Publikums nicht bloß den – ohnehin vorausgesetzten – Inhalt bei, der Schweißbildung entgegenzuwirken, in welchem Ausmaß immer. Stattdessen nimmt er die sachlich nachprüfbare Tatsache ernst, dass das so beworbene Deodorant die Schweißbildung in einem ganz erheblichen Ausmaß reduziert. Er geht davon aus, dass man im Anwendungsbereich dieses Deodorants zumindest vorübergehend kaum noch schwitzt – zumal das Werbevideo dazu eine Frau mit erhobenen Armen und trockenem rotem Top im Achselbereich zeigt. Der Slogan „Stoppt das Schwitzen“ ist insofern vergleichbar mit der Aussage, ein Waschmittel habe „wesentlich mehr Waschkraft“ als herkömmliches Pulver, der beim Publikum die Erwartung einer besser gereinigten Wäsche weckt,⁸⁾ oder mit der Werbebotschaft, ein neues Geschirrspülmittel steigere den Glanz der gespülten Gläser „um 100%“, die das Publikum als Hinweis auf eine ganz erhebliche Glanzsteigerung versteht.⁹⁾ [B] kann diese durch den Slogan „Stoppt das Schwitzen“ geweckten hohen Erwartungen nach den Feststellungen nicht erfüllen: Der Spray reduziert die Schweißbildung nur um maximal ein Viertel, das Roll-On nur um maximal die Hälfte. Davon, dass man im Anwendungsbereich von [B] kaum noch schwitzen würde, kann demnach keine Rede sein. Wenngleich daher das Publikum den Slogan „Stoppt das Schwitzen“ nicht wörtlich versteht, so geht es doch davon aus, dass [B] der Schweißbildung bemerkenswert effektiv entgegenwirken würde.

Da dies nach den Feststellungen nicht zutrifft, wertet das RekG den Slogan abweichend von der Rechtsansicht des ErstG als irreführend. Auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zur Zulässigkeit von marktschreierischen Übertreibungen besteht kein schützenswertes Interesse der Bekl daran, ein Deodorant, das die Schweißbildung um bestenfalls ein Viertel (Spray) oder die Hälfte (Roll-On) verringert, mit dem Slogan „Stoppt das Schwitzen“ zu bewerben und damit den falschen Eindruck der Schweißhemmung in einem ganz erheblichen Ausmaß zu erwecken.

[Nummer 1]

2.3. Mit den Slogans „Nummer 1 in Italien“ und „Nummer 1 in Österreich“ behauptet die Bekl für „[B] Original“ eine Spitzenstellung auf dem italienischen und österr Markt. Die Kl bringt vor, eine solche bestehe nicht, weil die Bekl bei den Absatzzahlen nicht marktführend sei. Die Bekl entgegnet, sie beziehe sich nur auf die Umsatzzahlen, wo sie tatsächlich den größten Marktanteil hätte.

Die Inanspruchnahme einer Spitzenstellung ist ein Sonderfall der vergleichenden Werbung. Sie setzt voraus, dass das Unternehmen oder das Produkt tatsächlich über einen stetigen und erheblichen Vorsprung vor allen Mitbewerbern verfügt¹⁰⁾, also marktführend ist. Die Marktführerschaft richtet sich im Allgemein nach dem Marktanteil, weil er den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens oder des Produkts abbildet.¹¹⁾ Die maßgeblichen Faktoren sind die Kundenzahlen und die – davon abhängigen – Umsatzzahlen,¹²⁾ bei pe-

riodischen Druckwerken die Reichweite und, in untergeordnetem Ausmaß, die Auflage.¹³⁾ Welchen Faktoren das Publikum Bedeutung beimisst und ob aus dem bescheinigten Sachverhalt eine Spitzenstellung abgeleitet werden kann, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.¹⁴⁾ Die allgemeine Behauptung einer Spitzenstellung ist jedenfalls nur zulässig, wenn das Unternehmen oder das Produkt in allen für das Publikum relevanten Kategorien der Marktführer ist.¹⁵⁾ Besteht die behauptete Spitzenstellung nicht, liegt eine irreführende Geschäftspraktik vor.¹⁶⁾

Für den im hier zu beurteilenden Sachverhalt geht das RekG davon aus, dass die Marktführerschaft weder allein nach dem mengenmäßigen Marktanteil (Absatzzahlen) noch allein anhand des wertmäßigen Marktanteils (Umsatzzahlen) ermittelt werden kann. Vielmehr muss bei beiden Faktoren ein erheblicher und stetiger Vorsprung vor allen Mitbewerbern bestehen. Aus der Sicht des Publikums ist weder derjenige der Marktführer, der seine Produkte so teuer verkauft, dass er schon mit geringen Absatzzahlen den höchsten Umsatz auf dem maßgeblichen Markt erzielt, noch derjenige, der dank niedriger Preise die höchsten Absatzzahlen hat, aber damit weniger Umsatz erzielt als die Konkurrenz. Produktbezogen bedeutet dies zusammengefasst: Für das Publikum ist das Produkt die „Nummer 1“, das auf dem maßgeblichen Markt am häufigsten verkauft wird und seinem Unternehmen damit den höchsten Umsatz beschert. Die „Nummer 1“ ist also das Produkt, das sowohl beim mengenmäßigen Marktanteil (Absatz) als auch beim wertmäßigen Marktanteil (Umsatz) einen erheblichen und stetigen Vorsprung vor allen Mitbewerbern hat. Damit folgt das RekG dem Grundgedanken der E 4 Ob 101/19k, in welcher es der OGH für unbedenklich angesehen hat, zur Beurteilung der Marktführerschaft bei Vorbereitungskursen für das kroatische Küstenpatent die Kundenzahlen und die „davon abhängigen“ Umsatzzahlen als maßgebliche Faktoren heranzuziehen. Die Ansicht des ErstG, eine Spitzenstellung wäre unter diesen Voraussetzungen in den meisten Fällen unmöglich, teilt das RekG nicht: Vielmehr wird im Regelfall das am häufigsten verkaufte Produkt seinem Hersteller auch die besten Umsatzzahlen bescheren. Sollte dies – wie hier – ausnahmsweise nicht der Fall sein, besteht auch kein schutzwürdiges Interesse daran, sich als Marktführer zu präsentieren.

Es steht fest, dass das Produkt „[B] Original“ der Bekl auf dem italienischen Deodorantmarkt von 2016 bis 2020 jeweils den höchsten Jahresumsatz erzielte. Es steht aber auch fest, dass es beim Jahresabsatz von 2018 bis 2020 stets hinter dem Produkt „D. Original Neutri“

8) OGH 4 Ob 11/95.

9) OGH 4 Ob 243/03v, *Calgonit*, ÖBI-LS 2004/57.

10) RS0078557 [T 5].

11) OGH 4 Ob 33/13a, *Heumilch*, ÖBI-LS 2013/63, 206 (*Gamerith*); 4 Ob 38/19w; 4 Ob 101/19k.

12) OGH 4 Ob 101/19k.

13) OGH 4 Ob 80/15s; 4 Ob 38/19w.

14) OGH 4 Ob 33/13a; 4 Ob 38/19w; 4 Ob 101/19k.

15) OGH 4 Ob 245/07v, *Die neue Nr 1 der ÖAK*, ÖBI 2008/67, 330 (*Gamerith*); 4 Ob 139/20z.

16) OGH 4 Ob 33/13a; 4 Ob 38/19w; 4 Ob 101/19k.

der Kl zurücklag. Das Publikum sieht daher nach den dargelegten Grundsätzen weder „[B] Original“ noch „D. Original Neutri“ als Marktführer an. Die Werbung der Bekl, „[B] Original“ sei die „Nummer 1 in Italien“, ist daher irreführend.

Für den österr Markt ist darauf zu verweisen, dass sich aus den Feststellungen keine Spitzenstellung des Produkts der Bekl auf dem gesamten österr Deodorantmarkt ergibt; eine solche hat die Bekl im Sicherungsverfahren auch gar nicht behauptet. Nur dieser kann aber maßgeblich sein, weil die Bekl den Slogan „Nummer 1 in Österreich“ nicht auf den Roll-On-Markt einschränkt. Selbst ihr erläuternder Hinweis spricht vom „Gesamtmarkt“. Auch die Werbung „Nummer 1 in Österreich“ ist damit irreführend.

Die vom ErstG festgestellten *-Hinweisen ändern nichts an dieser Beurteilung: Das RekG teilt die Ansicht der Kl, dass diese für das Publikum nicht verständlich sind. Dies gilt zunächst für die verwendeten Abkürzungen „LEH“, „DFH“, „MAT“ und „IRI“. Nach den Feststellungen stehen sie für „Lebensmitteleinzelhandel“, „Drogeriefachhandel“, „Marktanteil“ und das

Marktforschungsinstitut „Information Resources, Inc.“. Das Publikum kann diese Abkürzungen aber nicht verstehen; auch dem RekG hat sich ihre Bedeutung erst aus den Feststellungen erschlossen. Ob das Publikum die Bezugnahme auf den „wertmäßigen Marktanteil“ überhaupt als Verweis auf die Umsatzzahlen erkennt, kann offenbleiben: Jedenfalls versteht es diesen Begriff nicht allein umsatzbezogen. Ausgehend von den oben herausgearbeiteten Faktoren, die es für die Marktführerschaft als maßgeblich ansieht, geht es davon aus, dass die „Nummer 1“ beim „wertmäßigen Marktanteil“ das Produkt ist, das auf dem maßgeblichen Markt am häufigsten verkauft wurde und seinem Hersteller dadurch den vergleichsweise höchsten Umsatz beschert hat. Beim Slogan „Nummer 1 in Österreich“ ist schließlich auch die Bezugnahme auf den „Gesamtmarkt“ irreführend, weil sie beim Publikum den Eindruck erweckt, „[B] Original“ sei die „Nummer 1“ auf dem gesamten österr Deodorantmarkt. Dass die Bekl nur den österr Roll-On-Markt (als Teilmarkt des österr Deodorantmarkts) meint, ist für das Publikum nicht erkennbar.

Anmerkung:

Im konkreten Fall hatten die Gerichte zunächst den Werbeslogan „**Stoppt das Schwitzen**“ für das „[B]“-Deodorant zu beurteilen. Das Produkt wurde (ua) in Fernsehwerbespots und im Internet mit der Darstellung eines fahrradfahrenden Pärchens beworben, das eine Frau mit erhobenen Armen und trockenem Top im Achselbereich zeigt. Die Deodorants der Bekl enthalten Aluminiumsalze, die nach ihrem Gehalt jeweils nach 48 Stunden ab der Anwendung zu einer **maximalen Schweißreduktion von etwa 25% (Spray) und 50% (Roll-On)** führen können.

Während das ErstG in der Werbeaussage der Bekl eine marktschreierische Übertreibung erblickte, bejahte das RekG eine Irreführung: Selbst wenn das Publikum den Slogan nicht wörtlich nehme und keine vollständige Unterbindung von Schweißbildung erwarte, so kann es nach dem Gesamteindruck der Werbung mit einer – sachlich nachprüfaren – erheblichen Schweißreduktion rechnen, die bei bloß max 25 bis 50% nicht erfüllt sei. Der OGH bestätigte eine **Irreführung über die Wirksamkeit** des Produkts.

Überdies behauptete die Bekl in diversen Werbemitteln, „**Die Nummer 1 in Italien**“ und „**Die Nummer 1 in Österreich**“ zu sein. Nach den Feststellungen des ErstG hatte zwar die Bekl mit einem ihrer Produkte (= „[B] Original“-Spray) auf dem italienischen Deodorantmarkt von 2016 bis 2020 jeweils den **höchsten Jahresumsatz**, erzielte aber von 2018 bis 2020 mit dem Produkt in Italien einen **niedrigeren Jahresabsatz** als das Produkt „D. Original Neutri“ der Kl. In Österreich lag die Bekl nur mit den Umsatzzahlen ihres Roll-Ons in den Jahren 2019 und 2020 an erster Stelle. Eine Spitzenstellung auf dem gesamten österr Deodorantmarkt wurde erst gar nicht behauptet. Auf die Tatsache, dass die Bekl ihre Spitzenstellung bloß auf Um-

satzzahlen und lediglich auf ein Produkt beziehe, verwies sie mit schwer verständlichen *-Hinweisen unter Bezugnahme auf „wertmäßige Marktanteile“ und nicht näher definierte Abkürzungen. Beim Slogan „Nummer 1 in Österreich“ wurde im auflösenden *-Hinweis auf einen „Gesamtmarkt“ Bezug genommen.

Das RekG stellte in der E unter Bezugnahme auf höchstgerichtliche Judikatur klar, dass die allgemeine Behauptung einer Spitzenstellung nur dann zulässig sei, wenn das Unternehmen oder das Produkt **in allen für das Publikum relevanten Kategorien** Marktführer ist. Die „Nummer 1“ sei daher jenes Produkt, das „sowohl beim mengenmäßigen Marktanteil (Absatz) als auch beim wertmäßigen Marktanteil (Umsatz) an erster Stelle“ stehe. Mit anderen Worten: Für eine (undifferenziert behauptete) Spitzenstellung reicht es grundsätzlich nicht aus, nur den höchsten Absatz mit niedrigen Preisen oder den höchsten Umsatz mit geringen Absatzzahlen zu erreichen. Welchem Faktor das angesprochene Publikum die größte Bedeutung beimisst und ob aus dem Sachverhalt das Vorliegen einer Spitzenstellung abgeleitet werden kann, bleibt letztlich stets eine Frage des Einzelfalls, den das RekG nach Auffassung des OGH hier vertretbar gelöst hat; denn ein Durchschnittsverbraucher verstehe die Aussage, die „Nummer 1“ in einem Land zu sein, dahin, dass die Bekl – gemessen an Angebot, Absatz und Umsatz – „der größte und beste (Deo-)Anbieter“ in Italien bzw Österreich sein müsste. Eine lediglich auf Umsatzzahlen und nur einen Teilmarkt gestützte Marktführerschaft reicht dafür (ohne ausreichend deutliche Aufklärung) nicht aus.

Katharina Majchrzak, Institute of Science and Technology Austria (IST Austria), und Alina Alavi Kia, Rechtsanwaltsanwarterin, CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH, Wien

