

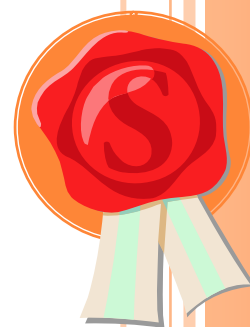
Vergleichende Werbung

Irreführung durch vergleichende Werbung in Österreich

Erläuterung und Rechtsprechung

BAKKALAUREAT-ARBEIT

Wien – April 2007



INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	3
Vorwort	4
Definition	6
VERGLEICHENDE WERBUNG	6
ALLEINSTELLUNGSWERBUNG	7
Einführung	9
Historische Entwicklung	10
Geltende Rechtslage	12
Tatbestände und Kriterien	14
1. Es darf nur Vergleichbares verglichen werden	14
2. Der Vergleich muss vollständig sein	15
3. Unzulässiger Preisvergleich durch Anonymisierung	17
4. Angesprochene Fachkreise	18
5. Herabsetzung	18
PAUSCHALE HERABSETZUNG	18
WETTBEWERBSFREMDE TATSACHEN	20
RUFAUSBEUTUNG	21
6. Systemvergleich	21
7. Testkauf	23
8. Beweislast	23
Rechtsfolgen	25
1. Zivilrechtliche Ansprüche	25
2. Strafrechtliche Verfolgung	26
Schlussfolgerung	28
VORAUSSETZUNGEN	28
BEISPIELE	29
Epilog	31
BIBLIOGRAPHIE	32
QUELLENANGABE	33
ENTSCHEIDUNGEN DES OGH:	33
ENTSCHEIDUNGEN DES EUGH:	33
INTERNET:	34

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	= Absatz
bzw.	= beziehungsweise
BGBI	= Bundesgesetzblatt
D.h.	= Das heißt
ECOLEX	= Eine Zeitschrift, die verschiedene Gerichtsurteile veröffentlicht
EG	= Europäische Gemeinschaft
EuGH	= Europäisches Gerichtshof
GedS	= Gedächtnisschrift; Gedenkschrift
ieS	= im engeren Sinn
iVm	= in Verbindung mit
iwS	= im weitem Sinn
NVG	= Nahversorgungsgesetz
PatG	= Patentgesetz
Rdz.	= Randzahl
ÖBl	= „Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht“
OGH	= Oberster Gerichtshof
OLG	= Oberlandesgericht
RdW	= Recht der Wirtschaft
RIS	= Rechtsinformationssystem (eine Webseite des Bundeskanzleramts)
vgl.	= vergleiche
usw.	= und so weiter
UWG	= Unlauterer Wettbewerbsrecht

Vorwort

Die vergleichende Werbung war schon immer ein umstrittenes Thema und eignet sich deshalb hervorragend für eine Bakkalaureat-Arbeit. Was eine Werbung ist, möchte ich an dieser Stelle nur oberflächlich erläutern, da zahlreiche Theorien und Definitionen aufgestellt wurden.

Im engeren betriebswirtschaftlichen Sinn wird Werbung als eine von mehreren Funktionen der Marktkommunikation im Marketing verstanden. Sie befasst sich mit dem Transport von Werbebotschaften an eine Zielgruppe im Rahmen eines Unternehmens zur Erreichung eines bestimmten Ergebnisses: Kauf eines Produktes, Gewinnung eines wichtigen Lieferanten, Anforderung eines Kataloges, Vereinbarung eines Vertreterbesuches. Werbung im öffentlichen Umfeld zur Erreichung eines guten Rufes (Good Will) wird als Public Relations (Meinungspflege) bezeichnet.

Die politische Werbung bezeichnet man als Propaganda, und die religiöse Werbung wird Mission genannt.

Im privaten Bereich ist Werben - im weiteren Sinne - ein elementarer Bestandteil der menschlichen Kommunikation, z.B. bei der Partnerwahl oder sozialer Interaktion um individuelle Aufmerksamkeit zu erregen, Gunst zu gewinnen und soziale Tauschvorgänge einzuleiten, Entscheidungen zu beeinflussen oder um Partner zu werben.

Bereits in der Betriebswirtschaftslehre gibt es zahlreiche Begriffsdefinitionen der "Werbung":

*Karl Christian Behrens*¹ versteht darunter "eine absichtliche und zwangsfreie Form der Beeinflussung, welche die Menschen zur Erfüllung der Werbeziele veranlassen soll".

*Otto Walter Haseloff*² sieht Werbung als die "öffentliche, gezielte und geplante Kommunikation der Information, der Motivation, der Überzeugung und der Manipulation eines definierten Kreises von Umworbenen zugunsten der Marktchancen eines Produktes oder des Images eines Unternehmens".

¹ Vgl. *Behrens*, Handbuch der Werbung, 1975, Gabler Verlag

² Vgl. *Haseloff*, Marketing für Innovation, 1989, Savosa Verlag

Heribert Meffert zitiert *Schweiger/Schrattenecker* ³ (1995): "Ein kommunikativer Beeinflussungsprozess mit Hilfe von Kommunikationsmitteln in verschiedenen Medien, der das Ziel hat, beim Adressaten marktrelevante Einstellungen und Verhaltensweisen im Sinne der Unternehmensziele zu verändern".

Philip Kotler ⁴ definiert die Werbung wie folgt: "Die Werbung ist eines der Instrumente der absatzfördernden Kommunikation. Durch Werbung versuchen die Unternehmen, ihre Zielkunden und andere Gruppen wirkungsvoll anzusprechen und zu beeinflussen. Zur Werbung gehört jede Art der nicht persönlichen Vorstellung und Förderung von Ideen, Waren oder Dienstleistungen eines eindeutig identifizierten Auftraggebers durch den Einsatz bezahlter Medien".

Viele Definitionen sprechen von Beeinflussung. Deshalb möchte ich an dieser Stelle nur erwähnen, dass Werbung sehr wohl auch positive Seiten haben kann. Man kann bestimmt nicht mit allen Vorurteilen aufräumen, aber immerhin verdankt man auch der Werbung die steigende Wohlfahrt durch vermehrten Konsum - da die Werbebranche in den letzten Jahren gewaltig gewachsen ist - sowie erhöhte Handlungsmotivation. Es gibt sogar Reklamen, die uns belehren und das Allgemeinwissen erweitern. Und nicht zuletzt ist der Werbung auch ein hoher Unterhaltungsfaktor zuzuschreiben.

Zugegeben, ich gehöre zu den Menschen, die nicht während einer Werbepause das TV-Programm umschalten oder in der Zeitung schnell umblättern. Eine Werbung kann durch ihre Kreativität und Sinn für Ästhetik bei vielen Konsumenten punkten. Aber auch den Informationsgrad soll man bei den Reklamen nicht unterbewerten. Und das ist eben hier die beabsichtigte Überleitung zu der „Vergleichenden Werbung“, bei der man besonderes aufpassen soll, denn die Gefahr der Irreführung ist hier enorm groß. Die Versuchung, den Endverbraucher für sein Produkt zu gewinnen, ist sehr oft größer als die Moral oder Gute Sitten. Es geht schließlich um die Umsatzsteigerung und folglich ums Geld.

³ Vgl. *Schweiger/Schrattenecker*, Werbung – Eine Einführung, 2001, Uni-Taschenbücher

⁴ Vgl. *Kotler*, Marketing-Management. Analyse, Planung und Kontrolle, 1982, Campus Verlag

Definition

Bevor ich mich mit der historische Bedeutung und Relevanz der „Vergleichenden Werbung“ befasse, möchte ich erst einmal den Begriff etwas näher erläutern.

VERGLEICHENDE WERBUNG

Vergleichende Werbung bedeutet, dass in einer Werbung die Leistung eines oder mehrerer Wettbewerber mit dem eigenen Angebot verglichen wird.

Grundsätzlich ist nun eindeutig im § 2 Abs 2 UWG gesetzlich festgelegt, dass vergleichende Werbung, die weder gegen Abs 1 noch gegen die §§ 1, 7 und 9 Abs 1 bis 3 UWG verstößt, zulässig ist. Vergleichende Werbung darf somit keine Elemente der Irreführung enthalten. Darüber hinaus darf auch vergleichende wahrheitsgemäße Werbung nicht etwa durch Pauschalabwertungen, unnötiges Bloßstellen oder durch eine insgesamt aggressive Tendenz gegen das Sachlichkeitsgebot verstoßen.

Der zulässige Werbevergleich muss sich daher auf gleichartige Waren oder Dienstleistungen beziehen. Vergleichende (Preis)Werbung darf jedoch nicht zur Irreführung geeignet sein, was insbesondere dann der Fall ist, wenn mit dem Preisvergleich vorgetäuscht wird, es werde Vergleichbares verglichen. Dem angesprochenen Publikum müssen alle jene wesentlichen Umstände mitgeteilt werden, die es in die Lage versetzen, sich selbst ein objektives Urteil über die Vorzüge der angebotenen Leistung zu bilden.⁵

Bei Waren mit Ursprungsbezeichnung muss sich vergleichende Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder dessen Waren oder Leistungen erkennbar macht, gemäß § 2 Abs 3 UWG in jedem Fall auf Waren mit gleicher Bezeichnung beziehen. Bei einem Vergleich mit einem (eigenen) Sonderangebot muss nach der gleichen Bestimmung der Zeitpunkt des Endes des Sonderangebotes bzw. der Zeitpunkt des Beginns klar und eindeutig angegeben werden.

⁵ Ausführlich *Koppensteiner*; Wettbewerbsrecht (Unlauterer Wettbewerb) S. 197 – 201

Weiters ist nun im § 2 Abs 5 UWG ausgeführt, dass bei vergleichender Werbung stets den Werbenden die Beweislast trifft, in den anderen Fällen irreführender Werbung allerdings nur dann, wenn ein solches Verlangen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderen Verkehrsteilnehmern im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls angemessen erscheint.⁶

Nach der Definition in Art 2a zu der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung⁷ ist „vergleichende Werbung“ jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht. Der Mitbewerber muss nicht namentlich genannt werden, sondern es genügt, dass er von der Äußerung erkennbar betroffen oder wenigstens mitbetroffen wird („kritisierende vergleichende Werbung“).

Ganz allgemein gilt für den Werbevergleich laut OGH nach dieser Richtlinie und der Umsetzung im § 2 UWG, dass er nicht irreführend sein darf und sich auf Eigenschaften von Waren oder Leistungen beziehen muss, die dem gleichen Bedarf oder derselben Zweckbestimmung dienen. Weiters muss er objektiv sein und eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften der verglichenen Waren und Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Die Eigenschaft muss also ein Qualitätsindikator sein.⁸ Überdies darf ein Wettbewerber die Qualität seiner Güter nicht mit derjenigen bekannter oder geschätzter Konkurrenzzeugnisse ohne rechtfertigenden Grund in Beziehung setzen, um den guten Ruf der Waren oder Leistungen eines Mitbewerbers als Vorspann für eigene geschäftliche Zwecke insbesondere zur Empfehlung der eigenen Güter auszunützen (unzulässige „anlehrende vergleichende Werbung“). Schließlich darf vergleichende Werbung nicht die Waren eines Mitbewerbers herabsetzen oder verunglimpfen (unzulässige „persönliche vergleichende Werbung“).

ALLEINSTELLUNGSWERBUNG

Wenn ein Unternehmen in seiner Werbung von sich behauptet, der "Marktführer" oder Anbieter des "besten Produktes" zu sein, sollte es darauf achten, dass dies auch wirklich stimmt.

⁶ Schutzverband.at; <http://www.schutzverband.at/> (BGBl I 1999/185)

⁷ Richtlinie 84/450/EWG vom 10. September 1984 über irreführende und vergleichende Werbung

⁸ Vgl. Gamerith; Wettbewerbsrecht 1. ; Orac-Skriptum 2006; Seite 71

Grundsätzlich ist es zulässig, sich ohne Nennung seiner Konkurrenten mittels einer solchen Alleinstellungswerbung, ein Sonderfall der vergleichenden Werbung, von den Mitbewerbern abzuheben. Dabei ist es gleichgültig, ob solche Aussagen sich auf ein Unternehmen als solches oder auf deren Produkte oder Dienstleistungen beziehen. Die Konkurrenten - oder auch Verbraucherverbände - werden von dem vermeintlichen Marktführer allerdings Unterlassung der beanstandeten Anzeige oder des Werbespots verlangen, wenn es über die behauptete Spitzenstellung tatsächlich nicht verfügt.

Die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen der behaupteten Spitzenstellung hat die Judikatur in zunächst einschränkungslose Anlehnung an deutsche Stimmen dem Beklagten auferlegt – nur ihm stünden die erforderlichen Beweismittel zur Verfügung. Nach neueren Entscheidungen sollte damit aber keine allgemeine Umkehr der Beweislast behauptet werden. Vielmehr komme es hierfür auf die Umstände des konkreten Falles an.⁹

Preist sich ein Unternehmen also als Marktführer an, so muss es gegenüber den Mitbewerbern tatsächlich einen klaren und nachhaltigen Vorsprung in Kriterien wie Umsatz und Produktverbreitung nachweisen können.

⁹ Vgl. *Koppensteiner*; Wettbewerbsrecht – UWG; Orac 1987; Seite 50

Einführung

Die vergleichende Werbung hat nicht nur rechtlich gesehen eine interessante Entwicklung erfahren. Sie wird auch praktisch immer gleich genannt, wenn jemand mit dem Begriff des „unlauteren Wettbewerbs“ konfrontiert wird. Diese Assoziation wird dadurch verstärkt, dass offensichtlich bei vielen der Eindruck überwiegt, vergleichende Werbung sei noch immer grundsätzlich unzulässig.

Obwohl dieses generelle Verbot seit nun fast 17 Jahren nicht mehr gilt, ist es eigentlich nicht verwunderlich, dass hier die Trendwende in den Köpfen insbesondere der Konsumenten noch nicht wirklich stattgefunden hat. Vergleichende Werbung wird weiterhin nur sehr beschränkt eingesetzt, weil diese direkte Bezugnahme auf Mitbewerber aus Imagegründen als nicht unproblematisch gesehen wird. Und schließlich lässt auch die Rechtsprechung der letzten Jahre erkennen, dass trotz grundsätzlicher Zulässigkeit von Werbevergleichen noch immer viel Bedarf besteht, diese insbesondere unter den Aspekten der Irreführung und Herabsetzung abzugrenzen.

Historische Entwicklung

Die wechselvolle Entwicklung der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung der vergleichenden Werbung begann damit, dass die Judikatur in ihren ersten Entscheidungen zu dem auf das Jahr 1923 zurückgehenden UWG¹⁰ vergleichende Werbung ursprünglich für zulässig erachtete.

Allerdings wurde diese Linie sehr bald unter dem Einfluss der Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland in ein grundsätzliches Verbot umgekehrt. So führte der OGH (Oberster Gerichtshof) in einer Entscheidung aus 1934 aus, dass auch wahre, vergleichende Werbung unzulässig wäre und verbot dabei die Werbeäußerung, die eigene Ware sei billiger und besser als die eines namentlich genannten Konkurrenten. An diesem damit festgeschriebenen Verbotsprinzip hielt die Rechtsprechung auch nach dem Krieg in ihren nachfolgenden Entscheidungen bis 1990 fest, ließ allerdings Ausnahmen zu, wenn für die vergleichende Werbung ein hinreichender Grund vorlag. So bewertete sie diese Form der Werbung in den Fällen des Fortschritts-, des Abwehr- und des Auskunftsvergleichs ausnahmsweise als zulässig.¹¹

Grundsätzlich wurde aber in der Judikatur wiederkehrend festgehalten, dass „vergleichende Reklame dann gegen die guten Sitten verstoßen würde, wenn sie gleichzeitig einen Hinweis auf die Minderwertigkeit der Ware oder Leistungen eines oder mehrerer bestimmter genannter oder deutlich erkennbarer Mitbewerber enthalte.“ Dieser Leitsatz wurde als so genannte Minderwertigkeitsformel bezeichnet.¹²

Das Verbotsprinzip wurde von der Lehre wiederholt kritisiert und vorgebracht, dass vielmehr die grundsätzliche Regel im Missbrauchsprinzip liegen sollte, wonach vergleichende Werbung nur bei Hinzutreten bestimmter Unzulässigkeitskriterien unzulässig würde.

Die Trendwende ist dann durch die UWG-Novelle 1988 eingeleitet worden, welche im § 2 UWG zum Verbot der Irreführung folgenden Satz bei-

¹⁰ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG vom 26. September 1923, BGBl 531, welches am 16. November 1984, BGBl 448 wiederverlautbart worden ist.

¹¹ Siehe die Darstellung zur geschichtlichen Entwicklung bei *Friedrich Prunbauer*, die vergleichende (Preis-)Werbung, RdW 1989, 15.

¹² Ausführlich *Wiltschek*, Vergleichende Werbung durch gezielte, auch namentliche Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber, in *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis*, in GedS *Schönherr* (1986) 79.

gefügt hat: „Vergleichende Preiswerbung, die nicht gegen diese Bestimmung oder § 1 UWG verstößt, ist jedenfalls zulässig“. Diese Maßnahme des Gesetzgebers hat der OGH dann in seiner richtungweisenden Entscheidung vom 26. 6. 1990¹³ so beurteilt, dass mit der Zulässigerklärung der vergleichenden Preiswerbung das Interesse der Konsumenten an einer Preisinformation und Preistransparenz im Wege der vergleichenden Werbung über das Schutzinteresse der betroffenen Mitbewerber gestellt wird.

Der OGH ist weiters davon ausgegangen, dass diese Wertung unteilbar sei, und daher auch für die außerhalb des reinen Preisvergleiches geltende vergleichende Werbung in Form des Qualitätsvergleichs Gültigkeit haben muss. Seit diesem Zeitpunkt ist von der grundsätzlichen Zulässigkeit wahrheitsgemäßer und sachlicher vergleichender Werbung auszugehen.

¹³ OGH 26. 6. 1990, 4 Ob 41/90, ÖBl 1990, *Wittmann*, OGH: Vergleichende Werbung ist zulässig, MR 1990, 125.

Geltende Rechtslage

Diese auf der Auslegung der UWG-Novelle 1988 durch die Rechtsprechung getroffene Beurteilung ist dann in ihren Grundsätzen bis heute nicht mehr verändert worden. Die geltende Rechtslage in Form des § 2 Abs 1 bis 5 UWG wurde schließlich mit der UWG-Novelle 1999 erzeugt, welche die Umsetzung der Werbevergleichsrichtlinie zum Inhalt hatte.¹⁴ Auch diese Neuordnung hat aber an dem Grundsatz der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung nichts geändert, sondern ihn sogar ausdrücklich generell im Gesetz verankert.

So wird nun im § 2 Abs 2 UWG ausgeführt, dass „Vergleichende Werbung, die weder gegen Abs 1 noch gegen die §§ 1, 7 und 9 Abs 1 bis 3 verstößt, zulässig ist.“ Wettbewerbswidrig sind daher alle Formen vergleichender Werbung, welche irreführend oder unsachlich sind, die Konkurrenz herabsetzen, am Ruf schmarotzen oder sonst die Verwechslung mit Unternehmenskennzeichen hervorrufen. Damit wird auch nach der Regierungsvorlage die bisherige Rechtsprechung abgesichert und soll ausdrücklich die derzeitige Judikatur nicht geändert werden.

Wirklich neu sind durch die UWG-Novelle 1999 nur die Sonderregelungen für vergleichende Werbung von Waren mit Ursprungsbezeichnung und mit Sonderangeboten eingefügt worden, welche im § 2 Abs 3 UWG im Sinne der Vorgaben des Europarechts umgesetzt worden sind, wobei die Rechtsfolgen im § 2 Abs 4 UWG normiert werden. Überdies wird im § 2 Abs 5 UWG ebenfalls in Umsetzung der Werbevergleichsrichtlinie der dort vorgesehenen Beweislastverteilung Rechnung getragen.

Nachdem die Werbevergleichsrichtlinie bestimmt, dass der Richtlinienenteil vergleichender Werbung eine verbindliche Obergrenze zieht, ist diese Werbeform auch innerhalb der Europäischen Union abschließend harmonisiert. Damit soll eine Verbesserung des Konsumentenschutzes durch weiter gehende Konsumenteninformation und Förderung des Wettbewerbs erreicht werden.

Auch der EuGH hat auf Grund eines Vorabentscheidungsantrages des OGH ausgesprochen, dass es gegen § 7 Abs 2 dieser Richtlinie verstößt, wenn auf vergleichende Werbung hinsichtlich der Form und des Inhalts

¹⁴ Ausführlich *Wamprechtshamer*, Die Neuordnung der vergleichenden Werbung, ÖBl 2000, 147 und zuvor *Gamerith*, Auswirkungen der Richtlinie 97/55/EG auf das österreichische Wettbewerbsrecht, ÖBl 1998

des Vergleichs strengere nationale Vorschriften zum Schutz gegen irreführende Werbung angewandt werden.¹⁵

Damit ist nun klargestellt worden, dass bei der vergleichenden Werbung strengere Regelungen einzelner Mitgliedstaaten grundsätzlich in jeder Hinsicht nicht anzuwenden sind.¹⁶

¹⁵ EuGH 8. 4. 2003, C-44/01, ÖBl 2003, 290 – Brillen-Preisvergleiche II; näher dazu *Handig*, EuGH zur vergleichenden Werbung – „Pippig Augenoptik“, *ecolex* 2003, 467ff; siehe schließlich auch den entsprechenden Vorabentscheidungsantrag des OGH vom 19. 12. 2000, 4 Ob 259/00t, ÖBl 2002, 223 – Brillen-Preisvergleiche I.

¹⁶ Ausführlich *Augenhofer*, Pippig versus Hartlauer: EuGH klärt offene Fragen hinsichtlich vergleichender Werbung, *RdW* 2003, 682ff.

Tatbestände und Kriterien

1. *Es darf nur Vergleichbares verglichen werden*

Zur Irreführung ist ein Werbevergleich insbesondere dann geeignet, wenn in ihm nur vorgetäuscht wird, dass Vergleichbares verglichen wird. Die Frage, was in Wahrheit vergleichbar ist, ist daher einer der wesentlichen Ansatzpunkte zur Beurteilung der Zulässigkeit dieser Werbeform. Grundsätzlich dürfen zunächst nicht nur idente, sondern auch bloß gleichartige Güter (Waren und Dienstleistungen) gegenübergestellt werden. Dabei können auch vom stofflichen Standpunkt sehr unähnliche Güter miteinander verglichen werden, wenn sie in Bezug auf Bedarf oder Zweckbestimmung substituierbar sind.¹⁷

Es darf aber nicht eine billigere einfach mit einer qualitativ besseren Ware preismäßig verglichen werden. So ist auch ein Preisvergleich mit Särgen unzulässig, die sich in den wertbestimmenden Eigenschaften unterscheiden, ohne dass diese Unterschiede den angesprochenen Verkehrskreisen bekannt sind oder dass darauf hingewiesen worden wäre. Wertbestimmend ist bei Särgen vor allem das optische Erscheinungsbild, während es keine Rolle spielt, wie hoch die Produktionskosten sind.¹⁸

Ebenso sind auch künftige Leistungen mit jetzigen Angeboten nicht vergleichbar. Überdies haben schon die Verfasser der UWG-Novelle 1988 festgehalten, dass ein Vergleich unzulässig wäre, der nicht im ordentlichen Geschäftsverkehr vorgenommen wird und unterschiedliche Vertriebsformen nicht berücksichtigt.

Der OGH hat aber auch klargestellt, dass ein entsprechender Aufklärungshinweis, der die Ungleichheit offen legt, einen solchen Vergleich wieder zulässig machen kann.¹⁹ So ist festgehalten worden, dass unterschiedliche Vertriebsformen einen Preisvergleich nicht grundsätzlich unzulässig machen, sondern sie nur aufgezeigt werden müssen, um eine Irreführung des Verbrauchers zu verhindern.²⁰ Wenn daher zB eigene Aktionspreise mit den Normalpreisen der Konkurrenz verglichen werden,

¹⁷ *Gamerith*, ÖBl 1998, 120f.

¹⁸ OGH 18. 1. 2000, 4 Ob 16/00g, ÖBl-LS 2000/41 – Särge.

¹⁹ OGH 21. 9. 1993, 4 Ob 89/93, *ecolex* 1994, 180 – KFZ-Wirtschaft.

²⁰ OGH 15. 12. 1998, 4 Ob 298/98x, ÖBl 1999, 184 – Heute Preissturz.

ist auf diesen Aspekt jedenfalls deutlich hinzuweisen. Gibt es schließlich Aktionen des anderen Unternehmens, so müssen diese ebenfalls berücksichtigt werden.

Laut OGH ist es bei einer vergleichenden Preiswerbung (hier zwischen Brillen) unzulässig, nicht darauf hinzuweisen, dass die bei Fachoptikern erworbene Vergleichsbrille mit Gläsern einer angesehenen Marke ausgestattet ist, wenn die Gläser bei den Brillen des Werbenden nicht so bekannt sind. In diesem Sinne hat vorab der EuGH zu der vorgelegten Frage des OGH ausgeführt, dass die Unterlassung der Angabe der angeseheneren Marke geeignet sein kann, die angesprochenen Verkehrskreise zu täuschen, wenn die Marke der Produkte die Entscheidung des Käufers spürbar beeinflussen kann und der Vergleich konkurrierende Produkte betrifft, deren jeweilige Marken deutliche Unterschiede hinsichtlich ihres Ansehens aufweisen. Weitere Angaben über die Marken hinaus sind aber dann entbehrlich, wenn die miteinander verglichenen Produkte wie hier keine Unterschiede in Qualität oder Ausführung aufweisen.²¹

2. Der Vergleich muss vollständig sein

Grundsätzlich muss derjenige, der zu Werbezwecken Vergleiche zieht, dem Publikum alle wesentlichen Umstände mitteilen, die ihm ein objektives Urteil über die Vorzüge der angebotenen gegenüber der verglichenen Ware oder Leistung ermöglichen. Wer daher zB mit Preisgegenüberstellungen wirbt, hat grundsätzlich alles Erforderliche vorzukehren, eine einwandfreie, jedes Missverständnis ausschließende Aufklärung des Publikums über die Art der jeweils herangezogenen Vergleichsgrundlage sicherzustellen, um mögliche Irrtümer in diese Richtung hintanzuhalten. Allerdings ist der Werbende nicht verpflichtet, die Richtigkeit seiner Behauptungen dem Kunden gegenüber nachzuweisen.²²

Unvollständige Angaben verstoßen gegen § 2 UWG, wenn durch das Verschweigen wesentlicher Umstände ein falscher Gesamteindruck hervorgerufen wird, sodass die Unvollständigkeit geeignet ist, das Publikum in für den Kaufentschluss erheblicher Weise irrezuführen. Dieser Grundsatz gilt selbstverständlich auch für Preisvergleiche, deren Unrichtigkeit je-

²¹ OGH 24. 6. 2003, 4 Ob 89/03x

²² OGH 14. 12. 1993, 4 Ob 170/93, ecolix 1994, 237 – Schätzgutachten.

doch nicht nur einen Verstoß gegen § 2 UWG, sondern auch gegen § 7 UWG begründen kann. Soweit dabei der unrichtige Eindruck hervorgerufen wird, dass der eigene Preis niedriger sei, als dies tatsächlich der Fall ist, wird § 2 UWG verletzt. Bei unrichtigen Angaben über einen zu hohen Preis des Mitbewerbers liegt darin hingegen eine kreditschädigende Äußerung iSd § 7 UWG. ²³

Ein Preisvergleich soll die Kaufentscheidung versachlichen und erleichtern. Das kann er nur dann, wenn er nicht irreführend ist. Die einfache Gestaltung eines Preisvergleichs kann nicht um den Preis der Irreführung erkaufte werden. So wurden bei einem Tarifvergleich zwischen Mobilfunkbetreibern die von den Mitbewerbern gewährten Freiminuten nicht genannt, welche aber als Zusatzleistung mit einbezogen hätten werden müssen, weil der Kunde dadurch letztendlich einen geringeren Tarif je Gesprächsminute abbezahlt. Sollte ein solcher notwendiger Hinweis verwirren und einen überschaubaren Preisvergleich unüberschaubar machen, so müsste diese Werbung unterbleiben. Im vorliegenden Fall hätte aber ohne weiters auch ein entsprechender Hinweis auf diese Zusatzleistungen der Konkurrenten aufgenommen werden können. ²⁴

Ebenso unzulässig ist die allgemeine Ankündigung, dass man Internet-Dienstleistungen zu weitaus günstigeren Preisen anbieten, und „damit nur um ungefähr 50 % dessen, was an den Mitbewerber bisher bezahlt worden ist“. Diese ungenaue Aussage gibt keine Möglichkeit, einen korrekten Vergleich zwischen der Preisgestaltung des Werbenden und dem Angebot des Vergleichenen durchzuführen, wenn vor allem die technischen Eckdaten als Bezugspunkte fehlen. ²⁵

Weiters ist es auch unzulässig, bei einem Energiekostenvergleich die bloßen Stromkosten zu vergleichen, die dann nur einen Teil des für die Lieferung elektrischer Energie zu zahlenden Entgelts betragen. So war hier die Gesamtersparnis auf Grund der unterschiedlichen Netzkosten als zweiter Kostenbestandteil wesentlich geringer. Damit wird aber der irreführende Eindruck erweckt, dass sich der Kunde bei einem Wechsel des Stromlieferanten wesentlich mehr an den für ihn allein maßgebenden Gesamtenergiekosten erspare, als tatsächlich zutrifft. ²⁶

²³ Vgl. Wiltschek UWG S. 2 – 13

²⁴ OGH 13. 11. 2001, 4 Ob 212/01g, ÖBl 2002, 133 – Freiminuten.

²⁵ OGH 18. 2. 2003, 4 Ob 240/02a. Informationstechnologie.

²⁶ OGH 25. 3. 2003, 4 Ob 44/03d, ÖBl-LS 2003/118 – Energiekostenvergleich.

Wettbewerbswidrig ist auch ein Fernsehwerbefilm, wo ein Karatekämpfer als Bruchtest zuerst eine Eternitplatte bzw. einen Tondachziegel zerschlägt und schließlich einem Aluminium-Dachziegel einen Faustschlag versetzt, welcher sich dann computeranimiert verbeult und wieder gleich durch Verschwinden der Eindellung in den unbeschädigten Zustand zurückversetzt. Dabei wurde zusätzlich vom bruchfesteren Dach aus Aluminium gesprochen. Dieser Werbevergleich ist vom OGH deshalb als irreführend beurteilt worden, weil ein nicht unbeträchtlicher Teil der Betrachter die Zurückverformung für ein mögliches auf besonderer Beschaffenheit beruhendes Materialverhalten ansehen kann, zumal bezüglich des Zerschlagens der beiden Konkurrenzprodukte auch ein realistischer Handlungsablauf vorliegt. Außerdem hat der Werbende hier den Boden der Sachlichkeit verlassen, weil er sich angesichts vielfältiger und differenzierter Vergleichskriterien wie Wärmeisolierung, Gewicht, Optik uä darauf beschränkt hat, plakativ und einseitig sein Produkt allein unter dem Gesichtspunkt der Bruchfestigkeit als überragend gegenüber Produkten aus anderen Materialien darzustellen.²⁷

Schließlich ist es irreführend, bei einem Geschirrspülmittel mit „100% mehr Glanz“ als Gesamteindruck zu werben, wenn dann in Wahrheit diese Steigerung nur im Labortest bei einer bestimmten Wasserhärte und überdies nur gegenüber dem Vorgängerprodukt (und nicht gegenüber anderen Spülmitteln) erreicht wird.²⁸

3. Unzulässiger Preisvergleich durch Anonymisierung

Die Nennung des oder der Mitbewerber bei einer vergleichenden Werbung ist nicht nur erlaubt, sondern bei vergleichender Werbung oft auch notwendig. So hat der OGH einen Preisvergleich mit anonymisiert als „A“, „B“, „C“ bzw. „D“ bezeichneten Druckereien als unzulässig angesehen. Wenn ein Preisvergleich die Mitbewerber, mit deren Leistungen sich der Werbende misst, nicht nennt und diese dem angesprochenen Publikum nicht bekannt sind, kann dieser auch nicht auf seine sachliche Richtigkeit hin überprüft werden!²⁹

²⁷ OGH 25. 3. 2003, 4 Ob 39/03v, ÖBl-LS 2003/90 – Bruchtest.

²⁸ OGH 20. 1. 2004, 4 Ob 243/03v.

²⁹ OGH 22. 4. 2003, 4 Ob 43/02f, ÖBl 2002, 273 – BESTsale.

4. *Angesprochene Fachkreise*

Hinsichtlich der Verkehrskreise ist beim Werbevergleich ebenfalls auf das angesprochene Publikum abzustellen. Richtet sich eine Werbeaussage allein an Fachkreise, so ist für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung dieser Werbebehauptung auch nur die Verkehrsauffassung dieser Fachkreise maßgebend.³⁰

5. *Herabsetzung*

PAUSCHALE HERABSETZUNG

Vergleichende Werbung, die durch Pauschalabwertungen, unnötiges Bloßstellen oder aggressive Tendenzen das Gebot der Sachlichkeit verletzt, verstößt weiterhin gegen § 1 UWG. So ist eine mit einem Werbevergleich verbundene Aussage, dass der Preis des Konkurrenten überhöht ist, sittenwidrig, weil damit mangels weiterer Ausführungen der Eindruck vermittelt wird, dass der höhere Preis des Mitbewerbers sachlich nicht gerechtfertigt ist.³¹

Während bei dem später behandelten echten Systemvergleich die Vor- und Nachteile bestimmter Systeme verglichen werden, kann es laut OGH für eine vergleichende Werbung mit Bezugnahme auf die Person oder Angebote eines Mitbewerbers noch zulässig sein, bloß die Vorteile des eigenen Systems den Nachteilen des verglichenen Systems gegenüber zu stellen. Dies ist aber jedenfalls nicht mehr zulässig, wenn dabei der Boden der Sachlichkeit und der objektiven Information der Interessenten verlassen wird.

Aus diesem Grund ist eine Werbung untersagt worden, wo beim Vergleich von Böschungssteinen den farbenfrohen und praktisch perfekten Bilder des Werbenden Abbildungen eines Mitbewerbers gegenübergestellt wurden, dessen Produkte dabei einen überaus verwahrlosten Eindruck machten. Dazu wurde im Text unter anderem von hässlichen Verunreinigungen, Absterben der Pflanzen und der Notwendigkeit des dauernden Nachpflanzens bei dem Konkurrenzprodukt gesprochen. Diese Angaben sind nicht mehr sachlich und objektiv informierend, sondern vielmehr als Herabsetzung und Verunglimpfung zu beurteilen. So wurden die gerade-

³⁰ OGH 28. 11. 2000, 4 Ob 302/00s, ÖBl-LS 2001/52 – Johanniskraut.

³¹ OGH 29. 10. 1996, 4 Ob 2283/96f, ÖBl 1997, 157 – Ungeschminkte Wahrheit.

zu vorbildhaft dargestellten Produkte mit den auf elende bzw. erbärmliche Weise dargestellten Konkurrenzangeboten abgebildet und dem ebenfalls zu beanstandeten Text versehen, aus dem ganz allgemein auf die Wertlosigkeit oder doch Unterlegenheit der Konkurrenzprodukte geschlossen werden muss.³²

Hingegen ist vom EuGH im Rahmen der erwähnten Entscheidung zu einem Vorabentscheidungsantrag des OGH ausgeführt worden, dass ein Preisvergleich einen Mitbewerber noch nicht herabsetzt, weil der Preisunterschied zwischen den verglichenen Produkten über dem durchschnittlichen Preisunterschied liegt. Das Gleiche gilt auch für die Anzahl der durchgeführten Vergleiche. Schließlich verstößt es nicht gegen Art 3 a Abs 1 Buchstabe e der Werbevergleichsrichtlinie, wenn eine vergleichende Werbung zusätzlich zum Namen des Mitbewerbers dessen Firmenlogo und ein Bild der Fassade seines Geschäfts zeigt.³³

In diesem Verfahren hat der OGH allerdings auch festgestellt, dass die Aussage unzulässig ist, andere Optiker würden das Komplettbrillenkonzzept des Werbenden schlecht machen und in Betrieben von herkömmlichen Optikern werde eine Handelsspanne von 717% erzielt. Solche Ausführungen sind als mit Schlagworten operierende Pauschalabwertung von Konkurrenten zu beurteilen, welche unter § 1 UWG fallen.³⁴

Weiters ist die Ankündigung, in jedem Fall einen um 10% günstigeren Preis als jeder Mitbewerber zu gewähren, deshalb verboten worden, weil sie mit dem zusätzlichen sittenwidrigen Element von unsachlich herabsetzenden Behauptungen verbunden war. So sind Aussagen wie „Und Sie fragen sich, ob Sie in der letzten Zeit nicht vielleicht doch zu viel bei Ihrer Druckerei bezahlt haben“ oder „weil wir einfach wendiger sind, schneller und effizienter drucken, und das rund um die Uhr“ laut OGH pauschal herabsetzend und damit unzulässig.³⁵

³² OGH 17. 12. 2001, 4 Ob/202/01m, ÖBl-LS 2002

³³ EuGH 8. 4. 2003, C-44/01, ÖBl 2003, 290 – Brillen-Preisvergleiche II

³⁴ OGH 24. 6. 2003, 4 Ob 89/03x

³⁵ OGH 22. 4. 2003, 4 Ob 43/02f, ÖBl 2002, 273 – BESTsale. – Preisvergleich zwischen Telekommunikationsdienstleistungen.

WETTBEWERBSFREMDE TATSACHEN

Wahre Behauptungen geschäftsschädigender Art sind dann sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG, wenn kein hinreichender Anlass besteht, das eigene Erfolgsstreben mit der Herabsetzung der Mitbewerber zu verbinden und wenn sich die Kritik nicht nach Art und Maß im Rahmen des Erforderlichen hält.³⁶ So ist das Verbreiten von wettbewerbsfremden Tatsachen wie Hinweise auf die Volks- oder Rassenzugehörigkeit, Vorstrafen usw. sittenwidrig.

Eine vergleichende Werbung ist laut OGH weiters unzulässig, wenn nicht aussagekräftige und somit nicht relevante Eigenschaften zum Gegenstand des Vergleichs gemacht werden. So ist der Vergleich der Auflage einer Gratiszeitung mit einer Kaufzeitung eines Konkurrenten wettbewerbswidrig, weil die Auflagenhöhe eine für die Werbewirksamkeit der verglichenen Dienstleistung Inserat in einem Printmedium nicht aussagekräftige und somit nicht relevante Eigenschaft ist. Diese wurde hier aber in Relation zu den Inseratenkosten gesetzt, obwohl die verbreitete Auflage einer Zeitung keinen Schluss darauf zulässt, wie viele Personen mit diesem Werbeträger tatsächlich erreicht werden.

Ein solcher Vergleich einer wettbewerbsfremden Tatsache, mag er sich auch nur an ein Fachpublikum wenden und wahr sein, ist unsachlich, weil er nicht geeignet ist, auf Vorzüge der angepriesenen Leistung hinzuweisen und damit zur Information der angesprochenen Fachkreise über einen für das Marktverhalten wesentlichen Umstand beizutragen. Er unterstellt laut OGH vielmehr unzulässig einen in Wahrheit nicht gegebenen Zusammenhang zwischen Auflage und erreichter Leserzahl.³⁷

Hingegen ist es zulässig, den unter Anwendung wissenschaftlicher Methoden erhobenen und damit auch nachprüfaren Markenwert zu vergleichen. So ist die Ankündigung eines Küchenherstellers, die Nummer 1 am österreichischen Küchenmarkt zu sein, nachdem das Institut für Marktforschung dieser Firma als Marke höchste Markenwerte bescheinigt, als zulässig angesehen worden, nachdem auch ausreichend über die Grundlagen dieses Vergleiches aufgeklärt worden ist.

³⁶ OGH 21. 3. 2000, 4 Ob 73/00i, ÖBl 2000, 219 – Konsumenten-Information

³⁷ OGH 25. 3. 2003, 4 Ob 23/03s

Dabei ist vom OGH weiters ausgeführt worden, dass ein solcher Markenwert nicht Meinungsumfragen über ein Produkt gleich gehalten werden kann. So ist das Produkt bezogen auf den Markenwert nicht bloß Reflexions- und Projektionsfläche von Vorstellungen und subjektiven Einstellungen der Umwelt, sondern die materielle Basis, an die die Marke als Kommunikationsmittel und Kürzel für die werbliche Botschaft des Benutzers anknüpft. Offen bleiben konnte daher, ob mit Meinungsumfragen, die die Ein- und Wertschätzung eines Produkts durch die Verbraucher widerspiegeln, vergleichend geworben werden darf.³⁸

Die vom OGH zitierte deutsche Literatur hat sich gegen die Zulässigkeit derartiger Werbevergleiche ausgesprochen.³⁹

RUF AUSBEUTUNG

Weiters widerspricht es dem Sachlichkeitsgebot und der Verpflichtung zur Objektivität, wenn der gute Ruf eines fremden Produktes als Werbevorspann dazu benutzt wird, die Aufmerksamkeit auf das eigene Produkt zu lenken und dessen Vorzüge hervorzuheben. So ist es beispielsweise unzulässig, wenn mehrere Produkte planmäßig und systematisch zu bekannten Markenartikeln in Beziehung gesetzt werden, ohne neben dem Preis die sonstigen Eigenschaften detailliert gegenüberzustellen.⁴⁰

Eine solche Anlehnung liegt allerdings nicht vor, wenn jemand in einem Werbevergleich ein fremdes Kennzeichen allein dazu verwendet, die schlechtere Leistung des anderen herauszustellen.⁴¹

6. Systemvergleich

Ein Systemvergleich liegt vor, wenn unter Vermeidung der Nennung eines bestimmten Mitbewerbers die Vor- und Nachteile bestimmter Herstellungs-, Einkaufs- oder Vertriebssysteme dargelegt werden. Eine solche Werbung ist mangels Bezugnahme auf konkrete Mitbewerber

³⁸ OGH 20. 1. 2004, 4 Ob 259/03x.

³⁹ *Eck/Ikas*, Neue Grenzen vergleichender Werbung, WRP 1999, 251.

⁴⁰ OGH 19. 12. 1997, 4 Ob 370/97h, ÖBl 1998, 178 – Dualwerbung.

⁴¹ OGH 7. 3. 1995, 4 Ob 19/95, ÖBl 1995, 267 – Media Markt.

nicht nach den für die vergleichende Werbung entwickelten Grundsätzen zu beurteilen. Auch Systemvergleiche müssen allerdings nicht nur wahr, sondern auch sachlich und informativ sein.⁴²

Der Werbende muss auch hier dem unaufgeklärten Publikum die wesentlichen Umstände mitteilen, aus denen es sich ein zutreffendes Gesamtbild machen kann. Wettbewerbswidrig ist es laut OGH daher, von einer sachlich vergleichenden Gegenüberstellung der tatsächlichen Grundlagen abzusehen und stattdessen eine Gesamtwertung vorzunehmen, die nicht nachgeprüft werden kann. Eine solche mit Schlagworten operierende Pauschalabwertung ist unzulässig. Mag es auch einem Trend in der Werbung entsprechen, weniger objektive Eigenschaften zu vermitteln, als vielmehr das Produkt oder die Dienstleistung mit Hilfe lustiger Geschichten sympathisch erscheinen zu lassen, darf dies nicht dazu missbraucht werden, Konkurrenten in unsachlicher Weise herabzusetzen.

So darf bei dem Vergleich von Güterfrachtsystemen angesichts der vielfältigen und differenzierten Vergleichskriterien nicht nur der hier kritisierte Straßengüterverkehr allein unter den Gesichtspunkten der Umweltbelastung und der Behinderung des privaten Pkw-Verkehrs als nachteilig gegenüber den Eisenbahnfrachtleistungen dargestellt werden. Dieses vereinfachte Bild lässt die mindestens ebenso gewichtigen Faktoren Kosten, Zeit und Flexibilität völlig unberücksichtigt. So sind insbesondere Ausführungen wie „ein LKW säuft wie ein Loch, raucht wie ein Schlot und bummst manchmal sogar“ jedenfalls als unzulässig anzusehen.⁴³

Schließlich richtet sich selbstverständlich auch die Beurteilung eines Systemvergleichs nach dem Gesamteindruck, der erweckt wird. So ist es zB bei einem Vergleich von Tampons und Binden als Artikel der Monatshygiene unzulässig, durch die Gestaltung der Werbung den Eindruck hervorzurufen, dass es sich bei dem Tampon um das bessere Produkt handelt, wenn dies nur auf die Verwendung in kritischen Situationen beschränkt ist. Diese durch die allgemeinen Ausführungen erweckte Überlegenheit ist aber nicht einmal vom insoweit gemäß § 2 Abs 5 UWG beweispflichtigen Beklagten behauptet worden.⁴⁴

⁴² Ausführlich *Koppensteiner*; Wettbewerbsrecht – UWG; Orac 1987; Seite 199

Vgl. aber auch *Baumbach/Hefermehl*; Rdz. 291, 296 zu § 1 UWG, auch OLG Wien; in OGH ÖBl 1972; 88 – YTONG

⁴³ OGH 28. 9. 1999, 4 Ob 168/99f, ÖBl 2000, 20 – LKW-Entferner

⁴⁴ OGH 19.8. 2003, 4Ob 157/03x, ÖBl-LS2003/147 – o.b.-Werbung.

7. Testkauf

Der EuGH ⁴⁵ hat zunächst einmal grundsätzlich ausgeführt, dass es nicht gegen Art 3 a der Werbevergleichsrichtlinie verstößt, wenn der Werbende bereits vor Beginn seines eigenen Angebots einen Testkauf bei einem Mitbewerber durchführt, sofern die in dieser Vorschrift genannten Bedingungen für die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung erfüllt sind. Der OGH hat dazu weiters festgehalten, dass es zwar richtig ist, der Kunde könne den Eindruck gewinnen, zu teuer gekauft zu haben. Daraus folgt aber nicht, dass der Preisvergleich zur Irreführung geeignet wäre, weil der Kunde diesen Eindruck unabhängig davon gewinnt, ob Testkauf und Preisvergleich zeitgleich erfolgt sind. Auch wenn offen gelegt wird, dass der Werbende die Brille im Zeitpunkt des Testkaufs noch nicht angeboten hat, so wird der Kunde angesichts der Zeitdifferenz von wenigen Wochen meinen, zu früh gekauft zu haben. Bei zukünftigen Kaufentscheidungen wird er sich daher auch an den Werbenden wenden. ⁴⁶

8. Beweislast

Die Beweislast wurde in § 2 Abs 5 UWG für irreführende und vergleichende Werbung gemeinsam geregelt. Die Behauptungs- und Beweislast für die Irreführungseignung einer Angabe iSd § 2 UWG trägt grundsätzlich der Kläger, der Werbende nur dann, wenn die Auferlegung der Beweislast unter Berücksichtigung seiner berechtigten Interessen und der anderer Verfahrensbeteiligter nach den Umständen des Einzelfalls angemessen erscheint. Das gilt insbesondere, wenn dem beweispflichtigen Kläger die genaue Kenntnis des relevanten Sachverhalts fehlt, während der Beklagte ohne weiteres die notwendigen und ihm auch zumutenden Aufklärungen geben kann (zB bei einer Alleinstellungswerbung oder der Behauptung, ein Waschmittel habe „wesentlich mehr Waschkraft“).

Wer wegen irreführender Werbevergleiche in Anspruch genommen wird, hat die Richtigkeit der behaupteten Tatsachen zu beweisen. ⁴⁷

⁴⁵ Vorabentscheidung des EuGH - Urteil vom 8. April 2003, C 44/01 - Pippig Augenoptik GmbH & Co KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH

⁴⁶ OGH 24. 6. 2003, 4 Ob 89/03x

⁴⁷ Vgl. Gamerith; Wettbewerbsrecht 1. ; Orac-Skriptum 2006; Seite 16

Die Beweislast bei irreführender Werbung hängt auch davon ab, ob die als unrichtig beanstandete Angabe die eigenen oder die fremden geschäftlichen Verhältnisse betrifft. Herabsetzende Angaben über fremde geschäftliche Verhältnisse fallen unter § 7 UWG, wobei hier der Werbende zu beweisen hat, dass seine Angaben richtig sind. Die Beweislast für die Unrichtigkeit der Angaben über die eigenen geschäftlichen Verhältnisse trifft hingegen auch im Bereich der Irreführung grundsätzlich den Kläger.⁴⁸

Allerdings ist mit der UWG-Novelle 1999 in Umsetzung der Werbevergleichsrichtlinie im § 2 Abs 5 UWG eine Neuregelung der Beweislastverteilung für den Werbevergleich erfolgt. Diese Bestimmung ist laut OGH dahin zu verstehen, dass den Werbenden bei vergleichender Werbung in jedem Fall die Beweislast für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen trifft.

Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung zu § 2 UWG in zahlreichen Fällen eine Beweislastumkehr vorgenommen und hat ausgesprochen, dass dann, wenn der Beklagte seiner in diesen Fällen bestehenden Beweispflicht nicht nachgekommen ist, das Gericht von der Unrichtigkeit der beanstandeten Angabe ausgehen kann.⁴⁹

⁴⁸ OGH 14. 9. 1999, 4 Ob 237/99b, ÖBl-LS 2000/8

⁴⁹ Vgl. Entscheidungen des OGH: 8.2.1977, ÖBl 1977, 71; 19.9.1994, WB1. 1995, 67; 31.1.1995, WB1. 1995, 250

Rechtsfolgen

Eine unzulässige vergleichende Werbung kann als Verstoß gegen das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb eine Klage durch einen Mitbewerber oder einen zu einer derartigen Klage legitimierten Verband führen. Da der Streitwert relativ hoch angesetzt wird, kann diese Klage (bzw. im Vorfeld eine Abmahnung) empfindlich ins Geld gehen. Besonders teuer ist auch die ebenfalls im Gesetz vorgesehene Möglichkeit einer kostenpflichtigen Veröffentlichung des Urteils in einer Zeitschrift oder in einem anderen Medium.

1. Zivilrechtliche Ansprüche

Im Falle von Wettbewerbsverstößen können nach den Bedingungen des UWG vor dem Handelsgericht folgende Ansprüche geltend gemacht werden:

- Unterlassungsanspruch - § 15 UWG

Inhaltlich richtet sich der Unterlassungsanspruch darauf, dass der Anspruchsgegner die verbotene Handlung nicht mehr vornimmt. Gemäß § 15 UWG umfasst er auch das Recht, die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes zu verlangen. Schließlich kann das Gericht der obsiegenden Partei (von den §§ 4, 12 UWG abgesehen) auch die Befugnis einräumen, das Urteil auf Kosten der unterliegenden Partei zu publizieren - § 25 Abs. 3. UWG.

Die praktische Bedeutung des Unterlassungsanspruchs für die Durchsetzung des Rechts unzulässiger Wettbewerbshandlungen ist überragend. Ein Blick auf die Judikatur zeigt schnell, dass alle Rechtsbefehle insofern weit zurücktreten.⁵⁰

Die Verjährungsfrist beträgt 3 Jahre ab der Gesetzesverletzung bzw. 6 Monate ab Kenntnis der Gesetzesverletzung (siehe § 20 UWG). Geklagt werden kann der unmittelbare Täter, Anstifter, Mittäter oder Gehilfen.

⁵⁰ Vgl. *Koppensteiner*; Wettbewerbsrecht (Unlauterer Wettbewerb) S. 268 ff.

- Anspruch auf Urteilsveröffentlichung - § 25 UWG

Im Kontext einer Unterlassungsklage nach dem UWG hat das Gericht (von den §§ 11, 12 abgesehen) gemäß den durch die Novelle 1980 neu gefassten § 25 (3) der obsiegende Partei auf Antrag und bei Vorliegen eines berechtigten Interesses die Befugnis zuzusprechen, das Urteil innerhalb einer bestimmten Frist zu veröffentlichen.

- Schadenersatzanspruch- § 34 UWG

Sofern aufgrund vorsätzlicher oder fahrlässiger (auch bei leicht fahrlässiger) Handlung ein Schaden entsteht, tritt die Schadensersatzhaftung ein. Die Verjährungsfrist beläuft sich in diesem Fall auf 3 Jahre.

- Einstweilige Verfügung - § 24 UWG

Aufgrund meist längerer Prozessdauer, während der ein rechtswidriges Verhalten fortgesetzt werden kann, ist die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung möglich, die dem Prozessgegner die Ausübung des von ihm gesetzten Verhaltens verbietet, bis es zu einem rechtskräftigen Urteil gekommen ist.

Weitere Ansprüche:

- Beseitigungsanspruch nach § 15 UWG
- Widerrufsanspruch bei einer Herabsetzung nach § 7 UWG – geregelt durch § 1330 ABGB
- Rechnungslegungsanspruch bei Verstößen gegen § 9 Abs 1,3,4 iVm § 151 PatG
- und evtl. Auskunftsanspruch

2. Strafrechtliche Verfolgung

Neben den zivilrechtlichen Folgen können bestimmte Verstöße wie:

- Irrführung nach § 4 UWG
- Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten nach § 10 UWG

- Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen nach § 11 UWG
- oder Missbrauch anvertrauter Vorlagen nach § 12 UWG

auch noch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Dieser Antrag muss aber innerhalb von 6 Wochen ab Kenntnis der Tat eingebracht werden.

Bestimmte UWG-Verletzungen sind als Verwaltungsübertretungen strafbar und werden von den Bezirksverwaltungsbehörden von Amtswegen verfolgt. Die strafrechtliche Verfolgung hat in der Praxis eher geringe Bedeutung.

Der Vollständigkeit halber sei hier auch das außerstreitige Verfahren nach NVG erwähnt.⁵¹

⁵¹ Vgl. Gamerith; Wettbewerbsrecht 1. ; Orac-Skriptum 2006; Seiten 80 - 92

Schlussfolgerung

Zusammenfassend ist vergleichende Werbung nach UWG grundsätzlich zulässig, aber nur, wenn bestimmte Voraussetzungen eingehalten werden.

Unter vergleichender Werbung in diesem Sinne versteht man nur diejenige Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder dessen Ware bzw. Dienstleistung erkennbar macht.

VORAUSSETZUNGEN

- Ein Vergleich darf nicht irreführend sein. Dies ist der allgemeine Grundsatz.
- Die Ware bzw. Dienstleistung muss vergleichbar sein. D. h., sie muss sich auf den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung beziehen. Also kein Vergleich von Äpfeln mit Birnen (sinnbildlich).
- Der Vergleich muss objektiv sein und sich auf wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften oder auf den Preis beziehen. Also kein Vergleich, bei dem völlig unerhebliche Eigenschaften einer Ware hervorgehoben und diese mit anderen verglichen werden. Nachprüfbar sind diese Eigenschaften nur bei entsprechender Transparenz, die es dem Kunden ermöglicht, den Vergleich selbst nachzuvollziehen. So müssen die preisgestaltenden Merkmale (z. B. bei Versicherungs- Telekommunikations- oder anderen Tarifen) angegeben werden.
- Der Vergleich darf nicht zu Verwechslungen zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber oder dessen Ware bzw. Dienstleistung, mit dessen Marke, Handelsnamen und anderen Kennzeichen führen. Es muss also deutlich werden, für welches Produkt geworben wird (und mit welchem Produkt verglichen wird).
- Die Wertschätzung des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens darf nicht in unlauterer Weise ausgenutzt oder beeinträchtigt werden. Hierbei geht es vor allem um das Ausnutzen des guten Rufs einer Marke.
- Der Mitbewerber und das, worauf sich der Vergleich bezieht, darf durch den Vergleich nicht herabgesetzt oder verunglimpft werden.

• Der Vergleich darf sich nicht auf Imitationen oder Nachahmungen einer Ware oder Dienstleistung mit geschützter Marke oder geschütztem Handelsnamen beziehen.

Bei Preisvergleichen, oder wenn sich der Vergleich auf ein Angebot mit besonderen Bedingungen bezieht, muss der Zeitpunkt angegeben werden, von wann bis wann dieses Angebot gilt. Gilt das Angebot nur so lange, wie die Waren oder Dienstleistungen verfügbar sind, ist darauf hinzuweisen (z. B. „Solange Vorrat reicht“). Hierbei ist die Lockvogelwerbung zu beachten, so dass also der Vorrat im Regelfall zumindest für zwei Tage reichen muss.

BEISPIELE

Werbung mit Testergebnissen

Wirbt ein Kaufmann für seine Produkte oder Leistungen mit dem Ergebnis eines Tests, so handelt es sich um vergleichende Werbung.

Die Werbung mit Testergebnissen ist zulässig. Es muss sich um den Test einer neutralen Institution handeln.

Der Werbende muss das gesamte Ergebnis, also auch die weniger positiven Aussagen veröffentlichen.

Zulässig ist es, den vollen Inhalt eines Testberichtes in die eigene Werbung zu übernehmen.

Wer die Note „Sehr gut“ hat, darf stets in dieser Weise werben.

Die Werbung mit der Note „Gut“ ist zulässig, wenn das Unternehmen in der Gesamtbewertung überdurchschnittlich abgeschnitten hat. Wer trotz der Note „Gut“ unterdurchschnittlich war, darf mit dem Testat nicht werben.

Zu beachten ist außerdem, dass mit Testergebnissen nur geworben werden darf, wenn diese aktuell sind. Auf den Erscheinungszeitpunkt des Testes ist hinzuweisen.

Preisvergleich

Auch dürfen Preise miteinander verglichen und die Konkurrenz beim Namen genannt werden.

Beispiel: "A-Markt, B-Markt und C-Markt: Überall bekommen Sie „O-Saft“, bei uns zahlen Sie den niedrigsten Preis!" Die Richtlinie erlaubt gerade den Preisvergleich. Hier dürfte der häufigste Anwendungsfall der neuen Rechtslage liegen.

Man sollte jedoch genau auf die verwendeten Worte achten: Vermeiden Sie interpretierbare Begriffe, wie "am preiswertesten". Im Gegensatz zum "niedrigsten Preis" oder "billigsten Preis" bestimmen bei dem Merkmal "preiswert" zu viele Faktoren die Wertung.

Vergleichbare Dinge

Zu beachten bleibt unbedingt, dass nur Waren oder Dienstleistungen miteinander verglichen werden, die für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung vorgesehen sind.

Bei Waren ist dies relativ sicher und einfach zu handhaben. Dienstleistungen sind demgegenüber wesentlich komplexer und setzen sich aus vielen Faktoren, beispielsweise der Geschwindigkeit, dem Service rund um die Leistungserbringung, den gewährten Verbraucherrechten etc. zusammen.

Neben dem Preis kann man nach der Richtlinie "objektiv eine oder mehrere wesentliche, nachprüfbar und typische Eigenschaften von Waren und Dienstleistungen" vergleichen.

Unzulässig ist mit Sicherheit: "Unser Reparaturservice ist freundlicher als bei Y: bei jeder Reparatur erhalten Sie eine Tasse Kaffee". Die zu vergleichenden Eigenschaften müssen wesentlich sein.

Nachprüfbarkeit

Das Merkmal der "nachprüfbar Eigenschaften" deutet darauf hin, dass keine Werturteile verglichen werden sollen, sondern nur solche Tatsachen, die einem Beweis auch zugänglich sind. Zu vermeiden sind also Eigenschaftsvergleiche, wie "Unser Service ist wertvoller" oder "angenehmer" oder "freundlicher" etc.

Epilog

Zunächst möchte ich mich bei Herrn Dr. Erich Schwarzenbacher, der als Richter am OGH in Wien tätig ist, nicht nur für seine Betreuung, sondern auch für die interessante und lehrreiche Vorträge in Rahmen der Wettbewerbsrecht-Lehrveranstaltung recht herzlich bedanken. Vielen Dank auch für die zahlreichen Anregungen und nützlichen Literaturempfehlungen.

Als ich anfangs erwähnt habe, dass dieses Thema gut für eine Bakkalaureat-Arbeit geeignet ist, da die „Vergleichende Werbung“ ein umstrittenes Thema ist, war mir nicht bewusst, dass über dieses Thema bereits die halbe Welt geschrieben hat. Sich da von anderen abzugrenzen oder sogar zu distanzieren und ein eigenes Konzept erstellen ist ein Ding der Unmöglichkeit.

Nach dem ich die Basisliteratur gelesen habe, ist mir aufgefallen, dass prinzipiell alle ziemlich das Gleiche schreiben und sich gegenseitig zitieren. Nun, bei mir ist es nicht anders geworden. Offensichtlich ist dieses Thema so oft umschrieben worden, dass man nichts Neues erwarten darf.

Einzig wirklich Neues auf diesem Gebiet ist die im Dezember letzten Jahres durch die EU beschlossene Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung. Da diese Richtlinie aber noch in Österreich nicht umgesetzt worden ist, erwähne ich sie absichtlich erst an dieser Stelle. Die Änderungen⁵² gegenüber der Richtlinie aus dem Jahr 1984 würden den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

Nach den umfangreichen Recherchen bin ich zu dem befriedigenden Ergebnis gekommen, dass die Rechtsprechung zwar ziemlich komplex, jedoch im Großen und Ganzen recht nachvollziehbar ist. Es gibt immer wieder Gründe, die an jeder Rechtsprechung etwas aussetzen können und sollen. Die Zeit bleibt nämlich nicht stehen, und so wie wir uns entwickeln, so entwickeln sich auch viele andere Dinge wie die sozialen, politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse und da darf die Rechtsprechung nicht stehen bleiben. Die Gesetze können aber nicht alles regeln und deshalb liegt es auch an uns Menschen, mit unserem Verhalten zu einer sicheren, gerechteren und zufriedeneren Welt beizutragen.

⁵² Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung) (Text von Bedeutung für den EWR): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0114:DE:HTML>

BIBLIOGRAPHIE

Baumbach/Hefermehl; Rdz. 291, 296 zu § 1 UWG

Behrens; Handbuch der Werbung, Gabler Verlag, 1975

Kotler, Marketing-Management. Analyse, Planung und Kontrolle, Campus Verlag, 1982

Eck/Ikas, Neue Grenzen vergleichender Werbung, WRP 1999

Friedrich Prunbauer, Die vergleichende (Preis-)Werbung, RdW 1989, 15.

Gamerith, Auswirkungen der Richtlinie 97/55/EG auf das österreichische Wettbewerbsrecht, ÖBl 1998

Gamerith; ÖBl 1998, 120f.

Gamerith; Wettbewerbsrecht 1. ; Orac-Skriptum 2006

Haseloff; Marketing für Innovation, Savosa Verlag, 1989

Koppensteiner; Wettbewerbsrecht – UWG; Orac 1987

Schweiger/Schrattenecker, Werbung – Eine Einführung, Uni-Taschenbücher, 2001

Seidelberger; Aktuelle Fragen des Lauterkeitsrechts; Manz 2004

Wiltschek; UWG – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; Manz 1994

Wamprechtshamer, Die Neuordnung der vergleichenden Werbung, ÖBl 2000, 147

Wiltschek, Vergleichende Werbung durch gezielte, auch namentliche Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber, in Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, in GedS *Schönherr* (1986) 79.

Wittmann, OGH: Vergleichende Werbung ist zulässig, MR 1990, 125

QUELLENANGABE

ENTSCHEIDUNGEN DES OGH:

ÖBl 1972; 88 – YTONG;
 8.2.1977, ÖBl 1977, 71;
 26. 6. 1990, 4 Ob 41/90, ÖBl 1990;
 21. 9. 1993, 4 Ob 89/93, ecolex 1994, 180 – KFZ-Wirtschaft;
 14. 12. 1993, 4 Ob 170/93, ecolex 1994, 237 – Schätzgutachten;
 19.9.1994, WB1. 1995, 67;
 31.1.1995, WB1. 1995, 250;
 7. 3. 1995, 4 Ob 19/95, ÖBl 1995, 267 – Media Markt;
 29. 10. 1996, 4 Ob 2283/96f, ÖBl 1997, 157 – Ungeschminkte Wahrheit;
 19. 12. 1997, 4 Ob 370/97h, ÖBl 1998, 178 – Dualwerbung;
 15. 12. 1998, 4 Ob 298/98x, ÖBl 1999, 184 – Heute Preissturz;
 14. 9. 1999, 4 Ob 237/99b, ÖBl-LS 2000/8;
 28. 9. 1999, 4 Ob 168/99f, ÖBl 2000, 20 – LKW-Entferner;
 18. 1. 2000, 4 Ob 16/00g, ÖBl-LS 2000/41 – Särge;
 21. 3. 2000, 4 Ob 73/00i, ÖBl 2000, 219 – Konsumenten-Information;
 28. 11. 2000, 4 Ob 302/00s, ÖBl-LS 2001/52 – Johanniskraut;
 19. 12. 2000, 4 Ob 259/00t, ÖBl 2002, 223 – Brillen-Preisvergleiche I;
 13. 11. 2001, 4 Ob 212/01g, ÖBl 2002, 133 – Freiminuten;
 17. 12. 2001, 4 Ob/202/01m, ÖBl-LS 2002;
 18. 2. 2003, 4 Ob 240/02a. Informationstechnologie;
 25. 3. 2003, 4 Ob 23/03s ;
 25. 3. 2003, 4 Ob 44/03d, ÖBl-LS 2003/118 – Energiekostenvergleich;
 25. 3. 2003, 4 Ob 39/03v, ÖBl-LS 2003/90 – Bruchtest;
 22. 4. 2003, 4 Ob 43/02f, ÖBl 2002, 273 – BESTsale;
 24. 6. 2003, 4 Ob 89/03x;
 19.8. 2003, 4Ob 157/03x, ÖBl-LS2003/147 – o.b.-Werbung;
 20. 1. 2004, 4 Ob 259/03x;
 20. 1. 2004, 4 Ob 243/03v;

ENTSCHEIDUNGEN DES EUGH:

EuGH 8. 4. 2003, C-44/01, ÖBl 2003, 290 – Brillen-Preisvergleiche II;

Richtlinie 84/450/EWG vom 10. September 1984 über irreführende und vergleichende Werbung

INTERNET:

Ⓕ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG vom 26. September 1923, BGBl 531, welches am 16. November 1984, BGBl 448 wiederverlautbart worden ist.

<http://alex.onb.ac.at/cgi-content/anno-plus?apm=0&aid=bgb&datum=19230004&seite=00001717>
abgefragt am 3.4.2007

ⒺU-Rechtssprechungen

<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>
abgefragt am 3.4.2007

Ⓐuristischer Online Glossar

http://glossar.juracity.de/glossar_top/glossar/alleinstellungswerbung/index.html
abgefragt am 3.4.2007

Ⓔonline Lexikon

<http://de.wikipedia.org/wiki/Hauptseite>
abgefragt am 3.4.2007 und am 4.4.2007

Ⓐechtsinformationssystem - Bundeskanzleramt

<http://www.ris.bka.gv.at/jus/>
abgefragt am 3.4.2007 und am 4.4.2007

Ⓕerbraucherrecht

<http://www.verbraucherrecht.at/>
abgefragt am 4.4.2007

Ⓐchutzverband

<http://www.schutzverband.at/>
abgefragt am 3.4.2007