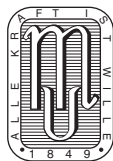


# Aktuelle Fragen des Lauterkeitsrechts

Herausgegeben vom

Schutzverband gegen  
unlauteren Wettbewerb



Wien 2004

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung



# Vergleichende Werbung im Überblick

*Hannes Seidelberger*

## Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Geschichte
- III. Geltende Rechtslage
- IV. Beurteilungskriterien
- V. Zusammenfassung

## I. Einleitung

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 Sonderstellung in der Wahrnehmung eigentlich aller Verkehrskreise wird dadurch verstärkt, dass offensichtlich bei vielen der Eindruck vorherrscht, vergleichende Werbung sei noch immer grundsätzlich unzulässig.

Obwohl dieses generelle Verbot seit nun fast 15 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.

## II. Geschichte

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 UWG<sup>1)</sup> vergleichende Werbung ursprünglich für zulässig erachtete. Allerdings wurde

---

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

diese Linie sehr bald unter dem Einfluss der Rechtsprechung in der BRD in ein grundsätzliches Verbot umgekehrt. So führte der OGH 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.<sup>2)</sup>

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.<sup>3)</sup>

Generell 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.<sup>4)</sup> 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.<sup>5)</sup>

Die Trendwende ist dann durch die UWG-Novelle 1988<sup>6)</sup> eingeleitet worden, welche im § 2 UWG zum Verbot der Irreführung folgenden Satz beigefügt 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. 1990<sup>7)</sup> 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.

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

3) Beispielsweise OGH 29. 10. 1985, 4 Ob 369/85, ÖBl 1986, 42 – Media-Analyse-Zeitungswerbung.

4) Näher dazu *Gamerith* in HWR H 6 (1988) 7 ff.

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

6) Bundesgesetz vom 6. Juli 1988, BGBl 422, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG geändert wird (UWG-Novelle 1998).

7) OGH 26. 6. 1990, 4 Ob 41/90, ÖBl 1990, 154 – Media-Analyse 1988; siehe dazu auch *Wittmann*, OGH: Vergleichende Werbung ist zulässig, MR 1990, 125.

### III. 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<sup>8)</sup> erzeugt, welche die Umsetzung der Werbevergleichsrichtlinie<sup>9)</sup> zum Inhalt gehabt hat.<sup>10)</sup> 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<sup>11)</sup> 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 ist durch die UWG-Novelle 1999 nur die Sonderregelungen für vergleichende Werbung von Waren mit Ursprungsbezeichnung und mit Sonderangeboten, 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 Richtlinienteil vergleichende Werbung eine verbindliche Obergrenze zieht, ist diese Werbeform auch innerhalb der Europäischen Union abschließend harmonisiert. Damit soll eine Verbesserung des Konsumentenschutzes durch weitergehende 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 des Vergleichs strengere nationale Vorschriften zum Schutz gegen irreführende Werbung angewandt werden. So ist zwischen den Bestandteilen des Vergleichs, also zwischen den Angaben über das Angebot des Werbenden und

8) FernabsatzG vom 19. August 1999, BGBl 185, mit dem unter anderem auch das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG geändert wird (UWG-Novelle 1999).

9) Richtlinie 97/55/EG vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung.

10) 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, 115 mwN.

11) Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG idF BGBl 1988/422, 1992/147, 1993/227, I 1999/111 und I 1999/185.

des Mitbewerbers sowie dem Verhältnis zwischen diesen Angeboten keine Unterscheidung vorzunehmen.<sup>12)</sup> Damit ist nun klargestellt worden, dass bei der vergleichenden Werbung strengere Regelungen einzelner Mitgliedsstaaten grundsätzlich in jeder Hinsicht nicht anzuwenden sind.<sup>13)</sup>

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist von einer weiten Definition der vergleichenden Werbung auszugehen. Eine solche liegt auch dann vor, wenn nur mittelbar auf einen Mitbewerber oder dessen Erzeugnisse oder Dienstleistungen Bezug genommen wird. Dies ist zB der Fall, wenn ein Anbieter von Ersatzteilen in seinem Katalog die Nummern der Originalartikel des Geräteherstellers angibt, die dieser für die von ihm selbst vertriebenen Ersatzteile verwendet.<sup>14)</sup>

Allerdings ist die Werbung von Preisgegenüberstellungen von konzernmäßig verflochtenen Unternehmen keine vergleichende Werbung, wenn Vergleichspreis und Statt-Preis vom selben Wirtschaftssubjekt festgelegt werden. Konzernunternehmen, denen keine Möglichkeit marktautonomes Verhalten offen steht, fallen nicht unter den Begriff eines Mitbewerbers. So sind auch hier nur die allgemeinen Regeln zur Irreführung anzuwenden.<sup>15)</sup> Eine solche Werbung ist irreführend, wenn der unrichtige Eindruck eines auf freiem Wettbewerb beruhenden besonders günstigen Verhältnisses zwischen dem Marktwert des angepriesenen Kaufobjekts und dem dafür verlangten Kaufpreis erweckt wird, obwohl Vergleichspreis und Statt-Preis vom selben Wirtschaftssubjekt festgelegt worden sind.<sup>16)</sup>

#### IV. Beurteilungskriterien

##### A. Allgemeines

Nach der Definition in Art 2a der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung<sup>17)</sup> 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

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

13) Ausführlich *Augenhöfer*, Pippig versus Hartlauer: EuGH klärt offene Fragen hinsichtlich vergleichender Werbung, *RdW* 2003, 682 ff.

14) EuGH 25. 10. 2001, C-112/99, ÖBl 2002, 153 – OEM-Nummern.

15) OGH 10. 7. 2001, 4 Ob 148/01 w, ÖBl-LS 2001/166 – Konzernpreise II.

16) OGH 13. 9. 2000, 4 Ob 197/00 z, ÖBl 2001, 121 – Konzernpreise I.

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

dem gleichen Bedarf oder derselben Zweckbestimmung dienen. Weiters muss er objektiv sein und eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften der verglichenen Waren und Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Die Eigenschaft muss also ein Qualitätsindikator sein.<sup>18)</sup> 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“).<sup>19)</sup> Schließlich darf vergleichende Werbung nicht die Waren eines Mitbewerbers herabsetzen oder verunglimpfen (unzulässige „persönliche vergleichende Werbung“).<sup>20)</sup>

Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, richtet sich wie bei der Beurteilung von sonstigen Werbeaussagen nach dem Gesamteindruck, den der Werbevergleich erweckt. Ganz allgemein besteht eine Aufklärungspflicht auch hier, wenn das Verschweigen einer bestimmten Tatsache nach der Verkehrsauffassung geeignet ist, das Publikum in relevanter Weise irrezuführen.

Weiters gilt ebenso generell die Unklarheitenregel, wonach unklare Ankündigungen immer zu Lasten des Ankündigenden auszuliegen sind. Bei einer mehrdeutigen Angabe muss daher der Werbende die für ihn ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen. Schließlich ist vom Maßstab des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers oder anderen angesprochenen Person auszugehen.

## *B. Irreführung*

### 1. Nur Vergleichbares darf 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.<sup>21)</sup>

Es darf aber nicht eine billigere einfach mit einer qualitativ besseren Ware preismäßig verglichen werden.<sup>22)</sup> So ist auch ein Preisvergleich mit Särgen unzulässig, die sich in den wertbestimmenden Eigenschaften unter-

18) Näher *Gamerith*, ÖBl 1998, 121.

19) Siehe *Wamprechtshamer*, ÖBl 2000, 149.

20) Zuletzt OGH 19. 8. 2003, 4 Ob 157/03 x.

21) So *Gamerith*, ÖBl 1998, 120 f.

22) OGH 23. 5. 1995, 4 Ob 34/95, wbl 1995, 382 – Teure S 195.

scheiden, 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.<sup>23)</sup>

Ebenso sind auch künftige Leistungen mit jetzigen Angeboten nicht vergleichbar.<sup>24)</sup> 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.<sup>25)</sup>

Der OGH hat aber auch klargestellt, dass ein entsprechender Aufklärungshinweis, der die Ungleichheit offen legt, einen solchen Vergleich wieder zulässig machen kann.<sup>26)</sup> 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.<sup>27)</sup> Wenn daher zB eigene Aktionspreise mit den Normalpreisen der Konkurrenz verglichen werden, 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 angesehenen 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.<sup>28)</sup>

## 2. Werbevergleich 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,

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

24) OGH 4. 12. 1990, 4 Ob 153/90, ecolex 1991, 261 – Zahnprothetiker.

25) Bericht des Handelsausschusses zur UWG-Novelle 1988, AB 693 BlgNR 17. GP.

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

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

28) OGH 24. 6. 2003, 4 Ob 89/03x; siehe zur erwähnten EuGH-Entscheidung schon FN 12.

jedes Missverständnis ausschließende Aufklärung des Publikums über die Art der jeweils herangezogenen Vergleichsgrundlage sicherzustellen, um mögliche Irrtümer in diese Richtung hintanzuhalten. Allerdings ist derwerbende nicht verpflichtet, die Richtigkeit seiner Behauptungen dem Kunden gegenüber nachzuweisen.<sup>29)</sup>

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 jedoch 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.

Ein Preisvergleich soll die Kaufentscheidung versachlichen. Das kann er nur dann, wenn er nicht irreführend ist. Wäre es nicht möglich, die Preise bestimmter Angebote zu vergleichen, ohne gleichzeitig zu verwirren, so hätte laut OGH der Preisvergleich zu unterbleiben. 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 entrichtet.

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.<sup>30)</sup>

Auch ein Preisvergleich bezüglich einer Broschüre im Bogen-Offset-Druck ohne Einbeziehung wichtiger kostenrelevanter technischer Angaben wie Druckvorstufe, Andrucke, Qualität des Umschlagkartons, buchbinderische Verarbeitung oder Verpackung ist unvollständig und irreführend, weil diese Informationen für die wirtschaftliche Beurteilung eines Druckangebots und damit als Entscheidungsgrundlage für eine Auftragserteilung von wesentlicher Bedeutung sind. So besteht laut OGH kein Erfahrungssatz, dass in der Werbung grundsätzlich nur gleiche Leistungen miteinander verglichen würden.<sup>31)</sup>

Ebenso unzulässig ist die generelle Ankündigung, dass man Internet-Dienstleistungen zu weitaus günstigeren Preisen anbieten, und „damit nur um ~ 50 % dessen, was an den Mitbewerber bisher bezahlt worden ist“.

29) OGH 14. 12. 1993, 4 Ob 170/93, ecotex 1994, 237 – Schätzgutachten.

30) OGH 13. 11. 2001, 4 Ob 212/01 g, ÖBI 2002, 133 – Freiminuten.

31) OGH 22. 4. 2003, 4 Ob 43/02 f, ÖBI 2002, 273 – BESTsale.

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.<sup>32)</sup>

Wettbewerbswidrig ist auch ein Fernsehwerbefilm, wo ein Karatekämpfer als Bruchtest zuerst eine Eternitplatte bzw einen Tondachziegel zerschlägt und schließlich einen Aluminium-Dachziegel einen Faustschlag versetzt, welcher sich dann computeranimiert verbeult und wieder gleich durch Verschwinden der Eindellung in den unbeschädigten Zustand zurückversetzt wird. 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 hinsichtlich des Zerbrechens der beiden Konkurrenzprodukte auch ein realistischer Handlungsablauf vorliegt. Überdies 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 der Gesichtspunkt der Bruchfestigkeit als überragend gegenüber Produkten aus anderen Materialien darzustellen.<sup>33)</sup>

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.<sup>34)</sup>

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.<sup>35)</sup>

### 3. Anonymisierter Preisvergleich unzulässig

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

32) OGH 18. 2. 2003, 4 Ob 240/02a.

33) OGH 25. 3. 2003, 4 Ob 39/03 v, ÖBI-LS 2003/90 – Bruchtest.

34) OGH 25. 3. 2003, 4 Ob 44/03 d, ÖBI-LS 2003/118 – Energiekostenvergleich.

35) OGH 20. 1. 2004, 4 Ob 243/03 v.

Werbende misst, nicht nennt und diese dem angesprochenen Publikum nicht bekannt sind, kann dieser auch nicht auf seine sachliche Richtigkeit hin überprüft werden.<sup>36)</sup>

#### 4. Abstellung auf angesprochene Verkehrskreise

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.<sup>37)</sup>

#### C. Herabsetzung

##### 1. Werbevergleich darf nicht pauschal herabsetzen oder unnötig aggressiv sein

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.<sup>38)</sup>

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 geradezu 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

36) Siehe FN 31.

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

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

oder doch Unterlegenheit der Konkurrenzprodukte geschlossen werden muss oder zumindest kann.<sup>39)</sup>

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.<sup>40)</sup>

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.<sup>41)</sup>

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.<sup>42)</sup>

## 2. Vergleichende Werbung darf sich nicht auf wettbewerbsfremde Tatsachen beziehen

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.<sup>43)</sup> 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

39) OGH 17. 12. 2001, 4 Ob/202/01m, ÖBl-LS 2002/84 – Flori.

40) Siehe FN 31.

41) Siehe FN 12.

42) Siehe FN 28.

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

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 Verkehrskreise über einen für das Marktverhalten wesentlichen Umstand beizutragen. Er unterstellt laut OGH vielmehr unzulässig einen in Wahrheit nicht gegebenen Zusammenhang zwischen Auflage und erreichter Leserschaft.<sup>44)</sup>

Hingegen ist es zulässig, den unter Anwendung wissenschaftlicher Methoden erhobenen und damit auch nachprüfbaren 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.

Dabei ist vom OGH weiters ausgeführt worden, dass ein solcher Markenwert nicht Meinungsumfragen über ein Produkt gleichgehalten 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.<sup>45)</sup> Die vom OGH zitierte deutsche Literatur hat sich gegen die Zulässigkeit derartiger Werbevergleiche ausgesprochen.<sup>46)</sup>

### 3. Werbevergleich darf nicht zu einer Rufausbeutung führen

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.<sup>47)</sup> Eine solche Anlehnung liegt allerdings nicht vor, wenn jemand in einem Werbevergleich

44) OGH 25. 3. 2003, 4 Ob 23/03 s.

45) OGH 20. 1. 2004, 4 Ob 259/03 x.

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

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

ein fremdes Kennzeichen allein dazu verwendet, die schlechtere Leistung des anderen herauszustellen.<sup>48)</sup>

Auch die Werbevergleichsrichtlinie untersagt in Art 3 a Abs 1 lit g vergleichende Werbung, die den Ruf einer Marke, eines Handelsnamens oder anderer Unterscheidungszeichen eines Mitbewerbers oder der Ursprungsbezeichnungen von Konkurrenzerzeugnissen in unlauterer Weise ausnutzt. Die Abgrenzung wird vor allem davon abhängen, ob die Gegenüberstellung nützliche Informationen bietet oder nicht. So wird bei einer funktionslosen Erwähnung fremder Bestellnummern ähnlich wie bei der Übernahme eines fremden Kennzeichens nur am fremden Ruf schmarotzt und damit eine unzulässige Ausbeutung vorgenommen. Ob ein Werbevergleich mit fremden Kennzeichen nun der verbesserten Transparenz dient oder doch auch einen unzulässigen Imagetransfer bewirkt, wird letztendlich von einer Interessensabwägung abhängen.<sup>49)</sup>

#### *D. Systemvergleich*

Ein Systemvergleich liegt vor, wenn unter Vermeidung der Nennung eines bestimmten Mitbewerbers die Vor- und Nachteile bestimmter Herstellers-, Einkaufs- oder Vertriebssysteme dargelegt werden. Eine solche Werbung ist mangels Bezugnahme auf konkrete Mitbewerber nicht nach den für die vergleichende Werbung entwickelten Grundsätzen zu beurteilen. Auch Systemvergleiche müssen allerdings nicht nur wahr, sondern auch sachlich und informativ sein.

Der Werbende muss auch hier dem unkundigen 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 zu verunglimpfen und 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

48) OGH 7. 3. 1995, 4 Ob 19/95, ÖBI 1995, 267 – Media Markt.

49) Näher dazu *Gamerith*, ÖBI 1998, 117 ff.

„ein LKW säuft wie ein Loch, raucht wie ein Schlot und bummst manchmal sogar“ jedenfalls als unzulässig anzusehen.<sup>50)</sup>

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.<sup>51)</sup>

### *E. Weitere Kriterien*

In der richtungsweisenden Entscheidung des EuGH auf Grund eines Vorabentscheidungsantrages des OGH zu Brillen-Preisvergleichen sind neben anderen Fragen auch Aspekte behandelt worden, welche nicht die Gestaltung der Werbung selber betroffen haben. Hier ist es vielmehr darum gegangen, in welcher Form ein vorheriger Testkauf und die unterschiedlichen Vertriebswege bei der Beschaffung der Produkte im Rahmen eines Werbevergleichs zu beurteilen sind.<sup>52)</sup>

#### **1. Testkauf vor Durchführung des Werbevergleichs zulässig**

Der EuGH hat zunächst einmal grundsätzlich ausgeführt, dass es nicht gegen Art 3a 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.<sup>53)</sup>

#### **2. Unterschiedliche Vertriebswege bei der Beschaffung machen einen Werbevergleich nicht unzulässig**

Weiters machen unterschiedliche Vertriebswege bei dem Bezug der verglichenen Produkte den Preisvergleich nicht unzulässig. Das schließt es laut

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

51) OGH 19. 8. 2003, 4 Ob 157/03x, ÖBl-LS 2003/147 – o. b.-Werbung.

52) Siehe FN 12.

53) Siehe FN 28.

OGH auch aus, den Werbenden zu verpflichten, auf Unterschiede hinzuweisen, die sich daraus ergeben, dass er wie hier Markenbrillen parallel importiert. Die unterschiedlichen Verhältnisse liegen darin, dass der werbende Optiker im Gegensatz zu den Fachoptikerbetrieben diese Produkte nur in einer geringen Anzahl von Variationen geliefert bekommt.

Parallelimporteure verfügen daher nicht über ein Normalsortiment, sondern oft nur über einzelne Modelle, deren Stückzahl davon abhängt, wie groß der Posten ist, den sie parallel importieren. Diese Unterschiede können laut OGH allerdings nicht bewirken, dass nicht die Preise für Waren des gleichen Bedarfs verglichen werden dürfen, weil die Kunden nur annehmen, hier die Brille erwerben zu können, mit deren günstigen Preis erworben wird.<sup>54)</sup> Davon zu unterscheiden ist aber eine nicht ausreichende Bevorratung als unzulässige Lockvogelwerbung, welche aber in dem gegenständlichen Fall nicht behauptet wurde.

#### *F. Beweislast*

Die Beweislast bei irreführender Werbung hängt 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.<sup>55)</sup>

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.

So enthält die Bezeichnung „länger frisch“ für eine Milch die Behauptung, dass die so bezeichnete Milch länger frisch bleibe als andere Milch. Damit ist zwar keine Herabsetzung iSd § 7 UWG verbunden, es wird aber ein Bezug zu den Waren der Mitbewerber geschaffen, wodurch diese iSd § 2 Abs 3 UWG erkennbar gemacht werden. Damit liegt ein Werbevergleich vor, wobei wie ausgeführt bei diesem die Beweislast nun immer den Werbenden trifft.<sup>56)</sup>

#### *V. Zusammenfassung*

Auch wenn vergleichende Werbung nun grundsätzlich zulässig ist, zeigt sich anhand der dargestellten Entscheidungen, dass in der Praxis doch relativ oft die Grenzen der Sachlichkeit und der Irreführung überschritten wer-

54) Siehe FN 28.

55) OGH 14. 9. 1999, 4 Ob 237/99b, ÖBI-LS 2000/8.

56) OGH 20. 8. 2002, 4 Ob 173/02y.

den. Während pauschale Herabsetzungen eigentlich noch leicht vermieden werden können, ist die Gestaltung eines Werbevergleichs unter dem Gesichtspunkt der Irreführung teilweise schwieriger.

Dies hängt vor allem auch damit zusammen, dass die Liberalisierung und ein verschärfter Wettbewerb das Angebotsspektrum in aller Regel erweitert haben, die Leistungen und Preise aber oft nicht transparent gestaltet werden. So werden zB von den einzelnen Unternehmen teilweise so unterschiedliche Tarifsysteme angeboten, dass diese gar nicht mehr einfach miteinander verglichen werden können. Das betrifft aber nicht nur den Kunden in seiner Auswahl, sondern auch den Werbenden, welcher dann vor der schwierigen Aufgabe steht, hier in möglichst griffiger Form einen zulässigen Werbevergleich durchzuführen.

Auf Grund der zahlreichen Entscheidungen und auch der Rechtsprechung des EuGH erscheinen allerdings die rechtlichen Rahmenbedingungen schon sehr gut ausjudiziert sein. Dazu ist abschließend betrachtet mit dem OGH zu sagen, dass vergleichende Werbung zwar im Sinne der Aufklärung des Konsumenten zu befürworten ist, allerdings die Einfachheit des Werbevergleichs nicht um den Preis der Irreführung oder auch der Unsachlichkeit erkaufte werden darf.

