

**Folge 4**

Der OGH stellt klar, dass ein Unternehmer nicht verpflichtet ist, Angaben zur Veröffentlichung der Testergebnisse zu machen, wenn er mit für das Produkt günstigen Testergebnissen wirbt.

Es ist erlaubt mit nicht veröffentlichten Testergebnissen zu werben

Der OGH stellt in einer jüngsten Entscheidung vom 18.11.2008 [http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT\\_20081118\\_OGH0002\\_00400B00156\\_08G0000\\_000](http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20081118_OGH0002_00400B00156_08G0000_000) klar, dass ein Unternehmer nicht verpflichtet ist, Angaben zur Veröffentlichung der Testergebnisse zu machen, wenn er mit für das Produkt günstigen Testergebnissen wirbt.

Es ist daher grundsätzlich nicht verboten, mit einer nicht veröffentlichten Untersuchung zu werben. Die unterbliebene Aufklärung des Publikums über die spätere Namensänderung beim beworbenen Produkt gegenüber dem untersuchten identen Produkt begründet keine Verletzung des Lauterkeitsrechts.

Der OGH führte jedoch in einem Beisatz aus, dass eine Werbung mit Testergebnissen dann als irreführend nach dem UWG zu beurteilen wäre, wenn darin ein Pauschalhinweis auf die Untersuchung der deutschen Stiftung Warentest mit einem unspezifizierten Gesamtergebnis („empfohlen“) enthalten wäre, ohne auf die in ihren Eigenschaften durchaus unterschiedlichen Produkte hinzuweisen, die Gegenstand der Untersuchung der Stiftung Warentest waren, und ohne die differenzierten Beurteilungen der Stiftung Warentest wiederzugeben

Der konkrete Fall:

Die beklagte Partei warb damit, dass die von ihr vertriebenen Tageskontaktlinsen von Swiss Optic „one day aqualenses“ von der Stiftung Warentest empfohlene Tageslinsen sind. Kläger ist ein seit über 50 Jahren bestehender Verband zur Wahrung wirtschaftlicher Unternehmerinteressen unter anderem zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. Die Beklagte ist ein österreichweit tätiges Unternehmen mit über 150 Betriebsstätten, das seit Herbst 2007 auch Tageskontaktlinsen mit der Bezeichnung „aqualenses one day“ von Swiss Optic verkauft und diese sowohl in ihrem Prospekt als auch auf ihrer Homepage bewirbt. Die Werbung zeigt eine Packung der Kontaktlinsen sowie fünf Kontaktlinsen. Weiters wird mit dem Logo des deutschen Instituts Stiftung Warentest geworben und angeführt „empfohlen von“, darunter findet sich das Logo der Stiftung Warentest. Hinzu kommt ein kleingedruckter Hinweis, wonach Tageskontaktlinsen aus rechtlichen Gründen nur an Kunden abgegeben werden dürfen, die bereits Monats- oder Tageslinsen durch ihren Kontaktlinsenadapter oder Augenarzt vermessen bekommen haben. Im Katalog findet sich auch ein gelber Querbalken, auf dem laufend das Wort „Neu“ geschrieben steht.

Die von der Beklagten beworbene und verkaufte Tageskontaktlinse ist ident mit der „Biomedics 1Day“ die von der Stiftung Warentest 2004 gemeinsam mit sechs weiteren Tageskontaktlinsen getestet worden war. Dieser Test wurde in der Ausgabe 9 der Testzeitschrift des Jahres 2004 veröffentlicht. Die Tageskontaktlinse „Biomedics 1Day“ wurde im Bereich Einhalten der Anbieterangaben mit Gut, im Bereich der Anwendungshinweise mit Mangelhaft und in der Handhabung mit Ausreichend beurteilt.

Weiters beantragte der Kläger, der Beklagten zu verbieten, vorzutäuschen, dass für von ihr vertriebene 1-Tages-Kontaktlinen eine Empfehlung der Stiftung Warentest vorliege und/oder den wahrheitswidrigen Eindruck zu vermitteln, dass die von der Beklagten vertriebenen 1-Tages-Kontaktlinen Gegenstand einer von der Stiftung Warentest durchgeführten Untersuchung und/oder Veröffentlichung in der Zeitschrift „Test“ gewesen wären. Hilfsweise beantragte der Kläger, der Beklagten zu untersagen, irreführend zu behaupten, dass die von ihr vertriebenen Tageskontaktlinen von der Stiftung Warentest empfohlene Tageslinsen seien und/oder zu vermitteln, dass diese Gegenstand einer von der Stiftung Warentest in der Zeitschrift „Test“ veröffentlichten Untersuchung gewesen seien, ohne darüber nachprüfbar Angaben durch Anführung der genauen Fundstelle zu machen und über Gegenstand und Ergebnis der Untersuchung klarstellende Information zu erteilen. Infolge dieser unlauteren Vorgangsweise verschaffe sie sich gegenüber ihren gesetzeskonform agierenden Mitbewerbern einen Wettbewerbsvorteil. Durch die fälschliche Behauptung, die Stiftung Warentest habe die Kontaktlinen getestet und eine Empfehlung ausgesprochen, verstoße sie gegen §§ 1 und 2 UWG (Generalklausel und Irreführung).

Die Beklagte wendete ein, sie sei als Inhaberin einer Gewerbeberechtigung für den Handel mit Medizinprodukten zum Vertrieb von Tageskontaktlinen berechtigt. Diese seien ident mit dem von der Stiftung Warentest getesteten Produkt. Der entsprechende Bericht der Stiftung Warentest sei noch immer auf deren Homepage abrufbar. Die beanstandete Werbeerklärung der Beklagten sei wahr und richtig.

Der Kläger brachte eine Unterlassungsklage ein und stützte diese auf folgende Argumente:

- Es wurde vom Beklagten nicht klar gestellt, was tatsächlich Gegenstand und Ergebnis der Untersuchung war.
- Insbesondere wurde es vom Beklagten unterlassen klarzustellen, zu welchen Ergebnissen die Untersuchung in Bezug auf das tatsächlich untersuchte Produkt insgesamt gelangte.
- Der Beklagte habe vorgetäuscht, dass für die vertriebenen 1-Tages-Kontaktlinen Swiss Optic eine Empfehlung der Stiftung Warentest vorliege. Weiters wurde der wahrheitswidrige Eindruck vermittelt, dass die von der beklagten Partei vertriebenen 1-Tages-Kontaktlinen Gegenstand einer von der Stiftung Warentest durchgeführten Untersuchung und/oder Veröffentlichung in der Zeitschrift 'Test' gewesen wären.
- Es seien nicht die entsprechenden Informationen zu gegeben worden, welche die Angaben nachprüfbar machen. Titel, Monat und Jahr der Veröffentlichung der Untersuchung der Stiftung Warentest wurden nicht angegeben.
- Es wurde nicht klar gestellt, welches bezuggenommene Produkt seinerzeit tatsächlich untersucht wurde.

#### Der Spruch des OGH:

Der OGH gab dem beklagten Optiker Recht. Dem Unterlassungsanspruch und dem daran anschließenden Revisionsrekurs des Klägers wurde vom Höchstgericht nicht Folge gegeben. Der OGH stellt klar, dass ein Unternehmer nicht verpflichtet ist, Angaben zur Veröffentlichung der Testergebnisse zu machen, wenn er mit für das Produkt günstigen Testergebnissen wirbt.

Sowohl nach der Rechtslage vor als auch nach der UWG-Novelle 2007 ist beim Irreführungstatbestand zu prüfen a) wie ein durchschnittlich informierter und verständiger Interessent, der eine dem jeweiligen Anlass angemessene Aufmerksamkeit, die strittige Ankündigung versteht, b) ob dieses Verständnis den Tatsachen entspricht, und ob c) eine

nach diesem Kriterium unrichtige Angabe geeignet ist, den Kaufinteressenten zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

- Die Beklagte verweist zutreffend darauf, dass Unternehmer die Richtigkeit ihrer Behauptungen dem Kunden gegenüber grundsätzlich nicht nachweisen müssen. Vertraut der Kunde der Werbebehauptung nicht, wird er mit dem Unternehmer keine Geschäfte schließen. Hält aber ein Mitbewerber eine Werbebehauptung für unrichtig, dann steht es ihm frei, auf Unterlassung zu klagen; im gerichtlichen Verfahren ist dann die umstrittene Behauptung auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen. Es ist daher grundsätzlich nicht verboten, mit einer nicht veröffentlichten Untersuchung zu werben. Wirbt der Unternehmer mit für das beworbene Produkt günstigen Testergebnissen, so ist er nicht verpflichtet, Angaben zu einer (allenfalls) erfolgten Veröffentlichung der Testergebnisse zu machen.
- Ebenso zutreffend wendet sich die Beklagte dagegen, dass ihr der Hinweis auf die von der Stiftung Warentest durchgeführte Untersuchung und Veröffentlichung verboten wird, ohne klarzustellen, welches bezuggenommene Produkt seinerzeit tatsächlich untersucht worden sei. Feststeht, dass das beworbene Produkt mit jenem, das seinerzeit Gegenstand der Untersuchung durch die Stiftung Warentest war, abgesehen vom Handelsnamen ident ist. Die unterbliebene Aufklärung des Publikums über die spätere Namensänderung beim beworbenen Produkt begründet keine Verletzung des Lauterkeitsrechts.
- Der Oberste Gerichtshof sprach bereits mehrfach aus, dass ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnende generelle Norm nur dann als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung zu werten ist, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht.
- Eine parallele Auslegung der Mitbewerber schützenden und der Verbraucher schützenden Bestimmungen des Lauterkeitsrechts ist zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen erforderlich, und zwar insbesondere angesichts der Tatsache, dass ein und dieselbe Geschäftspraktik durchaus unter beide Fälle der Generalklausel des UWG fallen.
- Damit ist durch Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs geklärt, dass im Wettbewerbsprozess grundsätzlich nur die Frage zu prüfen ist, ob es eine mit guten Gründen vertretbare Auslegung der strittigen Norm gibt, die dem Verhalten des Beklagten nicht entgegensteht. Ist das der Fall, besteht kein Anlass zur Klärung der weiteren Frage, ob diese Auslegung bei einer vertieften Prüfung auch tatsächlich zutrifft.
- Die nach den konkreten Umständen des Einzelfalls vorzunehmende Klärung der Frage, ob die der beanstandeten Verhaltensweise des Beklagten zu Grunde liegende Auslegung gesetzlicher Bestimmungen als mit guten Gründen vertretbar beurteilt werden kann, geht in ihrer Bedeutung über den Einzelfall grundsätzlich nicht hinaus; das zur Auslegung einer bestimmten verwaltungsrechtlichen Norm noch keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs besteht, begründet noch keine erhebliche Rechtsfrage.
- Ungeachtet des auf die gänzliche Abweisung des Sicherungsantrags gerichteten Begehrens der Beklagten in ihrem Revisionsrekurs wendet sie sich inhaltlich lediglich dagegen, dass ihr die Werbung mit Testergebnissen der Stiftung Warentest ohne Angaben zur konkreten Fundstelle (Titel, Monat und Jahr der Veröffentlichung der Untersuchung) sowie ohne Klarstellung, was tatsächlich Gegenstand und Ergebnis der Untersuchung war, insbesondere ohne klarzustellen, welches bezuggenommene Produkt seinerzeit tatsächlich untersucht wurde und/oder zu welchen Ergebnissen die Untersuchung in Bezug auf das tatsächlich untersuchte

Produkt insgesamt gelangte, verboten wurde. Sie wendet sich aber nicht gegen das - mangels einer uneingeschränkten Empfehlung in der Untersuchung der Stiftung Warentest - als infolge Irreführungseignung ihres beanstandeten Verhaltens zutreffend erlassene Verbot zu behaupten, dass die von der Beklagten vertriebenen Tageskontaktlinsen von der Stiftung Warentest empfohlene Tageslinsen seien.

- Sehr wohl irreführungsgesegnet - weil unvollständig - ist die beanstandete Werbung der Beklagten mit dem Pauschalhinweis auf die Untersuchung der deutschen Stiftung Warentest mit einem unspezifizierten Gesamtergebnis („empfohlen“), ohne demnach auf die in ihren Eigenschaften durchaus unterschiedlichen Produkte hinzuweisen, die Gegenstand der Untersuchung der Stiftung Warentest waren, und ohne die differenzierten Beurteilungen der Stiftung Warentest wiederzugeben. Die von der Beklagten beworbenen Tageskontaktlinsen wurden nur im Bereich Einhalten der Anbieterangaben mit Gut und in der Handhabung mit Ausreichend beurteilt, im Bereich der Anwendungshinweise aber mit Mangelhaft. Erläutert wird darüber hinaus in der Zusammenfassung, dass der vermittelte gute Tragekomfort voraussetzt, dass die bloß in einer Größe verfügbare Linse genau passt. Von einer uneingeschränkten Empfehlung des getesteten Produkts - eine solche suggeriert aber der beanstandete Werbehinweis der Beklagten - kann daher in Wahrheit keine Rede sein.