

Republik Österreich

~~Dr. Johannes Ditz~~
Wirtschaftsminister

Wien, am 31. Juli 1995
GZ: 10.101/233-Pr/10a/95

XIX. GP.-NR
1274 /AB
1995 -08- 02

29 1234 10

Herrn
Präsidenten des Nationalrates
Dr. Heinz FISCHER

Parlament
1017 W I E N

In Beantwortung der schriftlichen parlamentarischen Anfrage Nr. 1234/J betreffend Novellierung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb, welche die Abgeordneten Anna Huber und Genossen am 1. Juni 1995 an mich richteten, stelle ich fest:

Punkte 1 bis 3 der Anfrage:

Besteht die Absicht der vertraglichen Verpflichtung Österreichs zur Anpassung an die EU-Richtlinie durch eine Novelle des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zu entsprechen?

Bis wann ist mit der Vorlage eines diesbezüglichen Gesetzesentwurfes durch das Ministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten zu rechnen?

Republik Österreich


Dr. Johannes Ditz
Wirtschaftsminister

- 2 -

Aus welchen Gründen sind bis dato durch das Wirtschaftsministerium keine Anstrengungen unternommen worden, die österreichische Rechtslage an die EU-Richtlinie anzupassen?

Antwort:

Die Richtlinie des Rates vom 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (84/450/EWG) ist durch das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - UWG umgesetzt.

Dem Art. 4 der Richtlinie betreffend die Einräumung der Klagsbefugnis an Personen oder Organisationen, die nach dem nationalen Recht ein berechtigtes Interesse an der Verhinderung irreführender Werbung haben, ist insofern bereits ausreichend Rechnung getragen, als etwa der Bundesarbeitskammer, einer Organisation, die u.a. zur Wahrnehmung von Verbraucherinteressen berufen ist, die Aktivlegitimation gemäß § 14 UWG eingeräumt ist.

Unbeschadet dessen besteht seitens des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten die Bereitschaft, auch dem Verein für Konsumenteninformation im Zusammenhang mit irreführender Werbung Klagsbefugnisse zuzuerkennen. Diesbezügliche Gespräche mit den beteiligten Kreisen, insbesonders auch mit dem Bundesministerium für Gesundheit und Konsumentenschutz, sind bereits seit längerem im Gange, mangels positiver Stellungnahme des Vereins für Konsumenteninformation jedoch bislang zu keinem abschließenden Ergebnis gelangt.

Sollte die Vereinsleitung von sich aus die Bereitschaft zur Übernahme dieser Aufgabe erklären, könnte eine entsprechende Novellierung des UWG erfolgen.

Republik Österreich


Dr. Johannes Ditz
Wirtschaftsminister

- 3 -

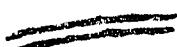
Was die im Art. 6 der Richtlinie angesprochene sogenannte "Beweislastumkehr" betrifft, ist die entsprechende Umsetzung durch die jahrelange ständige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu § 2 UWG gewährleistet.

Art. 6 bestimmt lediglich, daß die Mitgliedstaaten z.B. den Gerichten Befugnisse zu übertragen haben, die sie ermächtigen, in Verfahren wegen irreführender Werbung gemäß Art. 4 der gegenständlichen Richtlinie vor den Zivilgerichten

- a) von Werbenden Beweis für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen zu verlangen, wenn ein solches Verlangen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer Verfahrensbeteiligter im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalles angemessen erscheint, und
- b) Tatsachenbehauptungen als unrichtig anzusehen, wenn der gemäß Buchstabe a) verlangte Beweis nicht angetreten wird oder wenn er vor dem Gericht für unzureichend erachtet wird.

Der Oberste Gerichtshof geht in seiner Rechtsprechung über die Fälle der Alleinstellungswerbung hinaus davon aus, daß eine Beweislastumkehr eintritt, wenn der Kläger mangels genauer Kenntnis der Tatumsände ganz besondere, unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten hat, während dem Beklagten diese Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach Treu und Glauben ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben. Kommt der Beklagte seiner in diesen Fällen bestehenden Beweispflicht nicht nach, so kann das Gericht von der Unrichtigkeit der beanstandeten Angabe ausgehen (vergleiche beiliegende Entscheidungen: OGH vom 8.2.1977, ÖBl. 1977, 71; OGH vom 14.9.1982, ÖBl. 1983, 42; OGH vom 21.2.1984, ÖBl. 1984, 97).

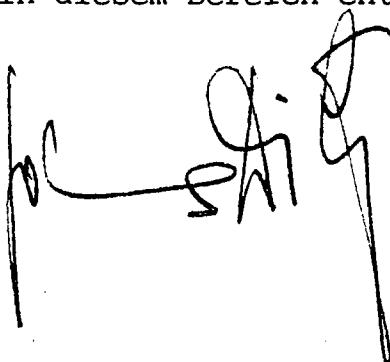
Republik Österreich

Dr. Johannes Ditz
Wirtschaftsminister

- 4 -

Im Hinblick auf diese Judikatur und darauf, daß nicht zu zweifeln ist, daß der Oberste Gerichtshof seine diesbezüglich aufgestellten Rechtsgrundsätze im Hinblick auf die in Rede stehende Richtlinie weiterhin aufrechterhalten wird, waren legistische Maßnahmen in diesem Bereich entbehrlich.

Beilagen



Beklagte

Recht eine Irreführung des Publikums über die Menge der bei ihnen vorhandenen Warenvorräte und damit einen Verstoß gegen § 2 UWG angelastet.

An dieser rechtlichen Beurteilung kann entgegen der Meinung des RekG auch die Bezeichnung des in Rede stehenden Fernsehgerätes als „Ausstellungsgerät“ nichts ändern: Der mit den Gebräuchen im Elektrogerätehandel nicht vertraute Durchschnittsinteressent wird einen solchen Hinweis, wie die Kl mit Recht betont, lediglich dahin verstehen, daß dieses Einzelstück aus irgendeinem Grund – etwa deshalb, weil es nicht mehr originalverpackt ist oder bereits zu Vorführzwecken benutzt wurde, möglicherweise aber auch wegen plötzlich aufgetretener, kurfristiger Lieferschwierigkeiten (vgl OGH 4. 2. 1964, 4 Ob 302/64 – Volksfernsehapparat – ÖBl 1964, 99; 23. 5. 1967, 4 Ob 325/67 – Kühlschrank-Werbung – ÖBl 1967, 135) – nur für das Schaufenster bestimmt und daher nicht verkäuflich ist; er wird aber gerade aus der Schaustellung eines solchen mit einer Preisangabe versehenen „Ausstellungsgerätes“ auf das Vorhandensein weiterer, zum Verkauf bereitgehaltener Exemplare des gleichen Gerätes im Geschäftslokal schließen und die erwähnte Bezeichnung keinesfalls, wie das RekG meint, als Hinweis darauf auffassen, „daß es sich bei dem in der Auslage befindlichen Exemplar nur um ein bereits individualisiertes Angebot handle“. Wenn die Bekl möglichen Mißverständnissen in der Richtung, daß auch sie TATUNG-Fernsehgeräte verkaufen könne, vorbeugen und das interessierte Publikum davon in Kenntnis setzen wollte, daß der im Schaufenster ausgestellte Apparat das einzige bei ihr vorhandene Gerät dieser Type war, dann hätte sie das betreffende Gerät klar und deutlich als Einzelstück kennzeichnen müssen; die von ihr tatsächlich gewählte Bezeichnung als „Ausstellungsgerät“ reichte dazu jedenfalls nicht aus, zumal sie, wie schon erwähnt, viel eher den gegenteiligen Eindruck erwecken konnte.

Erweist sich aber der Unterlassungsanspruch der Kl schon aus dem Grund des § 2 UWG als gerechtfertigt, dann braucht auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Verkauf einer beim Konkurrenten erworbenen Ware unter dem Einstandspreis schon an sich sittenwidrig ist und ob das Begehr der Kl infolgedessen auch unter diesem Gesichtspunkt begründet wäre, nicht weiter eingegangen zu werden.

1. § 2 UWG: a) Die Werbung eines Fernunterrichtsinstitutes mit Lichtbildern, auf denen mündlicher Gruppenunterricht gezeigt wird, ist bei Fehlen eines deutlichen Hinweises darauf, daß diese Bilder bei einem ausländischen Schwesterninstitut aufgenommen wurden, dann zur Irreführung des angesprochenen Publikums geeignet, wenn das werbende Unternehmen einen solchen Unterricht in einem den bildlichen Darstellungen entsprechenden Ausmaß tatsächlich (noch) nicht erteilt.

b) Die von der Rechtsprechung für bestimmte Fälle der Alleinstellungswerbung bejahte Verschiebung der Beweisläst – iS einer Verpflichtung des Bekl zur Darlegung der Richtigkeit seiner Behauptungen – muß ganz allgemein überall dort gelten, wo es bei einer als irreführend beanstandeten Werbebehauptung dem außerhalb des Geschehensablaufes stehenden Kl im Einzelfall mangels genauer Kenntnis der Tatumstände unmöglich ist, den Sachverhalt von sich aus aufzuklären, während andererseits dem Bekl die entsprechenden Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach den Grundsätzen von Treu und Glau-

ben auch ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben. Kommt der Bekl der in solchen Fällen anzunehmenden Darlegungs- und Beweispflicht nicht nach, dann kann das Gericht von der Unrichtigkeit der beanstandeten Werbeangabe ausgehen.

2. § 14 UWG: a) Auch eine in Liquidation befindliche Personengesellschaft bringt iS dieser Gesetzesstelle „Waren oder Leistungen . . . in den geschäftlichen Verkehr“.

b) (§ 406 ZPO:) Auch bei Unterlassungsansprüchen ist grundsätzlich auf die Sach- und Rechtslage zur Zeit des Schlusses der mündlichen Verhandlung in erster Instanz abzustellen. Einem Unterlassungsbegehr nach dem UWG kann daher nur dann stattgegeben werden, wenn sowohl der rechtswidrige Eingriff als auch die Wiederholungsgefahr noch im Zeitpunkt des Verhandlungsschlusses weiterbestehen.

OGH 8. 2. 1977, 4 Ob 387/76 (OLG Wien 3 R 118/76; HG Wien 19 Cg 183/74) – Fernschul-Gruppenunterricht.

Die Bekl betreibt ein Fernlehrinstitut im Standort Wien 4., F-Gasse 3. Das von ihr zumindest bis Ende 1973 an Interessenten versendete „Unterrichtsprogramm“ enthält auf S 10 zwei Photographien, deren eine eine Schülerin mit einer Kursunterlage zeigt, welche offenbar den Schnitt durch ein Herz darstellt und auch einen Text enthält; auf dem zweiten Bild ist eine Gruppe von Schülern zu sehen, denen ein Tierpräparat gezeigt wird. Zwei andere Photographien finden sich auf S 12: Die obere zeigt den „Intensivunterricht im Sprachlabor“, die untere „eine Studiengruppe an der Arbeit im Experimentallabor“. Zwischen diesen Bilderseiten ist auf S 11 ua nachstehender Text zu lesen:

„Die Wissensvermittlung erfolgt zuerst . . . durch Fernunterricht. In einem zweiten Schritt wird jedoch – soweit und in dem Umfang, wie das Lehrziel es erfordert – mit dem Fernunterricht mündlicher Unterricht kombiniert. Dieser ergänzt all das, was auch der beste Fernunterricht nicht bieten kann: Experimental- und Laborunterricht, Anschauungsunterricht . . .“

Eine weitere Photographie auf S 59 des „Unterrichtsprogramms“ zeigt eine Gruppe von Schülern, die auf der Maschine schreiben; der dazugehörige Begleittext lautet – korrespondierend zur Unterschrift des vorhergehenden Bildes:

„Was zunächst gründlich im Fernunterricht erklärt wurde (hier: Maschinschreiben) . . . wird im mündlichen Unterricht zur Perfektion gebracht: Lehrgangsgruppe beim Schnellschreibtraining.“

Im Anschluß an das auf S 104 ganz unten befindliche Impressum findet sich in ebenso kleinem Druck folgender Hinweis:

„Die Photographien in diesem Programm sind im Unterrichtsbetrieb unserer Schulen Stuttgart und Zürich aufgenommen worden.“

In ihrer am 23. 7. 1974 überreichten Klage begehren die Kl Mitbewerber die Verurteilung des Bekl, es ab sofort zu unterlassen, in Werbescriften zu behaupten und durch Photographien darzustellen, daß die Bekl Experimentallabor-, Sprachlabor- und Anschauungsunterricht erteile und Maschinschreibtraining biete. Das von der Bekl im Jahre 1974 in großer Auflage versendete „Unterrichtsprogramm“ enthalte Texte und Bilder, die zur Irreführung der beteiligten Verkehrsreise geeignet seien. Die Bekl vermittele hier den irrtigen Eindruck, daß sie über entsprechende Anlagen und Räumlichkeiten verfüge, um den in den Bildern dargestellten Unterricht zu erteilen; tatsächlich sei dies aber nicht der Fall. Der angesprochene Durchschnittsinteressent, welcher dem am Ende der Broschüre unterhalb des Impressums angebrachten Hinweis keinerlei Beachtung schenken werde, müsse nach dem Inhalt des „Unterrichtsprogramms“ annehmen, daß die Bekl in Österreich einen Unterricht in der Form, wie er auf S 11 und 13 beschrieben ist, abhalte. Das entspreche aber nicht den Tatsachen, weil die Bekl weder die dazu notwendigen Einrichtungen habe, noch einen solchen Unterricht in allenfalls ihr sonst zur Verfügung stehenden Räumen erteile. Das beanstandete „Unterrichtsprogramm“ sei noch am 29. 1. 1974 versendet worden.

Demgegenüber behauptet die Bekl., daß die erstkl. GmbH H zwar persönlich haftende Gesellschafterin der zweitkl. GmbH & Co KG sei, selbst aber keinerlei geschäftliche Tätigkeit ausübe. Richtig sei, daß die Bekl. an und für sich mit der Zweitkl. in einem Wettbewerbsverhältnis stünde; die Zweitkl. sei aber durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Walter S in das Liquidationsstadium getreten, so daß es ihr als nicht werbender Gesellschaft an einem Rechtsschutzinteresse fehle und sie auch mit der Bekl. in keinem Wettbewerbsverhältnis mehr stehe. Das „Unterrichtsprogramm“ sei bis 1973 versendet, im Laufe dieses Jahres aber durch die Broschüre „Das A-Fernstudien-Programm“ ersetzt worden, welche die beanstandeten Abbildungen nicht mehr enthalte. Auch das in Rede stehende „Unterrichtsprogramm“ habe aber keine irreführenden Ankündigungen, Behauptungen oder Abbildungen enthalten: Es treffe zwar zu, daß es sich bei den auf S 10, 12 und 59 abgebildeten Unterrichtsräumlichkeiten um solche einer Schwestergesellschaft der Bekl. in Zürich handle; auf diesen Umstand sei aber auf S 104 der beanstandeten Broschüre ausdrücklich hingewiesen worden. Eine Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise sei nicht zu befürchten, weil es nicht darauf ankomme, ob die Bekl. einen bestimmten Unterricht einige Zeit hindurch wegen Fehlens von Interessenten nicht erteilt habe, sondern nur darauf, ob sie in der Lage sei, einem Interessenten einen solchen Unterricht zu erteilen. Das sei aber tatsächlich der Fall: Den auf S 10 und 59 abgebildeten Räumlichkeiten seien die Lehrsäle und Einrichtungen der Bekl. in Wien 4., F-Gasse 3, zumindest gleichwertig. Zu diesen Schulräumen gehörten zwar weder ein Sprachnoch ein Experimentallabor, doch biete die Bekl. ihren Fernschülern in Zusammenarbeit mit einem anderen, ihr nahestehenden, Wiener Institut sowohl die Möglichkeit eines Intensivunterrichtes in einem Sprachlabor als auch die praktische Versuchstätigkeit in einem Experimentallabor. Beide Einrichtungen seien den abgebildeten Institutionen nicht nur technisch gleichwertig, sondern in mancher Hinsicht sogar überlegen. Daß sie sich nicht in den Räumlichkeiten der Bekl. befinden, sei unbedeutlich, weil die Bekl. derartiges nicht behauptet habe.

Die Kl. hätten die beanstandete Druckschrift schon im Februar 1972 zum Gegenstand einer Erführung gemacht; seit damals sei ihnen also der Inhalt dieser Broschüre bekannt. Da die Bekl. die Werbung mit dem „Unterrichtsprogramm“ mit Ende 1973 eingestellt habe, sei der behauptete Wettbewerbsverstoß verjährt. Dem an Frau Anna W gerichteten Schreiben v. 29. 1. 1974 sei nicht die beanstandete Werbebrochure, sondern bereits der neue Katalog beigelegt. Da die Bekl. überdies gewußt habe, daß die Empfängerin dieser Sendung ein von den Kl. bestellter Lockspitzel war, könne auch eine allfällige – vereinzelt gebliebene – Übersendung des „Unterrichtsprogramms“ an sie nicht als Wettbewerbshandlung gewertet werden. Der Katalog sei ihr außerdem mit der Bekanntgabe übermittelt worden, daß er nicht mehr aktuell sei.

Dazu brachten die Kl. noch ergänzend vor, daß der Konkurs über das Vermögen des Walter S in der BRD mittlerweile aufgehoben worden sei. Sein Kommanditanteil sei schon geraume Zeit vor der Konkurrenz in das Eigentum des B-Verlages übertragen worden.

Das ErstG wies das Kl. Begehren ab, die Befreiung der Kl. blieb erfolglos. Infolge Rev. der Kl. hob der OGH die U der UntG auf und verwies die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das ErstG zurück.

Aus der Begründung:

Das ErstG ging von folgenden weiteren Sachverhaltsfeststellungen aus:

Beide Kl. betreiben eine Fernschule. Die Bekl. hat noch am 29. 1. 1974 ein „Unterrichtsprogramm“ versendet. Daß sie damals gewußt hätte, daß die Empfängerin Anna W eine Beauftragte der Kl. war, ist ebenso wenig erwiesen wie eine Äußerung gegenüber Frau W, daß das „Unterrichtsprogramm“ sei nicht mehr aktuell. Wann der Wechsel vom „Unterrichtsprogramm“ zum „A-Fernstudien-Programm“ erfolgte, ist nicht mehr feststellbar.

Die Bekl. hat mit dem Institut für moderne Industrieführung der Vereinigung österr. Industrieller, Sprachinstirut (SPIDI), und der Albertus Magnus Schule in Wien 18. (AMS) jeweils für die Zeit vom 1. 1. bis 31. 12. 1975 – mit automatischer Verlängerung bei nicht rechtzeitiger Kündigung – vertraglich vereinbart, daß sie berechtigt ist, das Sprachlabor des SPIDI und das Chemie- bzw. Experimentallabor der AMS für ihre Geschäftszwecke zu benützen. Das erstgenannte Sprachlabor ist technisch so ausgestaltet wie das auf S 12 des „Unterrichtsprogramms“ abgebildete; das Aussehen eines Experimentallabors ändert sich naturgemäß mit der im Einzelfall gerade aufgebauten Versuchsanordnung. Die Bekl. ist auch in der Lage, Anschauungsunterricht in Naturgeschichte durchzuführen. Sie läßt ihre Schüler im Rahmen von „Semesterprüfungen“ Schnellschreibübungen auf der Maschine durchführen, wobei die Schüler teilweise ihre Schreibmaschinen von zu Hause mitbringen, teilweise von der Bekl. Schreibmaschinen zur Verfügung gestellt erhalten.

Rechtlich war das ErstG der Auffassung, daß die Zweitkl. auch dann zur Klage berechtigt wäre, wenn sie durch die Konkurrenz in das Liquidationsstadium getreten wäre; auch die in Abwicklung befindliche Gesellschaft führe ihren Geschäftsbetrieb fort und könne auch neue Geschäfte eingehen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Abwicklung der laufenden Geschäfte erforderlich sei. Die beiden Kl. erblickten das wettbewerbswidrige Verhalten der Bekl. darin, daß diese in Wort und Bild den irrgen Eindruck erwecke, über die entsprechenden Anlagen und Räumlichkeiten zu verfügen, um den in den Bildern dargestellten Unterricht zu erteilen. Da es infolgedessen nur darauf ankomme, ob die Bekl. eine Unterrichtstätigkeit vortäusche, die auszuüben sie nicht in der Lage sei, seien Feststellungen darüber, ob die Bekl. Unterricht in den abgebildeten Formen tatsächlich erteile, entbehrl. Das Beweisverfahren habe ergeben, daß es der Bekl. zumindest in dem für die Entscheidung maßgebenden Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz möglich gewesen sei, den in den beanstandeten Texten und Bildern dargestellten Unterricht durchzuführen. Ob sie dazu auch bei der Versendung des „Unterrichtsprogramms“ in der Lage gewesen sei, wäre nur dann von Bedeutung gewesen, wenn die Kl. ihr Begehr auf Kostenersatz eingeschränkt hätten. Könne aber die Bekl. den dargestellten Unterricht erteilen, dann seien die betreffenden Photographien nicht irreführend. Daß sie nicht bei der Bekl. in Wien, sondern in Zürich aufgenommen wurden, sei ohne Bedeutung.

Das BerG billigte die rechtliche Beurteilung des festgestellten Sachverhalts durch das ProzeßG. Dem Text des „Unterrichtsprogramms“ sei nur zu entnehmen, daß mit dem Fernunterricht, soweit es das Lehrziel erfordere, mündlicher Unterricht in Form eines Experimentallabor-, Sprachlabor- und Anschauungsunterrichtes kombiniert werde; daß die Bekl. bereits Schüler habe, deren Ausbildungsstand die Inanspruchnahme dieser mündlichen Unterrichtsmethoden erfordere, könne der beanstandeten Broschüre auch ein flüchtiger Durchschnittsleser nicht entnehmen. Die Bekl. habe weder behauptet, daß sie bereits über Erfahrungen mit diesem mündlichen Unterricht verfüge, noch bei den angesprochenen Interessenten den Eindruck erweckt, daß der als Ergänzung zum Fernunterricht in Aussicht gestellte Labor- und Anschauungsunterricht bereits einem kleineren oder größeren Kreis von Schülern erteilt werde. Daß die Bekl. aber die Möglichkeit, ihren Schülern den angekündigten Kombinationsunterricht nach Maß-

gabe des Kursfortschrittes tatsächlich zu verschaffen, bei Bedarf nicht gehabt hätte und bei ihrer Werbung davon hätte ausgehen müssen, daß sie diese in Aussicht gestellten Leistungen nicht erbringen können, hätten die Kl weder behauptet noch unter Beweis gestellt. Ein Verstoß der Bekl gegen § 2 UWG liege daher nicht vor.

Die Rev der Kl ist berechtigt.

Das ErstG hat die – von der Bekl im RMVerfahren nicht mehr relevierte – Frage der aktiven Kl-Legitimation mit Recht bejaht: Nach den Feststellungen der UntG betreiben beide Kl eine Fernschule; sie sind daher iS des § 14 UWG Mitbewerber der Bekl. An diesem Wettbewerbsverhältnis würde sich hinsichtlich der zweitkl KG auch dann nichts ändern, wenn diese durch Konkurrenzierung über das Vermögen ihres Kommanditisten Walter S aufgelöst worden und damit in Liquidation getreten wäre. Ganz abgesehen davon nämlich, daß die Auflösung einer Personengesellschaft bis zu deren „Vollendigung“ jederzeit durch einheiligen – allenfalls auch stillschweigenden – GesellschafterB rückgängig gemacht und damit die („werbende“) Gesellschaft fortgesetzt werden kann (vgl OGH 3. 2. 1970, 4 Ob 503/70 EvBl 1970/205 = NZ 1971, 157 = HS 7145 mwH), hat auch die in Liquidation befindliche Gesellschaft, soweit dies zum Zweck einer geordneten Abwicklung geboten ist, ihre Geschäftstätigkeit vorerst weiterzuführen; dabei hat sie nicht nur die laufenden Geschäfte zu beenden, sondern kann zur Beendigung schwebender Geschäfte auch neue Geschäfte eingehen (§ 149 Satz 1, § 161 Abs 2 HGB). Sie bringt daher auch noch in diesem Stadium „Waren oder Leistungen in den geschäftlichen Verkehr“ (§ 14 Satz 1 UWG).

In der Sache selbst teilt der OGH die dem U des ErstG zugrunde liegende Rechtsansicht, daß gem § 406 ZPO auch bei Unterlassungsansprüchen grundsätzlich auf die Sach- und Rechtslage zur Zeit des Schlusses der mündlichen Verhandlung in erster Instanz abgestellt werden muß: Da solche Ansprüche dann als erfüllt anzusehen sind, wenn der rechtswidrige Zustand dauernd beseitigt oder den Umständen nach ein neuertliches Zuwiderhandeln vernünftigerweise nicht zu erwarten ist (OGH 18. 11. 1936 JBl 1937, 169; 1. 10. 1958, 6 Ob 188/58 EvBl 1958/385), kann auch einem Unterlassungsbegehren nach dem UWG nur dann stattgegeben werden, wenn sowohl der rechtswidrige Eingriff als auch die Wiederholungsgefahr in dem gem § 406 ZPO maßgebenden Zeitpunkt des Verhandlungsschlusses noch gegeben sind (so auch Fasching III 663 f § 406 ZPO Anm 6). Für die gegenteilige Auffassung der Kl ist weder aus den Ausführungen von Schuster-Bonnott, Die Gefahr des Zuwidderhandelns gegen Unterlassungsverpflichtungen (Wiederholungsgefahr), JBl 1974, 169 ff, noch aus der E des OGH 20. 6. 1951, 1 Ob 224/51 SZ 24/168 etwas zu gewinnen. Die Unhaltbarkeit der in der Rev vertretenen Ansicht, daß der Bekl auch dann zur Unterlassung einer (ursprünglich) unrichtigen und irreführenden Angabe verurteilt werden müsse, wenn diese Behauptung infolge einer während des erinstanzlichen Verfahrens eingetretenen Änderung der Verhältnisse im Zeitpunkt des Verhandlungsschlusses nicht mehr als wahrheitswidrig und irreführend beanstandet werden könnte, ergibt sich schon daraus, daß dem Bekl damit auch für die Zukunft der Gebrauch einer (nunmehr) den Tatsachen entsprechenden und gegen kein gesetzliches Verbot verstörenden Werbebehauptung untersagt wäre. Daß damit, wie die Kl meinen, „dem Rechtsmissbrauch – vor allem im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes – Tür und Tor geöffnet“ würde,

weil „nichts leichter (sei), als eine unlautere Werbung zu betreiben und vor Schluß der Verhandlung erster Instanz die Wiederholungsgefahr zu beseitigen“, ist unrichtig, weil es in allen Fällen der Beurteilung des Gerichtes überlassen bleibt, ob der dem Unterlassungsbegehren zugrunde liegende gesetzwidrige Zustand im konkreten Fall tatsächlich da und beseitigt und damit eine Wiederholung des Werbewerbsverstoßes nach menschlichem Ermessen ausgeschlossen ist.

Das BerG hat zur Frage der Anwendbarkeit des § 406 ZPO auf Unterlassungsansprüche nach dem UWG nicht Stellung genommen; es hat das KlBegehren aus einem anderen Grund, uzw deshalb abgewiesen, weil die beanstandete Werbung der Bekl vom angesprochenen Durchschnittsinteressenten lediglich dahin verstanden werden könnte, daß die für den Experimental- und Sprachlabor- und Anschauungsunterricht erforderlichen Räume und Einrichtungen nach Maßgabe des Kursfortschrittes der Fernschüler bereitgestellt werden könnten, sobald die Erreichung des Lehrziels einen solchen Kombinationsunterricht notwendig machen würde; daß die Bekl diese Möglichkeit bei Eintreten des Bedarfsfalles nicht gehabt hätte und bereits im Zeitpunkt der Werbung die Unmöglichkeit eines solchen Kombinationsunterrichtes hätte voraussehen müssen, sei aber von den Kl nicht behauptet worden. Ob diese Auffassung richtig ist, braucht deshalb nicht geprüft zu werden, weil die U der UntG insoweit schon aus einem anderen, vom OGH im Rahmen seiner Verpflichtung zur allseitigen Prüfung der rechtlichen Beurteilung auch ohne ausdrückliche Rüge in der Rev wahrzunehmenden Grund rechtlich verfehlt sind:

Gleich dem ErstG, hat auch das BerG bei der Entscheidung über das Unterlassungsbegehren der Kl allein darauf abgestellt, ob die Bekl über entsprechende Räumlichkeiten und Einrichtungen verfügt, um ihren Schülern den angekündigten Labor- und Anschauungsunterricht im Bedarfsfall – also bei Erreichen eines Ausbildungsstandes, der den Einsatz dieser kombinierten Unterrichtsmethode geboten erscheinen läßt – bieten zu können. Die Kl haben aber das „Unterrichtsprogramm“ nicht nur deshalb als irreführend beanstandet, weil die Bekl hier eine Unterrichtstätigkeit vortäusche, die auszuüben sie gar nicht in der Lage sei; sie haben vielmehr schon in der Klage ausdrücklich vorgebracht, daß der angesprochene Interessent beim Studium dieser Werbeschrift „zweifelsfrei zu dem Ergebnis gelangen müsse, daß die Bekl in Österreich einen Unterricht in der Form, wie er auf den Seiten 11 und 13 beschrieben ist, abhält“; tatsächlich habe aber die Bekl weder die Einrichtungen für eine derartige Unterrichtsteilung, „noch ertheile sie einen solchen Unterricht in eventuell ihr sonst zur Verfügung stehenden Räumen“. Auch das am 17. 4. 1975 modifizierte Unterlassungsbegehren der Kl zielt ausdrücklich auf ein Verbot von Werbebehauptungen ab, wonach die Bekl den hier angeführten Unterricht (tatsächlich) ertheilt bzw das Maschinschreibtraining (tatsächlich) bietet. Bei dieser Sachlage durfte das KlBegehren nicht schon deshalb abgewiesen werden, weil die Bekl – im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz (ErstG) bzw im Bedarfsfall (BerG) – über die erforderlichen Räumlichkeiten, Anlagen und sonstigen Einrichtungen verfügte, um den in Wort und Bild dargestellten Gruppenunterricht ertheilen zu können; die Kl müssen vielmehr mit ihrem UAntrag auch dann durchdringen, wenn das „Unterrichtsprogramm“ iS ihrer Behauptungen (auch) dahin verstanden werden kann, daß die Bekl den hier angekü-

digten Unterricht tatsächlich bereits ertheile, sofern diese Behauptung nicht den Tatsachen entspricht.

Die erstgenannte Voraussetzung trifft auf Grund des festgestellten Sachverhalts jedenfalls zu: Wer in einer Werbebroschüre, als deren Herausgeber die „A-Gesellschaft, F-Gasse 3, 1040 Wien“ (Bekl) zeichnet, Photographien vorfindet, auf denen Gruppen von Schülern beim Naturkundeunterricht (S 10), beim Unterricht im Sprach- oder Experimentallabor (S 12) sowie beim Maschin-Schnellschreibtraining (S 59) zu sehen sind, muß mangels einer entsprechenden Aufklärung zwangsläufig den Eindruck gewinnen, daß diese Lichtbilder den Unterrichtsbetrieb bei eben dieser Wiener A-Gesellschaft – und nicht in einer deutschen oder schweizerischen Schule – zeigen. Daß der am Ende der Broschüre auf S 104 ganz unauffällig und im Kleinstdruck unterhalb des Impressums angebrachte Hinweis, die Photographien seien „im Unterrichtsbetrieb unserer Schulen Stuttgart und Zürich aufgenommen“ worden, zur Klarstellung des Sachverhalts nicht ausreicht, bedarf keiner besonderen Begründung. Der unbefangene Leser des „Unterrichtsprogramms“ muß also auf Grund der dem Werbetext beigegebenen Abbildungen den Eindruck gewinnen, daß die Bekl nicht nur in der Lage ist, den von ihr angekündigten mündlichen Gruppenunterricht (Experimentall- und Laborunterricht, Anschaungsunterricht, Maschinschreibtraining) zu erteilen, sondern daß sie ihn, wie insb aus den Photographien auf S 10, 12 und 59 ersichtlich, im Rahmen ihres ordentlichen Lehrbetriebes auch tatsächlich bereits erteilt. Daß eine unrichtige Tatsachenbehauptung dieser Art aber auch geeignet ist, die Entschließung der an Fernunterrichtskursen interessierten Publikumskreise zugunsten der Bekl zu beeinflussen, liegt auf der Hand, weil diese Personen einem Institut, das eine entsprechend große Schüleranzahl aufzuweisen hat und bereits auf praktische Erfahrungen bei der Durchführung der hier angebotenen modernen Unterrichtsmethoden zurückblicken kann, jedenfalls den Vortzug gegenüber einer anderen Fernschule geben werden, die zwar vielleicht auch in der Lage wäre, solchen Unterricht zu erteilen, dazu aber mangels einer ausreichenden Zahl entsprechend fortgeschrittenen Schüler bisher noch gar keine Gelegenheit hatte.

Bei dieser Sachlage hängt die Entscheidung über das Unterlassungsbegehrn allein davon ab, ob die Bekl den in Rede stehenden mündlichen Gruppenunterricht (Experimentallabor-, Sprachlabor- und Anschaungsunterricht sowie Maschin-Schnellschreibtraining) gemäß ihrer Ankündigung – also nicht etwa in vereinzelten Fällen, sondern in einem den bildlichen Darstellungen in ihrem „Unterrichtsprogramm“ entsprechenden Ausmaß – tatsächlich schon erteilt. Die Kl haben eine solche Unterrichtstätigkeit der Bekl, wie bereits erwähnt, ausdrücklich bestritten. Ob die Bekl mit ihrem Vorbringen, sie „biete“ ihren Fernschülern den „Intensivunterricht in einem Sprachlabor und auch die praktische Versuchstätigkeit in einem Experimentallabor“, das Gegen teil behaupten wollte, ist unklar. Da die UntG, von ihrer abweichenden Rechtsansicht ausgehend, auf diese Frage überhaupt nicht eingegangen sind und dazu auch keinerlei Feststellungen getroffen haben, leiden ihre U an einem Feststellungsmangel, der eine abschließende rechtliche Beurteilung der Streitsache verhindert und zur Aufhebung der untergerichtlichen E führen muß.

Im fortgesetzten Verfahren wird das ErstG im Rahmen seiner Verpflichtung zur materiellen Prozeß-

leitung (§ 182 ZPO) auf eine entsprechende Vervollständigung des Sach- und Beweisvorbringens der Parteien hinwirken müssen und dabei hinsichtlich der Beweislastverteilung folgendes zu beachten haben: Die neuere Rechtsprechung des OGH hat im Anschluß an Baumbach – Hefermehl, Wettbewerbs- u Warenzeichenrecht¹¹ I 783 f § 3 dUWG Anm 78 schon mehrfach auf die Möglichkeit einer Verschiebung der Beweislast iS einer Verpflichtung des Bekl zur Darlegung der Richtigkeit seiner Behauptungen verwiesen, wenn bei einer nach § 2 UWG zu beurteilenden Alleinstellungswerbung im Einzelfall für den Kl besondere Schwierigkeiten bestehen, die Unrichtigkeit der vom Bekl in Anspruch genommenen Spitzenstellung nachzuweisen (16. 9. 1969, 4 Ob 325/69 – Größte Tageszeitung – EvBl 1970/131 = ÖBl 1970, 22; 7. 11. 1972, 4 Ob 348/72 – Stahlrohrgerüste – ÖBl 1973, 53; 24. 9. 1974, 4 Ob 329/74 – Kosmetik-Klub International – ÖBl 1975, 57 ua, zuletzt etwa 4 Ob 367/74). Dieser Grundsatz – welcher freilich keine allgemeine Umkehr der Beweislast bei Verstößen gegen § 2 UWG bedeutet – muß über den Bereich der Alleinstellungswerbung hinaus ganz allgemein überall dort gelten, wo es bei einer als irreführend beanstandeten Werbebehauptung dem außerhalb des Geschehensablaufes stehenden Kl im Einzelfall mangels genauer Kenntnis der entsprechenden Tatumstände unmöglich ist, den Sachverhalt von sich aus aufzuklären, während andererseits dem Bekl die entsprechenden Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben. Kommt der Bekl der in solchen Fällen anzunehmenden Darlegungs- und Beweispflicht nicht nach, dann kann das Gericht von der Unrichtigkeit der beanstandeten Werbeangabe ausgehen (Baumbach – Hefermehl aaO 807 f Anm 118 f; ebenso bereits 4 Ob 315/76). Diese Voraussetzungen werden auch im vorl Fall bejaht werden können, weil gerade die Frage, wo und in welchem Umfang die Bekl den von ihr angebotenen mündlichen Gruppenunterricht tatsächlich erteilt, von den außenstehenden Kl nur schwer beantwortet werden kann, während es umgekehrt der Bekl ohne weiteres möglich sein muß, konkrete Angaben über die Art und das Ausmaß ihrer Unterrichtstätigkeit zu machen und diese im Bestreitungsfall auch entsprechend nachzuweisen.

§ 48 LMG 1975; § 126 Abs 1 StPO: Bei widersprechenden SVGutachten hat das Gericht nach § 126 Abs 1 StPO vorzugehen, bei Bedenken gegen den Befund und das Gutachten einer BALMU aber gem § 48 LMG 1975 einen mit der Untersuchung oder Begutachtung befaßten Bediensteten dieser Anstalt zu vernehmen.

OGH 23. 11. 1976, 10 Os 163/76 (BG Ried il U 457/74) – Landgeselchtes.

Am 27. 9. 1973 wurde in der Fleischhauerei des Besch in Ried (il) von Beamten der dortigen Bezirkshauptmannschaft eine Probe „Landgeselches“ gezogen und der BALMU in Wien eingesendet. Die Probe wurde dort untersucht und als verdorben, verfälscht und nahezu gesundheitsschädlich beanstanden.

Die StA Ried stellte am 18. 6. 1974 gegen den Besch einen Strafantrag wegen Übertretung nach § 12 (§ 11 Z 2) LMG 1951. In der Hauptverhandlung v 22. 7. 1974 beschloß das ErstG ein schriftliches Gutachten des Fleischhauermeisters Hans L einzuholen. Dieser SV vertrat die Ansicht, daß die von der BALMU angeführten Beanstandungsgründe nicht gegeben

Bekl. f.

ge, ob es ihr geradezu um die Herbeiführung von Verwechslungen mit dem Erzeugnis der Kl zu tun war (*Baumbach-Hefermehl* aaO); entscheidend ist allein, daß die Bekl in Kenntnis des Modells der Kl einen verwechselbar ähnlichen Tisch hergestellt und es damit iS der obigen Rechtsausführungen jedenfalls bewußt unterlassen hat, den zur Vermeidung von Herkunftsäuscherungen erforderlichen Abstand von diesem Vorbild zu halten. Eine bewußte Nachahmung des Erzeugnisses der Kl ist demnach bei richtiger rechtlicher Beurteilung des vom ErstG festgestellten Sachverhalts schon jetzt zu bejahen.

Nichts anderes gilt für das weitere Erfordernis der Herbeiführung einer *Verwechslungsgefahr*. Eine solche Gefahr ist dann zu befürchten, wenn der Gegenstand der Nachahmung auf Grund seiner *wettbewerblichen*, zur Auslösung von Herkunftsvorstellungen geeigneten *Eigenart* eine gewisse *Verkehrsbekanntheit* erreicht hat, welche beim Auftreten von Nachahmungen Verwechslungen über die betriebliche Herkunft befürchten läßt (OGH 23.6.1981, 4 Ob 360/81 – Zauberpflzel – ÖBI 1981, 115 mwH). „Wettbewerblich eigenartig“ ist ein Erzeugnis dann, wenn es bestimmte Gestaltungen oder Merkmale aufweist, die dem Geschäftsverkehr seine Unterscheidung von gleichartigen Erzeugnissen anderer Herkunft ermöglichen. Das Produkt muß darüber hinaus auch bereits in Verkehr gesetzt und so dem Publikum bekannt geworden sein, ohne daß aber Verkehrsgeltung iS des § 9 Abs 3 UWG erforderlich wäre; die notwendige „Verkehrsbekanntheit“ ist vielmehr auch dann anzunehmen, wenn das Publikum das Erzeugnis nicht einem bestimmten Unternehmen zuordnet (OGH 31.5.1983, 4 Ob 335/83 – Thonet-Sessel – ÖBI 1983, 134 mwH).

Im konkreten Fall ist die wettbewerbliche Eigenart des von der Bekl nachgeahmten Modells „Bistro“ umso weniger zu bezweifeln, als die für diesen Tisch charakteristische Form des Tischfußes nach den Feststellungen des ErstG bei aus Holz gefertigten Tischen vor dem Produktionsbeginn der Kl wieder auf dem österr noch auf dem bundesdeutschen Markt vertreten war; auch wenn man also zugunsten der Bekl davon ausgeht, daß die Kl bei der Entwicklung dieses Tischmodells bewußt auf Elemente des Biedermeier-Stils zurückgegriffen hat, war doch die besondere Gestaltung der etwa auf halber Höhe in zwei gegenläufigen Bögen auseinanderstrebenden Tischfüße in jedem Fall geeignet, bestimmte Vorstellungen über die betriebliche Herkunft dieses Erzeugnisses auszulösen. Daß der Tisch der Kl seit 1977 tatsächlich in den Verkehr gebracht und so dem Publikum bekannt geworden ist, ist ebenso unbestritten wie der Umstand, daß die beiderseitigen Erzeugnisse nur geringfügig voneinander abweichen und einander daher „zum Verwechseln ähnlich“ sind. Was aber schließlich die Zumutbarkeit einer andersartigen Gestaltung durch die Bekl anlangt, so ergeben sich die der Bekl hier offenstehenden Möglichkeiten, von dem Modell der Kl angemessenen Abstand zu halten, schon aus dem von ihr selbst vorgelegten Werbematerial anderer Hersteller; auch bei Modellen im Biedermeier-Stil bestanden jedenfalls mannigfache Möglichkeiten für die Ausführung und Kombination der einzelnen Stilelemente (vgl auch dazu OGH 31.5.1983, 4 Ob 335/83 – Thonet-Sessel – ÖBI 1983, 134).

Zusammenfassend ist daher zu sagen, daß die Sittenwidrigkeit des beanstandeten Verhaltens der Bekl bei richtiger rechtlicher Beurteilung schon auf Grund der – in der Berufung nicht bekämpften – Tatsachenfeststellungen des ErstU bejaht werden muß, ohne daß es der vom BerG aus rechtlichen Gründen vermißten weiteren Beweisaufnahmen bedürfte; die Rechtssache ist deshalb iS einer Bestätigung des erstgerichtlichen Unterlassungsgebotes spruchreif.

Das U der ersten Instanz leidet aber auch in seinem Ausspruch über die Befugnis der Kl zur *UVeröffentlichung* an keinem auf untrechter rechtlicher Beurteilung beruhenden Feststellungsmangel: Daß die Kl „gar nicht konkret vorgebracht“ hätte, weshalb im Falle ihres Obsiegs eine „zusätzliche Aufklärung des Käuferpublikums“ notwendig wäre, ist aktenwidrig; die Kl hat vielmehr schon in der Klage ausdrücklich darauf verwiesen, daß die Bekl „eine ganze Reihe von Einzelhandelsfirmen in Österreich beliefe“, deren Kunden dann „unweigerlich“ dem Irrtum zum Opfer fielen, das „hochwertigere Originalprodukt“ der Kl zu erwerben. Diesem Vorbringen ist die Bekl in erster Instanz nur insoweit entgegengetreten, als sie der von der Kl verlangten UVeröffentlichung jeglichen „Informationswert für den Verbraucher“ abgesprochen und sich überdies gegen eine Publikation des U in einer „derart großen Anzahl von Zeitungen“ gewendet hat. Geht man aber davon aus, daß die Bekl nach ihren eigenen Angaben den beanstandeten Tisch schon vor mehreren Jahren in ihr Verkaufsprogramm aufgenommen und seither mit „nicht weniger großem Aufwand“ beworben hat als die Kl ihr Modell „Bistro“, dann bedarf es zur Entscheidung über das Veröffentlichungsbegehren der Kl keiner weiteren Sachverhaltsfeststellungen. Das legitime Bedürfnis der Kl nach Aufklärung der Öffentlichkeit über den Wettbewerbsverstoß der Bekl folgt vielmehr schon aus der Tatsache, daß sich der ihrem eigenen Produkt verwechselbar ähnliche Tisch der Bekl seit langer Zeit auf dem Markt befindet und hier – nicht zuletzt durch die Werbung der Bekl – dem interessierten Publikum bekannt geworden ist. Die Unmöglichkeit, diesen Personenkreis irgendwie näher zu begrenzen, läßt dann aber auch eine UVeröffentlichung in drei großen österr Tageszeitungen, wie sie die Kl hier verlangt, durchaus gerechtfertigt erscheinen.

Auch das Veröffentlichungsbegehren der Kl erweist sich demnach als begründet. Soweit das BerG in diesem Zusammenhang eine „klare Fassung“ dieses Teils des U als notwendig bezeichnet, wird es bei seiner neuerlichen Entscheidung über das Veröffentlichungsbegehren zu beachten haben, daß gem § 25 Abs 4 Satz 1 UWG idF der Nov BGBl 1980/120 die Veröffentlichung (nur) „den Urteilsspruch“ umfaßt; bezieht sich der Spruch, wie hier, auf eine Beilage, ohne die sein Inhalt nicht oder nur schwer verständlich wäre, dann wird sich die Veröffentlichungsbefugnis regelmäßig auch auf diese Beilage zu erstrecken haben. Sollte die Fassung des USpruches dennoch die wesentlichen Ergebnisse des Verfahrens nicht erkennen lassen und solcherart eine entsprechende Aufklärung der Öffentlichkeit durch die bloße Wiedergabe des USpruches nicht zu erreichen sein, dann gibt der – gleichfalls durch die Nov 1980 eingeführte – §. Abs des § 25 UWG dem Gericht die Möglichkeit, auf Antrag der siegreichen Partei einen vom USpruch nach Umfang oder Wortlaut abweichenden oder ihn ergänzenden Inhalt der Veröffentlichung zu bestimmen.

§ 2 UWG: a) Marktschreierische Anpreisung: „Österreich kauft bei H – Wir sind immer billiger!“

b) Eine marktschreierische Anpreisung liegt dann vor, wenn sie von den angesprochenen Verkehrs Kreisen nicht wörtlich genommen, sondern sogleich als nicht ernst gemeinte Überreibung aufgefaßt und damit von jedermann unschwer auf ihren tatsächlichen Gehalt zurückgeführt wird, welcher deutlich erkennbar nicht in einer ernstzunehmenden Tatsachenbehauptung, sondern in einer ohne Anspruch auf Glaubwürdigkeit auftretenden reklamehaften Anpreisung liegt.

c) Auch erkennbar marktschreierische Ankündigungen lassen sich häufig auf einen sachlich nachweisbaren „Tatsachenkern“ – etwa auf die Behauptung erstklassiger Qualität oder besonders günstiger Preise – zurückführen, welcher durchaus ernst genommen wird und deshalb, wenn unrichtig, zur Irreführung geeignet ist.

d) Die Beweislast für die Unrichtigkeit einer Werbemarketing trifft grundsätzlich den Kl. Bei Alleinstellungswerbung tritt jedoch eine Verschiebung der Beweislast dann ein, wenn der Kl im Einzelfall mangels genauer Kenntnis der Tatumstände ganz besondere, unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten hat, während dem Bekl die entsprechenden Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben. Entscheidend ist, ob die Umstände des konkreten Falles ausnahmsweise eine solche Überwälzung der Beweislast (Bescheinigungslast) auf den Bekl rechtfertigen.

e) (§ 1 UWG): Alleinstellungswerbung kann auch gegen die guten Sitten verstoßen, wenn sie sich nicht mit der Anpreisung der eigenen Spitzenstellung begnügt, sondern damit einen Hinweis auf die Minderwertigkeit der Waren oder Leistungen namentlich genannter oder doch deutlich erkennbarer Mitbewerber verbindet oder fremde Erzeugnisse oder Leistungen pauschal abwertet.

OGH 21.2.1984, 4 Ob 312/84 (OLG Wien 1 R 216/83; HG Wien 17 Cg 50/83) – Wir sind immer billiger!

Die Kl beantragt, der Bekl mit EV zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr den Werbeslogan „Wir sind immer billiger!“ oder sinnähnliche Worte der vergleichenden Alleinstellungswerbung zu verwenden. Die beanstandete Behauptung sei objektiv unrichtig, weil eine Reihe der von der Bekl angepriesenen Waren von der Kl und von anderen Mitbewerbern zu gleichen oder sogar niedrigeren Preisen angeboten würden. Die Kl hat in ihrem Sicherungsantrag unter Bezugnahme auf das im März 1982 von der Bekl verteilte Flugblatt „4/82“ eine Reihe von Artikeln sowie die von den Parteien hiefür verlangten Preise angeführt; zur Bescheinigung ihrer Behauptungen hat sie sich auf dieses Flugblatt, ein Abmahnungsschreiben der Kl, das ablehnende Antwortschreiben der Bekl sowie auf die Vernehmung von Auskunftspersonen berufen.

Demgegenüber behauptet die Bekl, daß sie bei einem Vergleich von Menge, Qualität, Haltbarkeit, Verpackung, Aufmachung und Herkunft der Waren tatsächlich billiger sei als ihre Konkurrenten. Daß einzelne Mitbewerber einige wenige Waren für kurze Zeit „aus erkennbaren Gründen“ billiger als die Bekl verkauften, könne daran nichts ändern. Im übrigen liege eine nicht zur Irreführung geeignete „marktschreierische Anpreisung“ vor.

Das ErstG erließ zunächst die EV, weil es der Bekl nicht gelungen sei, die bessere Qualität derjenigen Produkte, die von beiden Parteien zum gleichen Preis angeboten werden, zu bescheinigen. Da dem durchschnittlichen Publikum ein solcher Qualitätsvergleich nicht möglich sei, sei die beanstandete Werbung irreführend.

Das RekG wies den Sicherungsantrag ab. Die Kl hätte bescheinigen müssen, daß die Bekl bei qualitativ gleichwertigen Waren nicht billiger als ihre Mitbewerber ist; eine solche Bescheinigung habe sie jedoch nicht erbracht.

Hierauf beantragte die Kl neuerlich eine inhaltsgleiche EV und berief sich zur Bescheinigung der vom RekG als maßgebend angesehenen Umstände auf eine Reihe von Untersuchungsbefunden der Lebensmitteluntersuchungsanstalt. Die Bekl sprach sich abermals gegen den Sicherungsantrag aus und legte ihrerseits zur Bescheinigung der unterschiedlichen Qualität mehrere amtliche Untersuchungszeugnisse vor.

Das ErstG wies nunmehr den Sicherungsantrag der Kl ab, das RekG erließ die EV. Der OGH stellte den B der ersten Instanz wieder her.

Aus der Begründung:

Das ErstG vertrat die Auffassung, daß mit Rücksicht auf die einander widersprechenden Urkunden und wegen

Zweifeln an der Verlässlichkeit der von der Kl vorgelegten Urkunden ein Vergleich der Qualität der einzelnen preisgleichen Waren mit den Mitteln des Provisorialverfahrens nicht möglich sei.

Das RekG teilte die Zweifel des ErstG an der Verlässlichkeit der vorgelegten Urkunden, soweit diese übereinstimmten, nicht und nahm folgenden Sachverhalt als bescheinigt an:

Nach dem Inhalt des von der Bekl versendeten Flugblattes „4/82“ beträgt der Preis des Roggenknäckebrotes 6,90 S. Die Kl bietet diese Ware zum selben Preis an. Ein signifikanter Unterschied besteht zwischen diesen beiden Artikeln nicht.

Der Preis des Produktes „Alufolie, 30 m“ ist bei beiden Parteien gleich hoch (19,90 S). Da das Produkt der Kl um 0,2 cm breiter ist als das der Bekl, „sei ihm der Vorzug zu geben“.

Beide Parteien verkaufen Müllimersäcke, 20 Stück, 450 x 550 mm, zum gleichen Preis.

Die Kl verkauft Suppenwürfel unter der Bezeichnung „carnis klare Suppe“. In einer Packung sind 10 Würfel, welche für 20 Teller Suppe ausreichen. Hier wird kein Fleischextrakt zugesetzt; der Preis beträgt 7,90 S. Die Kl verkauft derartige Würfel auch mit Rindfleischextrakt für 9,90 S.

Die Bekl verkauft ebenfalls Suppenwürfel („Rigolta“) für 9,90 S. Diese ebenfalls zu je 10 Stück verpackten Würfel enthalten Rindfleischextrakt und reichen für 20 Teller Suppe aus. Der Test bei der Lebensmittel- und Versuchsanstalt ergab einen signifikanten Geschmacksunterschied, wobei die von der Kl gezogene Probe überwiegend als im Geschmack gehaltvoller und daher besser beurteilt wurde. Hingegen ist der Gesamtcretingehalt des Produktes der Bekl etwas höher als jener der Kl.

In rechtlicher Hinsicht vertrat das RekG die Auffassung, unter Bedachtnahme auf die Alleinstellungswerbung der Bekl genüge schon bei wenigen Produkten die Bescheinigung, daß von der Bekl vertriebene vergleichbare Produkte bei gleichem Preis nicht qualitativ besser sind als die von der Kl angebotenen gleichartigen Artikel, um den Unterlassungsanspruch als bescheinigt annehmen zu können. Diese Bescheinigung habe die Kl – auf der Grundlage der oben erwähnten Artikel – erbracht.

Der RevRek der Bekl ist berechtigt.

Die in der Werbung der Bekl enthaltene und von der Kl beanstandete Ankündigung „Wir sind immer billiger!“ ist ein Fall der sog. „Alleinstellungswerbung“, mit welcher eine Spitzenstellung auf dem Markt in Anspruch genommen wird. Sprachliche Ausdrucksmittel für eine solche Alleinstellung ist meistens der Superlativ, kann aber auch – wie hier – der Komparativ sein (4 Ob 306/76; *Hohenegger-Friedl*, Wettbewerbsrecht 26; *Baumbach-Hefermehl*, Wettbewerbsrecht¹⁴, 1008f).

Der Ankündigung der Bekl ist bei wörtlicher Auslegung die Behauptung zu entnehmen, die Waren der Bekl seien immer, also zu jeder Zeit, billiger als die entsprechenden Waren ihrer Mitbewerber. Diese Behauptung darf allerdings, wie die Bekl mit Recht ausführt, nicht aus ihrem Zusammenhang mit der optisch und graphisch eine Einheit bildenden Behauptung „Österreich kauft bei H – Wir sind immer billiger –“ gerissen werden. Der für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung maßgebliche Gesamteindruck dieser Ankündigung weist deutlich in die Richtung sog. „marktschreierischer Anpreisung“. Eine solche Anpreisung liegt dann vor, wenn sie von den angesprochenen Verkehrs Kreisen nicht wörtlich genommen, sondern sogleich als nicht ernst gemeinte Übertreibung aufgefaßt und damit von jedermann unschwer auf ihren tatsächlichen Gehalt zurückgeführt wird; dieser Gehalt liegt aber deutlich erkennbar nicht in einer ernstzuneh-

menden Tatsachenbehauptung, sondern in einer ohne Anspruch auf Glaubwürdigkeit auftretenden reklamehaften Anpreisung (OGH 17.10.1978, 4 Ob 385/78 ÖBl 1979, 73 – „Der Kleinste bei Preisen“; 13.9.1977, 4 Ob 364/77 ÖBl 1978, 31 – „Fliesen aus aller Welt: Billiger als in aller Welt“; 3.5.1977, 4 Ob 341/77 ÖBl 1977, 166 – „Österreichs bester Kaffee“; 14.1.1975, 4 Ob 362, 363/74 ÖBl 1975, 146 – „Wir sind besser als die anderen“; 27.3.1973, 4 Ob 309/73 ÖBl 1973, 131 – „Absolute Tiefstpreise“; 5.10.1965, 4 Ob 347/65 ÖBl 1966, 18 – „K hat die billigsten Preise“ uva).

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Ankündigung „Österreich kauft bei H“ ist schon auf den ersten Blick als nicht ernst gemeinte Behauptung, als für jedermann klar erkennbare Übertreibung zu erkennen. Desgleichen kann die mit dieser Übertreibung unmittelbar zusammenhängende Behauptung „Wir sind immer billiger“ nicht wörtlich verstanden, sondern nur als ebensolche Übertreibung angesehen werden, weil niemand annimmen wird, ein Kaufmann habe *immer und zu jeder Zeit bei jedem einzelnen* von zahlreichen angebotenen Artikeln des täglichen Bedarfs die niedrigsten Preise.

Mit der Qualifikation der beanstandeten Werbung als „marktschreierische Anpreisung“ ist aber für die Bekl noch nichts gewonnen. Eine solche Qualifikation schließt nämlich nicht aus, daß die betreffende Ankündigung in einem bestimmten *eingeschränkten Umfang* als sachbezogene Aussage ernst genommen werden kann. Auch Ankündigungen, die erkennbar als reklamehafte Übertreibungen verstanden werden, lassen sich nach Abzug dieses Übermaßes häufig doch noch auf einen sachlich nachweisbaren „Tatsachenkern“ – etwa auf die Behauptung erstklassiger Qualität oder besonders günstiger Preise – zurückführen, welcher durchaus ernst genommen wird und daher bei Unrichtigkeit zur Irreführung (§ 2 UWG) geeignet ist (OGH 13.9.1977, 4 Ob 364/77 – Fliesen aus aller Welt – ÖBl 1978, 31; 17.10.1978, 4 Ob 385/78 – Der Kleinste bei Preisen – ÖBl 1979, 73, jeweils mwH).

Einen solchen Tatsachenkern iS einer objektiv nachprüfbaren Aussage über die Preisgestaltung der Bekl enthält auch die beanstandete Ankündigung. Der Anpreisung „Wir sind immer billiger“ läßt sich nämlich die konkrete Behauptung einer im Vergleich zu den Mitbewerbern besonders preisgünstigen Einkaufsgelegenheit entnehmen.

Die Beweislast für die Unrichtigkeit einer Werbeankündigung trifft grundsätzlich den Kl. Bei Alleinstellungs- werbung tritt eine Verschiebung der Beweislast dann ein, wenn der Kl im Einzelfall mangels genauer Kenntnis der Tumstände ganz besondere, unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten hat, wogegen dem Bekl die entsprechenden Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben. Entscheidend ist, ob die Umstände des konkreten Falles *wusnahmsweise* eine solche Überwälzung der Beweislast (Bescheinigungs- last) auf den Bekl rechtfertigen (OGH 14.9.1982, 4 Ob 369, 370/82 – Schlüsselerzeugung – ÖBl 1983, 42 mwH).

Im vorl Fall kann der Kl eine Bescheinigung der von ihr behaupteten Unrichtigkeit der beanstandeten Werbe- ankündigung ohne weiteres zugemutet werden, weil sie jedenfalls ihre eigene Preisgestaltung jederzeit bescheinigen kann und die Preise der Bekl deren Prospekte entnehmen kann. Eine Beweislastverschiebung hat daher hier nicht einzutreten.

Geht man aber von den oben angestellten Erwägungen über den der Ankündigung zu entnehmenden Tat- sachenkern iS einer besonders preisgünstigen Einkaufs-

gelegenheit aus, dann genügt es für die Annahme irreführender Werbung nicht, daß einige wenige Produkte der Bekl preisgleich mit qualitativ vergleichbaren Produkten der Kl sind. Von den vier vom RekG in seinen Feststellungen angeführten Waren (zu dem ebenfalls erwähnten Vollkornbrot werden keine Feststellungen getroffen) scheiden im übrigen die Mülleimersäcke und die Suppenwürfel aus, weil im ersten Fall eine Feststellung über die gleiche Qualität nicht getroffen worden ist (aus den Untersuchungszeugnissen ergeben sich sogar Unterschiede bei der Reißfestigkeit) und im zweiten Fall dem gehaltvollerem Geschmack ein höherer Kreatingehalt gegenübersteht. Die vom RekG als bescheinigt angenommenen qualitativ vergleichbaren gleichpreisigen Artikel reichen jedenfalls nicht für die Annahme aus, die Bekl habe zu Unrecht behauptet, den angesprochenen Verkehrskreisen eine besonders preisgünstige Einkaufsgelegenheit im dargelegten Sinn anzukündigen. Da schon aus diesem Grund eine Irreführung nicht bescheinigt ist, muß auf die fehlenden Feststellungen und die fehlende Bescheinigung betreffend den Zeitpunkt der Anpreisung im Flugblatt „4/82“ und den Zeitpunkt, zu dem die vergleichbaren Preise der Kl Geltung hatten und zu dem die untersuchten Artikel dem Warenlager entnommen wurden, sowie schließlich auf die fehlende Übereinstimmung zwischen UBegehrten und Sicherungsantrag (vgl dazu OGH 22.12.1954, 3 Ob 642/54 SZ 27/329 sowie 25.9.1973, 4 Ob 328, 329/73 – André Heller – JBl 1974, 529 = ÖBl 1973, 139, wonach EV nur im Rahmen des Hauptanspruches erlassen werden dürfen) nichts mehr eingegangen werden.

Alleinstellungswerbung kann aber auch gegen die guten Sitten (§ 1 UWG) verstossen, wenn sie sich nicht mit der Anpreisung der eigenen Spitzenstellung begnügt, sondern damit einen Hinweis auf die Minderwertigkeit der Waren oder Leistungen namentlich genannter oder doch deutlich erkennbarer Mitbewerber verbindet oder fremde Erzeugnisse oder Leistungen pauschal abwertet (OGH 3.5.1977, 4 Ob 341/77 – Österreichs bester Kaffee – ÖBl 1977, 166 mwH; 2.6.1981, 4 Ob 365/81 – Österreichs bestes Bier – ÖBl 1981, 119). Diese Voraussetzungen treffen aber hier nicht zu, weil sich die Bekl mit einem Hinweis auf ihre billigen Preise und die damit verbundene Spitzenstellung begnügt und auf andere Mitbewerber nicht Bezug genommen hat. Als Konkurrenten kommen so viele Unternehmer in Betracht, daß der Ankündigung eine solche Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber auch nicht deutlich entnommen werden kann. Die beanstandete Ankündigung ist somit auch nicht sitenwidrig.

§ 2 UWG: a) Zulässige Ankündigung einer Preisabsatzung, wenn der Angabe des neuen Preises das Wort „statt ...“ (ohne Nennung eines Vergleichspreises) vorgestellt wird und dies nach den Umständen nur als Hinweis auf die bisher vom Werbenden selbst geforderten Preise verstanden werden kann.

b) Wettbewerbsrechtliche Beurteilung der sog „statt- Preis“-Werbung.

OGH 21.1.1984, 4 Ob 303/84 (OLG Linz 2 R 231/83; LG Linz 2 Cg 412/83) – Volksfestpreise.

Der Bekl betreibt als Einzelkaufmann mit dem Standort Freistadt den Handel mit Elektrogeräten. Am 22.8.1983 warb er in einer Postwurfsendung, welche an alle Haushalte im Großraum Freistadt verteilt wurde, mit folgenden Angaben für Elektrogeräte:

Beklagte

§ 2 UWG: a) Die sog Alleinstellungswerbung ist vor allem nach § 2 UWG zu beurteilen. Sie ist unter diesem Gesichtspunkt dann zu beanstanden, wenn die ernstlich und objektiv nachprüfbar behauptete Spaltenstellung nicht den Tatsachen entspricht oder die Ankündigung sonst zur Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise geeignet ist.

b) Die Beweislast für die Unrichtigkeit einer Werbeankündigung trifft regelmäßig den Kl. Bei der Alleinstellungswerbung ist jedoch eine Verschiebung der Beweislast ausnahmsweise dann möglich, wenn der Kl im Einzelfall mangels genauer Kenntnis der Tatumstände ganz besondere, unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten hat, während dem Bekl die entsprechenden Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben.

OGH 14.9.1982, 4 Ob 369, 370/82 (OLG Wien 2 R 72, 73/82; HG Wien 39 Cg 37/82) – Schlüsselerzeugung.

Beide Parteien befassen sich mit der Erzeugung und dem Handel von Schlossern und Schließanlagen.

Auf Antrag der Kl untersage das ErstG der Bekl mit EV (ua) nachstehende Werbeankündigungen:

- ,1. Höchste Sicherheit;
- 2. Schließanlagen auf Zylinderschloßbasis von E bieten maximale Sicherheit;
- 3. E-Sicherheit, die führt;
- 4. Das Grundprofil einer Schloßanlage ist aus vorhandenen Profilen nicht ableitbar;
- 5. Schlüsseln zu Schlossern der Bekl kommt ein gesetzlicher Nachschlüsselschutz zu;
- 6. Das E-System GPI hat gesetzlichen Schlüsselschutz;
- 7. Eine der wichtigsten Voraussetzungen zum Schutz von Eigentum durch Schlosser ist der gesetzliche Nachschlüsselschutz.“

Das ErstG nahm folgenden wesentlichen Sachverhalt als bescheinigt an:

Die Kl wurde im Jahr 1862 gegründet, die Bekl 1923; die Kl verfügt über 26, die Bekl über 38 Patente. In der Ausgabe des „Kurier“ v. 3.9.1981 wird ein Ausspruch des Marketingchefs der Kl wiedergegeben, wonach die Bekl bei Zylinderschlössern eindeutig führend sei. Das Unternehmens der Bekl ist modernst ausgestattet; Unternehmensgegenstand ist die Spezialerzeugung von Zylinder- und Sicherheitsschlössern. Die Fa Zeiss Ikon hat im Februar 1982 auf einer Fachmesse in Hannover als einziges Unternehmen ein Zylindermagnetschloß angeboten, dessen entscheidender Vorteil darin liegt, daß es wesentlich höhere Sicherheit bietet. Die Bekl erzeugt den magnetischen Teil eines Schlosses für die Fa Zeiss Ikon. Sie arbeitet seit 1975/76 an der Entwicklung eines Magnetschlosses mit dem Vorstand des Institutes für Experimentalphysik, Dipl Ing Dr Hans Kirchmayer, zusammen. Zwischen den Prozeßparteien wurde ein Kooperationsvertrag über Magnetschloßentwicklungen abgeschlossen, doch ist es zu keiner Zusammenarbeit gekommen.

Das mit GPI bezeichnete Zylinderschließsystem der Bekl ist innerhalb ihrer Produktpalette des Jahres 1981 das System mit der höchsten Sicherheit. Derzeit sind Zylinderschließanlagen auf dem Markt, die eine größere Sicherheit bieten als das GPI-System.

Von den Schlossern und Schlüsseln, welche die Bekl nach den ihr erteilten Patenten erzeugt, werden Zweitschlüssel nur von der Bekl gegen Vorlage einer Sicherheitskarte angefertigt; gewerbsmäßige Schlüsseldienste sind zu solchen Anfertigungen nicht berechtigt. Die für solche Anfertigungen notwendigen Rohlinge sind nicht im Handel.

Es ist nicht notwendig, sämtliche Schlüssel einer Schließanlage zu besitzen, um das Grundprofil ableiten zu können. Das Ableiten ist umso leichter, je mehr Schlüssel zur Verfügung stehen; es setzt aber Spezialkenntnisse voraus. Das Ableiten ist beim System GPI dadurch erschwert, daß alle Profilelemente des Grundprofils und des variablen Profils die gleiche Form haben und an beliebiger Stelle auf die gesamte Höhe des Schlüssels verteilt vorgeschenkt sein können. Das Nachahmen von Schlüsseln des GPI-Systems erfordert zwar gewisse technische Fähigkeiten und (im Handel erhältliches) Werkzeug, ist aber möglich.

Das RekG wies den Sicherungsantrag ab. Der RevRex der Kl blieb erfolglos.

Aus der Begründung:

In rechtlicher Hinsicht nahm das ErstG an, daß die unter P 1, 2 und 3 angeführten Behauptungen die Ankündigung einer Spaltenstellung enthielten, welche jedoch nicht den Tatsachen entspreche. Die Bekl habe nämlich nicht klargestellt, daß sich diese Werbeankündigungen nur auf die relativ höchste Spaltenstufe ihrer Erzeugnisse beziehen und daß das System GPI das Spaltenprodukte ihrer Produktplatte ist. Die Kl habe bescheinigt, daß die Produkte der Bekl nicht absolut führend sind. Ferner habe sich die Werbeankündigung, das Grundprofil könne aus vorhandenen Schlüsseln nicht abgeleitet werden, als unrichtig herausgestellt. Schließlich erweckten die Werbeankündigungen über den gesetzlichen Nachschlüsselschutz den unrichtigen Eindruck, gegen jede unbefugte Nachahmung von Schlüsseln bestehe ein kraft Gesetzes wirksamer werdender Schutz.

Das RekG übernahm hinsichtlich der Werbeankündigung „höchste Sicherheit“ nicht die Feststellung des ErstG, andere Zylinderschließanlagen seien dem GPI-System der Bekl überlegen. Diese Frage, zu welcher abweichende Beweisergebnisse vorlägen, könne mit den Mitteln des Provisorialverfahrens nicht geklärt werden. Die Werbeankündigung erwecke nicht den Eindruck einer Allein- oder Sonderstellung; sie besage nur, daß das angepriesene Erzeugnis ein Spatenzeugnis sei, ohne das Vorhandensein gleichwertiger Erzeugnisse anderer Unternehmen auszuschließen. Die Unrichtigkeit der Werbeankündigung könne jedenfalls nicht festgestellt werden. Die Annahme des ErstG, die Bekl beschränke diese Werbeankündigung nicht auf das GPI-System, werde durch die Feststellungen und die Bescheinigungsmittel nicht gedeckt.

Die Werbeaussage „E-Sicherheit, die führt“ enthalte die Behauptung einer Spaltenstellung. Die Ankündigung der Bekl, ihre Produkte seien an Sicherheit denen der Konkurrenz überlegen, sei im Bescheinigungsverfahren nicht widerlegt worden. Die Widersprüche zwischen den beiden vorgelegten SV-Gutachten könnten im Provisorialverfahren nicht geklärt werden. Da die Kl die Unrichtigkeit der Werbeankündigung zu beweisen habe, sei ein Verstoß gegen § 2 UWG nicht bescheinigt. Die Kl habe auch die Unrichtigkeit der weiteren Werbeankündigung, das Grundprofil sei aus den vorhandenen Profilen nicht ableitbar, nicht bescheinigen können; auch hier lägen zwei widersprechende SV-Gutachten vor. Der gesetzliche Nachschlüsselschutz ergebe sich aus § 22 PatG. Die Werbeaussage, Schließanlagen auf Zylinderschloßbasis böten maximale Sicherheit, beziehe sich auf das GPI-System; hiefür gelte das zur Werbeankündigung „Höchste Sicherheit“ Dargelegte. Die Kl habe die Unrichtigkeit dieser Aussage nicht zu bescheinigen vermocht.

Der RevRex der Kl ist nicht beflichtigt.

Zu den unter P 1, 2 und 3 angeführten Werbeankündigungen vertritt die RMW-Werberin die Auffassung, daß für die Richtigkeit dieser Alleinstellungswerbung die Bekl die Beweislast trage. Der Bekl sei aber die Bescheinigung der Richtigkeit dieser Werbeankündigung nicht gelungen, so daß ein Verstoß gegen § 2 UWG angenommen werden müsse.

Dieser Auffassung kann nicht beigeplichtet werden: Die sog Alleinstellungswerbung ist vor allem nach § 2 UWG zu beurteilen. Sie ist unter diesem Gesichtspunkt dann zu beanstanden, wenn die ernstlich und objektiv nachprüfbar behauptete Spaltenstellung nicht den Tatsachen entspricht oder die Ankündigung sonst zur Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise geeignet ist (OGH 1.7.1980, 4 Ob 355/80 – Ersatzteilager – ÖBI

1981, 102; 2.6.1981, 4 Ob 365/81 – Österreichs bestes Bier – ÖBI 1981, 119, jeweils mwH, ua). Die Beweislast für die Unrichtigkeit einer Werbeankündigung trifft grundsätzlich den Kl. Bei der Alleinstellungswerbung ist eine Verschiebung der Beweislast dann möglich, wenn für den Kl im Einzelfall mangels genauer Kenntnis der Tatumstände ganz besondere, unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten bestehen, wogegen dem Bekl die entsprechenden Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben. Entscheidend ist, ob die Umstände des konkreten Falles ausnahmsweise eine solche Überwälzung der Beweislast (Bescheinigungslast) auf den Bekl als gerechtfertigt erscheinen lassen (OGH 7.11.1972, 4 Ob 348/72 – Stahlrohrgerüste – ÖBI 1973, 53; 14.1.1975, 4 Ob 367/74 – Echte Tiefstpreise – ÖBI 1976, 16; 8.2.1977, 4 Ob 387/76 – Fernschul-Gruppenunterricht – ÖBI 1977, 71 ua).

Im vorl Fall kann jedoch der Kl eine Bescheinigung der von ihr behaupteten Unrichtigkeit der drei vorgenannten Werbebehauptungen ohne weiteres zugemutet werden, weil unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten im dargelegten Sinn schon nach der Art dieser Behauptungen nicht bestehen. Eine Ausnahme von der allgemeinen Beweislastregel, wonach der Kl die seinem Unterlassungsbegehren zugrunde liegende Unrichtigkeit einer Werbeankündigung zu beweisen (bescheinigen) hat, wäre daher entgegen der Meinung der RMWerberin nicht gerechtfertigt. Das RekG hat jedoch die der Kl obliegende Bescheinigung im wesentlichen aus der Erwägung als nicht erbracht angesehen, daß – vor allem – im Hinblick auf widersprechende SGutachten eine Klärung der streitigen Fragen mit den Mitteln des Provisorialverfahrens nicht möglich sei. Die Versuche der Kl, aus den SGutachten für ihren Standpunkt günstige Folgerungen abzuleiten, scheitern daran, daß der OGH auch im Provisorialverfahren Rechts- und nicht Tatsacheninstanz ist und daher an den vom RekG als bescheinigt bzw als nicht bescheinigt angenommenen Sachverhalt gebunden ist. Die Auffassung des RekG, eine Tatfrage könne mit den Mitteln des Provisorialverfahrens nicht geklärt werden, ist eine vom OGH ebensowenig überprüfbare Tatfrage wie die Feststellung, ein bestimmter Sachverhalt sei bescheinigt oder nicht bescheinigt. Damit erweisen sich auch die RMAusführungen zum eingangs angeführten P+ als verfehlt.

Zu dem von der Bekl behaupteten gesetzlichen Nachschlüsselschutz (P 5, 6 und 7) vertritt die RMWerberin die Auffassung, daß die Ankündigung den Eindruck erwecke, dem Käufer und Benutzer des Schlüssels komme „über das sonst zur Verfügung stehende Maß hinaus ein gesetzlicher Schutz“ in Form eines besonderen Rechtes auf Untersagung der Herstellung und des Besitzes von Nachschlüsseln zu einem Schloß der Bekl zu; tatsächlich habe aber nur der PatInhaber einen Anspruch auf Unterlassung eines PatEingriffes nach § 22 PatG.

Entgegen dieser Auffassung kann aber den Ankündigungen eine Aussage über die Art des gesetzlichen Schutzes und dessen Geltendmachung nicht entnommen werden. Die Ankündigungen werden dahin verstanden werden, daß in bezug auf Nachschlüssel ein gesetzlicher Schutz besteht. Das entspricht aber den Tatsachen, weil die Anfertigung von Nachschlüsseln (Zweitschlüsseln) zu den Schlüsseln und Schlössern der Bekl als PatInhaberin nur ihr, nicht aber auch gewerbsmäßigen Schlüsseldiensten erlaubt ist. Dieser gesetzliche Schutz wirkt sich auch auf die Schlüsselinhhaber aus. Der Frage, wer zur Geltendmachung der sich daraus ergebenden Rechte (§ 22 PatG) berechtigt ist, kommt in diesem Zusammenhang

keine Bedeutung zu. Die auf einen gesetzlichen Schutz hinweisenden Ankündigungen sind daher, wie das RekG richtig erkannt hat, nicht irreführend iS des § 2 UWG.

§ 2 UWG: a) Irreführende Blickfangwerbung bei der graphischen Darstellung des Verhältnisses der „A/B-Schichtleser“ zweier Zeitungen.

b) Kriterien für die Beurteilung der Täuschungseignung einer Werbeankündigung, insb bei sog. „Blickfangwerbung“.

OGH 9.11.1982, 4 Ob 389/82 (OLG Wien 3 R 155/82; HG Wien 37 Cg 643/82) – A/B-Schichtleser.

Die Kl ist Eigentümerin, Herausgeberin und Verlegerin der Tageszeitung „Kurier“. Sie begeht, der bekL Inhaberin der „Neuen Kronen-Zeitung“ mit EV zu verbieten, Werbebehauptungen über das Verhältnis der A/B-Schichtleser der beiden Tageszeitungen „Kurier“ und „Neue Kronen-Zeitung“ zueinander in Form einer graphischen Darstellung zu unterlassen, bei der die Leseranzahl der A/B-Schicht der „Neuen Kronen-Zeitung“ in einem aus 26 Münzen bestehenden, 110 mm hohen Münzstapel, die Leseranzahl der A/B-Schicht des „Kurier“ hingegen in einem nur aus 12 Münzen bestehenden und nur 42 mm hohen Münzstapel wiedergegeben sind. Diese Darstellung sei deshalb unrichtig, weil sie für die „Neue Kronen-Zeitung“ mehr als das Zweieinhalfache der Anzahl von A/B-Lesern des „Kurier“ widerspiegle, wogegen das tatsächliche Verhältnis 582.000 Leser zu 378.000 Leser und somit nur 1,54 betrage.

Die Bekl erwidert, daß sie sich ausschließlich an Fachleute und nicht an ein breites Leserpakum wende. Die graphische Darstellung habe nur Illustrationscharakter; die daneben befindlichen Zahlenangaben seien hingegen richtig, so daß eine Irreführung nicht eintreten könne.

Das ErstG wies den Sicherungsantrag ab und nahm folgenden wesentlichen Sachverhalt als bescheinigt an:

In der periodischen Druckschrift „Werbung intern“, Ausgabe 18.6.1982, ist ein vierseitiges Inserat der Bekl erschienen. In ihm steht auf der 1. Seite zu lesen:

„Der beste Qualitätsbeweis für ein Produkt ist sein Verkaufserfolg. Wieso sollten gerade bei den Medien andere Maßstäbe gelten?“

Die einzelnen Wörter bzw Wortgruppen sind jeweils durch gezeichnete Münzstapel in verschiedener Höhe und Stapel von Papiergeleb voneinander getrennt. Unterhalb des Textes befinden sich ebenfalls ein größerer und ein kleinerer Münzstapel sowie ein Papiergelebstapel. Über die Seiten 2 und 3 ist ein weiterer Inseratentext verteilt; er lautet:

„Die ‚Krone‘ verkauft sich Tag für Tag an 1.9 Millionen Leser. Der beste Qualitätsbeweis für ein Produkt ist sein Verkaufserfolg. Natürlich sollte auch die Leserstruktur stimmen. Aber was nützt es, wenn von einer Zeitung zwar 50% der Leser aus der A/B-Schicht kommen, und das sind dann nur 370.000 Leser. Die ‚Krone‘ kann Ihnen 582.000 Leser aus der A/B-Schicht bieten und dazu 1.4 Millionen Leser mehr! Darunter 313.000 Familien mit Schulkindern, 755.000 Hausfrauen, 887.000 Scheekartenbesitzer. Dämmt bietet Ihnen die ‚Krone‘ den größten Supermarkt Österreichs mit dem kaufkräftigsten Publikum (Daten lt MA 80). Andere sprechen von Mediengüte – die ‚Krone‘ bietet Sicherheit. Rechnen Sie ruhig selbst: Mehr können Sie mit Ihrem Werbeschilling nicht erreichen.“

Auf der Seite 2 des Inserates, links neben dem vorerwähnten Text, sind zwei Münzstapel abgebildet; der größere besteht aus 26 Münzen und ist 11 cm hoch. Darunter steht: „Krone A/B-Schicht.“

Der kleinere der beiden Stapel ist 42 mm hoch und besteht aus 12 Münzen; darunter stehen die Worte: „Kurier A/B-Schicht.“

Laut Mediaanalyse 1980 entfielen aus der A/B-Schicht auf den „Kurier“ 378.000 Leser und auf die „Neue Kronen-Zeitung“ 582.000 Leser.

Das RekG erließ die EV. Der RevRek der Bekl blieb erfolglos.