



- 1. Seit der UWG-Novelle 2007 wird Werbung mit einer Spitzenstellung am Tatbestand des § 2 Abs 1 Z 2 UWG gemessen. Sie ist lauterkeitsrechtlich nur dann zu beanstanden, wenn die – ernstlich und objektiv nachprüfbar behauptete – Spitzenstellung nicht den Tatsachen entspricht oder die Ankündigung sonst zur Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise geeignet ist.**
- 2. Z 2 Anh UWG schützt vor Irreführung durch die Verwendung von unternehmens- oder produktbezogenen Auszeichnungen, die der Verkehr deshalb als Hinweis auf eine besondere Güte und Qualität ansieht, weil sie aufgrund einer objektiven Prüfung vergeben werden. Unter die Vorschrift fallen daher nur Zeichen, die ausdrücklich verliehen werden und deren Verwendung von der Genehmigung der vergebenden Stelle abhängt.**
- 3. Ein reines Testergebnis bzw. ein in einem Medium veröffentlichter „Test“ wird von den Verkehrsteilnehmern regelmäßig nicht als „behördliche Bewilligung oder Genehmigung“ iS der Z 4 Anh UWG verstanden. Die (irreführende) Verwendung des Test-Emblems stellt daher keine als Behauptung der Bestätigung, Billigung oder Genehmigung des Produkts durch eine öffentliche oder private Stelle zu verstehende Aussage dar, sodass der Tatbestand der Z 4 Anh UWG insoweit nicht erfüllt ist.**
- 4. Auch ohne Vorhandensein neuer Testergebnisse wird ein durchschnittlich informierter Verbraucher die Werbung mit einem Testergebnis als Hinweis auf ein (einigermaßen) zeitnahes Testverfahren und nicht auf ein Verfahren verstehen, das bereits nahezu fünf Jahre zurückliegt.**

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Wien 6, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, gegen die beklagte Partei \*\*\*\*\* F\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Wolfgang Dartmann und andere Rechtsanwälte in Linz, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 26.000 EUR sA), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 20. Mai 2009, GZ 3 R 33/09g-9, mit welchem das Urteil des Landesgerichts Linz vom 3. Dezember 2008, GZ 4 Cg 198/08t-5, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung - unter Einschluss des bestätigten Ausspruchs - insgesamt zu lauten hat:

- „1. Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, von ihr hergestellte Matratzen, insbesondere die Matratze „Sanovit Mystic“, unter Bezugnahme auf das Ergebnis eines in der vom Kläger herausgegebenen Zeitschrift „Konsument“ veröffentlichten Tests zu bewerben, ohne in eindeutiger, unübersehbarer und unmissverständlicher Weise darauf hinzuweisen, dass das Testergebnis bereits vor mehreren, etwa vor nahezu 5 Jahren ermittelt und erstmals veröffentlicht wurde.
2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagestattgebenden Teil des Urteilspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“, mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift

wie der Fließtext redaktioneller Artikel, sowie für die Dauer von 30 Tagen auf der Website [www.sanovit.at](http://www.sanovit.at) oder, sollte diese Internetadresse geändert werden, auf der Website mit der anstelle der Internetadresse [www.sanovit.at](http://www.sanovit.at) verwendeten Internetadresse mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung, ansonsten in Schriftgröße, Schriftfarbe und Farbe des Hintergrunds wie auf der Website [www.sanovit.at](http://www.sanovit.at) im Textteil üblich, jeweils auf Kosten der beklagten Partei zu veröffentlichen.

3. Das Mehrbegehren, der Beklagten auch zu untersagen, ihre Matratzen derart zu bewerben, dass sie, etwa unter Abbildung eines Siegels mit der Aufschrift „Von insgesamt 19 getesteten Matratzen hat unser Modell Sanovit Mystic die beste Beurteilung erhalten. Konsument Testurteil: Gut“, den unrichtigen Eindruck erweckt, ihre beworbene Matratze habe unter den getesteten Matratzen die beste Bewertung erhalten, wenn tatsächlich weitere getestete Matratzen eine gleich gute Bewertung erhalten haben wie die beworbene Matratze, insbesondere, wenn von 19 getesteten Matratzen 16 dasselbe Testurteil wie die beworbene Matratze der Beklagten, insbesondere das Testurteil „gut“, und nur 2 Matratzen ein schlechteres Testurteil erhalten haben und die Beklagte darauf nicht in eindeutiger, unübersehbarer und unmissverständlicher Weise hinweist, wird abgewiesen.

4. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei 1.387,50 EUR Barauslagen binnen 14 Tagen zu ersetzen; im Übrigen werden die Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen gegeneinander aufgehoben.

#### **Entscheidungsgründe:**

Die Beklagte beschäftigt sich unter anderem mit der Herstellung und dem Vertrieb von Matratzen. Sie bietet die von ihr hergestellte Matratze „Sanovit Mystic“ auch auf ihrer Homepage „[www.sanovit.at](http://www.sanovit.at)“ an. Sie bewirbt diese Matratze in ihren Katalogen mit einem „Testsieger“-Emblem, das sich auf einen Test des Klägers in der von ihm herausgegebenen Zeitschrift „Konsument“ bezieht.

Das runde Emblem trägt im oberen Dritten den Hinweis: „Testsieger“. Darunter ist ausgeführt: „Von insgesamt 19 getesteten Matratzen hat unser Modell Sanovit Mystic die beste Beurteilung erhalten. Konsument Testurteil: Gut“. Im unteren Drittel des Emblems ist das Zeichen der Beklagten für „Sanovit“ wiedergegeben.

Diese Art der Werbung findet sich in den auf der Homepage der Beklagten abrufbaren Katalogen „Belebt im Schlaf“ sowie in Produktblättern. Im Produktblatt „Avantgarde Modell Mystic“ ist das Emblem größer als in den anderen Werbeunterlagen. Am rechten Rand des Emblems ist parallel zur Kreisrundung in nahezu unlesbar kleinem Druck senkrecht zum übrigen Schriftbild „Konsument Ausgabe November 2003“ gedruckt. Mit demselben Emblem wird die Matratze auch in den Katalogen von Möbelhäusern, etwa bei Kika und Leiner, beworben.

Der Test, auf den sich die Beklagte bezieht, wurde vom Kläger in dem von ihm herausgegebenen Heft „Konsument“, Ausgabe November 2003, veröffentlicht. Tatsächlich wurden 19 Matratzen getestet, darunter die Matratze „Sanovit Mystic“ der Beklagten. Diese Matratze erzielte - wie 16 weitere der insgesamt 19 getesteten Matratzen - das Testurteil „gut“. Die Bewertung „sehr gut“ wurde nicht erteilt; zwei Matratzen erhielten das schlechtere Testurteil „durchschnittlich“. Für Kriterien wie Schlafklima, Temperatur, Feuchte, Haltbarkeit, Bezug, Wasserrandbildung und Maßänderung erhielt die Matratze „Sanovit Mystic“ der Beklagten die meisten „Plus“ und damit die beste Beurteilung.

Am 21. 12. 2007 sandte der Kläger ein E-Mail an die Beklagte, in welchem er darauf hinwies, dass die Werbedarstellung nicht seinen Richtlinien entspreche und im Sinne des UWG irreführend sein könne, wenn mit alten Testergebnissen geworben werde und das Veröffentlichungsdatum des Tests nicht genannt werde. Es sei daher auch im Interesse der Beklagten, diese Art der Werbung zu unterlassen. In der Anlage wurden die Richtlinien des

Klägers übermittelt. Diese untersagen etwa die Werbung mit Testergebnissen, die länger als drei Jahre zurückliegen.

Am 2. 6. 2008 richtete der Kläger ein weiteres E-Mail an die Beklagte, worin neuerlich auf die Dreijahres-Frist laut Richtlinien hingewiesen wurde, sowie darauf, dass die Beklagte in einem „Kika“-Prospekt nach wie vor mit einem „Konsument“-Testergebnis aus dem Jahr 2003 werbe.

Mit E-Mail vom 3. 6. 2008 ersuchte die Beklagte die Firma Kika, das „Testsieger“-Logo nicht mehr zu verwenden. Sie teilte am 18. 6. 2008 dem Kläger mit, dass ihr Kunde, die Firma Leiner/Kika trotz sofortiger Information die Aussendung des aktuellen Prospekts nicht mehr habe stoppen können. Es werde ersucht, diesen Umstand zu entschuldigen und versichert, dass die Firma Leiner noch einmal auf die Unzulässigkeit der Werbung hingewiesen werde. Dies wurde tatsächlich am gleichen Tag vorgenommen.

Mit E-Mail je vom 30. 7. und vom 18. 9. 2008 ersuchte die Beklagte ihren Software-Betreuer, bei „Sanovit Mystic“ das „Testsiegerlogo“ zu entfernen.

In einem Wurfblatt von Kika/Leiner vom Oktober 2008 schien bezüglich der Matratze „Sanovit Mystic“ das „Testsieger-Logo“ nicht mehr auf.

Mit der am 17. 9. 2008 eingebrachten Klage begehrt der Kläger,

1) die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, von ihr hergestellte Matratzen, insbesondere die Matratze „Sanovit Mystic“, unter Bezugnahme auf das Ergebnis eines in der vom Kläger herausgegebenen Zeitschrift „Konsument“ veröffentlichten Tests

a) derart zu bewerben, dass sie, etwa unter Abbildung eines Siegels mit der Aufschrift „Von insgesamt 19 getesteten Matratzen hat unser Modell Sanovit Mystic die beste Beurteilung erhalten. Konsument Testurteil: Gut“, den unrichtigen Eindruck erweckt, ihre beworbene Matratze habe unter den getesteten Matratzen die beste Bewertung erhalten, wenn tatsächlich weitere getestete Matratzen eine gleich gute Bewertung erhalten haben wie die beworbene Matratze, insbesondere, wenn von 19 getesteten Matratzen 16 dasselbe Testurteil wie die beworbene Matratze der Beklagten, insbesondere das Testurteil „gut“, und nur 2 Matratzen ein schlechteres Testurteil erhalten haben und die Beklagte darauf nicht in eindeutiger, unübersehbarer und unmissverständlicher Weise hinweist;

b) zu bewerben, ohne in eindeutiger, unübersehbarer und unmissverständlicher Weise darauf hinzuweisen, dass das Testergebnis bereits vor mehreren, etwa vor nahezu 5 Jahren ermittelt und erstmals veröffentlicht wurde.

2) Die Beklagte sei ferner schuldig, dem Kläger die Verfahrenskosten binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

3) Dem Kläger werde die Ermächtigung erteilt, den klagestattgebenden Teil des Urteilspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils einmal in einer Samstagausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“, mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, sowie für die Dauer von 30 Tagen auf der Website [www.sanovit.at](http://www.sanovit.at) oder, sollte diese Internetadresse geändert werden, auf der Website mit der anstelle der Internetadresse [www.sanovit.at](http://www.sanovit.at) verwendeten Internetadresse mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung, ansonsten in Schriftgröße, Schriftfarbe und Farbe des Hintergrunds wie auf der Website [www.sanovit.at](http://www.sanovit.at) im Textteil üblich, jeweils auf Kosten der Beklagten zu veröffentlichen.

Die Werbung der Beklagten sei wettbewerbswidrig. Die Beklagte verwende ein Siegel mit der Aufschrift „Testsieger“ unter der ausdrücklichen Bezugnahme auf das vom Kläger, unter der für ihn registrierten Marke „Konsument“, herausgegebene renommierte Testmagazin. Aufgrund der Bezugnahme im Siegel sei es einem Güte- bzw Qualitätskennzeichen im Sinn der Z 2 des Anhangs zum UWG ähnlich. Der Beklagten fehle

es an der geforderten Genehmigung zur Verwendung dieses Güte- bzw Qualitätskennzeichens, weil der Kläger die Bewerbung getesteter Produkte mit „Konsument-Testergebnissen“ nur unter den in seiner Richtlinie umschriebenen Voraussetzungen gestatte, die jedoch nicht erfüllt seien, weil die Beklagte weder Monat und Jahr der Erstveröffentlichung des Tests angebe, geschweige denn mit der erforderlichen Deutlichkeit die gleich gute Beurteilung von 16 anderen Matratzen anführe und vollständig negiere, dass sie mit einem länger als drei Jahre zurückliegenden Testergebnis überhaupt nicht werben dürfe.

Durch die Nichterfüllung der Richtlinien des Klägers verstoße die Beklagte auch gegen die Z 4 des Anhangs zum UWG.

Der Kläger verahre sich aufgrund seines Namens- und Markenrechts gegen unwahre und/oder irreführende Werbung unter Bezugnahme auf seine Testergebnisse. Auch aus seinem Recht an der Wortbildmarke „Konsument“ habe der Kläger Anspruch auf Unterlassung der Verwendung seiner Marke bzw seines Namens zu Werbezwecken, sofern sie nicht genehmigt sei. Die Verbindlichkeit seiner Richtlinie „Werbung mit Konsument-Testergebnissen“ erfließe aus dem Namens- und Markenrecht des Klägers.

Die beanstandete Werbung verstoße als irreführende Geschäftspraktik auch gegen § 2 Abs 1 Z 2 UWG, weil die Beklagte wesentliche Merkmale des Tests verschweige, wodurch der Umworbene zu einer geschäftlichen Entscheidung geführt werde, die er bei Darstellung der wahren Sachlage nicht getroffen hätte. Umworbene gingen nicht davon aus, dass der Behauptung kein annähernd rezenter Test, sondern ein Test zugrunde liege, der vor nahezu fünf Jahren durchgeführt worden sei. Sie würden auch nicht darüber aufgeklärt, dass neben der beworbenen Matratze der Beklagten weitere 16 Matratzen mit derselben Bewertung „gut“ abgeschnitten hätten.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Sie habe zu Recht die Bezeichnung „Testsieger“ in Anspruch genommen, weil ihre Matratze in den wesentlichen Kriterien Schlafklima, Haltbarkeit und Bezug als einziges aller getesteten Produkte ein „Plus“ erhalten habe. Seit November 2003 habe es keinen neuen Matratzen-Test des Klägers gegeben. Die Rechtsnatur der vom Kläger verfassten Richtlinien sei zu hinterfragen, zumal sich auch der jeweilige Produzent der getesteten Produkte nicht gegen Testberichte des Klägers wehren könne. Es fehle zudem an der Wiederholungsgefahr, weil die Beklagte nach der zweiten Kontaktaufnahme des Klägers alles ihr Mögliche unternommen habe, um eine Änderung in der Bewerbung ihres Produkts „Sanovit Mystic“ herbeizuführen.

Das *Erstgericht* wies die Klage zur Gänze ab. Die Matratze der Beklagten habe im Vergleich zu den übrigen getesteten Matratzen tatsächlich die beste Bewertung erhalten. Eine Irreführung liege daher nicht vor. Eine Grundlage für die Rechtsverbindlichkeit der Richtlinien des Klägers sei nicht ersichtlich. Zu berücksichtigen sei weiters, dass der Kläger seit dem Jahr 2003 keinen weiteren Matratzentest mehr durchgeführt habe.

Das *Berufungsgericht* bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung der per-se-Verbote nach Z 2 und 4 des Anhangs zum UWG fehle. Unter die Z 2 des Anhangs zum UWG fielen nur Zeichen, die ausdrücklich verliehen werden und deren Verwendung von der Genehmigung der vergebenden Stelle abhängt. An einer Genehmigung fehle es beispielsweise, wenn die den Standard setzende Stelle lediglich die Bedingungen für die Verwendung einer bestimmten Bezeichnung aufstelle und die Einhaltung der Bedingungen überwache, ohne eine Genehmigung für die Verwendung der Bezeichnung zu erteilen oder ein entsprechendes Recht einzuräumen. Eine „Bestätigung“ im Sinn der Z 4 des Anhangs liege dann vor, wenn eine öffentliche oder private Stelle erkläre, dass sich bestimmte unternehmens- oder produktbezogene Umstände als richtig erwiesen. Nach den Richtlinien des Klägers sollen die

Testberichte und -urteile dem Verbraucher anhand objektiver Informationen den Markt übersichtlicher machen, nicht aber einzelnen getesteten Produkten Gütezeichen oder Qualitätskennzeichen verleihen. Ebenso wenig werde ein durchschnittlich informierter und verständiger Interessent die Bewerbung der Matratze der Beklagten als „Testsieger“ in einem in der Zeitschrift „Konsument“ veröffentlichten Matratzentest in dem Sinn auffassen, dass der Herausgeber der Zeitschrift „Konsument“ eine oder mehrere der getesteten Matratzen „bestätigt“, „gebilligt“ oder „genehmigt“ habe. Die beanstandete Werbung könne somit nicht unter einen der Tatbestände der „schwarzen Liste“ im Anhang zum UWG subsumiert werden. Auch eine irreführende Geschäftspraktik iSd § 2 UWG liege nicht vor, weil die Matratze der Beklagten im Test des Klägers tatsächlich die beste Beurteilung erhalten habe, sodass die Werbung nicht zur Irreführung geeignet sei. Was den fehlenden bzw nahezu unlesbar kleinen Hinweis auf das Alter des Tests betrifft, so ergebe sich aus 4 Ob 156/08g, dass ein Unternehmer, der mit für das beworbene Produkt günstigen Testergebnissen werbe, nicht verpflichtet sei, Angaben zu einer allenfalls erfolgten Veröffentlichung der Testergebnisse zu machen. Im Übrigen habe der Kläger seit November 2003 keinen weiteren Matratzentest durchgeführt. Seinen Richtlinien komme kein Normcharakter zu. Die erforderliche Beurteilung des irreführenden, aggressiven oder sonst unlauteren Charakters einer Geschäftspraktik sei im Einzelfall von den Gerichten vorzunehmen und könne nicht durch den Kläger vorweggenommen werden. Auch der Hinweis auf ein Markenrecht des Klägers an der Marke „Konsument“ eröffne ihm keinen Untersagungsanspruch, weil dem Markeninhaber nur der kennzeichenmäßige Gebrauch seines Zeichens vorbehalten sei.

Die *Revision* des Klägers ist *zulässig* und teilweise auch *berechtigt*.

Der Kläger macht geltend, das Test-Emblem sei einem Güte- oder Qualitätszeichen iSd Z 2 des Anhangs zum UWG gleichzuhalten; es komme nicht darauf an, ob ein solches Zeichen verliehen worden sei. Die Ansicht des Berufungsgerichts, ein Verstoß gegen Z 4 des Anhangs zum UWG setze eine ausdrückliche Behauptung voraus, sei aus der RL-UGP nicht ableitbar. Das Emblem enthalten die klare Aussage, die Werbung sei von der Klägerin gebilligt worden, was den Tatsachen widerspreche. Die Werbung der Beklagten verstoße aber auch gegen § 2 Abs 1 Z 2 UWG, weil sie weder über die Testergebnisse der anderen getesteten Matratzen, noch über den Testzeitpunkt aufkläre. Das Berufungsgericht habe sich nicht mit den in der Berufung gerügten sekundären Feststellungsmängeln auseinandergesetzt. Begehrt wird die Feststellung, dass „Konsument“ eine für den Kläger registrierte Marke sei und für den Kläger Namensfunktion erlangt hätte. Die Beklagte verwende den Namen unbefugt, nämlich entgegen den Werberichtlinien des Klägers.

Dazu ist wie folgt auszuführen:

1. Die Z 2 des Anhangs zum UWG schützt vor Irreführung durch die Verwendung von unternehmens- oder produktbezogenen Auszeichnungen, die der Verkehr deshalb als Hinweis auf eine besondere Güte und Qualität ansieht, weil sie aufgrund einer objektiven Prüfung vergeben werden (*Duursma/Duursma-Kepplinger* in *Gumpoldsberger/Baumann*, UWG Ergänzungsband [2009] Anhang Rz 10).

*Koppe/Zagouras*, Rechtsprobleme der Testwerbung, WRP 2008, 1035 [1045] halten die Einordnung des Testsiegels der Stiftung Warentest unter die Gütezeichen, Qualitätskennzeichen oder Ähnliches der Z 2 für zweifelhaft. Zwar könne man den Standpunkt vertreten, die Verwendung des Logos zu Werbezwecken ähnele dem Ansehen eines Güte- bzw Qualitätskennzeichens beim angesprochenen Verkehr, zumal auch Testsieger nach objektiven Kriterien erkoren würden. Dagegen spreche, dass solche Zeichen (gemeint seien die Güte- und Qualitätskennzeichen) nur vergeben würden, wenn im Vorhinein festgelegte Kriterien, wie eine bestimmte Materialbeschaffenheit, eingehalten würden. Bei der Verwendung der Siegel der Stiftung Warentest verhalte es sich jedoch anders, da ihre Tests

wertende Vergleichstests seien, die nicht dazu dienten, bestimmte Unternehmens- oder Produkteigenschaften auf einen Blick erkennbar zu machen.

Unter die Z 2 des Anhangs zum UWG fallen nur Zeichen, die ausdrücklich verliehen werden und deren Verwendung von der Genehmigung der vergebenden Stelle abhängt (vgl. *Köhler/Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG<sup>28</sup> [2010] Anh zu § 3 III Rz 2.4), ob diese Sichtweise auch auf das hier gegenständliche Test-Emblem zutrifft, das, welches im Übrigen auch keine „Genehmigung“ voraussetzt (vgl. *Duursma/Duursma-Kepplinger*, aaO Rz 12) kann offenbleiben, weil das angestrebte Unterlassungsgebot einen Verstoß gegen Z 2 des Anhangs nicht erfasst.

2. Zum behaupteten Verstoß gegen Z 4 des Anhangs bezieht sich die Klägerin auf einen in ihrem Medium veröffentlichten „Test“. Ein reines Testergebnis wird von den Verkehrsteilnehmern jedoch regelmäßig nicht als „behördliche Bewilligung oder Genehmigung“ verstanden. Die Verwendung des Test-Emblems durch die Beklagte stellte soweit keine als Behauptung der Bestätigung, Billigung oder Genehmigung des Produkts durch eine öffentliche oder private Stelle (vgl. *Anderl/Appl in Wiebe/Kodek*, UWG [2009] Anhang § 2 Rz 34) zu verstehende Aussage dar, sodass der Tatbestand der Z 4 des Anhangs zum UWG nicht erfüllt ist.

3. Seit der UWG-Novelle 2007 wird Werbung mit einer Spitzenstellung am Tatbestand des § 2 Abs 1 Z 2 UWG gemessen. Sie ist wettbewerbsrechtlich nur dann zu beanstanden, wenn die - ernstlich und objektiv nachprüfbar behauptete - Spitzenstellung nicht den Tatsachen entspricht oder die Ankündigung sonst zur Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise geeignet ist (RIS-Justiz RS0078472 [T36]).

Für die Ermittlung des Inhalts einer Werbeaussage wie auch für die Frage, ob sie danach zur Irreführung geeignet ist, ist entscheidend, wie der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Interessent für das Produkt die Werbeaussage versteht (RIS-Justiz RS0123292).

Die Vorinstanzen gehen zutreffend davon aus, dass der verständige Verbraucher das Test-Emblem derart auffasst, dass die Gesamtbewertung „Gut“ nicht notwendig nur der beworbenen Matratze der Beklagten, sondern auch anderen getesteten Produkten zukommt, die Matratze der Beklagten jedoch insgesamt am besten bewertet wurde. Dies ergibt sich auch aus dem Umstand, dass diese Matratze die meisten „Pluspunkte“ erhielt. Dieser Eindruck entspricht den Tatsachen und ist damit nicht zur Irreführung geeignet, zumal das Produkt der Beklagten auch an erster Stelle des Tests gereiht wurde.

4. Auch ohne Vorhandensein neuer Testergebnisse wird ein durchschnittlich informierter Verbraucher die Werbung mit einem Testergebnis als Hinweis auf ein (einigermaßen) zeitnahes Testverfahren und nicht auf ein Verfahren verstehen, das bereits nahezu fünf Jahre zurückliegt. Ob mittlerweile weitere Tests stattgefunden haben, ist nicht allein entscheidend. Die Irreführungseignung über die Aktualität des Testergebnisses ist daher ohne Rücksicht auf die - zwischen den Parteien nach dem festgestellten Sachverhalt ohnehin nicht vereinbarten - „Richtlinien“ des Klägers gegeben.

Die Entscheidung des Senats zu 4 Ob 156/08g, wonach der Unternehmer, der mit für das beworbene Produkt günstigen Testergebnissen wirbt, nicht verpflichtet ist, Angaben zu einer (allenfalls) erfolgten Veröffentlichung der Testergebnisse zu machen, steht der Annahme einer Irreführungseignung im vorliegenden Fall nicht entgegen. Im vorliegenden Fall geht es nicht um die Frage, ob der Unternehmer Hinweise auf die Fundstellen der Testergebnisse machen muss. Entscheidend ist vielmehr, ob die tatsächlichen Angaben (un-)richtig bzw. täuschungsgünstig sind. Diese Täuschungseignung über die Aktualität des Testergebnisses ist im konkreten Fall (lang zurückliegender Test) bei Weglassen eines - deutlich erkennbaren - Hinweises auf den Zeitpunkt des vom Kläger vorgenommenen Matratzentests jedenfalls zu bejahen.

Die Täuschung über die (mangelnde) Aktualität des Testergebnisses ist auch geeignet, Marktteilnehmer in Bezug auf die beworbene Matratze derart zu täuschen, dass sie dazu veranlasst werden, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten. Sie stellt eine irreführende Geschäftspraktik nach § 2 Abs 1 Z 2 UWG (Täuschung über die wesentlichen Merkmale von Tests oder Untersuchungen, denen das Produkt unterzogen wurde) dar.

5. Zur behaupteten Verletzung von Marken- bzw Namensrechten ist auf die zutreffende Beurteilung des Berufungsgerichts zu verweisen, wonach dem Markeninhaber (nur) der kennzeichenmäßige Gebrauch seines Zeichens vorbehalten ist (17 Ob 1/08h). Im Übrigen steht nicht fest, dass der Kläger der Beklagten die Werbung mit dem Testergebnis nur unter Einhaltung seiner Werberichtlinien gestattete, sodass eine Verletzung dieser Richtlinien schon deswegen keinen Eingriff in ein allfälliges Namensrecht des Klägers begründen kann. Davon abgesehen ist die Verletzung von Namensrechten nicht vom angestrebten Titel umfasst, ist „Konsument“ nicht der Name des Klägers und ist das Zitat einer Zeitschrift kein namensmäßiger Gebrauch zur Bezeichnung einer (Rechts-)Person.

6. Relevante Umstände, die den Wegfall der Wiederholungsgefahr in Bezug auf Werbung mit nicht mehr aktuellen Testergebnissen begründeten, wurden von der Beklagten nicht dargelegt. Unbestritten ist auch die Angemessenheit der begehrten Urteilsveröffentlichung.

7. Der Revision des Klägers war zum Teil Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung ist in § 43 ZPO iVm §50 Abs 1 ZPO begründet. Der Verfahrenserfolg war in seinem Ausmaß im Zweifel gleichteilig auszumessen, weshalb die Kosten gegeneinander aufzuheben waren. Die Pauschalgebühren hat jede der Parteien zur Hälfte zu tragen.

## **Anmerkung\***

### **I. Das Problem**

Das später beklagte Unternehmen bewarb im Jahr 2008 seine Matratzen im Internet und in Katalogen mit einem runden, selbst gestalteten „Testsieger“-Emblem: Im oberen Drittel fand sich die Bezeichnung „Testsieger“, darunter der Hinweis, dass das Modell „Sanovit Mystic“ von insgesamt 19 Matratzen die beste Testbewertung erhalten hätte und das „Konsument“-Testurteil auf „gut“ lautete, wieder darunter fand sich dann die Marke:



Am rechten Rand des Emblems war parallel zur Kreisrundung in fast unlesbarem Druck senkrecht zur übrigen Schrift „Konsument Ausgabe November 2003“ gedruckt. Tatsächlich waren die Testergebnisse über fünf Jahre alt.

\* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at); Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

Der klagende Verein für Konsumenteninformation (VKI) nahm den Matratzenhändler auf Unterlassung in Anspruch. Einerseits stützte sich die Klage auf Z 2 des Anh UWG, die eine Verwendung von Gütezeichen, Qualitätskennzeichen oder Ähnlichem ohne die erforderliche Genehmigung verbietet. Andererseits untersagt Z 4 Anh UWG die fälschliche Behauptung, dass ein Produkt von einer öffentlichen oder privaten Stelle bestätigt, gebilligt oder genehmigt worden war.

Die beiden Unterinstanzen wiesen die Klage zur Gänze ab, da die Matratze der Beklagten im Vergleich zu den übrigen getesteten Matratzen tatsächlich die beste Bewertung erhalten hatte. Eine Irreführung nach § 2 UWG lag daher nicht vor.

Das Höchstgericht hatte sich daher – soweit ersichtlich erstmals – mit der Auslegung der „per se-Verbote“ nach Z 2 und 4 Anh UWG sowie ihrem Verhältnis zum allgemeinen Irreführungstatbestand des § 2 UWG zu befassen.

## II. Die Entscheidung des Gerichts

Im Ergebnis bejahte der OGH eine Irreführungseignung über die Aktualität des Testergebnisses und gab der Unterlassungsklage nach § 2 UWG statt.

Auch ohne Vorhandensein neuerer Tests würde ein Durchschnittsverbraucher die Werbung mit einem Testurteil als Hinweis auf ein einigermaßen zeitnahes Testverfahren und nicht auf einen fünf Jahre alten Test verstehen.

Die Täuschungseignung lag im konkreten Fall (lang zurückliegender Test) bei Weglassen eines – deutlich erkennbaren – Hinweises auf den Testzeitpunkt für die Höchststrichter auf der Hand. Dieses Unterbleiben wesentlicher Informationen war auch geeignet, Marktteilnehmer in Bezug auf die beworbene Matratze derart zu täuschen, dass sie dazu veranlasst werden, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten, und stellte daher diese Art der Werbung eine irreführende Geschäftspraktik nach § 2 Abs 1 Z 2 UWG dar.

## III. Kritische Würdigung und Ausblick

Bemerkenswert erscheinen v.a. die Ausführungen der Höchststrichter zum letztlich im konkreten Fall verneinten Anwendungsbereich der Z 2 und 4 Anh UWG.

**Z 2 Anh UWG** schützt vor Irreführung durch die Verwendung von unternehmens- oder produktbezogenen Auszeichnungen, die der Verkehr deshalb als Hinweis auf eine besondere Güte und Qualität ansieht, weil sie aufgrund einer objektiven Prüfung vergeben werden. Unter die Vorschrift fallen daher nur Zeichen, die ausdrücklich verliehen werden und deren Verwendung von der Genehmigung der vergebenden Stelle abhängt.

Ein reines Testergebnis bzw. ein in einem Medium veröffentlichter „Test“ wird von den Verkehrsteilnehmern regelmäßig nicht als „behördliche Bewilligung oder Genehmigung“ iS der **Z 4 Anh UWG** verstanden. Die (irreführende) Verwendung des Test-Emblems stellt daher keine als Behauptung der Bestätigung, Billigung oder Genehmigung des Produkts durch eine öffentliche oder private Stelle zu verstehende Aussage dar, sodass der Tatbestand der Z 4 Anh UWG insoweit nicht erfüllt ist.

Dabei ist kritisch anzumerken, dass der Wortlaut der Z 4 Anh UWG allerdings nicht nur die Bewilligung und Genehmigung (wobei es sich wohl um Synonyme handelt) eines Produktes durch eine – im vorliegenden Fall – private Stelle nennt, sondern davon ausgeht, dass ein Produkt von einer solchen (privaten oder öffentlichen) Stelle „*bestätigt, gebilligt oder genehmigt worden sei*“.

Nach dem allgemeinen Sprachverständnis bedeuten

- „bestätigen“: für richtig, zutreffend erklären,<sup>1</sup>
- „genehmigen“: die Verwirklichung einer Absicht, die jemand als Antrag, Gesuch o.ä. vorgebracht hat, gestatten,<sup>2</sup> und
- „billigen“: gutheißen, für angebracht halten.<sup>3</sup>

Während bei den ersten beiden Varianten der amtlich offizielle Charakter im Vordergrund steht, deutet die dritte Alternative eher auf ein Befürworten oder eine Empfehlung hin. Die Regelung der Z 4 Anh UWG entspricht wörtlich der Nr. 4 des Anh I UGP-RL, sodass in letzter Konsequenz sich der EuGH – im Wege einer Vorabentscheidung – dazu äußern müsste, ob diese Begriffe synonym ausschließlich im Sinn einer „Genehmigung“ zu verstehen sind. Es spricht einiges dagegen.

Die vom 4. Senat zutreffend als spürbar qualifizierte Täuschung über die Aktualität der Testergebnisse steht mit der **Kommunikationsklausel des § 2 Abs 4 UWG** durchaus im Einklang. Demnach ist z.B. ein Unternehmer, der mit einem günstigen Testurteil wirbt, zwar nicht verpflichtet ist, Angaben zu einer allenfalls erfolgten Veröffentlichung zu machen.<sup>4</sup> Allerdings geht es im vorliegenden Fall nicht um die Frage, ob der Unternehmer Hinweise auf die Fundstelle der Testergebnisse machen muss, sondern um deren inhaltliche Richtigkeit. Eine **Irreführung durch das Unterbleiben bestimmter Informationen** über das beworbene Produkt setzt voraus, dass der Unternehmer für das geschäftliche Verhalten eines Durchschnittsverbrauchers bedeutsame Umstände verschwiegen, die Letzterer benötigt hätte, um in der Folge eine informierte geschäftliche Entscheidung treffen zu können. Insofern erfasst § 2 Abs 4 UWG auch Geschäftspraktiken, die bloß einen durch Irreführung verursachten Anlockeffekt entfalten und bei denen der beim Verbraucher zunächst veranlasste Irrtum durch eine nachträgliche Ergänzung und/oder Richtigstellung der Produktinformation noch vor dem Zeitpunkt seiner endgültigen geschäftlichen Entscheidung aufgeklärt wird.<sup>5</sup>

**Ausblick:** Abschließend ist zu bemerken, dass seit der UWG-Novelle 2007 die **Werbung mit einer Spitzenstellung** am Tatbestand des § 2 Abs 1 Z 2 UWG gemessen wird. Sie ist lauterkeitsrechtlich nur dann zu beanstanden, wenn die – ernstlich und objektiv nachprüfbar behauptete – Spitzenstellung nicht den Tatsachen entspricht oder die Ankündigung sonst zur Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise geeignet ist.

#### IV. Zusammenfassung

Nach zutreffender Ansicht des OGH ist die Irreführung über die Aktualität des Testergebnisses jedenfalls geeignet, die Kaufentscheidung zu beeinflussen. Die Täuschung über die (mangelnde) Aktualität des Testergebnisses (für die betroffenen Matratze) stellt demzufolge eine irreführende Geschäftspraktik nach § 2 Abs 1 Z 2 UWG als Täuschung über die wesentlichen Merkmale von Tests oder Untersuchungen, denen das Produkt unterzogen wurde, dar.

<sup>1</sup> Duden (Hg), Deutsches Universal Wörterbuch (1983), 189 mSp.

<sup>2</sup> Duden (Hg), Deutsches Universal Wörterbuch (1983), 477 lSp.

<sup>3</sup> Duden (Hg), Deutsches Universal Wörterbuch (1983), 202 lSp.

<sup>4</sup> OGH 18.11.2008, 4 Ob 156/08g – *Stiftung Warentest*, wbl 2009/89, 206 = ecolex 2009/161, 423 (*Schumacher*) = ÖBl-LS 2009/86/87, 58.

<sup>5</sup> OGH 18.11.2008, 4 Ob 163/08m – *aon TV/Fernsehen der Zukunft*, wbl 2009/115, 256 = MR 2009, 52 = ecolex 2009/233, 604 (*Horak*).