

Neu:
Rechtsprechung
UPC!

ÖBBL

Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht

Beiträge

Horizontal-LL und Data Act

Alexandra Ivanova, Sebastian Reiter

Weiterentwicklung Schutz geografischer Angaben

Antonia Hirsch, Anna Katharina Tipotsch

Rechtsprechung

in case of – Anwaltsvermittlungsplattform

David Plasser

Österreichs größtes privat geführtes Unternehmen – wahre Größe

Jacqueline Bichler, Veronika Krickl

Reichweite der Widerklage – die überschüssige Widerklage

Irmgard Nemeč

Fahrradsattel II – der Fahrradsattel-Komplex

Emanuel Boesch

Vertriebsverträge – Vertriebshändler im Vertriebsnetz

Anna Wolf-Posch, Philipp Schaubach

Auslegung von Patentansprüchen – nicht ohne die „Kunstfigur“

Johannes Gall-Schuhmann, Robert Claudius Schardmüller

Wahre Größe

§ 2 UWG

- ▶ Auch Werbung mit dem primären Ziel, möglichst qualifizierte Mitarbeiter:innen zu gewinnen, zählt zum „geschäftlichen Verkehr“.
- ▶ Die Behauptung, „Österreichs größtes privat geführtes Unternehmen“ in bestimmten Wirtschaftsbereichen zu sein, enthält im Kern eine konkrete und nachprüfbare Tatsachenbehauptung, die als Werbebotschaft nur dann lauter wäre, wenn sie zuträfe.

Bearbeitet von REINHARD HINGER

Sachverhalt

Die Kl war von 2008 bis 2018 eine Tochtergesellschaft der Bekl. Beide Parteien sind im selben Geschäftszweig der Gebäudetechnik und -automation tätig.

Fraglich war, ob das Platzieren von Job-Angeboten auf Social Media dem geschäftlichen Verkehr zuzurechnen ist und ob eine bestimmte Werbeaussage ausreichend tatsachennah ist (was zur Folge hätte, dass sie wahr sein muss, um nicht unlauter zu sein).

Die Bekl wendet sich nahezu ausschließlich an Geschäftskunden wie Bauunternehmen, Installateure, Planungsbüros oder Unternehmen der öffentlichen Hand, erbringt aber auch Leistungen für Inhaber größerer Häuser oder Villen mit mehr als 200 m² Wohnfläche, wofür sie aber bis auf Ausnahmefälle ebenfalls nicht von den Bauherren direkt, sondern meist durch von diesen beauftragte Bauunternehmen oder Installateure beigezogen wird.

Im Oktober und November 2021 erschienen zwei der Bekl zurechenbare Jobanzeigen auf Facebook, worin sie als „Öster-

Lauterkeitsrecht

OGH 25. 4. 2023, 4 Ob 223/22f (OLG Linz, 3 R 119/22y, LG Salzburg 3 Cg 78/21h), ECLI:AT:OGH0002:2023:0040OB00223.22F.0425.000
Österreichs größtes privat geführtes Unternehmen
ÖBl 2023/83

reichs größtes privat geführtes Unternehmen im Bereich Gebäudeautomation und führendes Unternehmen im Bereich Elektroanlagenbau“ bzw „Österreichs größtes privat geführtes Unternehmen im Bereich Gebäudetechnik und führendes Unternehmen im Bereich Elektroanlagenbau“ bezeichnet wurde.

Die Bekl schaltete im Dezember 2021 auch auf LinkedIn unter der Rubrik „Jobs“ eine Personalanzeige, worin sie ebenfalls als „Österreichs größtes privat geführtes Unternehmen im Bereich Gebäudetechnik und führendes Unternehmen im Bereich Elektroanlagenbau“ bezeichnet wurde.

Die Kl begehrt, der Bekl gem § 14 UWG zu verbieten, ihr Unternehmen als „Österreichs größtes privat geführtes Unternehmen im Bereich Gebäudeautomation“ und/oder „Österreichs größtes privat geführtes Unternehmen im Bereich Gebäudetechnik“ zu bewerben, wenn dies gar nicht der Fall sei; weiters stellt sie ein Veröffentlichungsbegehren.

Das ErstG wies die Klage ab. § 2 UWG setze das Vorliegen einer Geschäftspraktik¹ iSd § 1 Abs 4 Z 2 UWG voraus, die wiederum einen unmittelbaren Zusammenhang mit Absatzförde-

²² 4 Ob 185/17k; RS0129497 [T 3].

¹ In der Folge: **Gpr.**

ring, Verkauf oder Lieferung eines Produkts voraussetze. Werbemaßnahmen, die sich an potenzielle Arbeitnehmer richteten, seien keine Geschäftspraktiken. Selbst wenn man dies anders sähe und selbst wenn man die Unrichtigkeit der Angaben und deren Täuschungseignung bejahen würde, wäre dies für die potenziellen Kunden der Bekl, ihre Konkurrenten und die potenziellen Arbeitnehmer irrelevant. Dasselbe gelte bei Beurteilung als sonstige unlautere Handlung im Lichte des § 1 Abs 1 UWG.

Das BerG bestätigte die erstgerichtliche E. Ob eine Angabe zur Irreführung geeignet wäre, sei keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage, wenn für die Beurteilung ihrer Wirkung auf die angesprochenen Verkehrskreise die Erfahrungssätze des täglichen Lebens ausreichten.

Der OGH gab der ao Rev der Kl Folge und hob die E der Vorinstanzen zur neuerlichen Entscheidung durch das ErstG auf.

Begründung

[17] **1.** Vorauszuschicken ist, dass die Kl ihr Begehren bereits in erster Instanz auf Irreführung nach § 2 UWG stützte. Stellt sich die Frage nach einer unlauteren und daher unzulässigen Gpr, so ist grundsätzlich zunächst zu prüfen, ob die Gpr aggressiv (§ 1 a UWG) oder irreführend (§ 2 UWG) ist, und erst danach die Frage, ob sie unter die Generalklausel des § 1 UWG fällt (vgl RS0123062), es sei denn, das Begehren würde – was hier nicht vorliegt – auf eine lauterkeitsrechtlich relevante Verletzung (anderer) genereller Normen gestützt (Fallgruppe Rechtsbruch; vgl 4 Ob 113/08h).

[18] **2.1.** Eine Gpr gilt nach § 2 Abs 1 UWG als irreführend, wenn sie unrichtige Angaben enthält oder sonst geeignet ist, einen Marktteilnehmer in Bezug auf das Produkt über einen oder mehrere der in § 2 Abs 1 Z 1 bis 7 UWG genannten Punkte (Z 2: die wesentlichen Merkmale des Produkts oder die wesentlichen Merkmale von Tests oder Untersuchungen, denen das Produkt unterzogen wurde; Z 6: die Person, die Eigenschaften oder die Rechte des Unternehmers oder seines Vertreters, wie Identität und Vermögen, seine Befähigungen, sein Status, seine Zulassung, Mitgliedschaften oder Beziehungen sowie gewerbliche oder kommerzielle Eigentumsrechte oder Rechte an geistigem Eigentum oder seine Auszeichnungen und Ehrungen) derart zu täuschen, dass dieser veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Jedenfalls als irreführend gelten nach § 2 Abs 2 UWG die im Anhang zum UWG angeführten Gpr.

[19] **2.2.** Wer im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Gpr anwendet, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und in Bezug auf das jeweilige Produkt geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, wesentlich zu beeinflussen, kann nach § 1 Abs 1 Z 2 UWG auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz iSd § 16 UWG in Anspruch genommen werden.

[20] Der Relativsatz in § 1 Abs 1 Z 2 UWG ist iSv Art 5 Abs 2 RL-UGP 2005/29/EG als eine Definition des Begriffs der unlauteren Gpr zu verstehen: § 2 UWG konkretisiert die Generalklausel des § 1 Abs 1 Z 2 UWG für den Fall irreführender Gpr. Ist der Tatbestand des § 2 UWG erfüllt, so werden zumindest im Regelfall eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt und eine wesentliche Beeinflussung eines Durchschnittsverbrauchers iSv § 1 Abs 1 Z 2 UWG vorliegen (vgl 4 Ob 42/08t).

[21] **2.3.** Gem EuGH C-435/11, *CHS Tour*, ist die RL-UGP 2005/29/EG dahin auszulegen, dass im Fall einer Gpr, die alle in Art 6 Abs 1 RL-UGP 2005/29/EG genannten Voraussetzungen für eine Einstufung als den Verbraucher irreführende Praxis erfüllt, nicht

geprüft zu werden braucht, ob eine solche Praxis auch den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt iSv Art 5 Abs 2 lit a RL-UGP 2005/29/EG widerspricht, um sie als unlauter und mithin nach Art 5 Abs 1 RL-UGP 2005/29/EG verboten ansehen zu können.

[22] Beim Irreführungstatbestand des § 2 UWG ist in diesem Lichte allgemein zu prüfen, wie ein Durchschnittsadressat die strittige Ankündigung versteht, ob dieses Verständnis den Tatsachen entspricht und ob eine nach diesem Kriterium unrichtige Angabe geeignet ist, ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte (RS0123292). Ist eine Gpr in diesem Sinne irreführend nach § 2 Abs 1 UWG, so ist sie unlauter und daher verboten, ohne dass auch noch zu prüfen wäre, ob die berufliche Sorgfalt eingehalten wurde (RS0129125); es kommt insb nicht auf die Erkennbarkeit der Unrichtigkeit der eigenen Aussage für den Werbenden an, sondern nur auf deren objektive Unrichtigkeit (vgl RS0129125 [T 1]).

[23] **3.1.** Der Schutzzweck des Irreführungsverbots nach § 2 UWG richtet sich im Vertikalverhältnis sowohl auf den B2B- als auch auf den B2C-Bereich und erstreckt sich nicht nur auf das Verhältnis zur Marktgegenseite, sondern gleichberechtigt auch auf das Horizontalverhältnis gegenüber dem Mitbewerber (arg „Marktteilnehmer“; vgl *Anderl/Appl* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 2 [2022] Rz 12f und 15f); Allein- und Spitzenstellungswerbung ist eine Werbemethode, die sowohl unternehmens- als auch produktbezogen gesetzt werden kann (*Anderl/Appl* aaO Rz 172).

[24] **3.2.** Seit der UWG-Nov 2007 wird Werbung mit einer Spitzenstellung (ebenso wie vergleichende Werbung) regelmäßig am Tatbestand des § 2 Abs 1 Z 2 UWG gemessen. Sie ist wettbewerbsrechtlich 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 (vgl RS0078472 [T 36]).

[25] Eine Marktführerschaft richtet sich im Allgemeinen nach dem Marktanteil, der den wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens abbildet (RS0078557 [T 10]). Die Inanspruchnahme einer Spitzenstellung etwa als größtes Unternehmen Österreichs setzt damit voraus, dass tatsächlich ein stetiger und erheblicher Vorsprung vor allen Mitbewerbern Österreichs besteht (vgl RS0078557 [T 5, T 6]). Entspricht die beanstandete Behauptung zur Spitzenstellung nicht den Tatsachen oder sind die Angaben unvollständig, so liegt eine irreführende Gpr vor (4 Ob 38/19w).

[26] **3.3.** Die Frage, ob eine bestimmte Werbeaussage eine objektiv überprüfbare Tatsachenbehauptung oder nur eine rein subjektive, jeder objektiven Nachprüfung entzogene Meinungskundgebung (oder gar eine nicht ernst zu nehmende Marktschreierei) ist, ist immer nach dem Gesamteindruck der Ankündigung – unter Berücksichtigung ihres Gegenstands, ihrer Form, des Zusammenhangs, in den sie gestellt wird, sowie aller sonstigen Umstände, die für das angesprochene Publikum maßgebend sein können – zu beurteilen (RS0078340; vgl RS0078352; RS0043590 [T 49]). Ob Angaben zur Irreführung geeignet sind, ist sowohl nach der Rechtslage vor als auch aufgrund jener nach der UWG-Nov 2007 vom Gesamteindruck der Werbung abhängig (4 Ob 177/08w mwN), wobei auf das Leitbild des anlass- und situationsbezogen angemessen gut unterrichteten, aufmerksamen und kritischen Werbungsadressaten abzustellen ist (vgl RS0114366 [insb T 5]); bei einer mehrdeutigen Angabe muss der Werbende die für ihn ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen (RS0078624; RS0078524 [T 12, T 13]), es sei denn der Sinngehalt der beanstandeten Ankündigung wäre nach dem Verständnis des unbefangenen Durchschnittsbetrachters in einer bestimmten Richtung klar (RS0085169). Die Frage des Eindrucks

der angesprochenen Kreise ist nach stRsp eine Rechtsfrage, wenn zu ihrer Beurteilung – wie hier – die Erfahrungen des täglichen Lebens ausreichen (vgl RS0039926 [insb T 26, T 28]).

[27] Diese Frage, wie die angesprochenen Verkehrskreise eine Werbeaussage verstehen und ob sie demnach zur Irreführung geeignet ist, hat ebenso keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung wie die Frage, welche Bedeutung und welches Gewicht das angesprochene Publikum möglichen Faktoren zur Bewertung der Spitzenstellung beimisst; sie sind daher nicht erheblich iSd § 502 Abs 1 ZPO, es sei denn, es liegt eine krasse Fehlbeurteilung vor, die im Interesse der Rechtssicherheit wahrgenommen werden muss (vgl RS0078557 [T 11]; RS0107771; 4 Ob 38/19w).

[28] 4. Ein solcher Fall liegt hier vor:

[29] 4.1. Die Bekl hat sich in den festgestellten Job-Annoncen als Österreichs größtes privat geführtes Unternehmen im Bereich Gebäudeautomation bzw -technik bezeichnet. Die Zurechenbarkeit dieser Annoncen nach § 18 UWG wird – wie schon das BerG zutreffend erkannt hatte – auch von der Bekl nicht in Frage gestellt.

[30] 4.2. Diese Aussagen enthalten zumindest im Kern konkrete und nachprüfbar Tatsachenbehauptungen und lassen eine nach Umfang und Dauer erhebliche wirtschaftliche Sonderstellung des werbenden Unternehmens erwarten, welche diesem einen beachtlichen und dauerhaften Vorsprung vor seinen Mitbewerbern sichert (vgl 4 Ob 314/82, ÖBl 1982, 124).

[31] 4.3. Dass diese Aussagen in Job-Annoncen auf Social-Media-Plattformen getätigt wurden, vermag nichts daran zu ändern, dass dies „im geschäftlichen Verkehr“ geschah: Einerseits sind die Postings sowohl in Facebook als auch in LinkedIn grds nicht darauf beschränkt, nur von konkreten Stelleninteressenten gelesen zu werden, oder nur für solche konkreten Personen bestimmt oder an diese gerichtet, sondern grds allgemein für beliebige Plattformteilnehmer offen zugänglich gewesen. Andererseits sind – worauf die Rev grds zutreffend hinweist – (nicht nur, aber besonders auch in Zeiten des Fachkräftemangels) Handlungen, Unterlassungen, Verhaltensweisen oder Erklärungen, kommerzielle Mitteilungen einschließlich Werbung und Marketing im Wettbewerb um möglichst qualifizierte Mitarbeiter als hinreichend eng mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung der Leistungen und Produkte eines Unternehmens zusammenhängende Geschäftspraktiken iSd § 1 Abs 4 Z 2 UWG anzusehen.

[32] 4.4. Die Ansicht, dass die dargelegten Kernaussagen von 4 Ob 314/82, ÖBl 1982, 124, im Lichte der UWG-Nov 1997 nicht mehr einschlägig sein sollten, ist ebenso wenig zu teilen wie die – vom BerG zutreffend, ungeachtet ihrer Kleidung in eine „Feststellung“, als rechtliche Beurteilung qualifizierte – Ansicht, dass es den Aussagen an Relevanz mangle, weil sie das Entscheidungsverhalten der Maßfigur nicht ausschlaggebend beeinflussen würden. Gerade die Einleitung der Annoncen mit der Selbstvorstellung der Bekl mit einer Spitzenstellung kann dazu führen, dass sich auch ein angemessen aufmerksamer und kritischer Leser, der sich für eine Anstellung bei der Bekl interessiert, ebenso wie ein potenzieller Konsument der Produkte der Bekl dadurch veranlasst sieht, sich mit deren Angeboten zu befassen, ihnen letztlich auch näherzutreten, was somit für die geschäftliche Entscheidung des Adressaten iSd § 2 Abs 1 Satz 1 UWG relevant (vgl 4 Ob 148/09g) sein kann.

[33] 4.5. Der Senat erachtet daher zusammengefasst die Ausführungen der Vorinstanzen, warum der von der Kl konkret relevierte § 2 UWG hier nicht schlagend werden sollte, als nicht stichhaltig; die Aussagen der Bekl können vielmehr grundsätzlich als irreführende Geschäftspraktiken iSe unlauteren Spitzenstellungswerbung angesehen werden.

[34] 5.1. Grundlage der Prüfung beim Irreführungstatbestand sind der vom Kl behauptete konkrete Sachverhalt, dessen detaillierte Benennung des Irreführungspunkts und das Begehren, in dem sich Letzterer widerspiegelt (RS0133172; 4 Ob 241/19y; 4 Ob 163/22g).

[35] 5.2. Wenn ein Unterlassungsgebot konditional („wenn“) mit bestimmten Prüftatsachen verknüpft wird, kann es nur dann erlassen werden, wenn auch diese Tatsachen bewiesen wurden (RS0037440 [T 19]). Wenn der Kl die Abweichung von den wirklichen Begebenheiten somit konditional (durch die Verknüpfung mit „wenn“) in sein Unterlassungsbegehren aufnimmt, hat er auch das Prüfkalkül für die behauptete Abweichung von den Tatsachen festgelegt (vgl 4 Ob 147/20a mwN).

[36] 6.1. Die Kl hat ihr Begehren auf Unterlassung, das Unternehmen der Bekl als „Österreichs größtes privat geführtes Unternehmen im Bereich Gebäudeautomation“ und/oder „Österreichs größtes privat geführtes Unternehmen im Bereich Gebäudetechnik“ zu bewerben, mit der Bedingung verknüpft, „wenn dies gar nicht der Fall ist“.

[37] Prüfkalkül ist hier damit die Frage, ob der Bekl die von ihr behauptete Rolle tatsächlich zukommt.

[38] 6.2. In Fällen der Spitzenstellungswerbung muss regelmäßig der Werbende die Richtigkeit der in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen behaupten und beweisen (vgl RS0116971 [T 4, T 10]; 4 Ob 33/13a).

[39] 7.1. Aufgrund ihrer vom OGH nicht geteilten Rechtsansicht haben die Tatsacheninstanzen keine Feststellungen zur Richtigkeit der von der Bekl in ihrer Werbung behaupteten Spitzenstellung nach den dargelegten Parametern getroffen.

[40] Die vom ErstG im Rahmen seiner Feststellungen getroffene Aussage, es könne nicht festgestellt werden, ob irgendein anderes österr Unternehmen im Bereich Gebäudetechnik bzw Gebäudeautomation einen höheren Jahresumsatz als die Bekl erziele, sollte – wie aus der Beweiswürdigung eindeutig hervorgeht – nur zum Ausdruck bringen, dass es Beweisanträgen zu diesem Thema mangels rechtlicher Relevanz nicht entsprach.

[41] 7.2. Es liegen damit rechtliche Feststellungsmängel vor, welche die Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen unvermeidlich machen. Diese Mängel werden im fortgesetzten Verfahren zu beheben und es wird aufgrund der demnach im aufgezeigten Sinne zu verbreiternden Sachverhaltsgrundlage zu beurteilen sein, ob die Bekl mit ihrer von der Kl relevierten Spitzenstellungswerbung eine irreführende Gpr iSd § 2 UWG an den Tag gelegt hat.

Anmerkung



JACQUELINE BICHLER, Rechtsanwältin, Stadler Völkel Rechtsanwälte GmbH, Wien.

VERONIKA KRICKL, Rechtsanwaltsanwältin, Stadler Völkel Rechtsanwälte GmbH, Wien.

Das bekl Unternehmen schaltete Jobanzeigen auf Facebook und LinkedIn und behauptete darin, „Österreichs größtes privat geführtes Unternehmen im Bereich Gebäudeautomation und führendes Unternehmen im Bereich Elektroanlagenbau“ bzw „Österreichs größtes privat geführtes Unternehmen im Bereich Gebäudetechnik und führendes Unternehmen im Bereich Elektroanlagenbau“ zu sein. Zu klären war, ob diese Spitzenstellungs-

behauptungen als irreführende Geschäftspraktik (§ 2 UWG) unzulässig sind.

Spitzenstellungswerbung

Spitzenstellungswerbung ist eine Werbemethode, die sowohl unternehmens- als auch produktbezogen gesetzt werden kann.² Die inhaltliche Prüfung von Spitzenstellungswerbung – als Form der vergleichenden Werbung iSd § 2a UWG – erfolgt nach § 2 UWG.³ Lauterkeitsrechtlich problematisch wird Werbung mit einer Spitzenstellung dann, wenn die **ernstlich und objektiv nachprüfbar behauptete Spitzenstellung nicht den Tatsachen entspricht oder sonst zur Irreführung geeignet** ist.⁴

Behauptet ein Unternehmen, das **größte** zu sein, muss es in allen maßgeblichen Aspekten des angegebenen Bereichs auch **tatsächlich einen erheblichen Vorsprung** gegenüber allen Mitbewerbern Österreichs haben.⁵

Geschäftspraktik

Die Frage, ob Werbemaßnahmen gegenüber potenziellen Arbeitnehmern als Gpr qualifiziert werden können, wurde in der Lit bislang überwiegend verneint.

Nach *Görg* bestehe bei einer Imagewerbung gegenüber potenziellen Arbeitnehmern kein unmittelbarer Absatzförderungszusammenhang, da das Unternehmen in solchen Fällen lediglich als Nachfrager agiert.⁶ So seien Stellenanzeigen, die potenzielle Arbeitnehmer anlocken sollen, dem Nachfragewettbewerb zuzurechnen, nämlich um die Erbringung von Arbeitsleistungen als Dienstleistungen.⁷

Auch *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* verneinen bei Werbemaßnahmen, die ein Unternehmen primär gegenüber potenziellen Arbeitnehmern positiv darstellen sollen, deren Eigenschaft als Gpr iSd § 1 Abs 4 Z 2 UWG. Richten sich Mitteilungen an Adressaten, die nicht in ihrer Abnehmereigenschaft angesprochen werden, weil das Unternehmen einen (nicht nur vorgeschobenen) Zweck verfolgen will, liegt kein unmittelbarer Zusammenhang mit der Absatzförderung vor.⁸

Auch die Vorinstanzen gingen davon aus, dass im vorliegenden Fall keine Gpr vorliegt. Dies sah der OGH jedoch anders. Handlungen, Unterlassungen, Verhaltensweisen oder Erklärungen, kommerzielle Mitteilungen einschließlich Werbung und Marketing **im Wettbewerb um möglichst qualifizierte Mitarbeiter** sind – nicht nur, aber besonders auch in Zeiten des Fachkräftemangels – **als hinreichend eng mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung der Leistungen und Produkte** eines Unternehmens **zusammenhängende Geschäftspraktiken** zu sehen. Damit stellte der OGH klar, dass bei Werbemaßnahmen, die sich primär an potenzielle Arbeitnehmer richten, sehr wohl eine Gpr vorliegen kann. In der E *Thermoservice*⁹ hielt der OGH bereits fest, dass bei der Aufnahme einer für ein Stellenangebot nicht notwendigen und eher ungewöhnlichen Behauptung einer Spitzenstellung des inserierenden Unternehmens in ein Inserat die Lebenserfahrung dafürspricht, dass damit auch eine Werbung für dieses Unternehmen verbunden sein soll.

Irreführung nach § 2 UWG

Sowohl nach der Rechtslage vor als auch nach der UWG-Nov 2007 ist beim Irreführungstatbestand zu prüfen,

- ▶ (a) wie ein durchschnittlich informierter und verständiger Interessent für das Produkt, der eine dem Erwerb solcher Pro-

dukte angemessene Aufmerksamkeit aufwendet, die strittige Ankündigung versteht,

- ▶ (b) ob dieses Verständnis den Tatsachen entspricht und ob
- ▶ (c) eine nach diesem Kriterium unrichtige Angabe geeignet ist, den Kaufinteressenten zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte.¹⁰

Nachprüfbar behauptete Spitzenstellung?

Die Bekl argumentierte, dass die fraglichen Behauptungen so allgemein gehalten seien, dass sie keine konkreten Rückschlüsse auf ein Tatsachensubstrat zuließen, weshalb sie einer **Überprüfung auf ihre Richtigkeit nicht zugänglich** seien.

Für die Prüfung, ob eine Spitzenstellungsbehauptung zur Irreführung geeignet ist oder nicht, ist zunächst zu klären, ob überhaupt eine einer **Überprüfung zugängliche Angabe (objektive Tatsachenbehauptung)** gegeben ist oder ob **bloß marktschreierische Übertreibungen bzw subjektive Werturteile** vorliegen.¹¹ Dabei ist nicht die äußere – insb sprachliche oder grammatikalische – Form, sondern die **Wirkung auf das Publikum** maßgeblich. Entscheidend ist der **Gesamteindruck** unter Berücksichtigung des Zusammenhangs, in den die Werbung gestellt wird, sowie alle sonstigen maßgebenden Umstände.¹² Fasst der Verkehr die Behauptung als marktschreierische Anpreisung auf, bleibt idR allerdings als Tatsachenkern die Behauptung erstklassiger Qualität oÄ übrig.¹³

Der OGH teilte die Ansicht der Bekl nicht. Die Aussagen enthalten **zumindest im Kern konkrete und nachprüfbare Tatsachenbehauptungen** und lassen eine nach Umfang und Dauer **erhebliche wirtschaftliche Sonderstellung** des werbenden Unternehmens **erwarten**, welche diesem einen beachtlichen und dauerhaften Vorsprung vor seinen Mitbewerbern sichert.¹⁴

Relevanz

Voraussetzung für das Vorliegen einer irreführenden Gpr ist weiters die **Relevanz** der Irreführungseignung für den geschäftlichen Entschluss, dh eine (zumindest potenzielle) Kausalität für eine geschäftliche Entscheidung, die andernfalls nicht getroffen worden wäre.¹⁵ Dabei ist Relevanz nach der stRsp schon dann zu bejahen, wenn der Durchschnittsabnehmer zu einer näheren Befassung mit dem Angebot veranlasst werden kann.¹⁶

² *Anderl/Appl in Wiebe/Kodek* (Hrsg), Kommentar zum UWG² § 2 Rz 172 (Stand 10. 1. 2023, rdb.at).

³ *Anderl/Appl in Wiebe/Kodek*, UWG² § 2 Rz 174 (Stand 10. 1. 2023, rdb.at).

⁴ RIS-Justiz RS0078472.

⁵ OGH 25. 4. 2023, 4 Ob 223/22f, Rz 25; *Anderl/Appl in Wiebe/Kodek*, UWG² § 2 Rz 179 (Stand 10. 1. 2023, rdb.at); *Görg*, Kommentar zum UWG (2020) § 2 Rz 219; vgl RIS-Justiz RS0078557 [T 5, T 6].

⁶ *Görg*, UWG § 1 Rz 75.

⁷ *Görg*, UWG § 1 Rz 98.

⁸ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller in Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 44 (Stand 22. 5. 2021, rdb.at).

⁹ OGH 4. 5. 1982, 4 Ob 314/82.

¹⁰ RIS-Justiz RS0123292; OGH 25. 4. 2023, 4 Ob 223/22f, Rz 22.

¹¹ *Kraft/Steinmair in Kraft/Steinmair* (Hrsg), UWG Praxiskommentar² (2019) § 2 Rz 24.

¹² RIS-Justiz RS0078340; vgl RS0078352; RS0043590 [T 49]; *Görg*, UWG § 2 Rz 199.

¹³ *Görg*, UWG § 2 Rz 201; *Anderl/Appl in Wiebe/Kodek*, UWG² § 2 Rz 177 (Stand 10. 1. 2023, rdb.at).

¹⁴ OGH 25. 4. 2023, 4 Ob 223/22f, Rn 30.

¹⁵ *Görg*, UWG § 2 Rz 30.

¹⁶ *Görg*, UWG § 2 Rz 33, 311; stRsp, zB OGH 17. 12. 2013, 4 Ob 202/13d.

Eine solche Relevanz lag nach Ansicht der Vorinstanzen nicht vor. Dem BerG zufolge mangelte es den Aussagen an Relevanz, weil sie das Entscheidungsverhalten der Maßfigur nicht ausschlaggebend beeinflussen. Auch diese Ansicht der Vorinstanzen teilte der OGH nicht. Gerade die Einleitung der Annoncen mit der Selbstvorstellung mit einer Spitzenstellung kann dazu führen, dass sich auch ein angemessen aufmerksamer und kritischer Leser, der sich für eine Anstellung bei der Bekl interessiert, ebenso wie ein potenzieller Konsument der Produkte **veranlasst sieht, sich mit den Angeboten zu befassen**, ihnen letztlich auch näherzutreten, was somit für die geschäftliche Entscheidung des Adressaten iSd § 2 Abs 1 Satz 1 UWG relevant sein kann.

Die Aussagen der Bekl können damit **grundsätzlich als irreführende Geschäftspraktiken** iSe unlauteren Spitzenstellungswerbung angesehen werden.

Da die Vorinstanzen keine Feststellungen zur Richtigkeit der behaupteten Spitzenstellungswerbung getroffen haben, hat der OGH die E der Vorinstanzen aufgehoben und die Sache an das ErstG zurückverwiesen.¹⁷

Die E des ErstG bleibt mit Spannung abzuwarten.

¹⁷ OGH 25. 4. 2023, 4 Ob 223/22f, Rz 39.