Schriftenreihe der Schweizerischen Kommission
zur Überwachung der Lauterkeit in der Werbung

Heft Nr. 1/Februar 1980

Vergleichende Werbung

Hanspeter O. Marti,
Dr. iur., Fürsprecher,
Zürich

Separatdruck aus «Werbung/Publicité» Nr. 12/1979

I. Pro und contra vergleichende Werbung

Sich mit der Person oder der Leistung des Gegners im wirtschaftlichen Wettbewerb auseinanderzusetzen, mag auf den ersten Blick *fragwürdig* scheinen, obgleich die Konfrontation der eigenen mit der fremden Leistung Merkmal der Werbung ist. Den Konkurrenten beim Namen zu nennen oder doch unmissverständlich auf ihn hinzuweisen, weckt bei manchem Werber und Konsumenten ungute Gedanken an «Ehrverletzung» oder «Kreditschädigung» und deren Folgen.

Für etliche Fachleute der Werbebranche ist die vergleichende Werbung eine *grosse Unbekannte mit kaum abschätzbaren Gefahren,* von der man mit Vorteil die Finger lässt. Und die, die auf sie nicht verzichten wollen, suchen ihr Heil in generalisierenden Bezugnahmen und begehen dadurch erst recht unlauteren Wettbewerb.

Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, die vergleichende Werbung ihrer Schleier zu entkleiden, Missverständnisse auszuräumen und ihre Eignung als Informationsmittel für den Konsumenten darzutun. Bessere Vertrautheit mit der vergleichenden Werbung und ihren Besonderheiten wird aber dem Fachmann zwei *Erkenntnisse* nahelegen:

- *Vergleichende Werbung ist eine äusserst komplexe Form der Werbung, die stets einer vorgängigen gründlichen (auch juristischen) Abklärung bedarf.*
- *Vergleichende Werbung ist kein Allerweltsmittel; ihrem Einsatz sind nicht nur in bezug auf den Inhalt der Botschaft, sondern auch hinsichtlich des Vergleichsobjektes Grenzen gesetzt.*

II. Was ist vergleichende Werbung?

Art. 1 Abs. 2 lit. a und Art. 13 lit. a des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 30. September 1943 bezichtigt des unlauteren Wettbewerbs,

> *«Wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen oder Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt.»*

Der Werbetreibende, der die Leistungen des Konkurrenten mit richtigen, nicht irreführenden und nicht unnötig verletzenden Äusserungen herabsetzt, begeht somit keinen unlauteren Wettbewerb. Wohl aber treibt er vergleichende Werbung, indem er die Person, das Geschäft oder die Leistungen des oder der (anderen) *Konkurrenten* durch *Äusserungen herabsetzt.*

1. Konkurrenz

Das wirtschaftliche Wettbewerbsverhältnis ist gegeben, wenn die Leistungen des Werbetreibenden und des oder der angesprochenen Konkurrenten geeignet sind, *sich im Kampf um den Kunden zu stören.* Warengleichartigkeit ist nicht erforderlich, wohl aber die Befriedigung gleicher oder ähnlicher Bedürfnisse sowie ein – hypothetisch – gleicher Abnehmerkreis. Mithin stehen im Wettbewerb Kartoffeln zu Teigwaren, alkoholhaltige zu alkoholfreien Bitter, Wein zu Bier, Seide zu Kunstseide, Seifen zu Polierprodukten, Heizkissen zu Höhensonnen, Schaumwein zu Aperitif, und zwar unbeachtlich der jeweiligen Wirtschaftsstufe. Wird das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses verneint, findet das UWG nicht Anwendung, doch kom-

men unter Umständen die Bestimmungen über den Persönlichkeits- und Namensschutz (Art. 28/29 ZGB) sowie über den Firmenschutz (Art. 944 ff. OR) in Frage.

2. Äusserung oder Angabe

Das UWG gebraucht im Zusammenhang mit «anderen Leistungen» den Begriff *Äusserung,* während über «eigene Leistungen» *Angaben* gemacht werden. Beide Begriffe sind gleichwertig und besagen: Behauptungen tatsächlicher Natur. Wann liegt eine solche Tatsachenbehauptung vor und wer entscheidet darüber?

2.1 Meinung der Verkehrskreise

Unlauter ist jeder Verstoss gegen die Grundsätze von Treu und Glauben im Wettbewerb. Die Wertordnung der Allgemeinheit ist bestimmend für die Handhabung von Treu und Glauben. Auch für die Auslegung der einzelnen Werbeaussage ist nicht der dafür verantwortliche Werbetreibende, sondern das Publikum, insbesondere die potentielle Abnehmerschaft, massgebend. *So wie die Aussage im Publikum verstanden wird, ist sie wettbewerbsrechtlich zu beurteilen,* wobei an das Verständnis und vor allem auch an die Aufmerksamkeit keine allzu grossen Anforderungen zu stellen sind. Unklare oder doppeldeutige Aussagen gehen im Zweifelsfall zu Lasten des Werbetreibenden. Wesentlich ist der Gesamteindruck.

Der Verkehr entscheidet nicht nur die Frage, ob und inwieweit einer werblichen Angabe oder Äusserung *Tatsachengehalt* zukommt; er bestimmt ferner, wie dieser Tatsachengehalt zu verstehen ist. So wird beispielsweise das «härteste» Produkt als Tatsachenbehauptung verstanden, aber nicht oder nicht nur in bezug auf physikalische (Ritz-)Härte, sondern als optimale Kombination von Kratz- und Biegebruchfestigkeit; denn ein superhartes Erzeugnis, das leicht zerbricht, kann für die Verkehrskreise nicht «hart» sein.

2.2 Tatsachenbehauptung und werbliche Übertreibung

Wettbewerbsrechtlich relevant ist die Äusserung oder *Angabe,* soweit sie eine *sachlich überprüfbare Aussage tatsächlicher Natur* beinhaltet. Was nicht tatsächlichen Inhalt hat und nicht überprüft werden will, ist nicht Äusserung oder Angabe, sondern – wie Superlative, Werturteile, suggestive Appelle, Schlagwörter – werbliche Übertreibung. Als Übertreibung besitzen sie keinen Tatsachengehalt, müssen aber im Kern dennoch zutreffen, mithin vertretbar sein. Eine «noch nie dagewesene Auswahl» wird zwar wörtlich nicht ernst genommen, doch erwartet der Kunde immerhin, ein umfangreiches Angebot vorzufinden.

Erkennbare werbliche Übertreibungen können vom *Blickfang* oder vom *Gesamteindruck* her zu Tatsachenbehauptungen werden. Die Behauptung «unschlagbar» als alleiniger Text für ein auf einem Plakat abgebildetes Produkt ist anders zu werten als der gleiche Slogan in einem Inserat, in dem die technischen Vorzüge des Produktes aufgelistet werden. Alsdann äussert sich «unschlagbar» als Schlussfolgerung oder Zusammenfassung und damit als Tatsachenbehauptung.

Die Behauptung «die schönsten Blumen der Welt» oder das «grösste künstlerische Erlebnis» für einen Film appelliert an die *Ästhetik,* und die Aussage «der feinste Mohrenkopf» oder «ein köstliches Getränk» beruft sich auf den *Geschmack.* Ähnlich verhält es sich mit Anpreisungen, bei denen das abgegebene *Werturteil* offensichtlich nur subjektiver Natur sein kann, wie beispielsweise «für Sie nur das Beste», «es gibt nichts Schöneres für Ihre Braut», «die prächtigste Aussteuer», «das luxuriöseste Badezimmer», «das kosmetische Wunder», «den und keinen andern». Schliesslich können Anpreisungen zum Teil objektiv überprüfbare Tatsachen enthalten, die der Verkehr als *reklamehafte Übertreibungen* ohne eigenen Wesensgehalt erkennt, wie z. B. «unschlagbar in Preis und Qualität», «spottbillig». Solche Übertreibungen entziehen sich einer Tatsachenüberprüfung und sind weder Äusserung noch Angabe tatsächlicher Natur.

3. Herabsetzung der Person oder der Leistungen des Konkurrenten

Auch die Werbung dient der Feststellung *(Identifikation)* oder Unterscheidung *(Differenzierung)* der Herkunft einer Ware oder Leistung. Das Marken- und Ausstattungsrecht, beides Teilbereiche des Werberechtes, lassen hierüber keine Zweifel aufkommen.

3.1 Implizierte Bezugnahmen

Selbst wer sich für die *Identifikation* eines Produktes oder einer Leistung bemüht, wird seine Leistung in Gegensatz zu den sonstigen Leistungen stellen; er wird Bezug nehmen, allerdings ohne zu vergleichen. Die Bezugnahme erfolgt aber soweit, als es für die Identifikation der Leistung erforderlich ist. Derart implizierte Bezugnahmen sind enthalten in der

- *Alleinstellungswerbung:* Unter Bezugnahme auf die Konkurrenz schlechthin wird mittels Tatsachenbehauptung eine *alleinige* und *ausschliessliche Vorrangstellung* behauptet. Die Aussage verwendet öfters Superlative – z. B. «die billigsten Preise», «das älteste Haus auf dem Platz», «die flachste Uhr der Welt», «an erster Stelle», «grösster Umsatz», «grösstes Produktesortiment», «meistverkauft». Gelegentlich werden aber auch Wendungen gebraucht, die Exklusivität in Anspruch nehmen, wie z. B. «einziges Fachgeschäft dieser Art».
- *Spitzengruppenwerbung:* Es wird nicht die Alleinstellung, sondern bloss die *Zugehörigkeit zur Spitze* beansprucht, wie beispielsweise in «nirgends finden Sie tiefere Preise», «es gibt viele, doch wir gehören zu den Billigsten». Die Aussage ist stets eine Tatsachenbehauptung, die meistens überprüfbar ist, gelegentlich aber auch vorausgesetzt wird (vgl. unten). Dabei ist es nicht ausgeschlossen, dass das Publikum eine Spitzengruppenwerbung gelegentlich als Alleinstellung wertet, so unter Umständen in Wendungen wie «es gibt nichts Wirksameres gegen Haarausfall».

Obgleich für eine Werbebotschaft die gleichen Wörter verwendet werden, kann die gewählte *Wortfolge* – oder die *Gestaltung* und *Illustration* – der Aussage *verschiedenen Sinngehalt* geben. «Wenn's haut, ist's vom Dolmetsch» will besagen, dass nur die Messer und Scheren von Dolmetsch hauen. Es liegt eine implizierte Bezugnahme vor, auch wenn darin stillschweigend eine vergleichende, unnötige Herabsetzung «die Schneidewerkzeuge der Mitbewerber sind stumpf» enthalten ist (vgl. unten III 3.2); die Aussage ist aber zu belegen. Wird die Wortfolge umgestellt in «Wenn's von Dolmetsch ist, dann haut's», ist keine Alleinstellungs-, sondern höchstens eine Spitzengruppenwerbung gegeben. Ein Beweis dürfte sich erübrigen, weil die – übri-

gens – doppelsinnige Aussage selbstverständlich ist. Die Bezugnahme ist wesentlich abgeschwächt und lässt kaum eine negative Deutung in bezug auf die Konkurrenz zu.

– *Superlativwerbung:* die Aussage beinhaltet eine *werbliche Übertreibung,* z. B. «Tiefstpreise», «die Soliden unter den Besten», «die günstigsten Küchengeräte», «die schönsten Möbel», «Sie erhalten mehr für Ihr Geld». Nicht selten findet sich auch ein verstümmelter Komparativ vor, der ebenfalls eine werbliche Übertreibung andeutet, selbst wenn das gesteigerte Adjektiv keine subjektive Wertung voraussetzt: «Ja, aber Odol ist besser», «Radion wäscht weisser», «X ist einfacher, robuster, vielseitiger», «die Rasur hält länger». Die Überprüfbarkeit auch einer Angabe tatsächlicher Natur wird durch das Verschweigen des Bezugsproduktes in der Regel wegbedungen; ein entsprechender Hinweis kann sich aber aus dem Gesamteindruck ergeben.

Implizierte Bezugnahmen enthalten keine vergleichende Werbung. Diese Feststellung ist von etwelcher Bedeutung. Zwar müssen die in Frage stehenden Aussagen richtig sein und dürfen die Angaben nicht irreführen, doch ist das Verbot der unnötigen Herabsetzung von der Sache her nicht gegeben.

3.2 Qualifizierte Bezugnahmen

Die eigene Leistung wird dadurch beworben, dass ihre Unterschiede zu den sonstigen Leistungen aufgezeigt werden. Die *Differenzierung* ist also nicht Begleiterscheinung, sondern Ziel der Werbung. Gegenstand solcher qualifizierter Bezugnahmen sind die Person des oder der Konkurrenten, seine oder ihre Waren (Sachleistungen), Werke (Arbeitsergebnisse), (Arbeits-)Leistungen oder Geschäftsverhältnisse, d. h. die den Geschäftsbetrieb betreffenden Beziehungen persönlicher oder organisatorischer Art:

– *Anlehnende Werbung:* Die Vorzüge des Konkurrenten oder seiner Leistung werden als *Vorspann für die eigene Leistung nutzbar* gemacht, wie beispielsweise in «inspiré de la ligne de Dior, dans le genre de Fath, d'après Balmain», in «es gab einmal eine technisch perfekte weltberühmte Kamera X – heute heisst sie Y», einschliesslich der Abbildung der alten, noch existenten Kamera und des neuen, nunmehr beworbenen Konkurrenzproduktes. Anlehnende Werbung fällt nicht unter den (gesetzlichen) Begriff der vergleichenden Werbung; sie ist unlauter, *sofern sie ein systematisches «Ablauschen» bezweckt oder sonstige unrichtige oder irreführende Angaben enthält.*

– *Herabsetzung oder vergleichende Werbung:* Vergleichende Werbung zur Differenzierung der eigenen Leistung enthält stets *Kritik* und setzt somit den oder die Konkurrenten und seine oder ihre Leistungen herab. Neben der – kritisch – vergleichenden Werbung existiert also nicht noch eine herabsetzende Werbung.

III. Wettbewerbsrechtliche Auflagen

Herabsetzen oder kritisch vergleichen ist in der Werbung unter bestimmten *Einschränkungen* gestattet.

Zunächst muss eine *Wettbewerbshandlung* vorliegen, also ein Tun des Werbetreibenden, das ihm einen wirtschaftlichen Vorteil einbringen soll (vgl. auch oben II, 1), sei es durch Stärkung des eigenen Betriebs, sei es durch Schwächung des Gegners.

Die Herabsetzung oder der kritische Vergleich hat ferner eine *Bezugnahme tatsächlichen Inhalts* (vgl. oben II, 2) zum Gegenstand. Unerheblich ist es jedoch, ob diese Bezugnahme oder Kritik allgemein oder sehr konkret gehalten ist. Wesentlich ist einzig, dass sie sich deutlich gegen einen oder mehrere Konkurrenten, eventuell gegen die Konkurrenz schlechthin, richtet. Namentliche Nennung ist nicht erforderlich, doch müssen die Bezugspersonen oder Objekte erkennbar sein. Mithin ist auch der Systemvergleich vergleichende Werbung, nicht aber der vergleichende Warentest, weil es am Wettbewerbsverhältnis fehlt.

Werbeaussagen, wie «oft geht eine teure Verpackung auf Kosten des Preises» oder «warum teure Sachen kaufen, wenn es billigere von gleicher Qualität gibt?», sind dann nicht vergleichend, wenn der Verkehr in Würdigung der Gesamtaussage daraus nicht auf eine *qualifizierte Bezugnahme* schliesst. Ist indessen trotz ihrer allgemeinen Fassung die Bezugnahme deutlich genug auf einen oder mehrere klar erkennbare Konkurrenten oder die Konkurrenz fixiert, ist sie qualifiziert, so im Fall von «ein Auto bietet an Zubehör mehr als alle anderen», «wenn Sie X mit Y vergleichen, merken Sie sofort den Unterschied», «die anderen? Nie so sparsam wie . . .» oder «die schlechtere Hälfte», wenn das beworbene Produkt einen Marktanteil von mehr als 50% für sich in Anspruch nimmt.

Demgegenüber sind Behauptungen, wie «jeder Vergleich wird Ihnen zeigen, wie preiswert wir sind», «fahr lieber mit der SBB», unverfänglich, da mit einer *erkennbaren Übertreibung* geworben wird. «Schneller-billiger» ist nicht vergleichend und im übrigen auch nicht überprüfbar (vgl. oben II 3.1). Anders verhält es sich aber mit «30% billiger», «nachweisbar günstiger» bzw. «nachweisbar billiger» oder «das Doppelte für den halben Preis», «hat 50% weniger Kalorien», obgleich weder die Konkurrenz noch einzelne Konkurrenten namentlich erwähnt werden. Auch *Werbegags,* wie «warum willst Du Dich mit Kartoffeln quälen, Eiernudeln brauchst Du nicht zu schälen» oder «Erfrischung statt Alkohol» – nicht aber die blosse Übertreibung «mit Pinsel, Schaum und Messer, elektrisch geht es besser» –, stellen qualifizierte Bezugnahmen und mithin vergleichende Werbung dar.

Diese Beispiele zeigen, dass sich *allgemeine Auslegungsregeln nicht aufstellen* lassen. Vielmehr ist in jedem Einzelfall abzuklären, ob in Würdigung der textlichen und bildlichen Aussage tatsächlicher Natur aus der Sicht des Publikums, an das sich die Aussage richtet, eine qualifizierte Bezugnahme gegeben ist. Nicht die Meinung der Konkurrenz ist dafür massgebend, sondern die Auffassung des Publikums.

Herabsetzend und kritisch vergleichen: *grundsätzlich ja;* geschieht dies aber mittels unrichtiger, irreführender oder unnötig verletzender Äusserungen, ist das Herabsetzung oder der Vergleich unlauter und damit unstatthaft.

1. Unrichtige Äusserung oder Angabe

Wird herabgesetzt oder kritisch verglichen, muss die zu diesem Zweck geäusserte Angabe richtig, d. h. *vergleichsfähig, vergleichbar* und *objektiv* wahr sein.

1.1 Vergleichsfähigkeit

Nicht zuletzt die von Konsumentenorganisationen angestellten Warentests haben die Meinung aufkommen lassen, dass schlechthin alle Waren oder Dienstleistungen Gegenstand eines Vergleichs abgeben können. Wie es die Testtabellen zeigen, werden selbst die *kompliziertesten Maschinen* und *Apparaturen* in Eigenschaften aufgeteilt, gegenseitig verglichen und mit einem globalen Werturteil wie «gut», «ziemlich gut», «weniger empfehlenswert» und «schlecht» versehen. Darf bedenkenlos angenommen werden, dass die Summe dieser Eigenschaften das Produkt oder die Leistung darstellen und dass die aus dem Vergleich gezogene Differenz die Güte des einen oder die Mängel des anderen beinhaltet? Setzt nicht das Auflisten von Eigenschaften und deren gegenseitige Gewichtung eine willkürliche Auswahl und Wertung voraus? Wie lassen sich Qualität und Preis bei derart komplexen Maschinen und vielschichtigen Leistungen überhaupt gewichten? Die Annahme liegt nahe, für Erzeugnisse und Leistungen dieser Art die *vergleichende Werbung,* weil *nicht machbar,* abzulehnen. Aus dieser Sicht dürfte wohl ein Vergleich zwischen Computern, möglicherweise aber bereits zwischen Automobilen, nicht stattfinden, während gegen ein Bezugnehmen unter Nahrungsmitteln, einfacheren Artikeln des täglichen Gebrauchs u. a. m. nichts einzuwenden wäre.

1.2 Vergleichbarkeit

Vergleichbar sind Waren oder Leistungen, die *identisch* oder *gleichwertig* sind. Identität oder Gleichartigkeit bezieht sich sowohl auf den Preis- als auch auf den Qualitäts- und den Quantitätsvergleich. Ein Preisvergleich setzt gleiche Quantitäten und gleiche oder vergleichbare Qualitäten voraus und umgekehrt. Staatliche Diplome lassen sich nicht ohne weiteres mit anerkannten und schon gar nicht mit Diplomen vergleichen, die einer blossen Kursbestätigung gleichzusetzen sind. Aber selbst bei «identischen» Produkten wie Eiern sind Vorbehalte anzubringen, da Eier aus Batteriehaltung solchen aus Boden- oder gar Freilandhaltung nicht durchwegs entsprechen. Offen bleibt lediglich die Frage, ob es an der Vergleichbarkeit oder der mangelnden Irreführung (vgl. unten 2) gebricht.

Eine Besonderheit stellt der System- oder Warenartenvergleich dar – z. B. Alleinvertretung und Alleinvertrieb, Kartoffeln und Teigwaren –, bei dem durch die Konfrontation völlig verschiedener Warengattungen oder wirtschaftlicher Systeme die Ungleichheit der Vergleichsobjekte evident ist. An die Stelle der Vergleichbarkeit tritt die gleichwertige *Austausch-* oder *Vertretbarkeit.* Lassen sich die verglichenen Waren oder Leistungen nicht gegenseitig austauschen oder vertreten, ist auch ein Warenarten- oder Systemvergleich nicht möglich.

Oft wird die Ware als *Gesamtheit* verglichen. Nicht selten sind es aber auch *einzelne Eigenschaften,* die gegenseitig in Bezug gebracht werden. Dabei versteht es sich, dass alle diese Eigenschaften vergleichbar – beim Warenarten- und Systemvergleich austauschbar und vertretbar – sein müssen. So darf beispielsweise weder die (nicht beglaubigte) Auflage eines Gratisanzeigers mit der beglaubigten Auflage einer abonnementspflichtigen Tageszeitung noch die nicht beglaubigte mit der beglaubigten Auflage von abonnementspflichtigen Tageszeitungen verglichen werden.

1.3 Objektive Wahrheit

Soweit Angaben tatsächlicher Natur gemacht werden, müssen sie zutreffen, und zwar so, wie sie das Publikum versteht; massgeblich ist also ihr Sinngehalt (vgl. oben II 2.1). Die diesen Sinngehalt ausmachenden Tatsachen und Umstände müssen *objektiv zutreffen* und nötigenfalls vom Werbetreibenden belegt werden. Eier, die ab Sammelstelle geliefert werden, kommen nicht «direkt ab Hühnerfarm». Eine «grössere Schule als . . .» ist nach der Verkehrsauffassung nicht eine Schule mit der grössten Schülerzahl oder den meisten Unterrichtsräumen oder der grössten Zahl an Lehrern, sondern das Institut, das den grösseren Umsatz aufweist. Betreffend «härter» vgl. oben II 2.1. Der Werbetreibende hat folglich anhand seiner Buchhaltung nachzuweisen, dass seine Umsatzzahlen – und nicht etwa der Reingewinn – jene des oder der Konkurrenten in den vergangenen Jahren – und nicht etwa eher zufällig nur im letzten Jahr – merklich übersteigen.

Insoweit ist der Beweis nach *objektiven Kriterien* zu führen. Ein «Schweizer Produkt» ist nicht das, was sich der Werbetreibende darunter vorzustellen mag, sondern was aufgrund langjähriger Übung die Verkehrskreise darunter verstehen, nämlich ein Produkt, dessen Anteil an Material und Arbeit zu mindestens 50% schweizerischen Ursprungs ist.

Das Erfordernis der «objektiven Wahrheit» verbietet keineswegs die subjektiv gefärbte Werbeaussage. Ohne *subjektive Betrachtungsweise* ist Werbung nicht denkbar. Was in der Werbung gesagt wird, richtet sich nach subjektiven Gesichtspunkten, während aber das «Wie» objektiv zutreffen muss (vgl. aber unten 2).

2. Irreführende Äusserung

Irreführen kann sowohl die Äusserung, d. h. die *Angabe* tatsächlicher Natur, als auch die *«Bezugsanlage»,* d. h. die Anordnung des Vergleichs.

2.1 Angabe

Täuschung bewirkt Unwahrheit und setzt ein Tun voraus. Wird dagegen durch ein Unterlassen getäuscht, ist Irreführung gegeben. Eine irreführende Angabe ist nicht unwahr; irreführend ist sie deshalb, weil sie *Tatsachen unterdrückt,* deren Bekanntgabe der Verkehr bei Würdigung der näheren Umstände erwartet hätte.

Kunstseide ist zwar schwerer als Naturseide, dennoch ist es irreführend zu sagen, dass eine Krawatte «aus schwererer Seide» sei als die andere, ohne die Produkte deutlich als «Kunst- bzw. Naturseide» zu deklarieren. Eine «Original-Moltiarno-Leder-Polstergruppe» mag billiger als jede andere Leder-Polstergruppe sein. Wüsste aber das Publikum, dass Moltiarno-Leder ein Kunstleder ist, erführe die Aussage eine ganz andere Wertung, was wiederum bei der Anpreisung der als Kunstleder bekannten «Original-Skai-Leder-Polstergruppe» wohl nicht der Fall wäre.

Die hochtechnisierte Zeit der Gegenwart macht den Gebrauch von technischen Ausdrücken in der Mutter- oder in einer Fremdsprache unerlässlich. Dazu kommt das nicht seltene Bemühen von Werbetreibenden, durch den Einsatz möglichst komplizierter, hochtrabender Fremdwörter – zum Teil werden sogar Wortkombinationen erfunden – der beworbenen Ware oder Leistung den Anschein besonderer Wichtigkeit zu verleihen. Zollt die Äusserung in der Werbung dem *durchschnittlichen Verständnis des Zielpublikums* nicht Rechnung und wird sie daher falsch verstanden,

hat der Werbetreibende diese Irreführung zu verantworten (vgl. oben 1.1). Der in einer Publikumszeitschrift veröffentlichte Vergleich von Hi-Fi-Anlagen, der als Vergleichskriterien Begriffe wie «Sinuswatt», «Ohmwatt», «Klirrfaktor» usw. gebraucht, ist für den Durchschnittsbürger nicht oder falsch verständlich.

Werbetreibende Firmen sind in der vergleichenden Werbung eher zurückhaltend und meiden es geradezu ängstlich, den oder die Konkurrenten beim Namen zu nennen. Trotz an sich klar erkennbaren Bezugnahmen erfolgen die *Hinweise in allgemein gehaltenen* und daher gelegentlich irreführenden *Wendungen.* Offeriert eine Gruppe von Fachleuten «Spezialunterricht zu reduzierten Preisen», ist eine entsprechende Anpreisung irreführend, wenn der Hinweis unterlassen wird, dass die Unterrichtsstunde auf 50 Minuten verkürzt wurde. Irreführung begeht aber auch die Konkurrenz, die auf diesen Umstand mit der Werbung «die Kollegen geben aber im allgemeinen nur 50 Minuten Unterricht» hinweist und verschweigt, dass drei dieser Kollegen trotz reduzierten Preisen eine volle Stunde Unterricht erteilen. Irreführend ist überdies ein Preisvergleich, bei dem fiktive Erzeugnisse oder Produkte mit abgedecktem Namen als Vergleichsobjekte angerufen werden.

Als irreführend ist schliesslich die Werbung mit *Selbstverständlichkeit* zu werten. Im Rahmen eines kritischen Vergleichs unterstellt der Werbetreibende seinen Produkten oder Leistungen Eigenschaften, die die Konkurrenzprodukte oder Konkurrenzleistungen allgemein oder usanzgemäss – so z. B. branchenübliche Franko-Domizil-Lieferung oder Skontogewährung – besitzen oder sogar laut gesetzlicher Norm – so z. B. gesetzliche Garantieleistungen – aufweisen müssen. Derartige Unterstellungen erscheinen öfters – z. B. bei Vergleichen von Lebensmitteln – als zusätzliche Erklärungen, wobei nicht klar ist, ob sie zum Vergleich gehören oder nicht.

2.2 Bezugsanlage

Für die Bezugsanlage spielen neben dem Verständnis und den Erwartungen des Publikums andere, rein *objektive Kriterien* eine Rolle.

Jede Herabsetzung und jeder kritische Vergleich muss die Elemente festlegen, die miteinander in Bezug gebracht werden sollen. Die *Auswahl,* die *Anordnung* und die *Umschreibung* dieser *Elemente* muss verständlich sein und den Anforderungen entsprechen, die der Verkehr als Ergebnis eines Vergleichs voraussetzen darf. Allein das genügt nicht. Anders als die Werbeaussagen werden die Bezugsanlagen nicht von der subjektiven Betrachtungsweise beherrscht. Solange der Werbetreibende ein Produkt oder eine Leistung werblich identifizieren will (vgl. oben II/3), mag dies angehen. Greift er aber in die Sphäre der Konkurrenzgüter und -leistungen ein, indem er differenziert und kritisch vergleicht, bestimmt sich die *Anlage des Vergleichs* nach rein objektiven Kriterien: Der Vergleich muss stets *umfassend* (und abschliessend) sein.

Mithin ist es nicht angängig, bloss einzelne Vorteile des beworbenen Produktes mit – wenn möglich sogar – einzelnen Nachteilen des Konkurrenzproduktes zu vergleichen, weil eine solche Bezugsanlage irreführend wäre. Liegt ein kritischer Vergleich oder eine Herabsetzung vor, müssen *alle nicht erwähnten Angaben und Elemente,* die nach objektiven Kriterien für einen umfassenden und abschliessenden Vergleich in Frage kommen, – identisch bzw. gleichartig oder austausch- bzw. vertretbar – deckungsgleich vorhanden sein. So gebietet der Preisvergleich, dass die verglichenen Produkte oder Leistungen hinsichtlich Quantität und Qualität restlos übereinstimmen (vgl. oben 1.2). Für kompliziertere technische Erzeugnisse heisst dies, dass – abgesehen von der mangelnden Vergleichsfähigkeit – eine objektiv haltbare Bezugsanlage gar nicht machbar ist.

Nicht nur in bezug auf die Vergleichselemente muss die Bezugsanlage *umfassend* sein, sondern auch hinsichtlich der *Bezugsprodukte* oder *-leistungen.* Recht häufig werden bloss ein oder zwei Konkurrenzerzeugnisse mit dem beworbenen Produkt kritisch verglichen. Besteht kein Zweifel, dass der Vergleich nicht abschliessend alle auf dem Markt befindlichen Produkte der gleichen Art erfasst oder geht diese Tatsache aus den näheren Umständen klar hervor, mag diese Anlage unter Umständen noch angehen. Aber auch sie enthält die Gefahr der Irreführung, sofern die Berücksichtigung der nicht erwähnten Waren und Leistungen für den Vergleich aus der Sicht des Publikums wesentlich gewesen wäre.

Unerlässlich ist die *vollständige Auflistung* sämtlicher Waren und Leistungen der gleichen Art besonders bei sogenannten *vergleichenden Warentests* mit tabellarischer Darstellung der Vor- und Nachteile. Ein für Deutschland veranstalteter Pneu-Vergleichstest wäre für die Schweiz irreführend, sofern nicht alle auf dem einheimischen Markt erhältlichen Pneus darin ebenfalls Berücksichtigung fänden.

3. Unnötig verletzende Äusserungen

Die werbliche Kritik soll nicht ohne Not, d. h. ohne berechtigten Grund, die wirtschaftliche Persönlichkeit des oder der Konkurrenten verletzen. Die Verletzung kann im *unerlaubten Inhalt* oder im *unerlaubten Zweck* der Kritik liegen.

3.1 Unerlaubter Inhalt

Ein unnötig verletzender Inhalt ist grundsätzlich immer dann gegeben, wenn an behauptete oder stillschweigend als bekannt vorausgesetzte Tatsachen ein (subjektives) *Werturteil* geknüpft oder suggeriert wird. Eine nachweisbar «klassische Büromaschine» braucht noch lange nicht «veraltet» zu sein oder gar «ins Steinzeitalter» zu gehören; billigere Preise lassen sich nicht mit dem Hinweis begründen, dass «die Konkurrenz eben einen teuren Reitstall zu unterhalten habe»; schliesslich ist der teurere Konkurrent noch lange kein «Profiteur» und auch ein Gag, wie «bleiben Sie ruhig Ihrer Marke treu und träumen Sie weiter von einem richtigen Kühlschrank», kann die unnötige Herabsetzung nicht heilen.

Die *Sachlichkeit,* die sich uneingeschränkt auch auf die Form, d. h. neben dem Text auf die Auswahl und Anordnung der bildlichen Darstellung, zu beziehen hat, stellt ein unerlässliches Erfordernis jeder Kritik dar. Wird kritisch verglichen, dann müssen sich die hiezu notwendigen Aussagen strikte an das halten, was für die Aufklärung der potentiellen Abnehmerschaft von der Sache her nötig ist.

3.2 Unerlaubter Zweck

Nicht nur soll die Kritik jegliche subjektive Wertung unterlassen und sich an die Sachlichkeit halten, sondern sie muss überdies auf jede Aussage verzichten, die nicht zur *Erreichung der Markttransparenz* nötig ist.

Diese Einschränkung hat zunächst Gültigkeit für die sogenannte *persönliche vergleichende Werbung,* die den Konkurrenten persönlich angreift. Tatsachen auch nicht ehrenrühriger Natur aus dem Privat- und Intimbereich der Konkurrenten dürfen werblich nicht ausgeschlachtet werden. Anders verhält es sich mit persönlichen

Tatsachen, die für die Bewertung der gewerblichen Leistungen der Konkurrenz relevant sind, wie die Vertrauenswürdigkeit und das soziale Verhalten.

Sodann gilt die Einschränkung für den Vergleich an sich. Jede vergleichende Kritik bedingt eine Herabsetzung. Soweit diese unmittelbar dem beworbenen Erzeugnis oder der beworbenen Leistung dient, wird die Konkurrenz nicht unnötig verletzt. Wird aber die Kritik in der – bewussten oder unbewussten – Absicht erhoben, dem Mitbewerber zu schaden, indem das vergleichende Produkt gegenüber dem beworbenen Erzeugnis als minder charakterisiert wird, ist die unnötige Verletzung gegeben. *Der kritische Vergleich sollte deshalb stets das eigene Produkt* (oder die eigene Leistung) *rühmen und nicht das verglichene Erzeugnis* (oder die verglichene Leistung) *herabsetzen.* Dem Werbetreibenden ist es unbenommen, seine Leistung als «billiger» anzupreisen, doch besteht keine durch die Erreichung der Markttransparenz begründete Notwendigkeit, das Konkurrenzprodukt auch als «teurer» – oder in der subjektiven Werbung als «zu teuer» – zu bezeichnen.

Neben dieser unmittelbaren unnötigen Herabsetzung existiert noch eine *mittelbare Herabsetzung.* Es werden *Handlungen* angekündigt, die geeignet sind, die Waren und Leistungen der Mitbewerber als minderwertig erscheinen zu lassen. Eine solche Herabsetzung wäre beispielsweise eine Eintauschaktion – nicht zu verwechseln mit einer Occasionsaktion –, bei der für jedes eingetauschte Konkurrenzprodukt ein Betrag an den Kauf des beworbenen Produktes angerechnet wird.

IV. Literatur

Im Zusammenhang mit vergleichender Werbung sei vor allem auf folgende Werke verwiesen:

- von Bühren Bruno, «Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb», Schulthess & Co. AG, Zürich 1957;
- Troxler Heinrich, «Vergleichende Werbung», Zürcher Dissertation, Verlag Schulthess & Co. AG, Zürich 1970;
- David Lukas, «Schweizerisches Werberecht», Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1977.