

Vergleichende Werbung mit Preisen

SIMON ROTH* / MICHAEL ZELLER**

Ausgehend vom kürzlichen Urteil des Bundesgerichtes 4A_443/2015 vom 12. April 2016 befasst sich der vorliegende Diskussionsbeitrag mit den lauterkeitsrechtlichen Grenzen von Preisvergleichen in der Werbung, insbesondere wenn diese Superlativcharakter annehmen (wie z.B. die Bewerbung mit dem Slogan «Tiefstpreise»). Obwohl eine gewisse Strenge bei der Beurteilung dieser Werbeform angebracht ist, sind die Autoren der Ansicht, dass die lauterkeitsrechtliche Praxis hinsichtlich Tiefst- und Tiefpreisgarantien, die mit einem Rückerstattungsversprechen gegenüber dem Abnehmer verbunden werden, gelockert werden sollte.

Suite à la décision du Tribunal fédéral dans la cause 4A_443/2015 du 12 avril 2016, cette étude traite des limites, imposées par le droit de la concurrence déloyale, aux comparaisons de prix dans la publicité, en particulier lorsque celles-ci comporte un caractère superlatif (par exemple les publicités qui usent du slogan «prix le plus bas»). Nonobstant le fait qu'une certaine rigueur doit être appliquée dans l'évaluation de ce type de publicité, les auteurs sont d'avis que l'application du droit de la concurrence déloyale devrait être plus souple en ce qui concerne les garanties de prix les plus bas qui sont assorties à une promesse de remboursement au client.

- I. Der Fall
 - II. Theoretische Überlegungen
 - III. Anwendung auf den Fall
- Zusammenfassung / Résumé

I. Der Fall

Billig, billiger, am billigsten: Vergleichende Werbung mit Preisen ist ein beliebtes Werbemittel, gerade in (Konsum-)Märkten, wo der Wettbewerb stark über den Preis spielt. Obwohl solche Werbung in der Schweiz lauterkeitsrechtlich nicht grundsätzlich unzulässig ist, bestehen doch Grenzen, die von Zeit zu Zeit die Gerichte zu ziehen haben. Wo der Gradmesser liegt, hierfür liefert das Urteil des Bundesgerichtes 4A_443/2015 vom 12. April 2016 lehrreiches Anschauungsmaterial.

Nicht weniger als zehn Werbeaussagen der Parteien, beides Baumärkte, standen in diesem Fall ursprünglich zur Diskussion. Der Stein ins Rollen gebracht hatte die B AG, die ans Handelsgericht Aargau gelangt war, um ihrer Konkurrentin A AG zu verbieten, mit folgenden Begriffen zu werben:

1. «Tiefpreisgarantie»
2. «Best Price»
3. «garantierter Dauertiefpreis»

Es folgte die Widerklage der A, mit der B verboten werden sollte, folgende Aussagen zu verbreiten:

4. «Die B Dauertiefpreisphilosophie. Hand drauf: Alles Dauertiefpreise. Garantiert! »
5. «Alles Dauertiefpreise. Garantiert!»
6. «Garantierte Dauertiefpreise!»
7. «Ist es woanders billiger, passen wir unsere Preise schnell, konsequent und dauerhaft den Marktgegebenheiten an.»

* Rechtsanwalt, Zürich.

** MLaw, Zürich.

8. «So ist garantiert, dass Sie immer alles günstiger einkaufen als bei unseren Mitbewerbern. Hand drauf!»
9. «... dank der B Dauertiefpreisphilosophie zahlen Sie unter dem Strich immer weniger als bei unseren Mitbewerbern.»
10. «Das ist die B Dauertiefpreisphilosophie.»

Das Handelsgericht hiess die Klage der B gut und verbot der A die Aussagen 1., 2. und 3. Die Widerklage der A wies es hingegen ab. A führte Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Dieses hiess die Beschwerde gut und hob das Urteil des Handelsgerichts auf. Hinsichtlich der Klage erwog das Bundesgericht, dass sich aus den tatsächlichen Feststellungen des Handelsgerichts nicht entnehmen lasse, in welchem Zusammenhang A die inkriminierten Begriffe 1., 2. und 3. verwendet habe. Insbesondere hätte das Handelsgericht nicht festgestellt, dass und auf welche Weise A damit ihr gesamtes Angebot anpreisen würde (E. 3). Und auch mit Bezug auf die Widerklage würden die tatsächlichen Feststellungen des Handelsgerichts nicht ausreichen. Es sei nämlich nicht nachvollziehbar, wie das Handelsgericht zum Schluss kommen könne, es sei in den Aussagen 8. und 9. (hinsichtlich deren A die Widerklage im Prozessverlauf beschränkt hatte) kein Vergleich mit der Konkurrenz enthalten (E. 4). Daher genüge der Entscheid den bundesrechtlichen Begründungsanforderungen gemäss Art. 112 BGG nicht und sei schon deshalb aufzuheben (E. 5).

II. Theoretische Überlegungen

Preisvergleiche in der Werbung müssen vor Art. 3 UWG standhalten. Denkbar wäre in diesem Zusammenhang sowohl die Anwendung von Abs. 1 lit. b, wonach unlauter handelt, wer über seine Preise unrichtige oder irreführende Angaben macht, als auch diejenige von Abs. 1 lit. e, wonach unlauter handelt, wer seine Preise mit denjenigen anderer in unrichtiger oder irreführender Weise vergleicht. In früheren Entscheiden schien das Bundesgericht letzterem Tatbestand immer den Vorrang zu geben (vgl. BGE 132 III 414 ff.

E. 4.2.1; BGE 129 III 426 ff. E. 3.1.3). Im vorliegenden Fall erachtet es beide Tatbestände als für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung relevant und verzichtet auf eine Differenzierung (E. 2.1). Dogmatisch richtig erscheint, dass Abs. 1 lit. e als *lex specialis* Abs. 1 lit. b vorgeht, wenn Preisvergleiche angestellt werden, und zwar unabhängig davon, ob der Werbende seine Preise mit spezifischen Konkurrenten oder dem Markt allgemein bzw. allen anderen Konkurrenten vergleicht (C. SCHMID, Basler Kommentar, Basel 2013, UWG 3 Abs. 1 lit. e N 136; C. OETIKER, Stämpflis Handkommentar, Bern 2010, UWG 3 Abs. 1 lit. e N 46). Lehre und Rechtsprechung fassen Ersteres unter die Kategorie der Komparativwerbung, Letzteres unter diejenige der Superlativwerbung (BGE 132 III 414 ff. E. 4.2.1; BGE 129 III 426 ff. E. 3.1.2; SCHMID, UWG 3 Abs. 1 lit. e N 35; OETIKER, UWG 3 Abs. 1 lit. e N 46). Richtig besehen liegt jedoch der Begrifflichkeit entsprechend *Superlativwerbung* nur vor, wenn der Werbende im Sinne einer Alleinstellung behauptet, billiger als die gesamte Konkurrenz zu sein. Vergleicht er seine Preise hingegen mit der gesamten Konkurrenz, ohne eine solche Behauptung aufzustellen, ist von Komparativwerbung auszugehen, so beispielsweise wenn der Preisvergleich die Aussage trifft, dass der Werbende im Vergleich zur gesamten Konkurrenz im «Tiefpreissegment» angesiedelt ist oder dem Abnehmer für den Fall eines tieferen Angebots eines Konkurrenten den Differenzbetrag zurückzuerstatten verspricht (jedoch ohne den Konkurrenten dabei zu unterbieten; vgl. dazu hinten).

Freilich muss der Wortlaut von Abs. 1 lit. e dahingehend ergänzt werden, dass die Unlauterkeit des Preisvergleichs durch die unrichtige oder irreführende Natur von *Angaben* i.S.v. Abs. 1 lit. b begründet wird, was herrschender Praxis und Lehre entspricht (BGE 132 III 414 ff. E. 4.2.1; BGE 129 III 426 ff. E. 3.1.2; SCHMID, UWG 3 Abs. 1 lit. e N 56) und das Bundesgericht in vorliegendem Fall bestätigt (E. 2.2). Damit ist erstens gesagt, dass der Preisvergleich in dem Sinne auszulegen ist, welcher der Durchschnittsabnehmer, in dem praktisch bedeutsamen Fall der Publikumswerbung der Durchschnittskonsument, ihm beimisst, wobei von einem durchschnittlich aufmerksamen und verständigen Verbraucher ausgegangen wird, der sich der jeweiligen Werbesituation anpasst (P. JUNG, Stämpflis Handkommentar, Bern 2010, UWG 3 Abs. 1 lit. b N 62; M. BERGER, Basler Kommentar, Basel 2013, UWG 3 Abs. 1 lit. b N 46).

Zweitens ist auch hinsichtlich Preisvergleichen zu beachten, dass einer diesbezügliche Werbeaussage im Einzelfall die Angabenqualität abgehen kann, wenn sie als Marktschreierei oder, etwas mo-

derner gesprochen, als reklamehafte Übertreibung oder Anpreisung aufgefasst wird, d.h., das Publikum sie nicht ernst nimmt (BERGER, UWG 3 Abs. 1 lit. b N 24 ff.). Die Schweizer Praxis ist aber zurückhaltend, Preisvergleiche als reklamehafte Übertreibung zu deuten, die schon per se lauterkeitsrechtlich unbedenklich wären. So wurde die Werbung mit «*Billigste Preise der Schweiz*» (BGE 94 IV 34 ff.) und «*Denner immer am billigsten*» (Urteil des HGer Zürich vom 10. Dezember 1979, SMI 1980, 160 ff., 167) durch die Gerichte als unlauter und damit nicht als reklamehafte Übertreibung qualifiziert. Diese Strenge ist angebracht, nimmt der Durchschnittsabnehmer doch in der Regel Preisvergleiche aufgrund der quantitativen und damit leicht vergleichbaren Natur von Preisen einerseits und wegen der überragenden Bedeutung des Preises für das Nachfrageverhalten andererseits ernst (JUNG, UWG 3 Abs. 1 lit. b N 80 f.; a.M. BERGER, UWG 3 Abs. 1 lit. b N 56). Damit unterscheiden sich Preisvergleiche normalerweise grundlegend von typischen reklamehaften Übertreibungen, wie z.B. «*Wir bringen sie überall hin*» oder «*Das tollste Erlebnis Ihres Lebens*» (JUNG, UWG 3 Abs. 1 lit. b N 27), die ausschliesslich und erkennbar ein nicht nachprüfbares Werturteil beinhalten. Gleichwohl ist es auch bei Preisvergleichen in Ausnahmefällen denkbar, dass der Werbende mit solchen Fantasievergleichen oder -zahlen operiert, die das Publikum schlichtweg nicht ernst nehmen kann, beispielsweise wenn Preise eines Elektronikfachmarktes mit «*70000 mal günstiger*» angepriesen werden (BGer vom 5. Dezember 2000, 4C.439/1998, wobei das Bundesgericht die Frage in diesem Entscheid offengelassen hat). Weiter sind als reklamehafte Übertreibung preisliche Aussagen zu qualifizieren, die ganz allgemein gehalten sind und keinen eigentlichen Preisvergleich anstellen, wie z.B. die Behauptung man biete «*kompetitive Preise*».

Ist die Angabenqualität des Preisvergleichs erstellt, darf dieser weder unrichtig noch irreführend sein. Für diese Beurteilung muss der Preisvergleich in einem ersten Schritt anhand des Verständnisses des Durchschnittsabnehmers ausgelegt und in einem zweiten Schritt mit den tatsächlichen Gegebenheiten verglichen werden. Entscheidend sind immer die Umstände des Einzelfalls und von generalisierenden Betrachtungen ist abzusehen (gl.M. BERGER, UWG 3 Abs. 1 lit. b N 105).

Mit Bezug auf Preisgarantien tendiert die Praxis aber leider zu Pauschalurteilen. So geht sie davon aus, dass eine für sich alleine betrachtet unwahre Tief- oder Tiefstpreisgarantie durch das Versprechen, dem Abnehmer für den Fall eines tieferen Angebots eines Konkurrenten den Differenzbetrag zurückzuerstatten, ihre Unlauterkeit *per se* nicht verlieren kann (BGer vom 12. November 1981, SMI 1983, 109 ff., E. 2; SCHMID, UWG 3 Abs. 1 lit. e N 70). Diese Ansicht hat das Bundesgericht vorliegend bestätigt (E. 2.3.3). Richtigerweise sind solche Rückerstattungsversprechen jedoch im Einzelfall lauterkeitsrechtlich zu würdigen und es ist zu untersuchen, ob der Durchschnittsabnehmer durch die konkrete Formulierung getäuscht wird. Solange der Abnehmer transparent darüber informiert wird, dass er gegebenenfalls unter gleichermassen transparent gemachten Bedingungen, einen Rückerstattungsanspruch hinsichtlich des Differenzbetrages hat, ist in der nicht selten anzutreffenden Bezeichnung dieses Versprechens als Tief- oder Tiefstpreisgarantie keine Unlauterkeit zu erblicken, zumal solche Versprechen den Wettbewerb fördern (vgl. JUNG, UWG 3 Abs. 1 lit. b N 50; BERGER, UWG 3 Abs. 1 lit. b N 105). Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Sortimentspreise für sich alleine betrachtet die Tief- oder Tiefstpreisgarantie nicht erfüllen. Im Falle von Tiefstpreis-Rückerstattungsversprechen ist freilich zu fordern, dass der Werbende nicht nur den Differenzbetrag zurückerstattet (da er dann nur gleich billig, aber nicht der Billigste wäre; vgl. BGer vom 12. November 1981, SMI 1983, 109 ff., E. 2), sondern im Rahmen der Rückerstattung darüber hinaus den Preis des Konkurrenten unterbietet.

Ein auf diese Art transparent ausgestaltetes Rückerstattungsversprechen unter der Bezeichnung Tief- oder Tiefstpreisgarantie ist unseres Erachtens auch dann nicht unlauter, wenn der Werbende von einer Marktbeobachtung absieht. Denn die legitime Erwartungshaltung des Abnehmers besteht nur darin, einen Rückerstattungsanspruch geltend machen zu können, nicht jedoch auch darin, dass dies gar nie nötig sein wird, weil dank einer Marktbeobachtung die Preise immer gleich billig oder billiger als diejenigen der Konkurrenz sind. Vielmehr muss der Abnehmer davon ausgehen, dass die Konkurrenz in gewissen Fällen billiger ist, weil ansonsten das Rückerstattungsversprechen seinen Sinn verliere. Eine Täuschung hinsichtlich des Bestehens einer Marktbeobachtung durch den Werbenden ist deshalb nicht auszumachen.

Als Tief- oder Tiefstpreisgarantien benannte Rückerstattungsversprechen können hingegen dann unlauter sein, wenn sie beim Durchschnittsabnehmer den Eindruck erwecken, schon der Sortimentspreis sei im Vergleich zur Konkurrenz tief bzw. der tiefste. Ein solcher Schluss kann sich nach den Grundsätzen der Blickfangwerbung (BERGER, UWG 3 Abs. 1 lit. b N 56) vor allem dann aufdrängen, wenn die

Bezeichnung als Tief- oder Tiefpreisgarantie in den Vordergrund und die genauen Bedingungen des Rückerstattungsanspruchs hingegen in den Hintergrund (in das «Kleingedruckte») gedrängt werden. Denn für sich alleine betrachtet bezieht der Durchschnittsabnehmer die Wörter «*Tiefpreisgarantie*» bzw. «*Tiefpreisgarantie*» auf die Sortimentspreise und nicht auf einen Preis, wie er sich nach einer allfälligen Rückerstattung berechnet.

III. Anwendung auf den Fall

Wie sind vor diesem Hintergrund die Aussagen des vorliegenden Falles zu würdigen? Die Aussagen 1.–3. von A sind alle als Angaben (und nicht als reklamehafte Übertreibungen) und im Rahmen dessen als Superlativvergleiche zu qualifizieren. «*Tiefpreisgarantie*», «*Best Price*» und «*garantierter Dauertiefpreis*» sind lauterkeitsrechtlich nur dann zulässig, wenn A tatsächlich der billigste ist, da A den Superlativ «*tiefst*» bzw. «*Best*» verwendet. Es genügt also nicht, wenn A bloss gleich billig wie der billigste Konkurrent anbietet. Soweit A mit diesen Begriffen aber ein Rückerstattungsversprechen verbindet (was das Bundesgericht andeutet, vgl. E. 3.2.4), wäre dies nach hier vertretener Ansicht nicht grundsätzlich unlauter, sofern dem Konsumenten die Tatsache, dass es sich bei der Garantie nur um ein Rückerstattungsversprechen handelt, klar ist und dessen Bedingungen wie oben skizziert transparent gemacht werden. Weiter müsste A dem Konsumenten mehr als nur die Differenz zum Preis des Konkurrenten zurückerstatten, da dieser nur dann einen *Tiefpreis* erhält.

Differenziert sind hingegen die Aussagen 4.-10. von B zu würdigen. Die Behauptungen, man habe «*garantierte Dauertiefpreise*» und folge einer «*Dauertiefpreisphilosophie*», die den Kern der Aussagen 4., 5., 6. und 10. bilden, sind ebenfalls Angaben (und nicht reklamehafte Übertreibungen), beinhalten aber keinen Superlativ, da mit «*tief*» im Gegensatz zu «*tiefst*» keine preisliche Alleinstellung beansprucht wird. Sie sind lauterkeitsrechtlich zulässig, sofern das Preisniveau der B tatsächlich im tiefen Bereich angesiedelt ist und deren Preispolitik tatsächlich von einer dauernden Tiefpreisphilosophie getragen wird (vgl. BERGER, UWG 3 Abs. 1 lit. b N 106 zur ähnlich gelagerten Problematik, wenn der Verkauf in einem «*Outlet*» angepriesen wird und der Kunde deshalb von günstigeren Preisen als im Detailhandel ausgehen darf).

An der Grenze zur reklamehaften Übertreibung ist Aussage 7. Würde z.B. alleine die Behauptung aufgestellt, dass die Preise «*an die Marktgegebenheiten angepasst*» sind, wäre eine Angabe unseres Erachtens aufgrund des unbestimmten Charakters der Aussage zu verneinen. Durch das spezifische Versprechen bei Vorhandensein *billigerer Angebote* «*die Preise schnell, konsequent und dauerhaft den Marktgegebenheiten*» anzupassen, nimmt die Werbeaussage jedoch Angabenqualität an. Weil die Aussage impliziert, dass A in der Lage ist die «*Marktgegebenheiten*» zu kennen, darf der Abnehmer erwarten, dass A eine Marktbeobachtung betreibt, um von billigeren Preisen überhaupt erfahren zu können. Weiter muss A, damit die Angabe lauter ist, im Falle eines billigeren Angebots eine Preis-anpassung nach unten vornehmen, wobei der Durchschnittsabnehmer aufgrund des Gesamtkontextes der Aussage wohl von einer Preisanpassung an das billigste Konkurrenzangebot ausgehen darf.

Aussagen 8. und 9. sind hingegen wiederum als Superlativvergleiche zu qualifizieren. Mit der Formulierung, dass B garantiere, «*dass [der Kunde] immer alles günstiger einkauf[t] als bei [seinen] Mitbewerbern*», bzw. mit dem Versprechen, dass der Kunde «*unter dem Strich immer weniger*» bezahlt als beim Mitbewerber, wird eine preisliche Alleinstellung gegenüber der gesamten Konkurrenz beansprucht. Wenn diese Aussagen aber wiederum im Zusammenhang mit einem Rückerstattungsversprechen gemacht würden (was vorliegend ebenfalls der Fall gewesen zu sein scheint, vgl. E. 4.5), ist unseres Erachtens die Unlauterkeit derselben nicht *per se* gegeben. Werden die oben skizzierten Anforderungen an ein transparentes Rückerstattungsversprechen eingehalten, sind Werbebotschaften wie diejenigen in Aussage 8. und 9. zulässig, da dem Konsumenten durchaus zugetraut werden kann, dass er solche Aussagen dann in den Kontext dieses Versprechens zu stellen vermag.

Zusammenfassung

Die Rechtsprechung hat sich in der Vergangenheit bereits mehrfach mit der lauterkeitsrechtlichen Würdigung von Preisvergleichen in der Werbung auseinandergesetzt. Der Artikel vermittelt zunächst einen kurzen Überblick über Praxis und Lehre und präzisiert bestehende Unklarheiten betreffend den Begriff der Superlativwerbung sowie die sich daraus ergebenden Rechtslage. Insbesondere vertreten die Autoren die Ansicht, dass Superlativwerbung nur vorliegen kann, wenn eine preisliche Alleinstel-

lung im Markt behauptet wird. Weiter analysieren die Autoren Preisgarantien, die sich durch das Versprechen charakterisieren, dem Abnehmer für den Fall eines tieferen Angebots eines Konkurrenten den Differenzbetrag zurückzuerstatten. Entgegen der Praxis des Bundesgerichts und der Meinung von Teilen der Lehre sind diese nach der hier vertretenen Ansicht nicht per se unlauter. Vielmehr können solche Preisgarantien dem Lauterkeitsrecht standhalten, wenn sie den Abnehmer transparent über das Rückerstattungsversprechen und dessen Bedingungen informieren. Auf dieser Grundlage werden abschliessend die im Urteil des Bundesgerichtes 4A_443/2015 vom 12. April 2016 erwähnten Werbeaussagen diskutiert und differenziert.

Résumé

Les tribunaux se sont déjà penchés à plusieurs reprises sur la question des comparaisons de prix dans la publicité. Cette étude fournit en premier lieu un aperçu de la jurisprudence et de la doctrine existantes en la matière et clarifie les ambiguïtés relatives à la notion de publicité superlative ainsi qu'à la situation juridique y relative. En particulier, les auteurs affirment qu'il ne peut exister de publicité superlative que dans la mesure où le prix indiqué dans la publicité est unique sur le marché. En second lieu, les auteurs analysent les garanties de prix qui se caractérisent par la promesse de rembourser au client la différence entre le prix offert et un prix inférieur offert par un concurrent. Contrairement à la pratique du Tribunal fédéral et à une partie de la doctrine, il est soutenu ici que ceci ne constitue pas un comportement déloyal per se. Au contraire, de telles garanties de prix résistent au droit de la concurrence déloyale dans la mesure où les clients sont informés de manière transparente quant à la promesse de remboursement et aux conditions applicables. Sur la base de cette analyse et en guise de conclusion, les auteurs discutent et nuancent le traitement des allégations publicitaires par le Tribunal fédéral dans son arrêt 4A_443/2015 du 12 avril 2016.