

# Gewerblicher Rechtsschutz u. Urheberrecht, Wettbewerbs- u. Markenrecht - Nörr Stiefenhofer Lutz

Aus: DER SYNDIKUS , Ausgabe September / Oktober 2001

1 Vgl. zur bisherigen Rechtslage Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., München 2001, § 1 UWG

Rn. 333 ff.

2 ABI. EG 1997 Nr. L 290, 18, v. 23.10.1997; auch abgedr. in WRP 1998, 798

3 Sie endete am 23. April 2000.

4 BGH, Urt. v. 5.2.1998, NJW 1998, 2208, 2210 - Testpreisangebot. Bestätigt durch BGH, Urt. v. 23.4.1998, GRUR 1999, 69, 71 - Preisvergleichsliste II; BGH, Urt. v. 15.10.1998, WRP 1999, 414 - Vergleichen Sie! und OLG Hamburg, Urt. v. 29.7.1999, GRUR 2000, 243, 245 - Lottoschein. Vgl. auch OLG München, Urt. v. 16.9.1999, NJWE-WettbR 2000, 177 - Vergleichende Werbung zwischen Leitungswasser und Mineralwasser; OLG München, Urt. v. 1.4.1999, WRP 1999, 692 - Satte Mehrheit.

5 Gesetz zur vergleichenden Werbung und zur Änderung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften v. 1.9.2000, BGBl. 2000 I, 1374; in Kraft getreten am 14.9.2001.

6 BGH, Urt. v. 23.4.1998, GRUR 1999, 69, 70 - Preisvergleichsliste II

7 Siehe Fn. 6

8 BGH, Urt. v. 20.3.1981, GRUR 1981, 658 - Preisvergleich I; BGH, Urt. v. 23.4.1998, GRUR 1999, 69 - Preisvergleichsliste II

9 OLG Dresden, Urt. v. 19.10.1999, GRUR 2000, 916 - Hochleistungstarif; BGH, Urt. v. 23.4.1998, GRUR 1999, 69, 71 - Preisvergleichsliste II

10 BGH, Urt. v. 20.2.1986, GRUR 1986, 618, 620 - Vorsatz-Fensterflügel

11 OLG Hamburg, Urt. v.

## Vergleichende Werbung - eine rechtliche Bestandsaufnahme ein Jahr nach Inkrafttreten des neuen Rechts

### Vom grundsätzlichen Verbot zur Erlaubnis mit Einschränkungen

Vergleichende Werbung war in Deutschland über viele Jahrzehnte verpönt. Sie galt als „anrüchig“ und eines ehrenwerten, soliden Kaufmanns nicht würdig. Die Rechtsprechung sah die vergleichende Werbung grundsätzlich als sittenwidrig i.S.d. § 1 UWG an und gestattete Ausnahmen nur in engen Grenzen<sup>1</sup>.

Am 6.10.1997 hat das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Gemeinschaft die Richtlinie 97/55/EG zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung (RiLi)<sup>2</sup> erlassen und damit eine grundlegende Trendwende im deutschen Wettbewerbsrecht eingeleitet. Art. 3 a RiLi erlaubt die vergleichende Werbung unter den dort näher geregelten Voraussetzungen. Noch vor Ablauf der Umsetzungsfrist<sup>3</sup> hatte der BGH<sup>4</sup> die europäische Entwicklung aufgegriffen und dem Kriterienkatalog des Art. 3 a RiLi per richtlinienkonformer Auslegung des § 1 UWG Geltung verschafft; das bisher in Deutschland geltende Verbots- und Ausnahme-Verhältnis war damit dem Erlaubnisprinzip mit Missbrauchsvorbehalt gewichen. Vor einem Jahr hat auch der deutsche Gesetzgeber die europarechtlichen Vorgaben in das nationale Recht umgesetzt<sup>5</sup> und den vormals bedeutungslosen § 2 UWG für die vergleichende Werbung neu aktiviert. Ergänzend erstreckt § 3 Satz 2 UWG das Irreführungsverbot auf vergleichende Werbeangaben.

Die Wirtschaft hat zunächst nur zögerlich von den neuen Marketingmöglichkeiten Gebrauch gemacht. Vor allem im hart umkämpften Telekommunikationsmarkt sind Preisvergleiche ein beliebtes Werbemittel geworden. Aber sogar Kreditinstitute wagen inzwischen vereinzelt den Vergleich zur Konkurrenz. Die vergleichende Werbung ist salonfähig geworden! Dennoch: Die neuen Regelungen sind nicht frei von Tücken. Vielleicht ein Grund für die nach wie vor zögerliche Haltung vieler Unternehmen, ihre Produkte im unmittelbaren Vergleich mit denen ihrer Konkurrenten zu bewerben. Die Kenntnis der Rechtsprechung ist für die Gestaltung vergleichender Werbemaßnahmen nach wie vor unerlässlich.

### Der Begriff der „vergleichenden Werbung“

Nach der Gesetzesdefinition des § 2 Abs. 1 UWG ist vergleichende Werbung jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht.

Das setzt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis voraus. Hierfür genügt, dass ein Mitbewerber durch das beanstandete Wettbewerbsverhalten

29.7.1999, GRUR 2000, 243, 245 - Lottoschein

12 KG, Urt. v. 18.9.1998, WRP 1999, 339 - „Die beste Werbung für S. sind die Angebote der Konkurrenz“

13 OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.10.1998, CR 1999, 22 - Preisvergleich einer neuen Telefongesellschaft mit der Deutschen Telekom

14 Vgl. BGH, Urt. v. 15.10.1998, WRP 1999, 414, 415 - Vergleichen Sie!

15 Zur Frage, ob zur Begründung der Sittenwidrigkeit der vergleichenden Werbung auch noch andere Kriterien herangezogen werden können: Verneinend OLG Hamburg, Urt. v. 29.7.1999, GRUR 2000, 243, 247 - Lottoschein und Eck/Ikas, WRP 1999, 772 ff.; bejahend wohl Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001, § 2 UWG Rn. 3: Die Verbotmerkmale des § 2 Abs. 2 beziehen sich auf den Vergleich als solchen, schließen aber nicht die Unlauterkeit eines Vergleichs auch aus anderen Gründen aus.

16 BGH, Urt. v. 15.10.1998, WRP 1999, 414, 416 - Vergleichen Sie!; OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 10.8.2000, GRUR-RR 2001, 89 - Komfortanschluss; OLG Köln, Urt. v. 26.5.2000, NJWE-WettbR 2000, 283 - Tarifgegenüberstellung

17 OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 10.8.2000, GRUR-RR 2001, 89

18 Siehe z.B. BGH, Urt. v. 12.1.1972, GRUR 1972, 553, 554 - „Statt Blumen Onko Kaffee“

19 OLG Hamburg, Urt. v. 29.7.1999, GRUR 2000, 243, 245 - Lottoschein

20 BGH, Urt. v. 23.4.1998, WRP 1998, 1065 - Preisvergleichsliste II

21 BGH, Urt. v. 23.4.1998, WRP 1998, 1065, 1068 - Preisvergleichsliste II

22 OLG München, Urt. v. 1.4.1999, WRP 1999, 692 -

beeinträchtigt werden kann, sei es auch nur mittelbar<sup>6</sup>. Maßgebend ist, ob ein Waren- oder Preisvergleich zu Zwecken des Wettbewerbs, d.h. objektiv und subjektiv zur Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs, veröffentlicht wurde<sup>7</sup>. Fehlt die Wettbewerbsabsicht, wie regelmäßig bei neutralen Waren- oder Preistests durch Verbraucherverbände, Zeitschriftenverlage und neutrale Institute wie die „Stiftung Warentest“, ist § 2 UWG unanwendbar<sup>8</sup>. Ist sie dagegen vorhanden, sind auch Preisvergleiche von Drittanbietern, deren Leistungen der Werbende nur vermittelt, relevant, z.B. Tarifvergleiche durch einen Versicherungsmakler<sup>9</sup>.

Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis kann auch zwischen Gewerbetreibenden verschiedener Wirtschafts- oder Handelsstufen bestehen<sup>10</sup>. Der gleiche Kundenkreis ist nicht Voraussetzung. Es kann sogar durch die vergleichende Werbung selbst begründet werden, z.B. wenn eine Wirtschaftszeitung unter der Abbildung eines Lottoscheins mit dem Slogan wirbt: „Um Geld zu vermehren, empfehlen wir ein anderes Papier<sup>11</sup>.“

Erforderlich ist es, bestimmte Wettbewerber dem Publikum erkennbar zu machen. Der Vergleich kann alle<sup>12</sup> oder mehrere Wettbewerber einbeziehen, sich aber grundsätzlich auch auf einen einzigen Konkurrenten beschränken<sup>13</sup>.

Die bloße Aufforderung, selbst einen Vergleich mit den Leistungen von Mitbewerbern vorzunehmen<sup>14</sup>, die bloße Kritik am Mitbewerber, die bloße Herausstellung des eigenen Angebots, auch der Vergleich eigener Waren und Dienstleistungen miteinander und die Alleinstellungswerbung sind in aller Regel keine vergleichende Werbung.

## Die Zulässigkeitsvoraussetzungen (§§ 2 Abs. 2, 3 UWG)

Vergleichende Werbung ist nach § 2 Abs. 2 UWG grundsätzlich zulässig. Nur dann, wenn (mindestens) eine der dort oder im Irreführungstatbestand des § 3 UWG aufgeführten Zulässigkeitsbedingungen nicht erfüllt ist, ist die vergleichende Werbung wettbewerbswidrig<sup>15</sup>.

## Vergleichbarkeit nach dem Bedarf und der Zweckbestimmung

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 UWG dürfen im Grundsatz nicht Äpfel mit Birnen verglichen werden: Dies bedeutet, dass grundsätzlich nur identische Produkte verglichen werden dürfen, wobei nicht absolute Identität hinsichtlich jedes einzelnen Produkt- oder Leistungsteils, sondern lediglich Funktionsidentität erforderlich ist<sup>16</sup>. So ist eine Telefongesellschaft nicht am Vergleich eines ISDN-Tarifs gehindert, weil sie im Gegensatz zum Konkurrenten keinen Anrufbeantworter im Netz anbietet; auf die bestehenden Unterschiede muss jedoch deutlich hingewiesen werden<sup>17</sup>: Im Einzelfall kann es sogar zulässig sein, Produkte mit unterschiedlichen Hauptfunktionen zu vergleichen. Dies ist

Satte Mehrheit

23 Siehe Fn. 21

24 Köhler/Piper, UWG, 2. Aufl. 2001, § 2 Rn. 45

25 BGH, Urt. v. 15.10.1998, WRP 1999, 414, 417 - Vergleichen Sie!; OLG Hamburg, Urt. v. 29.7.1999, GRUR 2000, 243, 246 - Lottoschein

26 Siehe Fn. 25

27 OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 2.6.1999 - Az. 6 W 84/99

28 OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 13.1.2000 - Az. 6 U 152/99

29 Vgl. BGH, Urt. v. 15.10.1998, WRP 1999, 414, 416 - Vergleichen Sie!

30 Vgl. BGH, Urt. v. 15.10.1998, WRP 1999, 414, 416 - Vergleichen Sie! und OLG Hamburg, Urt. v. 29.7.1999, GRUR 2000, 243, 246 - Lottoschein

31 Siehe Fn. 29

32 OLG München, Urt. v. 16.9.1999, NJWE-WettbR 2000, 177 - Vergleichende Werbung zwischen Leitungswasser und Mineralwasser

33 EuGH, Urt. v. 28.1.1999, NJW 1999, 2430 - Sektellerei Kessler; Urt. v. 17.11.1998, NJW 1998, 3183 - Gut Springenheide (Sechs-Korn-Eier)

34 BGH, Urt. v. 20.10.1999, WRP 2000, 517 - Orient-Teppichmuster

35 OLG Hamburg, Urt. v. 28.10.1999, GRUR 2000, 530, 532 - CSE Hemmer

36 Siehe Fn. 35

37 Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 19.10.1999, GRUR 2000, 916 m.w.N. - Hochleistungstarif

38 Siehe Fn. 37

39 OLG Dresden, Urt. v. 19.10.1999, GRUR 2000,

z.B. dann der Fall, wenn die Werbung eine bestimmte Nebenfunktion in das Zentrum des Vergleichs rückt<sup>18</sup>. Deshalb ist bei der Prüfung des Kriteriums „Funktionsidentität“ stets auf den Einzelfall abzustellen. So ist etwa Funktionsidentität beim Vergleich einer Wirtschaftszeitung mit einem Lottoschein dann gegeben, wenn sich aus dem Zusammenhang ergibt, dass beide Produkte in der Funktion als Mittel zur Geldvermehrung verglichen werden<sup>19</sup>.

## Das Gebot der Objektivität und der Nachprüfbarkeit

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 UWG müssen wesentliche, relevante, objektiv nachprüfbare und typische Eigenschaften miteinander verglichen werden, wozu nunmehr auch der Preis eines Produkts zählt<sup>20</sup>. Allerdings muss die bestimmte Eigenschaften vergleichende Werbeaussage einen objektiv nachprüfbareren Inhalt haben. Dies wird bei reinen Tatsachenbehauptungen - im Gegensatz zu bloßen, pauschalen Werturteilen - stets der Fall sein. Aber auch Aussagen, die sich äußerlich als Werturteile darstellen, können einen nachprüfbareren Tatsachenkern enthalten<sup>21</sup>. Daher sind auf subjektiven Wertungen und Empfindungen basierende Vergleiche zwischen Produkten verschiedener Mitbewerber unzulässig, etwa der Geschmacksvergleich zweier Hamburger<sup>22</sup>. Die verglichenen Eigenschaften müssen nicht ohne weiteres und ohne jeden Aufwand für den Verbraucher nachprüfbar sein<sup>23</sup>.

## Das Verwechslungsverbot

Unzulässig sind Vergleiche, die zu Verwechslungen zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber oder zwischen deren Waren, Dienstleistungen oder Kennzeichen führen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Die bloße Verwechslungsgefahr genügt - anders als im Markenrecht - nicht<sup>24</sup>.

## Das Verbot der unlauteren Rufausnutzung

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 4 UWG darf die Wertschätzung des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens nicht in unlauterer Weise ausgenutzt oder beeinträchtigt werden. Die Unlauterkeit setzt voraus, dass über der Nennung der Marke eines Mitbewerbers hinausgehende Unlauterkeitsumstände hinzutreten<sup>25</sup>. Die mit der Abbildung bzw. Nennung der Marke verbundene Erkennbarmachung des Konkurrenzprodukts reicht für die Unlauterbarkeit nicht aus. Anderenfalls wäre jede vergleichende Werbung unzulässig, da sie begrifflich voraussetzt, dass ein Mitbewerber oder dessen Erzeugnisse erkennbar gemacht werden<sup>26</sup>.

Einen Verstoß gegen das Verbot der unzulässigen Ausnutzung eines Kennzeichens kann es darstellen, wenn ein Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen in einer vergleichenden Werbung die eigenen Tarife mit denen der Deutschen Telekom derart vergleicht, dass er seine Anzeige komplett mit der Farbe „magenta“, Hausfarbe der Deutschen Telekom unterlegt. Das OLG Frankfurt hat einen derartigen Preisvergleich untersagt, da eine solche Hervorhebung nicht erforderlich und als Anlehnung an den guten Ruf des Konkurrenten zu werten sei<sup>27</sup>.

916 - Hochleistungstarif;  
OLG Köln, Urt. v.  
17.12.1999, NJWE-WettbR  
2000, 182, 185 -  
Vergleichende Werbung in  
Presseartikeln

40 KG, Urt. v. 26.11.1999,  
NJWE-WettbR 2000, 185 -  
Preisanalyse aus bis zu 35  
Krankenversicherungen

Dasselbe Gericht sah dagegen in der Verwendung eines magentafarbenen Pfeils im Rahmen eines Preisvergleichs keine Unlauterkeit, da im konkreten Fall dieser nur dazu diene, den Konkurrenten überhaupt erkennbar zu machen<sup>28</sup>.

## Das Verunglimpfungsverbot

§ 2 Abs. 2 Nr. 5 UWG verbietet es dem Werbenden, seine Mitbewerber bzw. deren Produkte herabzusetzen oder zu verunglimpfen. Nicht jede kritisierende vergleichende Werbung beinhaltet ein herabsetzendes Element. So macht die Gleichstellung von Herabsetzung und Verunglimpfung in § 2 Abs. 2 Nr. 5 UWG deutlich, dass nicht jede herabsetzende Wirkung, die einem kritischen Werbevergleich immanent ist, ausreicht. Es liegt im Wesen eines Preisvergleichs, der die eigenen Erzeugnisse als preisgünstiger herausstellt, dass er zu Lasten derjenigen Mitbewerber geht, die ihre Produkte teurer anbieten<sup>29</sup>. Eine verbotene Herabsetzung ist erst dann anzunehmen, wenn über die mit jedem Werbevergleich verbundenen negativen Wirkungen hinaus weitere Umstände hinzutreten, die den Vergleich in unangemessener Weise abfällig, abwertend oder unsachlich erscheinen lassen<sup>30</sup>. Eine Herabsetzung liegt insbesondere dann vor, wenn das Konkurrenzprodukt im Vergleich mit dem eigenen Produkt als minderwertig herausgestellt wird, wobei eine Werbung mit unzutreffenden Angaben immer unlauter ist<sup>31</sup>. Ob man allerdings in der Bewerbung von Leitungswasser als Trinkwasser mit dem Slogan „Hängen Sie noch an der Flasche?“ eine pauschale Herabsetzung von in Flaschen abgefülltem Mineralwasser sehen soll, weil - wie das OLG München meint - die Formulierung in der Umgangssprache mit körperlicher Abhängigkeit von Alkohol oder Drogen assoziiert werde<sup>32</sup>, erscheint doch etwas zweifelhaft.

## Das Nachahmungsverbot

Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG darf die vergleichende Werbung nicht eine Ware oder Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Ware oder Dienstleistung darstellen. Die Norm verbietet es nicht, das eigene Produkt als einem Markenprodukt gleichwertig darzustellen. Vielmehr verbietet die Vorschrift nur die Darstellung des eigenen Produkts als Imitation oder Nachahmung einer fremden Ware. Ob diese unter einem geschützten Kennzeichen vertrieben wird, beurteilt sich nach dem Markenrecht.

## Das Irreführungsverbot

Der Vergleich der Produkte darf nicht in irreführender Weise geführt werden, wobei § 3 Satz 2 UWG maßgeblich ist. Irreführend in diesem Sinne ist jede Werbung, die in irgendeiner Weise - einschließlich ihrer Aufmachung - die Personen, an die sie sich richtet, oder die von ihr erreicht werden, täuscht oder zu täuschen geeignet ist und die infolge der ihr innewohnenden Täuschung ihr wirtschaftliches Verhalten beeinflussen kann oder aus diesen Gründen den Mitbewerber schädigt oder zu schädigen geeignet ist.

Bei der maßgeblichen Beurteilung aus der Verbrauchersicht wird inzwischen nahezu einhellig auf das sog. „europäische Verbraucherleitbild“ abgestellt, d.h. der weniger strenge europäische Irreführungsmaßstab hat Einzug in das deutsche Wettbewerbsrecht

gefunden. Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt es bei der Prüfung, ob eine Irreführung des Verbrauchers vorliegt, auf das Verständnis eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers an<sup>33</sup>. Diesen Maßstab haben nach und nach die verschiedenen Oberlandesgerichte und nunmehr auch der BGH<sup>34</sup> zu Grunde gelegt, wobei der BGH noch präziserte, dass sich die Begriffe „flüchtig“ und „verständlich“ nicht gegenseitig ausschließen, sondern der Grad der Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers, von der jeweiligen Situation abhängig ist, in der er die Werbung üblicherweise wahrnehme. Beim Teppichkauf und dem Studieren entsprechender Werbeprospekte könne daher nicht auf den flüchtigen Betrachter abgestellt werden.

Im Falle der Werbung mit gutachterlichen bzw. wissenschaftlichen Auffassungen Dritter, muss sich der Werbende die Angaben des Gutachters wettbewerbsrechtlich zurechnen lassen<sup>35</sup>. Entspricht ein wissenschaftliches Gutachten, mit dem geworben wird, nicht mehr neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen, so kann hierin eine Irreführung zu erblicken sein, da das Publikum mit der Veröffentlichung einer wissenschaftlichen Studie die Erwartung verbindet, die Ergebnisse der Studie seien nicht überholt<sup>36</sup>.

Viele Werbevergleiche scheitern am Irreführungsverbot, weil erforderliche Angaben unterbleiben. Der Verkehr erwartet aber nicht ohne weiteres die Offenlegung aller - auch der weniger vorteilhaften - Eigenschaften einer Leistung, sondern stellt eine subjektive Färbung der Werbung in Rechnung, so dass nicht jeder unvollständige Werbevergleich einen irreführenden Eindruck hervorruft<sup>37</sup>. Allerdings ist Aufklärung bzw. Vervollständigung eines Werbevergleichs dann geboten, wenn durch eine lückenhafte Darstellung der beiderseitigen Angebote ein unrichtiger Gesamteindruck entsteht, der den Adressaten zu Entschlüssen veranlassen könnte, die er in Kenntnis des vollständigen Sachverhalts nicht gefasst hätte<sup>38</sup>. In jüngster Zeit spielte das Irreführungsverbot wiederholt im Zusammenhang mit Preisvergleichen der Leistungsangebote von Krankenkassen eine Rolle<sup>39</sup>. So hat z.B. das Kammergericht entschieden, dass ein Unternehmen, das in einer zusammenstellenden Darstellung mit einem Preis- bzw. Leistungsvergleich privater Krankenversicherungen wirbt, verpflichtet ist, alle Krankenversicherungsgesellschaften aufzuführen, die mindestens eine Versicherung anbieten, die billiger ist, als die teuerste, die in die Zusammenstellung eingeflossen ist<sup>40</sup>. Allerdings hält das Kammergericht auch fest, dass es eine uneingeschränkte Pflicht zur Vollständigkeit des Vergleichs nicht gibt.

## Fazit

Werbevergleiche in sachlicher Form sind ein hervorragendes Marketinginstrument, da sie nicht nur das eigene Angebot gegenüber den Konkurrenzangeboten hervorheben, sondern dem Verbraucher zugleich auch mühsame Eigenvergleiche ersparen können. Die rechtlichen Risiken sind, dank der fortgeschrittenen Rechtsprechung, inzwischen so weit beherrschbar, dass man jedem Unternehmen nur wünschen kann, endlich mehr Mut zum Einsatz dieser Werbemethode aufzubringen.

*Ralph Müller-Bidinger, Dr. Gregor Geimer*