

## Professor Dr. Peter Krebs

### Arbeitsgliederung - UWG

## Unlauterkeit im Fall vergleichender Werbung, § 6 UWG

§ 6 UWG konkretisiert das Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit nach § 3 UWG. Unlauter ist demnach eine vergleichende Werbung, die die Tatbestandsmerkmale des § 6 Abs. 2 UWG ggf. i.V.m. § 5 Abs. 3 UWG erfüllt. § 6 UWG i.V.m. § 5 Abs. 3 UWG setzt RL 84/450 geändert durch RL 97/55 um und ist daher richtlinienkonform auszulegen. Nach ganz h.M. muss eine vergleichende Werbung für ihre Zulässigkeit die Voraussetzungen des Art. 3a der RL erfüllen. Unstreitig ist, dass sie bei der Erfüllung der Voraussetzungen zulässig ist.

### A Vergleichende Werbung, § 6 Abs. 1 UWG

1. Werbung: Die Konkretisierung des Begriffs Werbung ergibt sich aus Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung (RL 84/450/EWG: „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern“).
1. **Äußerung**: Jede verbale oder nonverbale, öffentliche oder individuelle Aussage. Auch das zu Eigen machen der Äußerungen Dritter fällt unter Werbung.
2. Erforderlichkeit eines **funktionellen Zusammenhangs** mit einer unternehmerischen (selbständigen, wirtschaftlichen) Tätigkeit.
3. Zweck der Äußerung muss die **Absatzförderung** sein. Dieses Merkmal ist weit zu fassen, so dass auch reine **Aufmerksamkeitswerbung** sowie u. U. **bloße Kritik** hierunter fällt, da dies letztlich der Absatzförderung dient. Nicht erwähnt ist die Werbung auf dem Nachfragemarkt, die aber wohl im Rahmen einer Analogie als vergleichende Werbung unter den gleichen Voraussetzungen als rechtmäßig anzusehen ist (weite Auslegung dürfte an der Richtlinienvorgabe scheitern).

- II. Unmittelbare oder mittelbare Erkennbarmachung eines Mitbewerbers oder dessen Leistungen (identifizierende vergleichende Werbung)
1. **Mitbewerber** (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG) setzt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis voraus:
- Bedingt die Austauschbarkeit der Leistungen aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise.
  - Ausreichend ist, wenn die Austauschbarkeit erst durch die konkrete Werbemaßnahme hergestellt wird und ein Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist, eine Substitution ernsthaft in Betracht zieht („Statt Blumen ONKO-Kaffee“).
2. Leistungen eines Mitbewerbers:
- a) Waren: Bewegliche als auch unbewegliche Sachen sowie Rechte aller Art.
  - b) Dienstleistungen: Alle Tätigkeiten, die für einen anderen erbracht werden und ihm zugute kommen sollen.
3. Erkennbarkeit des Mitbewerbers: Der Mitbewerber ist aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise identifizierbar.
- a) Unmittelbare Erkennbarkeit: Namentliche Nennung oder bildliche Wiedergabe.
  - b) Mittelbare Erkennbarkeit: Die Werbung muss die Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber eindeutig nahe legen (z.B. bei der Anknüpfung an die Werbung oder den Herstellungsort von Mitbewerbern oder bei begrenzter Mitbewerberzahl).
  - c) Keine Vergleichende Werbung liegt vor, wenn sich die Erkennbarkeit nur als Reflex ergibt. Auch ein Systemvergleich oder eine Alleinstellungswerbung führt nicht automatisch zu einer Identifizierung.

Hinweis: Auch ein Systemvergleich oder eine Alleinstellungswerbung führt nicht automatisch zu einer Identifizierung. Liegt zwar ein Vergleich, aber keine Identifizierung vor, ist § 6 UWG nicht anwendbar. Eine entsprechende Werbung ist aber im „erst recht-Schluss“ jedenfalls dann zulässig, wenn sie die Voraussetzungen des § 6 UWG erfüllt.

- III. Vergleich:
- Vergleichende Werbung setzt ebenso einen Bezug zum eigenen Unternehmen oder eigenen Leistungen des Werbenden voraus (str.).
  - Dabei reicht es nicht aus, dass verschiedene Leistungen lediglich gleichzeitig genannt werden, vielmehr müssen dem Werbeadressaten Alternativen aufgezeigt werden, die geeignet sind, die Kaufentscheidung zu beeinflussen.
  - Am Vergleich kann es z.B. fehlen bei bloßer Kritik an Mitbewerbern, bloßer Aufforderung zum Vergleich oder bloßer Anlehnung an einen fremden Ruf. Eine Werbung bei Ersatzteilen/Zubehör mit „passend zu“ ist grundsätzlich kein Vergleich, es sei denn es wird indirekt die gleiche Qualität behauptet (vgl. EuGH GRUR 2002, 354 Toshiba Europe).

## **B Unlauterkeit, § 6 Abs. 2 UWG**

Nur wenn gegen keine der Nummern des § 6 Abs. 2 UWG und auch nicht gegen § 5 Abs. 3 i.V.m § 5 Abs. 1 UWG verstoßen wird, ist die Werbung lauter.

- I. Vergleich von Leistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung, § 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG
  1. Waren- oder Dienstleistungsvergleich
  2. Gleicher Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung: Zu beurteilen aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise. Völlige Funktionsidentität muss nicht vorliegen.
- II. Eigenschaftsvergleich, § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG

Der Nachfragevergleich (Vergleich auf Auskunftsverlangen) muss nach h.M. sich nicht auf objektive typische Eigenschaften beschränken, um zulässig zu sein (teleologische Reduktion).

  1. Eigenschaft: Alle Faktoren mit unmittelbarem Bezug zur angebotenen Leistung und Relevanz für die Nachfrageentscheidung aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise.
  2. Preis: In Geld ausgedrückte Gegenleistung; auch Preisbestandteile (Boni, Skonti).
  3. Objektivität: Wird im Zusammenhang mit der Nachprüfbarkeit (s. nachfolgend B II. 4. c.) bewertet
  4. Vergleichbare Eigenschaften: Die folgenden Eigenschaften müssen kumulativ vorliegen, zu beurteilen aus der Sicht eines angemessen gut unterrichteten und angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbraucher der angesprochenen Verkehrskreise:
    - a) Wesentlichkeit: Die Eigenschaft ist die für den Werbeadressaten hinsichtlich der vorgesehenen Verwendung nicht völlig unerheblich.
    - b) Relevanz: Die Eigenschaft ist geeignet, den Kaufentschluss zu beeinflussen.
    - c) Nachprüfbarkeit: Tatsachenbehauptungen (im Gegensatz zu Werturteilen), die einem Beweis zugänglich sind. Die Nachprüfbarkeit muss den angesprochenen Verkehrskreisen mit zumutbarem Aufwand konkret möglich sein. Geschmacksvergleiche gelten als nicht nachprüfbar (problematisch).
    - d) Typisch: Eigenschaft, die repräsentativ oder aussagekräftig für den Wert der Ware im Ganzen ist.
  5. Problematisch ist, ob der bloße Vergleich von Unternehmensdaten danach ausnahmslos unzulässig ist.
- III. Herbeiführung von Verwechslungen, § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG
  1. Gegenstand der Verwechslung:
    - a) Mitbewerber (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG)
    - b) Kennzeichen können neben denen gem. § 1 MarkenG auch z.B. Artikelnummern u.ä. sein.
    - c) Produkte.
  2. Verwechslung: Eine abstrakte Verwechslungsgefahr reicht nicht, vielmehr muss es zu tatsächlichen Täuschungen von Werbeadressaten kommen.

- IV. Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung, § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG
1. Wertschätzung eines Kennzeichens: Jede positive Wertvorstellung, die der Verkehr mit einem Kennzeichen verbindet.
  2. Unlautere Ausnutzung: Übertragung der Wertvorstellung von der fremden auf die eigene Leistung. Für die Unlauterkeit kommt es darauf an, ob der Vergleich unter geringerer Ausnutzung erreichbar gewesen wäre. Erfordert eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der legitimen Funktion vergleichender Werbung und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.
  3. Unlautere Beeinträchtigung: Der Verkehr zieht Rückschlüsse auf die verglichene Leistung, die das bisherige Bild negativ beeinflussen.
- V. Herabsetzung oder Verunglimpfung, § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG (lex specialis zu § 4 Nr. 7 UWG)
1. Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönliche oder geschäftliche Verhältnisse
  2. Herabsetzung oder Verunglimpfung:
    - Herabsetzung besteht in der Verringerung der Wertschätzung.
    - Verunglimpfung ist eine gesteigerte Form der Herabsetzung und beinhaltet die Verächtlichmachung ohne sachliche Grundlage.
    - Es müssen Umstände vorliegen, die den Vergleich in unangemessener Weise abfällig, abwertend oder unsachlich erscheinen lassen; dabei sind alle Umstände des Einzelfalls entsprechend der Sichtweise eines angemessen gut unterrichteten und angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbrauchers zu berücksichtigen.
- VI. Darstellung als Imitation, § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG (sog. Parfümklausel)
1. Darstellung der eigenen Leistung als Imitation einer fremden Leistung, nicht auch umgekehrt (str.). Bei der Darstellung ist entscheidend, dass die angesprochenen Verkehrskreise den Eindruck gewinnen, es handle sich um eine Nachahmung.
  2. Einer Leistung unter geschütztem Kennzeichen: Beurteilt sich nach Markenrecht.

## **C Irreführende vergleichende Werbung**

- I. Sonderregelung des § 5 Abs. 3 UWG (Vergleiche mit Sonderangeboten)
1. Besonderer Preis oder andere besondere Bedingungen: Bedingungen die nicht ständig, sondern nur vorübergehend gelten.
  2. Aufklärung über Beginn bzw. Ende: Die Zeitpunkte sind eindeutig, d.h. nach dem Kalender berechenbar anzugeben. Ausnahme gem. S. 2: Hier muss lediglich auf den Umstand der Verfügbarkeit hingewiesen werden.

## II. Allgemeine Irreführung, § 5 Abs. 3 1. Alt. UWG

Unzulässig ist vergleichende Werbung auch dann, wenn sie in sonstiger Weise irreführend ist (Zur Prüfung vgl. Gliederungsvorschlag zur Irreführung nach § 5 UWG).

### **D Vergleich bei Waren mit Ursprungsbezeichnung (Art. 3a Abs. 1 lit. f RL)**

Richtlinie verlangt bei Waren mit Ursprungsbezeichnung Vergleich der Waren mit der gleichen Bezeichnung. Deutscher Gesetzgeber sah dies als selbstverständlich an (Art. 13 VO 2091/92 EG). Sähe man dies anders, wäre eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung geboten.

### **E Sperrwirkung für andere Unlauterkeitsgründe**

Sonstige Unlauterkeitsgründe, z.B. § 4 Nr. 7 UWG, § 4 Nr. 10 UWG, § 3 UWG, werden aufgrund des abschließenden Charakters des Art. 3a RL 84/450 EWG gesperrt, soweit sie in der Richtlinie mitbedacht sind. Da § 7 UWG nicht mitbedacht ist, ist § 7 UWG neben § 6 UWG zu prüfen.