von Rechtsanwalt **Phil Salewski**

Vergleichende Werbung im Internet: Ist diese zulässig?

Anbieter- und Produktvergleiche sind wesentlicher Bestandteil des freien Wettbewerbs, werden jedoch oft von Händlern genutzt, um ihre Angebote von denen der Konkurrenz abzuheben. Das Wettbewerbsrecht setzt der vergleichenden Werbung klare Grenzen, um irreführende oder herabsetzende Vergleiche zu verhindern. Wir erläutern die Zulässigkeit vergleichender Werbung – illustriert mit Beispielen aus der Praxis.

Rechtliche Entwicklungen der vergleichenden Werbung

Werbewirksame Vergleiche mit Mitbewerbern waren in Deutschland lange Zeit grundsätzlich verboten.

Absatzförderungsmaßnahmen auf Kosten der Konkurrenz galten als unsittlich und wettbewerbsverzerrend, der „gesunde“ Wettbewerb sollte nicht einer „Ellenbogengesellschaft“ von Unternehmern zum Opfer fallen.

Eine Liberalisierung erfuhr das Recht der vergleichenden Werbung erst mit Verabschiedung der EG-Richtlinie 97/55/EG vom 06.10.1997, die in Deutschland zum 01.09.2000 im seither maßgeblichen § 6 UWG die Voraussetzungen und Grenzen von werbenden Vergleichen reglementiert.

Mit dem Inkrafttreten der Richtlinie ging ein Prinzipienwandel einher: vergleichende Werbung wird nunmehr als grundsätzlich wettbewerbsförderndes und marktregulierendes, gar innovations- und selbstoptimierungsförderliches Instrument gesehen, das solange zulässig ist, wie sich die angestellten vergleiche in einem objektiven, kohärenten und respektvollen Rahmen bewegen.

Tatbestandsmerkmale der vergleichenden Werbung nach § 6 UWG

Um überhaupt als „vergleichende Werbung“ zu gelten und mithin den in § 6 UWG normierten Zulässigkeitsanforderungen unterworfen werden zu können, müssen vergleichende Absatzförderungsmaßnahmen bestimmte Kriterien erfüllen. Diese sind maßgeblich durch das Unionsrecht geprägt und müssen daher auch vor dem Hintergrund der einschlägigen europäischen Rechtsakte ausgelegt werden.

HINWEIS:

Lässt sich eine durch einen Vergleich geprägte geschäftliche Handlung nach den in § 6 UWG genannten Kriterien nicht als tatbestandliche vergleichende Werbung einordnen, hat dies freilich nicht ihre unbedingte Zulässigkeit zur Folge. In diesem Fall wird die Zulässigkeit anhand der allgemeinen Maßstäbe des Wettbewerbsrechts, insbesondere nach den §§ 3 ff. UWG, bemessen.

1. Werbung

Zunächst muss die vergleichende Maßnahme eine Werbung im Rechtssinne sein.

Der maßgebliche Art. 2 lit. a der Richtlinie 2006/114/EG definiert Werbung als „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."

Erfasst werden durch die weite Definition nicht nur klassische Werbemaßnahmen, sondern vielmehr auch konkrete Verkaufsangebote sowie Darstellungen auf Produktdetailseiten und sonstige, auch nur mittelbar absatzbezogene Äußerungen unabhängig von der medialen Darstellungsform.

Die Rechtsprechung sah als tatbestandliche Werbung unter anderem

- Bestelllisten, in denen Produkte der Bezeichnung nach aufgeführt wurden (KG Berlin, Urteil v. 28.8.2012 – Az. 5 U 48/06)
- die Nutzung eines aussagekräftigen Domainnamens, weil hierdurch dem Verbraucher die Auffindbarkeit von Waren, Dienstleistungen oder der Unternehmenspräsentation nahegelegt werde (EuGH, Urteil v. 11.7.2013 – Az. C-657/11)
- die Verwendung von Metatags, also Schlagworten für Suchmaschinen, die den Warenbezeichnungen oder Namen von Mitbewerben entsprechen, um eigene Produkte in mitbewerberbezogenen Suchanfragen zu platzieren (EuGH, Urteil v. 11.7.2013 – Az. C-657/11)

HINWEIS:

Eine besondere Problemträchtigkeit wirft die Frage auf, ob auch **von Dritten ausgeführte Werbemaßnahmen** einem Unternehmer als Werbung zuzurechnen sind. Relevant wird diese Fragestellung vor allem bei Produktvergleichen durch (scheinbar) unabhängige Dritte, etwa **Influencer im Internet oder Medienunternehmen**.

Richtigerweise wird man für die Einordnung darauf abstellen müssen, ob zwischen dem werbetreibenden Unternehmer und dem von der Werbung profitierenden Unternehmer eine wirtschaftliche Verbindung besteht, ob also dem Werbetreibenden für die Maßnahme eine irgendwie geartete Vergütung gewährt wird.

Nur dann, wenn der werbetreibende Dritte vom Profiteur eine Vergütung (Bezahlung, Gratisartikel, Rabatt, sonstiges Leistungsversprechen) erhält, muss sich der profitierende Unternehmer die

Drittwerbung als eigene zurechnen lassen.

Bei unabhängigen, unbeauftragten Werbemaßnahmen durch Dritte entfällt eine Zurechnung dahingegen.

2. Erforderliche Erkennbarkeit des Mitbewerbers

Eine tatbestandliche vergleichende Werbung liegt ferner nur dann vor, wenn sie einen Mitbewerber oder dessen Produkte (Waren oder Dienstleistungen) erkennbar macht. Die Werbung muss also in ihrem Aussagegehalt auf einen bzw. mehrere Mitbewerber und das jeweilige Leistungsspektrum bezogen sein.

a. Begriff des Mitbewerbers

Der Terminus des Mitbewerbers als Objekt einer vergleichenden Werbemaßnahme ist maßgeblich nach der Richtlinie 2006/114/EG und nicht nach der allgemeinen Bestimmung des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG zu bemessen.

Ein maßgebliches Wettbewerbsverhältnis im Rahmen vergleichender Werbemaßnahmen folgt daher strengeren Kriterien.

Nach dem EuGH (Urteil v. 19.04.2007 – Az. Az. C-381/05) soll es für die Mitbewerbereigenschaft maßgeblich darauf ankommen, dass die jeweils angebotenen Produkte **austauschbar** sind, dass also die Produkte des Werbenden die Produkte des Mitbewerbers ersetzen könnten.

Für die Austauschbarkeit ist wiederum notwendig, dass beide Produkte in gewisser Hinsicht **gleichen Bedürfnissen** dienen können.

b. Unmittelbare oder mittelbare Erkennbarkeit des Mitbewerbers

Die vergleichende Werbung muss, um nach § 6 UWG reguliert zu sein, einen Mitbewerber oder die von ihm angebotenen Produkte unmittelbar oder mittelbar erkennbar machen.

Unmittelbar erkennbar sind ein Mitbewerber und/oder seine Produkte dann, wenn er/sie namentlich genannt werden oder auf andere Weise, etwa durch die Darstellung von Markenzeichen oder Produktabbildungen, eindeutig identifizierbar sind.

Schwieriger zu beurteilen ist dahingegen die bloß **mittelbare Erkennbarkeit**, die nach dem EuGH dann gegeben ist, wenn es möglich sei, ein Unternehmen oder die von ihm angebotenen Waren als diejenigen zu erkennen, auf die die Werbeaussage konkret Bezug nehme (EuGH, Urteil vom 19.04.2007 – Az. C-381/05).

Nicht ausreichend ist es, dass eine nicht im Einzelnen auseinanderzuhaltende Gruppe vieler oder aller Mitbewerber in Bezug genommen wird. Vielmehr muss entweder konkret auf einen oder aber auf eine kleine abtrennbare Gruppe von Mitbewerbern angespielt werden (OLG Köln, Urteil v. 13.4.2018 - Az. 6 U 145/17).

Nicht hinreichend individualisiert war insofern der Slogan eines lokalen Transportunternehmens, das

mit „Die clevere Alternative zum Taxi“ warb, weil hier nur auf eine Dienstleistungsgattung, nicht aber auf konkrete Mitbewerber abgestellt wurde.

TIPP:

Eine mittelbare Erkennbarkeit kann insbesondere gegeben sein bei

- Bezugnahmen auf bereits veröffentlichte und bekannte Werbeinhalte von Mitbewerbern
- Bezugnahmen auf bestimmte Produkteigenschaften, die nur eine individualisierbare Gruppe von Produkten eines oder mehrerer Mitbewerber aufweisen
- Bezugnahmen durch Produktimitationen, die das Original eines Mitbewerbers erkennen lassen
- Bezugnahmen auf notorische Umstände und Charakteristika von Mitbewerbern (Produktionsstätten, Firmenfarben, Herkunft, Jingles, Slogans etc.)

3. Vergleich

Lange Zeit umstritten war, ob vergleichende Werbung überhaupt einen Vergleich im engeren Sinne voraussetzt. Dies deshalb, weil § 6 Abs. 1 UWG allein auf die Erkennbarkeit eines oder mehrerer Mitbewerber abstellt.

Nach einem Grundsatzurteil des EuGH (Urteil vom 25.10.2001 – Az. C-112/99) steht aber fest, dass neben dem Mitbewerberbezug auch ein konkreter Vergleich notwendig ist. Insofern muss aus der Werbung hervorgehen, dass das in Bezug genommene Produkt oder der erkennbar gemachte Mitbewerber ähnliche Verbraucherbedürfnisse befriedigt.

Keine hinreichenden Vergleichselemente weisen auf

- das Ausnutzen der Sogwirkung einer fremden Marke, ohne gleichzeitig die fremden Markenprodukte als Alternative zu präsentieren (z.B. graphische Darstellung der Anbringung eines generischen Zubehörteils an einem Markenprodukt, ohne dasselbe Zubehörteil der Fremdmarke in Bezug zu nehmen)
- die bloße allgemeine Kritik an einem Mitbewerber ohne gleichzeitige werbende Hervorhebungen eigener Leistungen (BGH, Urteil v. 19.5.2011 – Az. I ZR 147/09)
- bloße Aufforderungen zur Anstellung eines Vergleiches durch den Kunden (z.B. Setzen eines Links auf ein fremdes Angebot ohne weitere Zusätze)

Zulässigkeitsvoraussetzungen der vergleichen Werbung

Das Reglement der vergleichenden Werbung nach § 6 UWG ist als Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt formuliert. Dies bedeutet, dass vergleichende Werbung grundsätzlich erlaubt ist, sofern und solange nicht einer der Verbotstatbestände des § 6 Abs. 2 UWG eingreift.

Nachfolgend werden die einzelnen Verbotstatbestände mit Beispielen vorgestellt.

1. Nur Vergleich von Produkten für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung, § 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG

Verboten ist die vergleichende Werbung, wenn Produkte verglichen werden, die nicht dem gleichen Bedarf dienen oder die nicht dieselbe Zweckbestimmung aufweisen.

Zulässig ist es aber nicht ausschließlich, dass nur dieselben Waren oder Warenarten miteinander verglichen werden.

Vielmehr geht es – wie der Wortlaut besagt – um den gleichen Bedarf bzw. dieselbe Zweckbestimmung.

Dies bedeutet beispielsweise, dass nicht bloß Putzschwämme mit Putzschwämmen verglichen werden dürfen, sondern beispielsweise auch ein Wischmob mit einem Staubsauger.

Es ist **keine vollkommene Funktionsidentität** erforderlich. Ein Vergleich ist auch dann zulässig, wenn er „kreuzweise“ geschieht, d.h. wenn z.B. eine Dienstleistung (die Pizzeria um die Ecke) mit einer Ware (die Tiefkühlpizza aus dem Supermarkt) miteinander verglichen wird.

Als zulässig erachtet wurde unter der Bejahung der gleichen Zweckbestimmung auch der Vergleich einer French-Press-Kaffeezubereitungsmaschine mit Kaffeekapseln über die Aussage „Make taste, not waste“ (OLG München, MD 2011, 169).

Weitgehende Bedarfsgleichheit kann vor allem bei Lebensmitteln angenommen werden, sodass auch Vergleiche von Leitungs- und Mineralwasser (OLG München, Urteil v. 16.09.1999 – Az. 6 U 2646/98) sowie von Produkten in fleischhaltigen und fleischlosen Varianten zulässig sind.

2. Nur objektiver Bezug auf wesentliche Eigenschaften oder den Preis, § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG

Falls sich vergleichende Werbung auf Produkte für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung bezieht, kann sie dennoch unlauter sein, wenn sie gegen § 6 Absatz 2 Nr. 2 UWG verstößt.

Demnach handelt unlauter, wer vergleichend wirbt, wenn der Vergleich nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen bezogen ist.

Zunächst muss sich der Vergleich auf bestimmte Eigenschaften oder den Preis der Produkte beziehen. Unlauter ist daher ein Vergleich bereits dann, wenn er sich weder auf deren Eigenschaften oder Preis

bezieht.

Unter Eigenschaften versteht man die verschiedenen Merkmale eines Produkts. Dabei ist entscheidend, ob dieses Merkmal einen bestimmten Bezug zu dem Produkt aufweist und die angesprochenen Verkehrskreise (die potentiellen Kunden) daraus eine nützliche Information für ihre Kaufentscheidung gewinnen können.

BEISPIELE:

Eigenschaften können die folgenden sein:

- die Art der Herstellung
- die Lieferbarkeit bzw. Verfügbarkeit des Produkts
- die Zwecktauglichkeit
- die Funktion
- die technischen Merkmale
- die Inhaltstoffe und deren Herkunft
- die zur Anfertigung verwendeten Rohstoffe und deren Herkunft
- die Kundenzufriedenheit

Die Eigenschaften müssen ferner **wesentlich und typisch** sein. Dies ist dann der Fall, wenn sie für die Kaufentscheidung des Kunden von Bedeutung sein und sich somit auf diese auswirken können. Typisch ist eine Eigenschaft, wenn sie in Bezug auf das jeweilige Produkt prägend ist oder noch werden kann. Diese Typizität ist relativ und produktabhängig.

Während zum Beispiel bei einem Staubsauger die Farbe keine typische, prägende Eigenschaft darstellt, dürfte sie dies bei einem Kleidungsstück durchaus tun.

Auch muss die Eigenschaft **nachprüfbar** sein. Hierfür genügt es, dass ein Sachverständiger die Eigenschaft fachkenntlich beurteilen kann (BGH, Urteil v. 01.10.2009 – Az. I ZR 134/07).

Der Vergleich muss ferner **objektiv**, d.h. er darf nicht subjektiv sein. Dies bedeutet, dass der Vergleich nicht aus einer subjektiven Wertung des Werbenden hervorgehen darf und die über den Vergleich implizierten Schlussfolgerungen von Tatsachen gedeckt sein müssen

Als zulässig erachtet wurde daher die Werbung des Internetanbieters „UnityMedia“ mit dem Slogan „Wenn 1&1 sich streiten, freut sich der Schnellste“. Weil mit der Werbung zahlreiche Rechtstreitigkeiten des Konkurrenten „1&1“ aufgrund von dürftigen Übertragungsgeschwindigkeiten in Bezug genommen wurden, sei gemäß dem OLG Köln (Beschluss v. 30.11.2015 - Az. I-6 W 130/15) ein objektiver Rückschluss auf die Schnelligkeit möglich gewesen.

Nicht objektive und mithin für Vergleichsanstellungen unzulässige Eigenschaften sind grundsätzlich all solche, die eine subjektive Wertung nach der Sinneswahrnehmung bedingen.

Hierzu gehören

- die Ästhetik oder Optik eines Produkts
- der Geruch
- der Geschmack

Knüpft der Vergleich an den **Preis** an, können auch Preisbestandteile wie Versandkosten, Rabatte, Skonti und Mengenabschläge in Bezug genommen werden.

3. Keine Verwechslungsgefahr, § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG

Vergleichende Werbung ist gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG auch dann unlauter, wenn sie zur Gefahr einer Verwechslung zwischen dem Werbenden und dem Mitbewerber oder zwischen den jeweils angebotenen Produkten oder den verwendeten Kennzeichen führt.

Der zentrale Begriff des § 6 Absatz 2 Nr. 3 UWG ist derjenige der Verwechslungsgefahr. Vergleichende Werbung darf nicht dazu führen, dass die von der Werbung angesprochenen Verkehrskreise die Unternehmen, deren Produkte oder Kennzeichen (also z.B. Marken, geographische Herkunftsangaben, Geschäftsbezeichnungen) aufgrund der Werbung miteinander verwechseln.

Dies ist dann der Fall, wenn der angesprochene Verkehrskreis glauben könnte, dass die in Frage stehenden Produkte aus demselben Unternehmen stammen (EuGH, Urteil vom 12.06.2008 – Az. C-522/06) oder dass zwischen den Unternehmen eine wirtschaftliche Verbindung besteht.

Maßgeblich abgestellt werden muss für die Beurteilung immer auf den relevanten Verkehrskreis und auf dessen durchschnittliches Verständnis.

Bei Werbung in einem Fachmagazin für Ingenieure bilden beispielsweise die Leser dieses Magazins, d.h. vor allem Ingenieure, den Verkehrskreis. Entsprechendes gilt für Fernsehzuschauer etc.

Eine Verwechslungsgefahr kann vor allem dadurch abgewendet werden, dass den Produkten durch bestimmte Vergleichsindikatoren die Herkunftsidentität abgesprochen wird.

Dies sind etwa

- „ähnlich wie“ (BGH, Urt. v. 2.4.2015 – I ZR 167/13)
- „vergleichbar mit“
- „entsprechend“
- „gleichwertig mit“

Dennoch kann bei Verwendung derartiger Indikatoren in Werbevergleichen aber eine unlautere Rufausnutzung nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG im Einzelfall einschlägig sein.

Hinweis zum Verhältnis zum Markenrecht: führt eine vergleichende Werbung zu einer Verwechslungsgefahr zwischen Kennzeichnen, kommt als Verbotsnorm neben § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG auch § 14 Abs. 2 MarkenG in Betracht. In diesen Fällen herrscht **Anspruchskonkurrenz**, d.h. etwaige Ansprüche des Verletzten können sowohl auf die eine als auch auf die andere Norm gestützt werden. Anders herum kann eine Werbung, die nach § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG unter dem Gesichtspunkt der Verwendung von

Kennzeichen wettbewerbsrechtlich zulässig ist, auch nicht markenrechtlich unzulässig sein.

4. Verbotene Rufausnutzung oder -beeinträchtigung von verwendeten Kennzeichen, § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG

Unzulässig ist eine vergleichende Werbung auch dann, wenn Sie den Ruf eines vom in Bezug genommenen Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.

a. Begriff des „Rufs“

Unter Ruf ist das Image eines Kennzeichens oder dessen Wertschätzung zu verstehen. Es geht um das Ansehen, das einem bestimmten Kennzeichen vom Verkehr zugesprochen wird.

Dieses Ansehen kann auf verschiedene Faktoren zurückzuführen sein, insbesondere auf eine gute Qualität oder eine bestimmte Preiswertigkeit.

Das Ansehen eines Unternehmens kann z.B. durch dessen Tradition oder dessen Werte oder Erfolge bestimmt werden.

b. Kennzeichen

Bezugspunkt der unlauteren Ausbeutung muss das Kennzeichen eines Mitbewerbers sein. Damit es überhaupt zu einer Ausnutzung oder Beeinträchtigung des Rufs kommen kann, muss aus der vergleichenden Werbung für die angesprochenen Verkehrskreise hervorgehen, dass es sich bei dem in Bezug genommenen Kennzeichen um dasjenige eines bestimmten Unternehmens handelt.

Gemäß Art. 4 lit. f der RL 2006/114/EG handelt es sich bei Kennzeichen um Marken, Handelsnamen und andere Unterscheidungszeichen. Ein Markenschutz oder die markenrechtliche Schutzfähigkeit ist nicht erforderlich. Vielmehr ist maßgeblich, ob die angesprochenem Verkehrskreise das Zeichen als von einem bestimmten Unternehmen stammend identifizieren (vgl. BGH, Urteil v. 28.09.2011 – Az. I ZR 48/10)

Eine „besondere Bekanntheit“ des Kennzeichens wird im Gegensatz zum Markenrecht nicht verlangt.

c. Unlautere Ausnutzung des Rufs

Eine Ausnutzung des Rufs liegt vor, wenn versucht wird, durch die vergleichende Werbung einen sog. „Imagetransfer“ zu erreichen. Im Fall des „Imagetransfers“ versucht das werbende Unternehmen im Rahmen der vergleichenden Werbung, den (positiven) Ruf des anderen Unternehmens auf das eigene Unternehmen bzw. den (guten) Ruf der Produkte des Konkurrenten auf die eigenen Produkte abfärben zu lassen.

Dies allein ist allerdings noch nicht unlauter. Wie es im Gesetz geschrieben steht, muss die Ausnutzung des Rufs **in unlauterer Weise** geschehen. Das bedeutet, dass die bloße Inbezugnahme des Kennzeichens des Konkurrenten noch keinen Wettbewerbsverstoß darstellt. Dies würde auch dem Ziel, vergleichende Werbung grundsätzlich als Element des Wettbewerbs zuzulassen, vollkommen widersprechen. Der

Vergleich an sich soll ja gerade noch keine unlautere Wettbewerbshandlung darstellen.

Vielmehr kommt es bei der Bestimmung der Unlauterkeit stets auf alle Umstände des Einzelfalls an. Einfluss haben die Aufmachung eines Produkts bzw. die entsprechende Werbung und das Ausmaß der Inbezugnahme des Kennzeichens des Mitbewerbers.

Im jedem konkreten Einzelfall muss letztlich eine Interessenabwägung vorgenommen werden, wobei die Interessen des Werbenden, des Konkurrenten und der Verbraucher zu berücksichtigen sind.

HINWEIS:

Unlauter ist es aber grundsätzlich, wenn das Produkt des Mitbewerbers als „Zugpferd" für den eigenen Absatz genutzt werden soll (OLG Köln, Urteil v. 19.9.2014 - Az. 6 U 7/14).

So verbot das OLG Hamburg mit Urteil vom 28. Juni 2012 (Az. 3 U 17/11) die Anpreisung eines Arzneimittels mit der Werbung „Bioäquivalent mit [Fremdmarke X]".

Imitate und Kopien ziehen stets eine unlautere Rufausnutzung im Sinne des § 6 Absatz 2 Nr. 4 UWG nach sich, wenn sie in vergleichender Werbung in einen Zusammenhang zum Original gestellt werden.

So wurde die Werbung für ein Produkt mit der Produktbezeichnung „... al la Cartier" wurde von der Rechtsprechung als unlauter angesehen. Damit werde nämlich angedeutet, die beworbenen Produkte seien ihrer Gestaltung nach mit dem Schmuck von Cartier vergleichbar (BGH, Urteil v. 4.12.2008 – Az. I ZR 3/06).

Keine unlautere Rufausnutzung liegt dahingegen vor, wenn in einer **tabellarischen Gegenüberstellung** eigene Produkte mit den Pendants der Marktführer zu Preisvergleichszwecken zusammengeführt werden (BGH, Urteil v. 21.3.2007 – Az. I ZR 184/03).

Ebenfalls muss eine Rufausbeutung, die sich gerade die Ausnutzung der Sogwirkung eines fremden Kennzeichens manifestiert, ausgeschlossen werden, wenn der Werbende sein Produkt als dem konkurrierenden Markenprodukt überlegen darstellt (OLG Köln, Urteil v. 19.9.2014 – Az. 6 U 7/14)

d. Unlautere Beeinträchtigung des Rufs

Nach § 6 Absatz 2 Nr. 4 UWG ist auch die Beeinträchtigung des Rufs eines Kennzeichens im Zuge vergleichender Werbung unlauter und stellt einen Wettbewerbsverstoß dar.
Gemäß Art. 4 lit. d) der RL 2006/114/EG ist eine unlautere Rufbeeinträchtigung **jede Herabsetzung oder Verunglimpfung des Kennzeichens**.

Der Ruf eines Kennzeichens kann nicht nur dadurch beeinträchtigt werden, dass sich der Werbende im Rahmen des Werbevergleichs negativ über das entsprechende Unternehmen oder dessen Produkte bzw. Kennzeichen äußert.

Vielmehr kann auch dann eine Rufbeeinträchtigung vorliegen, wenn sich der Werbende an den (guten) Ruf einer konkurrierenden Marke anlehnt und diesen dadurch in Mitleidenschaft. Wenn etwa das beworbene Produkt dürftige Eigenschaften (wie z.B. mangelhafte Qualität) aufweist, so kann dies auf das verglichene (werthaltige) Produkt und dessen (bislang) guten Ruf ausstrahlen mit der Folge, dass

dieses Produkt seinen guten Ruf gefährdet sehen muss.

Anders als im Markenrecht liegt eine Rufbeeinträchtigung nicht schon deshalb vor, weil die Unterscheidungskraft des Kennzeichens gegebenenfalls durch die vergleichende Werbung beeinträchtigt wird (BGH, Urteil v. 28.9.2011 – Az. I ZR 48/10)

Hinweis zum Verhältnis zum Markenrecht: Wiederum spielt bei dieser Vorschrift das Verhältnis zum Markenrecht eine Rolle: es steht fest, dass immer dann, wenn ein Markenverstoß nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 oder § 15 Abs. 3 MarkenG vorliegt, also die Wertschätzung einer im Inland bekannten Marke ausgenutzt oder beeinträchtigt wird, auch zugleich ein Wettbewerbsverstoß gegen § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG vorliegt – dies gebietet bereits der sehr ähnliche Wortlaut der beiden Vorschriften. Andersherum geht § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG aber über den Schutzbereich des Markenrechts hinaus und erfasst mithin auch Kennzeichen, die keinen markenrechtlichen Schutz genießen.

5. Verbotene Herabsetzung oder Verunglimpfung, § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG

Unlauter ist eine vergleichende Werbemaßnahme auch dann, wenn Sie die Produkte, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft.

a. Begriff der Herabsetzung und Verunglimpfung

Die wesentlichen Begriffe der Vorschrift sind die der Herabsetzung und der Verunglimpfung. Bei der Herabsetzung geht es um die Verringerung der Wertschätzung des entsprechenden Konkurrenzunternehmens oder Konkurrenzprodukts, also dessen Rufs oder Images, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung vorliegt. Die Perspektive, aus der beurteilt wird, , ist dabei stets diejenige der durch die Werbung angesprochenen Verkehrskreise, nicht die des Werbenden.

Die Verunglimpfung ist die Steigerungsform der Herabsetzung, also ein Verächtlichmachen des Konkurrenten oder seiner Produkte. Jede Verunglimpfung ist somit eine Herabsetzung – wenn man so will – „in einem besonders schweren Fall“.

b. Tatbestand

Ein Werbevergleich stellt für sich genommen noch keine Herabsetzung im Sinne der Vorschrift dar, selbst wenn der Mitbewerber in der Werbung namentlich erwähnt wird. Werbevergleiche sollen grundsätzlich rechtlich zulässig sein, da sie dem freien Wettbewerb dienen können. Damit aber überhaupt erst ein Werbevergleich zustande kommt, ist es zwingend erforderlich, dass im Rahmen der Werbung der entsprechende Vergleichspartner erkennbar ist – z.B. indem er namentlich erwähnt wird.

Ebenfalls noch keine Herabsetzung stellt es dar, wenn lediglich die eigene Leistung im Vergleich zum verglichenen Konkurrenten oder Konkurrenzprodukt als besser dargestellt wird. Denn das ist gerade der Kern des Leistungswettbewerbs – es geht darum, sich auf dem freien Markt der Kräfte frei zu

bewegen; da gehört es dazu, dass die eigene Leistung mit derjenigen anderer Unternehmen und mit deren Produkten verglichen wird.

Eine Herabsetzung und Verunglimpfung liegt erst dann vor, wenn die maßgebliche Werbeaussage die Grenzen einer sachlich gebotenen Erörterung überschreitet und daher als pauschale Abwertung zu werten ist (BGH, Urteil v. 01.10.2009 – Az. I ZR 134/07).

Hieraus folgt, dass ein maßgebliches Kriterium für die Grenzen der Zulässigkeit der Informationsgehalt einer Werbeaussage für die maßgeblichen Verkehrskreise ist.

Immer dann, wenn eine Werbeaussage einen hinreichenden objektiven Informationsgehalt über einen Anbieter- oder Leistungsvergleich enthält, der zur Förderung der Markttransparenz im gewissen Grad geeignet ist, spricht dies gegen eine Herabsetzung oder Verunglimpfung.

Umgekehrt muss eine ungerechtfertigte Herabwertung dann angenommen werden, wenn die Grenzen der Meinungsfreiheit überschritten werden: dies ist der Fall bei **unwahren Tatsachenbehauptungen** über den Konkurrenten und **unzulässigen Werturteilen wie der Schmähkritik oder der Pauschalbeleidigung**, welche nicht mehr Gegenstand einer inneren geistigen Auseinandersetzung im Wege des „Dafürhaltens“ sind.

c. Sonderfall der humoristischen Werbung

Bei jeder rechtlichen Bewertung eines Werbevergleichs ist zu berücksichtigen, dass Werbung heutzutage viel mit Humor und Ironie zu tun hat. Das „Augenzwinkern“ der Werbung muss selbstverständlich berücksichtigt werden, wenn eine Werbemaßnahme wettbewerbsrechtlich überprüft und unter den Diffamierungstatbestand des § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG subsumiert werden soll.

Humoristische, satirische und ironische Werbevergleiche sind daher grundsätzlich zulässig. Die Grenze zur Unzulässigkeit wird es dort überschritten, wo die Werbung den Mitbewerber ins Lächerliche zieht oder vom Adressaten wörtlich genommen und daher als Abwertung verstanden wird (BGH, Urteil v. 24.01.2019 – Az. I ZR 200/17)

d. Beispiele

Der Tatbestand des § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG soll anhand der nachstehenden differenzierenden Beispiele illustriert werden:

- Der Vergleich von Markenprodukten mit sog. no name-Produkten ist für sich genommen keine Herabsetzung des Mitbewerbers. Auch hier kommt es für eine abschließende rechtliche Bewertung stets auf die Umstände des Einzelfalls an.
- Die Werbeaussage, alle Produkte oder ein bestimmtes Produkt der Konkurrenz seien „Mist“, ist unlauter. Dasselbe gilt, wenn der Wahrheit zuwider behauptet wird, das Produkt des Konkurrenten sei ein Imitat oder eine Nachahmung (eines eigenen Produkts).

- Die Aussage, der Konkurrent bekomme nicht einmal sein Familienleben geordnet, weil ihm die Frauen reihenweise wegliefen (bereits die vierte Scheidung), kann zwar wahr sein, ist jedoch unlauter gemäß § 6 Absatz 2 Nr. 5 UWG. Denn diese Aussage hilft dem Verbraucher nicht weiter, wenn er eine informierte (Kauf-)Entscheidung treffen möchte.
- Dagegen ist die Aussage, ein Konkurrent, etwa eine Anwaltskanzlei, verliere ihre führenden Köpfe (die besten Mitarbeiter) an die Konkurrenz, grundsätzlich nicht unlauter – denn dies ist für die (zukünftigen) Mandanten eine wichtige Information, die eine Geschäftsentscheidung („Zu welcher Kanzlei gehe ich mit meinem rechtlichen Problem?“) sachlich beeinflussen kann.
- unzulässig ist bei einem werbenden Vergleich die metaphorische Darstellung des beworbenen Produkts als intelligenter Schüler, während das gegnerische Mitbewerberprodukt als dummer und verspotteter Schüler gezeigt wird (LG Köln, Urteil vom 29.05.2008 – Az. 31 O 845/07)
- zulässig im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG wäre unter Berücksichtigung der Gesamtumstände und unter Wertung der humoristischen Komponente wohl die in den USA viel diskutierte Werbung eines Fastfood-Unternehmens, in welcher gezeigt wurde, wie die Imagefigur eines Konkurrenzunternehmens (ein rothaariger Clown) im Kapuzenoutfit (zur Wahrung der Anonymität) eine Filiale des beworbenen Unternehmens betrat, um eine Bestellung aufzugeben.

6. Verbotene Imitation oder Nachahmung, § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG

Schließlich ist eine vergleichende Werbemaßnahme auch dann unlauter, wenn sie ein Produkt als Imitation oder Nachahmung eines unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Produktes darstellt.

a. Geltungsbereich der Vorschrift

Wie es der Wortlaut bereits ausdrückt, bezieht sich die Vorschrift nur auf die Behauptung des Werbenden, dass das eigene Produkt ein Imitat bzw. eine Nachahmung eines Konkurrenzprodukts sei. Nicht erfasst ist der Fall, dass behauptet wird, das Produkt des Konkurrenten sei ein Imitat. Dies könnte je nach konkreter Fallgestaltung vielmehr von § 6 Absatz 2 Nr. 5 UWG erfasst sein.

Des Weiteren bezieht sich die Regelung nur auf Imitate/Nachahmungen von „unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen“ Produkten. Hiervon werden insbesondere Marken und Unternehmenskennzeichen erfasst, die nach dem Markenrecht Schutz genießen, nicht aber geografische Herkunftsangaben.

Essentiell ist, dass das Produkt des Mitbewerbers tatsächlich rechtlich geschützt sein muss. Denn dies ist eine Tatbestandsvoraussetzung des § 6 Absatz 2 Nr. 6 UWG; soll heißen: die Darstellung, das eigene Produkt sei die Nachahmung eines anderen, ist nicht nach § 6 Absatz 2 Nr. 6 UWG unlauter, wenn das andere Produkt nicht auch rechtlich geschützt ist.

b. Imitat und Nachahmung

Was unter einem „Imitat“ und was demgegenüber unter einer „Nachahmung“ verstanden wird, ist nicht abschließend geklärt. Jedenfalls muss keine trennscharfe Unterscheidung zwischen diesen beiden Begriffen vorgenommen werden, da die Vorschrift zur selben Rechtsfolge führt.

Während allerdings der Begriff „Nachahmung“ eher so verstanden wird, dass darunter die (gestalterische) Annäherung/Anlehnung an das Original(produkt) gemeint ist, meint „Imitat“ wohl eher die vollständige Übernahme des Originals, also die Kopie in Gänze.

Für die Anwendbarkeit von § 6 Absatz 2 Nr. 6 UWG ist es nicht erforderlich, dass ein Produkt als Ganzes „kopiert“ wird, vielmehr reicht es aus, dass wesentliche, möglicherweise besonders aussagekräftige Teile eines Produkts betroffen sind.

c. Tatbestand der „Darstellung“

§ 6 Absatz 2 Nr. 6 UWG verbietet es, dass ein Werbender die eigenen Produkte als Imitate von anderen geschützten Produkten „darstellt“. Es geht somit nicht darum, dass sie tatsächlich Imitate oder Nachahmungen sind.

Die Vorschrift schützt zudem nicht davor, dass die Imitate vertrieben, d.h. verkauft werden – dagegen wird man jedoch regelmäßig markenrechtlich vorgehen können. Nur vergleichend geworben werden darf hierfür nach § 6 Absatz 2 Nr. 6 UWG nicht.
Fraglich, wie deutlich der Werbevergleich zeigen muss, dass eine Nachahmung vorliegt, damit die Werbung als unzulässig anzusehen ist. Nach der Rechtsprechung ist zumindest eine ausdrückliche Anmerkung der Imitation oder Nachahmung nicht erforderlich. Vielmehr soll es auf die gesamte Aufmachung der Werbung im Einzelfall ankommen.

Wichtig ist, dass die angesprochenen Verkehrskreise (die Verbraucher) das Produkt des Werbenden mit dem imitierten (Original-)Produkt zumindest gedanklich in Verbindung bringen.

Viele Fälle in der Praxis betreffen die Werbung für Imitate von Markenparfüms. Natürlich will der Nachahmer möglichst präzise darauf hinweisen, welchem Markenduft das eigene Imitat nachempfunden ist, um es besser verkaufen zu können. Hierin kann im Einzelfall auch eine Herabsetzung nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG zu sehen sein.

Nicht unlauter im Sinne der Vorschrift ist die bloße Gegenüberstellung zweiter Produkte durch Vergleichsindikatoren wie „ähnlich wie“ oder „vergleichbar mit“, weil hierdurch allein noch keine hinreichende Produktgleichheit suggeriert wird.
Auch die Werbung mit einer „Funktionsgleichheit“ erfüllt den Tatbestand nicht. Durch die Formulierung wird das Vorliegen einer Produktkopie nämlich gerade abbedungen und es wird nur auf die gleiche Eignung zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks hingewiesen.

Ist § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG erfüllt, liegt regelmäßig auch eine unlautere Rufausnutzung eines Kennzeichens gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG vor.

Verbotene irreführende vergleichende Werbung, § 5 Abs. 3 UWG

Grundsätzlich gilt aufgrund der abschließenden Regelungswirkung der dem § 6 UWG zugrundeliegenden Richtlinie, dass eine nach den obigen Grundsätzen zulässige tatbestandliche vergleichende Werbung nicht nach anderen Vorschriften des UWG unlauter sein kann.

Eine wichtige Ausnahme hierzu stellt allerdings Art. 4 lit. a der Richtlinie 2006/114/EG auf, der vergleichende Werbung einem zusätzlichen Irreführungsverbot unterwirft.

Mithin gilt nach der Umsetzungsvorschrift des § 5 Abs. 3 UWG: um zulässig zu sein, darf vergleichende Werbung nicht irreführend sein. Die Maßstäbe und Anknüpfungspunkte der Irreführung sind diejenigen des § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG.

Daraus folgt, dass vergleichende Werbung keine unwahren Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben etwa über produktbezogene Merkmale, den Preis, unternehmerische Charakteristika oder vertragliche Regelungsinhalte beinhalten darf.

Ist eine vergleichende Werbung irreführend, ist sie gemäß § 5 Abs. 3 UWG eigenständig unlauter, auch wenn Sie keine übrigen Verbotstatbestände des § 6 UWG erfüllt.

Wird in einem irreführenden Vergleich auf eine fremde Marke Bezug genommen, liegt darin nach Ansicht des OLG Köln (Beschluss v. 19.9.2017 – Az. 6 W 97/17) allerdings zugleich sowohl eine unlautere Rufbeeinträchtigung nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG als auch eine Markenrechtsverletzung.

Allgemeines Verhältnis von § 6 UWG und § 5 Abs. 3 UWG zum Markenrecht

Erfolgt die vergleichende Werbung unter Verwendung fremder markenrechtlich geschützter Kennzeichen, ergibt sich eine Wechselwirkung zwischen 6 UWG und den Verbotsvorschriften des Markenrechts.
Nach der zutreffenden Ansicht der Rechtsprechung werden markenrechtliche Verbotsnormen allerdings durch die Geltungswirkung von § 6 UWG maßgeblich eingeschränkt:

Weil vergleichende Werbung außerhalb der Verbote des § 6 Abs. 2 UWG zulässig sein muss, ist die Verwendung fremder geschützter Kennzeichen in vergleichender Werbung im selben Rahmen ebenfalls auch markenrechtlich zulässig (EuGH, Urteil v. 18.06.2009 – Az. C-487/07).

Eine Markenverletzung kommt daher allenfalls in Betracht, wenn eine vergleichende Werbung gegen einschlägige Tatbestände des § 6 Abs. 2 (namentlich § 6 Abs. 2 Nr. 3, 4 und 6 UWG) oder gegen das Irreführungsverbot nach § 5 Abs. 3 UWG verstößt.

Fazit

Nach einem Paradigmenwechsel zur Jahrtausendwende ist vergleiche Werbung in Deutschland grundsätzlich erwünscht und zulässig, sofern die Grenzen einer sachlichen, angemessen und interessenwürdigenden informativen Auseinandersetzung mit der Konkurrenz und ihren Angebotenen nicht überschritten werden.

Die Grenzen zulässiger Werbung sind allerdings nicht immer leicht zu ziehen. Vielmehr muss dafür regelmäßig jeder Einzelfall für sich und unter Berücksichtigung all seiner Gesamtumstände untersucht werden.
Hilfreiche Leitlinien für die Auseinandersetzung mit den Grenzen der Zulässigkeit bieten vor allem auch die vielzähligen in der Rechtsprechung behandelten Fälle.

Deren tatbestandsorientierte Aufschlüsselung und Analyse in diesem Beitrag soll zusammen mit den jeweiligen erklärenden Ansätzen ein möglichst vollständiges Bild des Rechtes der vergleichenden Werbung liefern.

Autor:
RA Phil Salewski
Rechtsanwalt