

## A. Einführung

Auch sieben Jahre nach der gesetzlichen Neuregelung<sup>1</sup> setzt die deutsche Wirtschaft das Instrument der vergleichenden Werbung noch immer eher zurückhaltend ein. Werbevergleiche werden gegenwärtig fast ausschließlich von Marktneulingen („Newcomern“) und von diesen auch nur punktuell in bestimmten Marktsegmenten eingesetzt. Große, flächendeckende Kampagnen finden sich selten.

Dieser verhaltene Einsatz vergleichender Werbung ist auf den ersten Blick überraschend. Denn in Zeiten geringer wirtschaftlicher Wachstumsraten kämpfen die Unternehmen erbitterter denn je um Marktanteile und die Aufmerksamkeit der Verbraucher. Um als Anbieter von Produkten und Dienstleistungen nicht in der Informations- und Reizvielfalt unterzugehen, wächst bei den werbetreibenden Unternehmen der Druck, ausgefallene Möglichkeiten der Werbung zu nutzen. Der „Information-Overload“<sup>2</sup> bei den Konsumenten zwingt die Unternehmen, sich gegenüber der Konkurrenz klar abgrenzen – was angesichts der zunehmenden Austauschbarkeit vieler Produkte immer schwerer gelingt – und gleichzeitig im täglichen Werbeeinerlei die Aufmerksamkeit für die eigenen Produkte zu steigern. Vor diesem Hintergrund suchen Unternehmen verstärkt nach neuen, innovativen Werbformen um sich von dem allgemeinen „Hintergrundrauschen“ der Werbung abzuheben.

Das vergleichsweise neue Instrument der vergleichenden Werbung scheint diesen Anforderungen in geradezu idealer Weise gerecht zu werden. Es ermöglicht durch die Gegenüberstellung von Marken und Produkten eine klare Abgrenzung von der Konkurrenz und verspricht als neuartige Werbform eine hohe Aufmerksamkeit bei den Verbrauchern. Wenn die Möglichkeiten vergleichender

---

<sup>1</sup> Mit der Verabschiedung der Richtlinie 97/55/EG über vergleichende Werbung im Jahr 1997 hat der europäische Gesetzgeber die Zulässigkeit vergleichender Werbung in Europa grundlegend neu geregelt. Die Richtlinie wurde im Jahr 2000 als neuer § 2 UWG (nunmehr § 6 UWG) im wesentlichen unverändert in deutsches Recht übernommen. Vor Erlass der Richtlinie hat die deutsche Rechtsprechung die vergleichende Werbung auf der Grundlage der Generalklausel des § 1 UWG a.F. als grundsätzlich wettbewerbswidrig eingestuft. Lediglich unter besonderen Umständen wurde vergleichende Werbung als ausnahmsweise zulässig beurteilt.

<sup>2</sup> Der Begriff „Information-Overload“ (Informationsüberlastung) bezeichnet den Anteil der nicht beachteten Informationen an den insgesamt angebotenen Informationen (Kroeber-Riel/Esch, S. 9). Nach einer Berechnung des Instituts für Konsum- und Verhaltensforschung der Universität des Saarlandes werden in Deutschland weniger als 2 % der in den Massenmedien angebotenen Informationen von den Adressaten aufgenommen; im Bereich der Werbung weniger als 5 % (vgl. Kroeber-Riel/Weinberg, S. 90). Die Informationsüberlastung durch Werbung beträgt demnach mehr als 95 %.

Werbung trotz dieser Vorteile bislang nur wenig genutzt wurden, hat dies vor allem zwei Gründe.

Ein erster Grund ist das Fehlen zuverlässiger Daten zur Werbewirkung vergleichender Werbung auf die Verbraucher. Naturgemäß sind weder die werbetreibenden Unternehmen noch die beauftragten Werbeagenturen bereit, eine Werbeform einzusetzen, deren genaue Wirkung auf die Verbraucher überhaupt nicht oder nur unzureichend eingeschätzt werden kann. Es besteht die Gefahr, dass ein möglicherweise über Jahre sorgsam aufgebautes Marken- oder Firmenimage durch Fehlidentifikationen oder andere unerwünschte Effekte vergleichender Werbung irreparablen Schaden nimmt. Verlässliche Untersuchungen zur Werbewirkung vergleichender Werbung in Deutschland existierten bislang nicht. Zwar sind für den amerikanischen Markt zahlreiche Studien verfügbar. Jedoch haben diese zum Teil methodische Schwächen<sup>3</sup>, zum anderen lassen sich die Ergebnisse aus verschiedenen Gründen nicht ohne weiteres auf den deutschen Markt übertragen.<sup>4</sup> In Deutschland sind nur wenige empirische Studien zur Wirkung vergleichender Werbung verfügbar.<sup>5</sup> Diese geben erste Antworten auf die Frage, in welchen Marktconstellationen, bei welchen Produkten und mit welchen Gestaltungselementen sich vergleichende Werbung effizient einsetzen lässt. Möglicherweise können die in diesen Studien gefundenen Ergebnisse zur Überwindung der Unsicherheit bei den Unternehmen beitragen. Zumindest aus Sicht der Verbraucher wäre ein häufigerer Einsatz vergleichender Werbung aufgrund des im Vergleich zu konventioneller Werbung hohen Informationsgehalts wünschenswert.

Ein zweiter Grund für den verhaltenen Einsatz vergleichender Werbung ist die immer noch vergleichsweise starke Reglementierung dieser Werbeform und die damit verbundene Rechtsunsicherheit für die Werbetreibenden. Die gesetzliche Regelung der vergleichenden Werbung in § 6 UWG kombiniert einerseits detaillierte Vorgaben hinsichtlich des Gegenstands zulässiger Werbevergleiche mit zum Teil sehr allgemein gefassten unbestimmten Rechtsbegriffen hinsichtlich der Art und Weise des Vergleichs. Durch die starke Reglementierung des Vergleichsgegenstands werden Werbevergleiche im Wesentlichen auf sachbezogene Vergleiche konkreter Produkte und Dienstleistungen beschränkt.<sup>6</sup> Sachlich-informative Werbung eignet sich jedoch nicht gleichermaßen für alle Pro-

---

<sup>3</sup> Kroeber-Riel/Esch, S. 255 (Fn. 91).

<sup>4</sup> Rennhak, S. 5.

<sup>5</sup> Rennhak (2001); Wiltinger (2002).

<sup>6</sup> Vor diesem Hintergrund wird teilweise sogar grundsätzlich bezweifelt, ob durch die Neuregelung überhaupt eine Liberalisierung des deutschen Rechts eingetreten ist; vgl. Ahrens, AfP 2000, 417, 419; Bastian, IIC 2000, 151, 160.

dukte und Medien und gilt darüber hinaus in der Werbebranche oftmals als bitter und langweilig. Gleichzeitig beklagen viele werbetreibende Unternehmen die in § 6 UWG verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe als zu abstrakt und wenig transparent. Die starre Beschränkung auf sachbezogene Vergleiche einerseits und die Unsicherheit bezüglich der Zulässigkeitsbedingungen andererseits machen den Einsatz vergleichender Werbung sowohl für Werbeagenturen als auch für die werbetreibende Wirtschaft insgesamt eher unattraktiv. An dieser Situation wird sich auch durch die gesetzliche Umsetzung der neuen Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken<sup>7</sup> nichts ändern. Im Gegenteil führt die Richtlinie durch die Aufspaltung der Vorschriften über vergleichende Werbung in einen verbraucherbezogenen und einen unternehmensbezogenen Teil<sup>8</sup> zu einer weiteren Fragmentierung dieses Rechtsbereichs. Die mit der Verwendung vergleichender Werbung verbundene Unsicherheit kann nur durch eine konsistente und praxisnahe Auslegung der rechtlichen Voraussetzungen vergleichender Werbung beseitigt werden. Hierzu möchte die vorliegende Arbeit beitragen.

---

<sup>7</sup> Richtlinie 2005/29/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. L 149 vom 11.06.2005, S. 22 ff.

<sup>8</sup> vgl. hierzu unten unter E. I. 2. b) cc).