

# Beck'sches Mandatshandbuch Wettbewerbsrecht

Ansprüche, Verfahren, Taktik, Muster

von  
Prof. Dr. Gero Himmelsbach

4. Auflage

Beck'sches Mandatshandbuch Wettbewerbsrecht – Himmelsbach

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Unlauterer Wettbewerb



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 66057 3

möglich ist.<sup>1076</sup> Das kann auch durch eine Bezugnahme auf eine Warengattung (etwa „Champagner“) der Fall sein, wenn der Mitbewerber erkennbar ist.<sup>1077</sup> Vergleichende Werbung liegt auch dann vor, wenn alle Mitbewerber mittelbar oder unmittelbar betroffen sind, sofern es sich um einen überschaubaren Kreis handelt.<sup>1078</sup> Anderenfalls finden §§ 3, 4 UWG Anwendung.<sup>1079</sup> § 6 UWG greift auch ein, wenn die Werbung nur den Mitbewerber, nicht aber dessen Produkte erkennbar macht.<sup>1080</sup>

### 3. Wettbewerbsverhältnis

Der Begriff der vergleichenden Werbung erfordert zudem ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Werbenden und dem erkennbaren *Mitbewerber*. Die Waren oder Dienstleistungen des Werbenden müssen mit den Waren oder Dienstleistungen des Mitbewerbers grundsätzlich substituierbar sein. Es muss also festgestellt werden, ob zwischen den Waren oder Dienstleistungen ein „gewisser Grad der Substitution“ besteht.<sup>1081</sup> Dabei genügt auch ein Wettbewerbsverhältnis zwischen einem Teil der jeweiligen Produktpalette. Ob ein Wettbewerbsverhältnis besteht, richtet sich gemäß dem EuGH nach

- dem augenblicklichen Zustand des Markts und den Verbrauchsgewohnheiten und ihren Entwicklungsmöglichkeiten,
- dem Teil des Gemeinschaftsgebiets, in dem die Werbung verbreitet wird, ohne jedoch gegebenenfalls die Auswirkungen auszuschließen, die die Entwicklung der in anderen Mitgliedstaaten festgestellten Verbrauchergewohnheiten auf den in Frage stehenden innerstaatlichen Markt haben kann,
- den besonderen Merkmalen der Ware, für die geworben werden soll, und dem Image, das der Werbende ihr geben will.

## II. Unzulässigkeitskriterien des § 6 Abs. 2 UWG

Der deutsche Gesetzgeber hat in § 6 Abs. 2 UWG abschließend festgelegt, wann eine vergleichende Werbung im Sinne des § 3 UWG unlauter ist. Ob für eine vergleichende Werbung gemäß § 6 UWG auch die wettbewerbliche Relevanz gem. § 3 Abs. 1 UWG gegeben sein muss, ist fraglich.<sup>1082</sup> Die Spürbarkeitsprüfung entfällt dann aber nicht, sondern ist bereits bei der Prüfung des § 6 Abs. 2 UWG vorzunehmen.<sup>1083</sup> Die irreführende vergleichende Werbung ist in § 5 Abs. 2 UWG geregelt. Weitere Regelungen zu Werbevergleichen enthalten § 11 Abs. 2 HWG,<sup>1084</sup> §§ 11 und 12 LFGB<sup>1085</sup> und Art. 9 Health-Claims-VO.

§ 6 Abs. 2 UWG bezieht sich auf den Vergleich als solchen, nicht etwa auch auf die Werbemaßnahme im Übrigen. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit kommt es auf die Sicht der angesprochenen Verkehrskreise an.<sup>1086</sup>

### 1. Kein Vergleich von Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung (§ 6 Abs. 2 Nr. 1)

Ein Waren- oder Dienstleistungsvergleich liegt auch vor, wenn Waren (zum Beispiel Autos) mit Dienstleistungen (zum Beispiel Personenbeförderung im öffentlichen Nahverkehr)

<sup>1076</sup> BGH GRUR 1999, 1100 = NJW-RR 2000, 631 = WRP 1999, 1141 – Generika-Werbung; KG WRP 1999, 339; Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 85.

<sup>1077</sup> EuGH GRUR 2007, 511 = BeckRS 2007, 70262 – de Landtsheer.

<sup>1078</sup> KG WRP 1999, 339 (340); Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 80.

<sup>1079</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 29 ff.

<sup>1080</sup> So auch Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 79.

<sup>1081</sup> EuGH GRUR 2007, 511 = BeckRS 2007, 70262 de Landtsheer mit Hinweis auf EuGH Sammlung 1980, 417 Rn. 14 – Kommission/Vereinigtes Königreich.

<sup>1082</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 20 ff. und Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sack § 6 Rn. 237 ff.

<sup>1083</sup> Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 21 und Köhler WRP 2013, 403 (409).

<sup>1084</sup> → Rn. 442.

<sup>1085</sup> → Rn. 448.

<sup>1086</sup> BGH BGHZ 158, 26 = GRUR 2004, 607 = NJW 2004, 1951 = WRP 2004, 739 – Genealogie der Düfte.

verglichen werden. Betrifft der Vergleich hingegen die persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers (zum Beispiel: „Unser Kaufhaus ist moderner“), gelten die zu §§ 3, 4 UWG entwickelten Grundsätze.<sup>1087</sup>

- 360 Der Vergleich muss Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf (zum Beispiel Vergleich von Automarken) oder dieselbe Zweckbestimmung (Vergleich von Kosten für Ölheizung oder für Gasheizung) betreffen. Der konkrete Vergleich einzelner Waren oder Dienstleistungen ist nicht Voraussetzung. Auch Warengruppen (zum Beispiel Modeschmuck und „echter“ Schmuck) können verglichen werden. Die Begriffe „gleich“ und „dieselbe“ sind weit zu fassen, um den Anwendungsbereich der vergleichenden Werbung nicht allzu sehr einzuschränken.<sup>1088</sup> Die Waren oder Dienstleistungen müssen zumindest funktionell austauschbar sein.

## 2. Kein objektiver Vergleich (§ 6 Abs. 2 Nr. 2)

- 361 Der Vergleich muss objektiv sein und darf nur bestimmte – vor allem keine unwesentlichen – Eigenschaften einer Ware oder Dienstleistung sowie deren Preis vergleichen. Dem Werbenden bleibt es jedoch unbenommen, außerhalb eines Vergleichs unwesentliche Eigenschaften *seines Produktes* (in den von §§ 3, 4, 5, 5a UWG gezogenen Grenzen) herauszustellen. Der Begriff der „Eigenschaft“ ist weit auszulegen und umfasst nicht nur die
- physischen Beschaffenheitsmerkmale einer Ware oder Dienstleistung, sondern auch deren
  - tatsächlichen (etwa rasche Verfügbarkeit der Ware oder von Ersatzteilen),
  - wirtschaftlichen (etwa Energieeinsparung durch bestimmte Dämmstoffe),
  - sozialen (etwa Auswirkungen auf Gesundheit oder Umwelt) oder
  - rechtlichen (etwa besondere Garantieverprechen)
- Beziehungen zur Umwelt, soweit sie nach der Verkehrsauffassung für ihre Brauchbarkeit und ihren Wert von Bedeutung sind.<sup>1089</sup>

- 361a Zu den Eigenschaften gehören insbesondere auch die „wesentlichen Merkmale“ der Ware oder Dienstleistung gemäß Art. 6 Abs. 1b UGP-RL.

### Art. 6 Abs. 1 UGP-Richtlinie (Irreführende Handlungen)

(...)

- b) (...) Verfügbarkeit, Vorteile, Risiken, Ausführung, Zusammensetzung, Zubehör, Kundendienst und Beschwerdeverfahren, Verfahren und Zeitpunkt der Herstellung oder Erbringung, Lieferung, Zwecktauglichkeit, Verwendung, Menge, Beschaffenheit;

- 362 Auf imagebezogene und geschmacksabhängige Produktmerkmale bezieht sich diese Regelung allerdings wohl nicht. Denn nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG müssen die Vergleichseigenschaften nachprüfbar sein. Deshalb sind reine **Geschmacksvergleiche** hiervon nicht umfasst und nach §§ 3, 4 UWG zu bewerten. Entsprechend verbot das OLG München die Werbung mit einem Diagramm, wonach 62 Prozent der Testpersonen einer Infratest-Umfrage den „Whopper“ des Werbenden besser als den „Big Mac“ des Konkurrenten fanden.<sup>1090</sup> Beschreibungen sinnlicher Wahrnehmungen können hingegen schon von § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG erfasst sein.<sup>1091</sup>

- 363 Erlaubt ist der **Preisvergleich** einschließlich der einzelnen Preisbestandteile wie zum Beispiel Nachlässe. Dazu können auch Liefer- und Zahlungsbedingungen gehören.<sup>1092</sup> Der Preisvergleich muss sich nicht auf identische, aber zumindest auf vergleichbare Waren oder Dienstleistungen im Sinne von § 6 Abs. 2 UWG beziehen.

- 364 Außerdem muss der Vergleich **objektiv** und **nachprüfbar**<sup>1093</sup> sein. Für einen zulässigen Vergleich genügt es, wenn der Werbende einige Eigenschaften auswählt, die er zum Gegenstand des Vergleichs macht. „Nachprüfbar“ ist ein Werbevergleich nur, wenn er sich auf Tat-

<sup>1087</sup> Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 14 ff.

<sup>1088</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 98.

<sup>1089</sup> Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 104; BGH GRUR 2007, 605 = WRP 2007, 772 – Umsatzzuwachs.

<sup>1090</sup> OLG München NJW-RR 1999, 1423 = WRP 1999, 692.

<sup>1091</sup> Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 109.

<sup>1092</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 111 f.

<sup>1093</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 116.

sachen<sup>1094</sup> beschränkt, die beweisbar sind.<sup>1095</sup> Rein subjektive Werturteile sind damit unzulässig („Unser Produkt ist besser als das von X“).<sup>1096</sup> Nachprüfbar heißt die Möglichkeit für den Verbraucher, mit zumutbarem Aufwand (zum Beispiel Durchsicht eines Kataloges, Lesen von Testberichten) die Richtigkeit der Behauptung feststellen zu können.<sup>1097</sup> Nach neuerer Rechtsprechung genügt jedoch auch die Möglichkeit der Nachprüfung durch Sachverständige.<sup>1098</sup> Beim Preisvergleich müssen die Angaben wahr und durch den Verbraucher ohne größeren Aufwand nachprüfbar sein.<sup>1099</sup> Die Darlegungs- und Beweislast für die fehlende Nachprüfbarkeit trägt der Anspruchsteller. Der Anspruchsgegner muss allerdings mitteilen, auf welche Art sich der Anspruchsteller über die dem Vergleich zu Grunde liegenden Einzelheiten leicht informieren kann, um dessen Richtigkeit beurteilen zu können.<sup>1100</sup>

Schließlich müssen die verglichenen Eigenschaften „wesentlich“, „relevant“ und „typisch“ sein. Es müssen alle diese Voraussetzungen vorliegen.<sup>1101</sup> Ob diese Kriterien erfüllt sind, entscheidet die Sicht der Verbraucher. Wesentlich ist eine Eigenschaft bereits dann, wenn sie für den Verbraucher im Hinblick auf die Verwendung des Produkts oder den Nutzen der Dienstleistung nicht völlig unerheblich ist.<sup>1102</sup> Das sind bei einem Auto etwa dessen Grundausstattung, Benzinverbrauch, Reparaturanfälligkeit, Inspektionsintervalle – nicht aber das Durchschnitts-Einkommen der Käufer. Relevant ist eine Eigenschaft, wenn ihr Vorliegen für den Kaufentschluss nicht völlig unerheblich ist.

Das letzte Kriterium ist, dass die Eigenschaft typisch sein muss. Sie muss also die Ware oder Dienstleistung im Hinblick auf ihre Zweckbestimmung prägen. Es handelt sich hier nicht um ein zwingend objektives Kriterium. Typisch für ein Produkt könnte die Verpackung sein („quadratisch, praktisch, gut“).

#### Zum Fall „ISDN-Vergleich“:

Das OLG Hamburg sah die vergleichende Werbung „... Speedway beschleunigt Ihren Datenverkehr um ein Vielfaches – genau dort, wo ISDN an Geschwindigkeit verliert. ...“ als unzulässig und irreführend an. Denn der Werbende hatte verschwiegen, dass die Deutsche Telekom mit „TDSL“ über einen gleich schnellen Internetzugang verfügt. Zudem waren beide Technologien auch nicht ohne weiteres vergleichbar: ISDN ist kein reiner Internetzugang wie die beworbene SDSL-Technologie. Darauf hätte der Werbende nach Auffassung des OLG Hamburg jedoch hinweisen müssen.<sup>1103</sup>

### 3. Herbeiführen von Verwechslungen (§ 6 Abs. 2 Nr. 3)

Der Vergleich darf nicht zu Verwechslungen zwischen den Wettbewerbern, ihren Waren oder Dienstleistungen oder auch ihrer Kennzeichen führen. Soweit Kennzeichen (Marken, Handelsnamen und andere Unterscheidungszeichen<sup>1104</sup>) der Wettbewerber betroffen sind, sind auch §§ 14, 15 MarkenG anwendbar. Früher war umstritten, ob ein Vergleich nach § 6 UWG zu einer Verwechslung führen muss oder eine Verwechslungsgefahr genügt. Diese Streitfrage hat der Gesetzgeber durch die Aufnahme der Formulierung in Nr. 3 „Gefahr von Verwechslungen“ entschieden. Eine Verwechslungsgefahr besteht, wenn die angesprochenen

<sup>1094</sup> → Rn. 147.

<sup>1095</sup> Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sack § 6 Rn. 147.

<sup>1096</sup> Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 60.

<sup>1097</sup> Vgl. BGH GRUR 1999, 69 – Preisvergleichsliste II; Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 135.

<sup>1098</sup> EuGH GRUR 2007, 69 = WRP 2006, 1348 – LIDL Belgium/Colruyt; BGH BGHZ 158, 26 = GRUR 2004, 607 = NJW 2004, 1951 = WRP 2004, 739 – Genealogie der Düfte; BGH GRUR 2005, 172 = NJW-RR 2005, 342 = WRP 2005, 207 – Stresstest; BGH GRUR 2007, 605 = NJW-RR 2007, 1522 = WRP 2007, 772 – Umsatzzuwachs.

<sup>1099</sup> BGH GRUR 1996, 983 = WRP 1997, 549 – Dauertiefpreise.

<sup>1100</sup> BGH GRUR 2007, 605 = NJW-RR 2007, 1522 = WRP 2007, 772 – Umsatzzuwachs; Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 135.

<sup>1101</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 126 ff.

<sup>1102</sup> BGHZ 158, 26 (35) = GRUR 2004, 607 = NJW 2004, 1951 = WRP 2004, 739 – Genealogie der Düfte; vgl. auch Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 129.

<sup>1103</sup> OLG Hamburg GRUR-RR 2002, 169.

<sup>1104</sup> Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sack § 6 Rn. 167.

Verkehrskreise glauben könnten, dass die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen oder gegebenenfalls aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen.<sup>1105</sup> Diese vom EuGH ursprünglich zum Markenrecht entwickelte Definition gilt nach der EuGH-Entscheidung „O2“ auch für die vergleichende Werbung.<sup>1106</sup> Die Formel ist jedoch dahingehend zu präzisieren, dass die Gefahr einer Herkunftstäuschung bei einem *beachtlichen* Teil der angesprochenen Verkehrskreise verursacht wird.<sup>1107</sup> Die Nennung einer Marke in einer Werbung muss aber noch keine unzulässige Markenbenutzung darstellen.<sup>1108</sup> Wird die Marke jedoch gerade als (unzutreffender) Hinweis auf die betriebliche Herkunft des *eigenen* Angebots des Werbenden genutzt, liegt ein Fall des § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG vor.

#### 4. Ausnutzung eines Kennzeichens (§ 6 Abs. 2 Nr. 4)

##### Fall „Eigenpreisvergleich“:<sup>1109</sup>

Die Beklagte betreibt Drogeriemärkte und bewirbt Ihre Hausmarken mit Preisgegenüberstellungen. Kläger ist der Markenverband e. V.

Ausschnitt aus der Werbung:



<sup>1105</sup> Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Sack § 6 Rn. 177.

<sup>1106</sup> GRUR 2008, 698 = BeckRS 2008, 70641.

<sup>1107</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 145 und Henning-Bodewig GRUR Int. 2007, 986 (990).

<sup>1108</sup> Ingerl/Rohnke, Markenrecht, § 14 Rn. 154 ff.

<sup>1109</sup> BGH GRUR 2007, 897 = BeckRS 2007, 13338 = WRP 2007, 1181 – Eigenpreisvergleich.

Auch bei der Regelung in § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG handelt es sich im Kern um eine markenrechtliche Frage (vgl. §§ 9 Abs. 1 Nr. 3 Fall 2, 14 Abs. 2 Nr. 3 Fall 2, 15 Abs. 3 MarkenG). Auf die Bekanntheit des Kennzeichens kommt es nicht an. Eine unlautere Ausnutzung eines Kennzeichens liegt beispielsweise nicht schon dann vor, wenn ein Wettbewerber ein Kennzeichen eines anderen Wettbewerbers verwendet. Anders wird ein Vergleich häufig nicht möglich sein. Es müssen demnach besondere Umstände hinzukommen.<sup>1110</sup> Für die Beurteilung der Lauterkeit des Vergleichs bedarf es einer Interessenabwägung, wobei die grundsätzliche Zulässigkeit vergleichender Werbung und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel zu berücksichtigen sind.<sup>1111</sup>

#### Zum Fall „Eigenpreisvergleich“:

Der BGH sah keine Ausnutzung der Wertschätzung von Kennzeichen Dritter. Denn die Nennung der Marke sei für den Vergleich erforderlich und es gebe keine weiteren besonderen Umstände für eine wettbewerbswidrige Rufausnutzung. Auch sei der Preisvergleich kein Qualitätsvergleich trotz des Hinweises auf „namhafte Markenprodukte“. Die Begründung des BGH hierzu fällt reichlich kurz aus: Die Behauptung einer qualitativen Gleichwertigkeit sei „erfahrungswidrig“.

Der Vergleich verstößt auch nicht gegen § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG, nur weil die Beklagte die Preise für beide Kategorien selbst festsetze. Eine Preismanipulation – die nach §§ 3, 5 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 UWG 2004 rechtswidrig gewesen wäre – lag nicht vor.

#### 5. Herabsetzung und Verunglimpfung (§ 6 Abs. 2 Nr. 5)

##### Fall „Saugeinlagen“:<sup>1112</sup>

Die Parteien vertreiben Saugeinlagen für die Verpackungen von frischem Fleisch, Fisch und Geflügel. Die Lebensmittel werden zum Verkauf in Kunststoffschalen angeboten, die eine Saugeinlage enthalten. Diese nimmt die aus den frischen Produkten austretende Flüssigkeit auf. In einem Schreiben der Beklagten an einen Kunden der Klägerin heißt es auszugsweise: „Die so genannten Polymer-Saugeinlagen haben aber gerade in der Diskussion um QS-Fleisch Eigenschaften, die die durch Auflagen in der Aufzucht von Schlachtvieh erzielten Verbesserungen in den Fleischqualitäten QS- und Biofleisch ad absurdum führen. ... Die weiße Saugeinlage hat dazu noch eine Perforation an beiden Seiten, durch die sich mit Polymer kontaminierter Fleischsaft an das Packgut drückt. ... Es macht also keinen Sinn, weitestgehend unbelastetes Fleisch vom Erzeuger zu verlangen, um es dann mit der Verpackung zu kontaminieren.“

Enthält der Vergleich eine Herabsetzung oder Verunglimpfung, ist er ebenfalls unzulässig. Diese Regelung ergänzt § 4 Nr. 8 UWG (Anschwärzung) und ist lex specialis zu § 4 Nr. 7 UWG. Sie ersetzt die zu § 1 UWG 1909 entwickelte Fallgruppe der „persönlich vergleichenden Werbung“.<sup>1113</sup> „Herabsetzung“ liegt erst vor, wenn der Werbende seine Geringschätzung des Mitwerbers oder von dessen Waren oder Dienstleistungen zum Ausdruck bringt, also der Vergleich in unangemessener Weise abfällig, abwertend oder unsachlich ist („Billige Composite Rackets (Graphitefiberglas) muten wir Ihnen nicht zu“).<sup>1114</sup> Verunglimpfung ist eine gesteigerte Form der Herabsetzung. Sie besteht in der Verächtlichmachung in Form eines abträglichen Werturteils ohne sachliche Grundlage.<sup>1115</sup>

„Persönliche oder geschäftliche Verhältnisse“ betreffen entweder persönliche Eigenschaften des Mitbewerbers (Rasse, Konfession, Ehe, Kinderlosigkeit, Krankheit, Unzuverlässigkeit, Vorstrafen etc)<sup>1116</sup> oder geschäftliche Angelegenheiten (etwa bevorstehende Insolvenz,

<sup>1110</sup> → Zur Rufausbeutung Rn. 173.

<sup>1111</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 95.

<sup>1112</sup> BGH GRUR 2008, 443 = NJW-RR 2008, 851 = WRP 2008, 666.

<sup>1113</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 14 ff. und 165.

<sup>1114</sup> BGHZ 138, 55 = GRUR 1998, 824 = NJW 1998, 2208 = WRP 1998, 718 – Testpreis-Angebot.

<sup>1115</sup> Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 166.

<sup>1116</sup> Vgl. auch Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 180.

schwebende Gerichtsverfahren). Derartige Vergleiche sind unzulässig. Eine Information des Verbrauchers über solche Verhältnisse kann – ohne, dass ein Vergleich vorliegt – bei Hinzutreten besonderer Umstände gerechtfertigt sein, etwa aufgrund eines besonderen Aufklärungsinteresses der Öffentlichkeit.<sup>1117</sup>

#### Zum Fall „Saugeinlagen“:

- 373 Der BGH bejaht zwar vergleichende Werbung gemäß § 6 UWG, kommt aber zu dem Ergebnis: Eine Herabsetzung oder Verunglimpfung nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG setze mehr voraus als die „einem kritischen Werbevergleich immanente Gegenüberstellung der Vorteile und Nachteile der verglichenen Produkte“. Maßgeblich sei, ob die angegriffene Werbeaussage sich noch in den Grenzen einer sachlich gebotenen Erörterung hält oder bereits eine pauschale Abwertung der fremden Erzeugnisse darstellt. Herabsetzend ist von § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG sei ein Vergleich daher nur, wenn zu den mit jedem Werbevergleich verbundenen (negativen) Wirkungen für die Konkurrenz besondere Umstände hinzutreten, die ihn als unangemessen abfällig, abwertend oder unsachlich erscheinen lassen. Auf Grund des Gesamtzusammenhangs des angegriffenen Schreibens, in dem die Beklagte die aus ihrer Sicht bestehenden Bedenken gegen die unter Verwendung von Polyacrylat-Polymeren gefertigten Saugeinlagen der Klägerin angeführt habe, sei nicht von einem herabsetzenden oder verunglimpfenden Vergleich der Waren der Klägerin auszugehen.

Trotzdem war mit dieser Entscheidung das Verfahren noch nicht beendet: Der BGH sah nämlich die Möglichkeit, dass mit der Streitgegenständlichen Behauptung unzutreffend ausgesagt werde, dass von den Saugeinlagen gesundheitliche Gefahren ausgingen. Sollten die Saugeinlagen jedoch nicht gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften verstoßen und gesundheitlich unbedenklich sein, liege ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot nach §§ 3, 5 UWG vor. Der BGH verwies den Rechtsstreit deshalb an das Berufungsgericht zurück.

#### 6. Imitation und Nachahmung (§ 6 Abs. 2 Nr. 6)

##### Fall „Imitationswerbung“:<sup>1118</sup>

Die Klägerin stellt Markenparfüms her und vertreibt diese. Dazu gehören die Marken „JOOP!“, „Davidoff“ und „Jil Sander“. Die Beklagte zu 1 vertreibt unter der Dachmarke „Creation Lamis“ niedrigpreisige Duftwässer. Die Klägerin hat den Gebrauch von Produktbezeichnungen, die nach ihrer Behauptung in Verbindung mit der Dachmarke „Creation Lamis“ einen Hinweis auf einen jeweils nachgeahmten Markenduft geben, als unzulässige vergleichende Werbung beanstandet. So sei die Bezeichnung „Icy Cold“ als Hinweis auf das Originalprodukt „Cool Water“ von Davidoff und „Sunset Boulevard“ als Hinweis auf das Originalprodukt „Sun“ von Jil Sander zu verstehen. Die Verwendung des Anfangsbuchstabens „J“ bei einem Parfümprodukt der Dachmarke „Creation Lamis“ sei dahingehend zu deuten, dass es sich um eine Nachahmung eines Originalparfüms der Marke „JOOP!“ handle.

- 374 § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG ist verwirklicht, wenn ein Wettbewerber sein eigenes Produkt als Imitation oder Nachahmung eines fremden Produkts bezeichnet.<sup>1119</sup> Das könnte auch ein Fall des § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG sein. Allerdings setzt die Nr. 6 voraus, dass die Ware oder Dienstleistung unter einem geschützten Kennzeichen vertrieben wird, was sich wiederum nach den Vorschriften des MarkenG richtet. Stellt ein Wettbewerber das Produkt eines Mitbewerbers als Imitation oder Nachahmung des eigenen Produkts dar, ist diese Werbung anhand von § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG zu beurteilen.

#### Zum Fall „Imitationswerbung“:

- 375 Der BGH verneint einen Anspruch der Klägerin. Zwar sei die Verwendung bestimmter Produktbezeichnungen Werbung im Sinne von § 6 Abs. 1 UWG, weil sie zum Zwecke des

<sup>1117</sup> Vgl. Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 176, 181.

<sup>1118</sup> BGH GRUR 2008, 628 = BeckRS 2008, 10386 = WRP 2008, 930.

<sup>1119</sup> Köhler/Bornkamm § 6 Rn. 186.

# beck-shop.de

Absatzes der betreffenden Produkte erfolge. Die Klägerin habe aber nicht nachgewiesen, dass die angesprochenen Verkehrsteilnehmer die Bezeichnungen der Beklagten als Darstellung einer Imitation oder Nachahmung der *Markenprodukte* der Klägerin verstünden. Den Endverbrauchern sei der „Code“ nicht bekannt, mit dem sie die Bezeichnungen übersetzen könnten. Selbst wenn Groß- oder Zwischenhändler die Anspielung auf die Originalprodukte verstünden, fehle es an der nach § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG zu fordernden Deutlichkeit der Imitationsbehauptung.<sup>1120</sup>

<sup>1120</sup> Ebenso auch BGH I ZR 157/09 = GRUR 2011, 1153 = BeckRS 2011, 24832 in Abgrenzung zu EuGH C-487/07 = GRUR 2009, 756 = BeckRS 70671 – L'Oréal/Bellure.



## § 6 Unzumutbare Belästigungen gemäß § 7 UWG

### Übersicht

	Rn.
A. Der Grundtatbestand des § 7 Abs. 1 UWG .....	376–385a
I. Vorbemerkung .....	376–378
II. Belästigung gemäß § 7 Abs. 1 UWG .....	379, 380
III. Beispiele belästigender geschäftlicher Handlungen .....	381–385a
1. Straßen- und Haustürwerbung, Zusendung unbestellter Waren, Scheibenwischerwerbung .....	382
2. Internet-Werbeformen .....	383, 384
3. Erkennbar unerwünschte Werbung (§ 7 Abs. 1 S. 2 UWG) .....	385, 385a
B. Unzumutbare Belästigung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG .....	386–397
I. Vorbemerkung .....	386–388
II. Briefkasten- und Brief-Werbung .....	389–387
1. Anwendungsbereich .....	389
2. Umfang des Verbots .....	390, 391
3. Datenschutzrechtliche Besonderheiten .....	392–397
C. Telefonmarketing (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG) .....	398–405
I. Anrufe bei Verbrauchern .....	400–403
1. Erfordernis der vorherigen ausdrücklichen Einwilligung .....	400–400c
2. Weitere Regelungen .....	401–403
II. Anrufe bei sonstigen Marktteilnehmern .....	404, 405
D. Werbung durch elektronische Hilfsmittel (§ 7 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 UWG) .....	406–414
I. Vorbemerkung .....	408–407b
II. Automatische Anrufmaschinen .....	408
III. Telefax-Werbung .....	409
IV. Werbung mit elektronischer Post .....	410
1. E-Mail-Werbung .....	411, 411a
2. SMS- und MMS-Werbung .....	412
3. Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 3 UWG .....	413, 314
E. Anonyme elektronische Werbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG) .....	415–417

### A. Der Grundtatbestand des § 7 Abs. 1 UWG

#### § 7 Abs. 1 UWG:

(1) Eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, ist unzulässig. Dies gilt insbesondere für Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht.

#### Fall „Kreditkartenübersendung“:<sup>1121</sup>

Die Postbank übersendet an Kunden einmalig einen Briefumschlag, der nicht als Werbung erkennbar ist. Darin sind eine mit Namen vorgeprägte Kreditkarte, ein vorausgefülltes Antragsformular zur erforderlichen „Freischaltung“ und Informationen zu den damit verbundenen Kosten beigelegt. Der Verbraucherzentrale Bundesverband sieht darin eine unzumutbare Belästigung gemäß § 7 Abs. 1 UWG.

#### I. Vorbemerkung

376 Das UWG verbietet Werbemethoden und andere geschäftliche Handlungen, die aufgrund ihres Unwertgehaltes unlauter sind. Die UGP-RL enthält keinen entsprechenden Tatbestand.

<sup>1121</sup> BGH I ZR 167/09 = GRUR 2011, 747 = NJW 2011, 3159.