

Münchener Juristische Beiträge · Band 31

Silvia Somarriello

**Vergleichende Werbung in Italien
und Deutschland**

**Eine rechtsvergleichende Darstellung im
Lichte der EG-Richtlinie 97/55**



Herbert Utz Verlag · Wissenschaft
München

Münchener Juristische Beiträge

Herausgeber der Reihe:
Dr. jur. Thomas Küffner

Herausgeber dieses Bandes:
Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte
bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch
begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung,
des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der
Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem
Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanla-
gen bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwendung,
vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2002

ISBN 3-8316-0194-1

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
Tel.: 089/277791-00 - Fax: 089/277791-01

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht	I
Inhaltsverzeichnis	II
Abkürzungen	VII
Literatur	XII
Einführende Bemerkungen und Gang der Arbeit	1
1. Teil Grundlagen	4
A. Begriffsbestimmung	4
B. Allgemeine historische und aktuelle Anknüpfungen: Vergleichende Werbung als Instrument des Wettbewerbs	7
2. Teil Ausgangslage für die Richtlinie 97/55/EG	11
A. Stellung der Werbung im europäischen Recht und der europäischen Rechtsprechung	11
B. Rechtslage in Italien vor Umsetzung der Richtlinie 97/55/EG	21
C. Rechtslage in Deutschland vor Umsetzung der Richtlinie 97/55/EG	42
D. Überblick zu der Rechtslage in den übrigen Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie 97/55/EG	52
E. Zusammenfassung	60
3. Teil Die Richtlinie 97/55/EG	63
A. Entstehung der Richtlinie 97/55/EG	63
B. Einheitliche europäische Regelung für vergleichende Werbung in der Richtlinie 97/55/EG	68
4. Teil Die Umsetzung der Richtlinie 97/55/EG	102
A. Italien	102
B. Deutschland	134
C. Rechtsvergleichende Zusammenfassung	152
Schlußbetrachtung	157
Anhang	163

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	I
Inhaltsverzeichnis	II
Abkürzungen.....	VII
Literatur	XII
Einführende Bemerkungen und Gang der Arbeit.....	1
1. Teil Grundlagen.....	4
A. Begriffsbestimmung	4
I. Bezugnehmende Werbevergleiche.....	4
1. Kritisierende vergleichende Werbung.....	4
2. Persönliche vergleichende Werbung.....	5
3. Anlehrende vergleichende Werbung	6
II. Werbeformen ohne individuelle Bezugnahme.....	6
1. Systemvergleich	6
2. Warenartenvergleich	7
3. Alleinstellungswerbung.....	7
B. Allgemeine historische und aktuelle Anknüpfungen: Vergleichende Werbung als Instrument des Wettbewerbs.....	7
2. Teil Ausgangslage für die Richtlinie 97/55/EG.....	11
A. Stellung der Werbung im europäischen Recht und der europäischen Rechtsprechung	11
I. Warenverkehrsfreiheit	12
II. Informations- und Meinungsfreiheit	16
III. Irreführungsbegriff und Verbraucherleitbild.....	17
B. Rechtslage in Italien vor Umsetzung der Richtlinie 97/55/EG.....	21
I. Historische Entwicklung bis zum Codice civile von 1942	21
II. Vergleichende Werbung im Codice civile von 1942 (Art. 2598 c.c.)	24
1. Meinungen in der Literatur.....	25
2. Beurteilung in der Rechtsprechung	26
III. Verbraucherschutz und Verbraucherleitbild	29
1. Das Verbraucherleitbild der ordentlichen Gerichte (und der Giurì) und der Verbraucherschutz bis zur Umsetzung der Irreführungsrichtlinie.....	30

2.	Das Verbraucherleitbild der Autorità Garante und der Verbraucherschutz nach Umsetzung der Irreführungsrichtlinie	32
IV.	Verfassungsrechtliche Aspekte	33
V.	Die freiwillige Selbstkontrolle und ihr Kodex	36
1.	Tätigkeit des I.A.P.	38
2.	Vergleichende Werbung im c.a.p.	39
C.	Rechtslage in Deutschland vor Umsetzung der Richtlinie 97/55/EG	42
I.	Entwicklung des Werberechts	42
II.	Anfänge vergleichender Werbung	45
III.	Verbraucherschutz und Verbraucherleitbild	47
1.	Das herkömmliche Verbraucherleitbild in der Rechtsprechung des BGH	47
2.	Das Verbraucherleitbild unter dem Einfluß der Rechtsprechung des EuGH	49
IV.	Verfassungsrechtlicher Schutz vergleichender Werbung	50
D.	Überblick zu der Rechtslage in den übrigen Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie 97/55/EG	52
I.	Frankreich	52
II.	Spanien, Portugal	54
III.	Griechenland	55
IV.	Österreich	56
V.	Dänemark, Schweden, Finnland	56
VI.	Belgien, Luxemburg, Niederlande	57
VII.	Großbritannien und Irland	58
E.	Zusammenfassung	60
3. Teil	Die Richtlinie 97/55/EG	63
A.	Entstehung der Richtlinie 97/55/EG	63
I.	Von der Irreführungsrichtlinie bis zur Richtlinie über vergleichende Werbung	63
II.	Reaktion in Italien und Deutschland auf die ersten europäischen Regelungen vergleichender Werbung	65
B.	Einheitliche europäische Regelung für vergleichende Werbung in der Richtlinie 97/55/EG	68
I.	Sinn und Zweck	68
II.	Anwendungsbereich	69
III.	Zulässigkeitsbedingungen	70
1.	Verweis auf das Irreführungsverbot (Art. 3a Abs. 1 lit. a RL)	71
2.	Der Vergleich (Art. 3a Abs. 1 lit. b RL)	74
a.	Vergleichbarkeit von Waren und Dienstleistungen	74
b.	Gleicher Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung, Markenartikel und no-name Ware	75
3.	Vergleichbare Eigenschaften (Art. 3a Abs. 1 lit. c RL)	77

a. Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung	78
b. Wesentlich, relevant, typische Eigenschaften, der Auskunftsvergleich	79
c. Nachprüfbar oder „dem Beweis zugänglich“	82
d. Das Sachlichkeitsgebot des Vergleichs.....	83
4. Das Verwechslungsverbot und die markenrechtliche Terminologie (Art. 3a Abs. 1 lit. d RL)	84
5. Das eingeschränkte Herabsetzungs- und Verunglimpfungsverbot (Art. 3a Abs. 1 lit. e RL)	85
6. Die Eigenart beim Vergleich von Waren mit Ursprungsbezeichnung (Art. 3a Abs. 1 lit. f RL).....	86
7. Das eingeschränkte Rufausnutzungsverbot (Art. 3a Abs. 1 lit. g RL)	88
8. Mißverständliche Regelung bei Vergleichen mit Nachahmungen und Imitationen (Art. 3a Abs. 1 lit. h RL). 89	
9. Hinweispflicht auf vorübergehende Sonderangebote (Art. 3a Abs. 2 RL)	90
10. Nicht übernommene Sonderregelung bei Vergleichen anhand von Warentests.....	90
IV. Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten innerhalb der Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 1 RL).....	91
V. Beweislastregelung (Art. 6a RL).....	92
VI. Bindungswirkung und Umsetzungsspielraum.....	93
VII. Das Verhältnis der Richtlinie 97/55/EG zu den Sonderrechten des geistigen Eigentums	96
1. Markenrecht.....	96
2. Urheberrecht	101
4. Teil Die Umsetzung der Richtlinie 97/55/EG	102
A. Italien.....	102
I. Diskussion um die Umsetzung	102
II. Verordnung 67/2000.....	105
1. Reichweite des Anwendungsbereichs, direkt oder indirekt vergleichende Werbung (Art. 2 b-bis VO).....	105
2. Die übernommenen Zulässigkeitsbedingungen (Art. 3-bis VO).....	109
a. Faktischer Ausschluß persönlicher vergleichender Werbung	110
b. Einheitlicher Irreführungsmaßstab (Art. 3-bis Ziff. 1 lit. a VO).....	110
c. Vergleich nicht homogener Waren oder Dienstleistungen (Art. 3-bis Ziff. 1 lit. b VO)	111
d. Objektiver Vergleich einiger Eigenschaften (Art. 3-bis Ziff.1 lit. c VO)	112

e.	Verwechslungsverbot (Art. 3-bis Ziff. 1 lit. d VO).....	112
f.	Kritik an der wörtlichen Übernahme des Herabsetzungs- und Verunglimpfungsverbots (Art. 3-bis Ziff. 1 lit. e VO)112	
g.	Rufausnutzungsverbot aller Unterscheidungszeichen (Art. 3-bis Ziff. 1 lit. g VO).....	113
h.	Begrenzung des Vergleichs von Waren mit Ursprungsbezeichnungen (Art. 3-bis Ziff. 1 lit. f und Art. 3-bis Ziff. 1 lit. g VO)	114
i.	Verbot, als Nachahmer aufzutreten (Art. 3-bis Ziff. 1 lit. h VO).....	115
j.	Dem Beweis zugänglich (Art. 3-bis Ziff. 2 VO).....	116
k.	Irreführender Bezug auf Sonderangebote (Art. 3-bis Ziff. 3 VO).....	116
3.	Zuständigkeit	116
a.	Autorità Garante	116
aa.	Antragsberechtigung	117
bb.	Wahrnehmung privater Interessen	119
b.	Ordentliche Gerichte	121
c.	Verhältnis der Autorità Garante zu den ordentlichen Gerichten	122
4.	Beweislast	123
III.	Einfluß der Richtlinie 97/55/EG auf den Kodex der freiwilligen Selbstkontrolle	123
1.	Begrenzte Anpassung des Art. 15 c.a.p. n.F. und das daraus resultierende Spannungsverhältnis	124
2.	Die materiellrechtliche Seite des Spannungsverhältnisses (unter Berücksichtigung der Rechtsnatur des c.a.p.).....	127
3.	Die verfahrensrechtliche Seite des Spannungsverhältnisses129	
a.	Das Verhältnis zu den ordentlichen Gerichten.....	129
b.	Das Verhältnis zur Autorità Garante	130
4.	Das Spannungsverhältnis anhand von Beispielen in der Praxis	131
a.	Der Fall Interoute	131
b.	Der Polaroid-Fall	132
B.	Deutschland	134
I.	Diskussion vor der Umsetzung.....	134
1.	Rechtsprechung des BGH.....	134
a.	„Testpreis-Angebot“	135
b.	„Preisvergleichsliste II“	135
c.	„Vergleichen Sie“	136
2.	Richtlinienkonforme Auslegung des § 1 UWG vor Umsetzung der Richtlinie 97/55/EG	137

II. § 2 UWG n.F.	140
1. Definition der vergleichenden Werbung und Anwendungsbereich von § 2 UWG (§ 2 Abs. 1 UWG n.F.)	141
2. Einzeltatbestände (§ 2 Abs. 2 UWG n.F.).....	142
a. Vergleichbarkeit von Waren und Dienstleistungen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 UWG n.F.).....	142
b. Kriterien der verglichenen Eigenschaften (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UWG n.F.).....	142
c. Verwechslungsverbot von Kennzeichen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 UWG n.F.).....	144
d. Kennzeichenbezogene Rufausnutzung und Rufgefährdung (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 UWG n.F.)	145
e. Nicht kennzeichenbezogenes Herabsetzungs- und Verunglimpfungsverbot (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 UWG n.F.)	146
f. Nachahmungsverbot für geschützte Kennzeichen (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG n.F.).....	147
g. Hinweispflicht auf Sonderangebote (§ 2 Abs. 3 UWG)	148
h. Einheitlicher Irreführungsmaßstab (§ 3 UWG)	148
i. Keine Umsetzung der Vorschrift zum Schutz von Ursprungsbezeichnungen	149
3. Zuständigkeit, Sanktionsmöglichkeiten, Verfahren	150
4. Beweislockerung	151
C. Rechtsvergleichende Zusammenfassung	152
Schlußbetrachtung.....	157
Anhang.....	163
I. Richtlinie 84/450/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.9.1984 über irreführende und vergleichende Werbung in der durch die Richtlinie 97/55/EG vom 6.10.1997 geänderten Fassung	163
II. Die Vorschriften zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs im Zivilgesetzbuch (Codice civile) von 1942	169
III. Verordnung Nr. 74 vom 25.1.1992 über irreführende und vergleichende Werbung in der durch die Verordnung Nr. 67 vom 25.2.2000 geänderten Fassung	171
IV. Auszug aus dem Kodex der Werbeselbstkontrolle – Codice di autodisciplina pubblicitaria	182
V. § 2 und 3 UWG neue Fassung.....	184

Einführende Bemerkungen und Gang der Arbeit

Was unter Benachbartem hervorrägt, ist dort groß, wo es hervorrägt. Denn Größe hat kein bestimmtes Maß; erst der Vergleich hebt oder drückt herab.

(Seneca, Briefe an Lucilius, 43, 2)

Als die Europäische Kommission zu Beginn der 60er Jahre *Eugen Ulmer* den Auftrag erteilte, eine Studie über das europäische Lauterkeitsrecht zu erstellen¹, waren sich die EWG-Gründerstaaten bereits einig, einen geschlossenen großflächigen Wirtschaftsraum nur unter der Prämisse einheitlicher rechtlicher Rahmenbedingungen des Wettbewerbs verwirklichen zu können.

Es dauerte fast 20 Jahre, bis ein Anfang hierzu in der Form der Richtlinie 84/450/EWG gegen irreführende Werbung geschaffen wurde. Hinsichtlich weitergehender Regelungen der Werbung – und erst recht des übrigen Wettbewerbsrechts – konnten sich die Mitgliedstaaten nicht einigen. In der Folgezeit scheiterten Vorschläge und Bemühungen einer europaweiten Harmonisierung; Stimmen, die eine Anpassung des Lauterkeitsrechts der Mitgliedstaaten anstrebten, verstummten daraufhin fast vollständig.

Erst mit Verabschiedung der Richtlinie 97/55/EG für vergleichende Werbung setzte sich die öffentliche Diskussion wieder in Gang. Die Mitgliedstaaten hatten sich damit über den Teilbereich des Wettbewerbsrechts geeinigt, der die nationalen Gemüter am meisten bewegt und ihre Werbe- und Wettbewerbstraditionen grundlegend berührt: die vergleichende Werbung. Seitdem steht die Harmonisierung des europäischen Lauterkeitsrechts in unterschiedlichen Generaldirektionen der Europäischen Kommission wieder auf der Tagesordnung².

¹ Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band I-VI; Belgien, Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg, Niederlande.

² Gegenwärtig bemühen sich die Generaldirektion für Verbraucherschutz und Gesundheit und diejenige für Wettbewerb um eine Vereinheitlichung des europäischen Lauterkeitsrechts; vgl. dazu unten 3. Teil B. IV. und die Schlußbetrachtung.

Sicherlich ist es kein Zufall, daß diese Regelung für grenzüberschreitende Werbung ihren Nährboden im derzeitigen Wirtschaftsleben findet. Noch nie hatte Werbung den gegenwärtigen Einfluß auf den Alltag³, und zu keinem Zeitpunkt war freier Wettbewerb so bedeutsam wie heute. Die sich häufenden Fusionen der Unternehmen einerseits und das gleichzeitige Auflösen staatlicher oder halbstaatlicher Monopole andererseits sorgen für eine Neuordnung des Wettbewerbs. Es drängen sogenannte Internet-start-ups oder Dotcoms auf den Markt; kleinere Unternehmen, die allein das Medium Internet als Tätigkeitsplattform nutzen und sich anfangs ausschließlich durch Werbeeinnahmen finanzieren. Ein innerhalb der Werbung vorgenommener Vergleich ist damit der Inbegriff des heutigen funktionierenden Wettbewerbs. Denn was eignet sich für die vielen neuen Unternehmen mehr, als sich und ihre Qualitäten durch Werbung, und vorzugsweise anhand eines sachlichen, informativen Vergleichs mit dem ehemaligen Marktführer, in der Öffentlichkeit vorzuführen?

Auch der einzelne Verbraucher wurde bislang nicht so gehäuft wie heute mit Werbung konfrontiert. Er begegnet ihr auf Plakaten, im Fernsehen, im Radio, beim Zeitunglesen oder während er im Internet surft. Und weil er sich täglich mit ihr auseinandersetzen muß, bildet er sich seine eigene Meinung zum Phänomen Werbung; die Palette reicht von einer morbiden Erscheinung der modernen Gesellschaft über ein unverzichtbares Kommunikationsmedium, bis hin zur Werbung als Kunstform und Meinungsträger⁴. Für den Verbraucher sind Konsumententscheidungen heute eine Frage der Weltanschauung. Er identifiziert sich mit Marken, und Werbung ist der Ausdruck eines bestimmten Images. Mehr als je zuvor berücksichtigen Werbestrategien mit psychologischer Raffinesse die Bedürfnisse des einzelnen. „Werbung zielt auf das Herz und trifft die Brieftasche“⁵. In dieser Zeit der Übersättigung mit suggestiver und teilweise inhaltsloser Werbung wächst das Interesse des Verbrauchers, seine Entscheidungen anhand von sachlichen Vergleichen zu treffen.

Die vorliegende Arbeit soll anhand der Länder Deutschland und Italien einen Überblick über die durch die Richtlinie 97/55/EG harmonisierten Regelungen der vergleichenden Werbung und den daraus im internationalen Kontext entstehenden Fragen

³ Deutschland ist mit rund 20 Mrd. US-Dollar jährlichen Werbeausgaben nach den USA und Japan auf Platz drei der weltweit werbestärksten Staaten, Italien mit rund 7 Mrd. US-Dollar auf Platz sechs; ZAW, Werbung in Deutschland 2002, S. 27.

⁴ *Baietti*, S. 21.

⁵ *Gloy/Bruhn*, GRUR 1998, 226 ff. (226).

geben. Angefangen von der wirtschaftlichen Bedeutung, die der Werbung heutzutage zukommt, über den Werbevergleich als Ausprägung des Wettbewerbs und die Tragweite eines rechtlich harmonisierten Europas im internationalen Wettbewerb, soll gezeigt werden, wie vergleichende Werbung das gesamte Wettbewerbsrecht umfaßt und wie sich Deutschland und Italien mit dieser partiellen, aber doch so bedeutsamen Regelung der Werbung im Bild der europäischen Harmonisierung präsentieren.

Nach einer Erläuterung der werberechtlichen Terminologie und einem kurzen geschichtlichen und aktuellen Abriss über die Einordnung der vergleichenden Werbung im Wettbewerb im ersten Teil der Untersuchung wird im zweiten Teil die Rechtslage in Italien und Deutschland und kurz diejenige in den übrigen europäischen Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie erörtert sowie die gemeinschaftsrechtliche Notwendigkeit einer Harmonisierung der Vorschriften über vergleichende Werbung untersucht. Sodann wird sich der dritte Teil mit der Entstehung und den Tatbeständen der Richtlinie 97/55/EG über vergleichende Werbung auseinandersetzen, ihre Bindungswirkung für die Mitgliedstaaten und ihr Verhältnis zum Marken- und zum Urheberrecht darstellen. Der vierte Teil dieser Untersuchung soll die Probleme um die deutsche und die italienische Umsetzung der Richtlinie 97/55/EG wiedergeben; hierbei sei ein besonderes Augenmerk auf die verschiedenen, in Italien zur Kontrolle der vergleichenden Werbung möglichen Verfahren, insbesondere die privatrechtlich organisierte freiwillige Selbstkontrolle, gerichtet. Die sich dabei ergebenden materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Unterschiede werden anschließend am Ende des vierten Teils resümiert. Mit der Darstellung von Reaktionen auf die neuen Regelungen sowie mit einigen auch auf statistische Werte gestützte Prognosen über die praktischen Folgen der deutschen und italienischen Umsetzung der Richtlinie 97/55/EG soll diese Untersuchung abschließen.