

37 PC / 20 - 8

# Europäisches & Wirtschafts- Steuerrecht

Betriebs-Berater für Europarecht

## 8. Jahrgang 1997

mit Jahresregister

**Redaktion:** Reinhold Trinkner, Heidelberg; Vertreterin: Maria Wolfer, Heidelberg

**Ständige Mitarbeiter:** Prof. Dr. Heinz-Dieter Assmann, Tübingen; RA Dr. Wolfgang Blumers, Stuttgart; RA Dr. Dirk Dirksen, Hamburg; Prof. Dr. Dr. Carsten Thomas Ebenroth, Konstanz; Prof. Dr. Werner F. Ebke, Konstanz; Prof. Dr. Günther Felix, Köln; Dr. Hermann Hollmann, LL. M., Köln; RA Dr. Michael Hoffmann-Becking, Düsseldorf; RA Prof. Dr. Rainer Jacobs, Köln; RA Dr. Nobert Koch, Brüssel; Generalanwalt Prof. Dr. Carl Otto Lenz, Luxemburg; RA Jürgen Leske, München; Prof. Dr. Sighart Lörler, Potsdam; RA Dr. Burkhardt W. Meister, LL. M., Frankfurt a. M.; Prof. Dr. Otto Sandrock, Münster; Prof. Dr. Rolf A. Schütze, Stuttgart; Prof. Dr. Ernst Steindorff, München; RA Dr. Friedrich Graf v. Westphalen, Köln; RA Dr. Ralf Wojtek, Hamburg



Verlag Recht und Wirtschaft GmbH  
Heidelberg 055

# Der EU-Richtlinienentwurf über irreführende und vergleichende Werbung – neue Chancen für Gesundheits- und Umweltschutz?

Von Professor Dr. Thomas M. J. Möllers und Rechtsanwalt Hubert Schmid, Augsburg

## I. Einleitung

In Deutschland war die vergleichende Werbung bisher fast immer unzulässig, weil mit solchen Aussagen der Verbraucher leicht manipuliert werden kann und Konkurrenzprodukten nicht selten enorme wirtschaftliche Schäden drohen. Die geplante EU-Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung, die kurz vor der Verabschiedung steht, sieht dagegen eine deutliche Liberalisierung der vergleichenden Werbung vor<sup>1</sup>.

Die BSE-Seuche<sup>2</sup> und die Auseinandersetzung um die geplante Versenkung der Bohrinsel Brent-Spar<sup>3</sup> haben jüngst wieder verdeutlicht, in welchem hohem Maße der Verbraucher im Bereich des Gesundheits- und des Umweltschutzes sensibilisiert ist. Gesundheits- und Umweltschutz spielen auch bei der Kaufentscheidung eine wichtige Rolle. Im folgenden soll gefragt werden, ob durch neues europäisches Recht die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung in diesen Bereichen erleichtert wird. So ließe sich beispielsweise fragen, ob ein Lebensmittelhändler damit werben darf, daß seine Lebensmittel nicht bestrahlt oder gentechnisch verändert wurden<sup>4</sup> oder daß er im Gegensatz zum Konkurrenten kein BSE-verseuchtes Fleisch vertreibt, bzw. ein Hersteller von Mobiltelefonen, daß sein Produkt besser gegen Funkwellen isoliert ist als das Konkurrenzprodukt<sup>5</sup> und damit weniger gesundheitsgefährlich ist. Im Bereich des Umweltschutzes wäre beispielsweise zu klären, inwieweit ein Hersteller von Mehrwegflaschen damit werben darf, daß sein Produkt umweltfreundlicher ist als ein Einwegprodukt<sup>6</sup>. Ein weiteres Beispiel bildet der Waschmittelhersteller, der damit wirbt, daß sein Produkt eine geringere Menge einer umweltschädlichen Chemikalie enthält als das Konkurrenzprodukt und damit umweltfreundlicher ist<sup>7</sup>.

Ausgehend von den genannten Beispielfällen ist die gegenwärtige Rechtslage in Deutschland kurz darzustellen (II.). Danach sind die noch wenig geklärten Voraussetzungen der geplanten EU-Richtlinie zu prüfen (III.). Vor dem Hintergrund des Regelungszwecks der Richtlinie sind Kriterien für die Irreführung der vergleichenden Werbung sowie zur Beweislast zu entwickeln (IV.).

## II. Die Rechtslage nach deutschem Recht

### 1. Die Voraussetzungen der vergleichenden Werbung

Das deutsche Recht kennt keine Spezialvorschrift, die sich mit der vergleichenden Werbung befaßt. Für die vergleichende Werbung können die § 14 und § 3 UWG sowie die Generalklausel des § 1 UWG einschlägig sein. Grundsätzlich werden drei Formen der vergleichenden Werbung unterschieden: die *persönliche* vergleichende Werbung,

die auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Mitbewerbers abstellt<sup>8</sup>, die *anlehrende* vergleichende Werbung, die durch positive Bezugnahme auf Ware und Leistung eines Mitbewerbers versucht, sich deren Vorzüge als Vorspann für die eigene Leistung nutzbar zu machen, und die *kritisierende* vergleichende Werbung, die negativ auf die Produkte des Mitbewerbers Bezug nimmt, um diese in der Vorstellung der Kunden herabzusetzen<sup>9</sup>.

Erforderlich ist die Abgrenzung, ob die Werbeaussagen des Wettbewerbers Tatsachen oder Werturteile zum Gegenstand haben. Ist eine eindeutige Abgrenzung nicht durchführbar, so ist darauf abzustellen, ob nach der Auffassung der Verkehrskreise das Gewicht mehr auf dem tatsächlichen oder mehr auf dem wertenden Moment liegt<sup>10</sup>. Sind Tatsachen und Werturteile untrennbar miteinander

1 Jüngste Textfassung: Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 29/96, vom Rat festgelegt am 19. 3. 1996 im Hinblick auf Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABl. v. 27. 7. 1996, Nr. C 219, S. 14, im Text abgekürzt als RL-Entwurf über irreführende und vergleichende Werbung.

2 Zum Risikobewußtsein beim Rinderwahn, *Wormer*, in: SZ v. 25. 10. 1996, 4.

3 *Vorfelder*, Brent Spar oder die Zukunft der Meere, 1995; *Beck*, in: DIE ZEIT v. 8. 9. 1995, 9; *Richter*, in: DIE ZEIT v. 4. 8. 1995, 4; *Kratz/Piper*, in: DIE ZEIT v. 23. 6. 1995, 17; *Möllers*, Zur Zulässigkeit des Verbraucherboykotts – Brent Spar und Mururoa, NJW 1996, 1374 ff.

4 Die Gefährlichkeit gentechnisch veränderter Lebensmittel für die menschliche Gesundheit ist umstritten; verneinend die Ansicht der WHO und FAO, Wholesomeness of irradiated food, Report of Joint FAO/AEA/WHO Expert Committee, 1981; BT-Dr. 13/1790, 1 ff.; bejahend *Webb/Lang*, Bestrahlte Nahrung, Auswirkungen und Risiken radioaktiver Bestrahlung bei Lebensmitteln, 1990. S. dazu auch *Streinz*, Gesundheitsschutz und Verbraucherinformation im Lebensmittelrecht der Europäischen Gemeinschaften, in: Damm/Hart (Hrsg.), Rechtliche Regulierung von Gesundheitsrisiken, 1993, S. 151 (183).

5 Das Bundesamt für Strahlenschutz warnt vor der Benutzung der Handgeräte für die Mobilfunknetze D-1 und D-2. Die üblicherweise mit zwei bis vier Watt Sendeleistung arbeitenden Telefone könnten zu einer Erwärmung des Körpergewebes führen, wenn die Antenne nur wenige Zentimeter vom Kopf entfernt gehalten werde. Gesundheitsgefährdungen seien damit nicht auszuschließen, SZ v. 31. 3. 1993, 14; *Lütge*, in: DIE ZEIT v. 10. 4. 1992, S. 23. Neuere Geräte integrieren die Antenne im Handy und verringern damit die Elektromogbelastung deutlich, s. Wirtschaftswoche v. 24. 10. 1996, 178.

6 Zu dieser Problematik s. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Ökobilanz für Getränkeverpackungen, Pressemitteilung v. 21. 9. 1993, 1 ff.

7 So hat beispielsweise der Waschmittelkonzern Henkel Phosphat durch biologisch abbaubares Plantaren ersetzt, s. *Faltin/Ohlendorf*, in: DIE ZEIT v. 17. 9. 1993, 53.

8 Beispielsweise, daß der Konkurrent Ausländer ist oder vorbestraft ist, er einer anderen Rasse angehört oder sein Konkurs bevorsteht.

9 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl., 1996, § 1 UWG Rdnr. 330; *Emmerich*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 4. Aufl., 1995, S. 109–114 u. S. 176; *Kilian*, Die vergleichende Werbung nach deutschem Recht unter Berücksichtigung der Regelung im Recht der europäischen Gemeinschaft, Diss. 1992.

10 BGH, 17. 12. 1991, NJW 1992, 1314 (1316); BGH, 30. 5. 1974, GRUR 1975, 89 (91) – Brünning Memoiren I; *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 1 UWG Rdnr. 321.

verbunden, ist wegen der Meinungsfreiheit von einem Werturteil auszugehen<sup>11</sup>.

Gemäß § 14 UWG sind nicht erweislich wahre Tatsachenbehauptungen stets unzulässig. Darüber hinaus statuiert § 14 UWG eine Beweislastumkehr: Der Werbende hat die Wahrheit seiner Aussage zu beweisen. Ist die in der vergleichenden Werbung behauptete Tatsache wahr, folgt daraus aber noch nicht die Zulässigkeit der Werbung, da diese dann an den im Rahmen des § 1 UWG aufgestellten Kriterien zu messen ist<sup>12</sup>.

Nach § 1 UWG ist eine kritisierende vergleichende Werbung grundsätzlich sittenwidrig<sup>13</sup>; nur ausnahmsweise ist sie zulässig, wenn für sie ein *hinreichender Anlaß* besteht und die Angaben sich nach Art und Maß im Bereich des *Erforderlichen* und der *wahrheitsgemäßen sachlichen* Erörterung halten<sup>14</sup>. Ein hinreichender Anlaß kann sich aus einem schutzwürdigen Aufklärungsbedürfnis der Allgemeinheit oder der angesprochenen Verkehrskreise ergeben<sup>15</sup>. Daneben ist die kritisierende Werbung auch bei den sogenannten Ausnahmetatbeständen des System-<sup>16</sup>, Abwehr-<sup>17</sup>, Auskunfts-<sup>18</sup> und Fortschrittsvergleichs<sup>19</sup> erlaubt<sup>20</sup>. Dagegen ist die kritisierende vergleichende Werbung stets unzulässig, wenn der Konkurrent pauschal herabgesetzt wird<sup>21</sup>. Schwierigkeiten bereitet daneben die Voraussetzung der Bezugnahme bei der Abgrenzung der vergleichenden Werbung von anderen Werbeformen. Nicht immer wird nämlich die zum Vergleich herangezogene Ware oder der in den Vergleich einbezogene Konkurrent beim Namen genannt, sondern oft nur anhand mehr oder weniger bestimmter Merkmale beschrieben. Vergleichende Werbung liegt in solchen Fällen nur dann vor, wenn die Vergleichsobjekte für die angesprochenen Verkehrskreise der Werbung erkennbar sind<sup>22</sup>.

Werturteile werden nicht von § 14 UWG umfaßt; ihre Zulässigkeit richtet sich allein nach § 1 UWG. Werturteile sind in der Regel zu begründen<sup>23</sup>; bei der Abwägung ist das Grundrecht der Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) zu beachten<sup>24</sup>. Wettbewerbswidrig ist eine pauschal abwertende Kritik an einem Mitbewerber ohne sachlichen Bezug, die dem individuellen Interesse des Wettbewerbers dient und nicht geeignet ist, zur Aufklärung der angesprochenen Verkehrskreise beizutragen<sup>25</sup>.

Schließlich sind auch bezugnehmende Behauptungen über die Person oder die Leistung eines Mitbewerbers grundsätzlich unzulässig, wenn sie als irreführende Angaben gegen § 3 UWG verstoßen<sup>26</sup>. Dies gilt sowohl für Tatsachenbehauptungen als auch für Aussagen, die sich äußerlich als bloße Werturteile darstellen. Für die Rechtmäßigkeit nach § 3 UWG ist entscheidend, ob eine Werbeäußerung vom Verkehr als eine auf die Richtigkeit ihres Inhalts nachprüfbar, dem Beweis zugängliche Aussage über die geschäftlichen Verhältnisse des Werbenden aufgefaßt wird<sup>27</sup>.

## 2. Gesundheitsrelevante und umweltrelevante Vergleiche

a) Der BGH hat ein schutzwürdiges Aufklärungsbedürfnis des Verbrauchers bejaht, soweit *Gesundheit und Leben* des Verbrauchers durch ein Produkt gefährdet werden<sup>28</sup>. Dabei hat er ursprünglich eine ernsthafte Gefährdung des Käufers verlangt<sup>29</sup>, später aber den Hinweis auf generelle Gesundheitsgefahren zugelassen<sup>30</sup>. Die beiden Entschei-

dungen unterfielen den Fallgruppen des Aufklärungs- bzw. Auskunftsvergleiches. Beiden Fallgruppen ist gemeinsam, daß der Kritisierende nur im internen Kaufge-

11 Dies gilt beispielsweise, wenn durch eine Trennung der Sinn der Äußerung aufgehoben oder verfälscht würde. BGH, 30. 1. 1996, NJW 1996, 1131 (1133); BVerfG, 13. 4. 1994, BVerfGE 90, 241 (248); BGH, 28. 6. 1994, NJW 1994, 2614 (2615); BVerfG, 11. 11. 1992, NJW 1993, 1845 (1845 f.); BVerfG, 9. 10. 1991, BVerfGE 85, 1 (15 f.) = NJW 1992, 1439 (1440) = MDR 1992, 526 (526) – Bayer AG-Aktionäre; BVerfG, 9. 10. 1991, BVerfGE 85, 23 (31) = NJW 1992, 1442 (1443) – AUF/Fragen; BVerfG, 22. 6. 1982, BVerfGE 61, 1 (8 f.).

12 *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 1 UWG Rdnr. 317.

13 BGH, 30. 3. 1989, GRUR 1989, 668 (689) – Generikum-Preisvergleich.

14 BGH, 30. 3. 1989, GRUR 1989, 668 (689) – Generikum-Preisvergleich; BGH, 20. 2. 1986, GRUR 1986, 618 (620) – Vorsatz-Fensterflügel; BGH, 27. 11. 1970, GRUR 1971, 159 (160) – Motoryacht; BGH, 3. 4. 1970, GRUR 1970, 422 (423) – Tauchkühler. Zu diesen Voraussetzungen s. *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 1 UWG Rdnr. 320; *Kilian* (Fn. 9), S. 139–143.

15 BGH, 20. 2. 1986, GRUR 1986, 618 (620) – Vorsatz-Fensterflügel; BGH, 27. 11. 1970, GRUR 1971, 159 (160) – Motoryacht; *Köhler/Piper*, UWG, 1995, § 1 Rdnr. 138.

16 Ein Systemvergleich liegt vor, wenn konkurrierende Angebote ohne konkrete Bezugnahme auf einen anderen Gewerbetreibenden, sozusagen „abstrakt“ miteinander verglichen werden, so wenn die Vorteile bzw. Nachteile einer Ölheizung mit denen einer Gasheizung (BGH, 17. 2. 1996, WRP 1996, 721 [727] – Energiekosten-Preisvergleich) oder die preislichen Vorteile inhaltlich gleicher Bücher gegenüber in der Ausstattung abweichenden Originalausgaben verglichen werden (BGH, 17. 2. 1983, WRP 1983, 393 [395] = MDR 1983, 644 [645]); *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 1 UWG Rdnr. 343; *Emmerich* (Fn. 9), S. 110. Der Systemvergleich ist keine kritisierende vergleichende Werbung im eigentlichen Sinn.

17 Ein Abwehrvergleich ist zulässig, wenn sich ein Gewerbetreibender gegen unlautere Angriffe seiner Konkurrenten nur dadurch wehren kann, daß er in seiner Werbung die Sachlage nunmehr aus seiner Sicht durch einen Vergleich der konkurrierenden Angebote richtigstellt, OLG Hamburg, 29. 11. 1990, ZUM 1991, 494 (496); BGH, 7. 6. 1967, GRUR 1968, 382 (385) – Favorit II; BGH, 14. 7. 1961, GRUR 1962, 45 (48) – Betonzusatzmittel. Zu den Voraussetzungen im einzelnen s. *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 1 UWG Rdnr. 369–373; *Emmerich* (Fn. 9), S. 115.

18 Ein Gewerbetreibender darf konkrete Auskunftsverlangen seiner Kunden beantworten. Er muß dabei jedoch wahrheitsgemäß vorgehen und sich auf das sachlich Notwendige beschränken, BGH, 20. 2. 1986, GRUR 1986, 618 (620) – Vorsatz-Fensterflügel. Zu den Voraussetzungen im einzelnen s. *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 1 UWG Rdnr. 374–376; *Emmerich* (Fn. 9), S. 115 f.

19 Ein Fortschrittsvergleich liegt vor, wenn ein Gewerbetreibender auf die Produkte seiner Konkurrenz Bezug nimmt, weil er nur auf diese Weise einen technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt durch eine Verbesserung seiner Produkte darstellen kann, z. B. die Werbebehauptung, bei den eigenen Produkten seien entgegen den bisher auf dem Markt befindlichen Produkten bestimmte Zubehöreile nicht mehr erforderlich, BGH, 15. 3. 1967, GRUR 1967, 596 (598) – Kuppelmuffenverbindung; BGH, 15. 11. 1960, GRUR 1961, 85 (90 f.) – Piffikus-Dose; *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 1 UWG Rdnr. 381; *Emmerich* (Fn. 9), S. 115.

20 Vgl. dazu die Darstellung bei *Kilian* (Fn. 9), S. 16–20.

21 BGH, 4. 4. 1984, GRUR 1984, 823 (824) – Charterfluggesellschaften; BGH, 19. 6. 1981, WRP 1982, 207 (209) = NJW 1981, 2811 (2813) – Ecclesia-Versicherungsdienst; *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 1 UWG Rdnr. 394.

22 BGH, 1. 2. 1996, WRP 1996, 721 (727) – Energiekosten-Preisvergleich; BGH, 22. 5. 1986, GRUR 1987, 49 (50) – Cola-Test; OLG Karlsruhe, 27. 6. 1984, WRP 1985, 102 (103); *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 1 UWG Rdnr. 339. Typischerweise ist davon im Duopol oder im engen Oligopol mit einem oder wenigen Marktführern auszugehen, *Kloepfer/Michael*, Vergleichende Werbung und Verfassung – Meinungsgrundrechte als Grenze von Werbebeschränkungen, GRUR 1994, 170 (171).

23 *Köhler/Piper* (Fn. 15), § 1 Rdnr. 143; *Emmerich* (Fn. 9), S. 145.

24 *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 1 UWG Rdnr. 321.

25 BGH, 4. 4. 1984, GRUR 1984, 823 (824) – Charterfluggesellschaften.

26 *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 1 UWG Rdnr. 329; *Emmerich* (Fn. 9), S. 112.

27 Das gilt auch für Meinungsäußerungen, soweit diese nach Lage des Falles einen konkret nachprüfbareren Vorgang oder Zustand enthalten, *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 3 UWG Rdnr. 13.

28 BGH, 20. 2. 1986, GRUR 1986, 618 (620) – Vorsatz-Fensterflügel; BGH, 27. 11. 1970, GRUR 1971, 159 (160) – Motoryacht. Vgl. *Köhler/Piper* (Fn. 15), § 1 Rdnr. 138; *Hudelmaier*, Die neuere Praxis zur vergleichenden Werbung in Deutschland, Belgien, Frankreich, Großbritannien und USA, 1990, S. 56 f.

29 BGH, 27. 11. 1970, GRUR 1971, 159 (159) – Motoryacht.

30 BGH, 20. 2. 1986, GRUR 1986, 618 (620) – Vorsatz-Fensterflügel.

sprach reagiert hatte<sup>31</sup>. Zudem muß die Aufklärung wahrheitsgemäß erfolgen<sup>32</sup>, wofür der Werbende beweispflichtig ist<sup>33</sup>. Der Beweis der Gesundheitsgefährdung ist vor allem dann problematisch, wenn die Gesundheitsgefährdung in der Wissenschaft umstritten ist. In den beiden genannten Entscheidungen konnte der BGH die Gesundheitsgefährdung als wahr unterstellen<sup>34</sup>. Für den Bereich der anpreisenden Gesundheitswerbung hat es der BGH für wettbewerbswidrig erachtet, wissenschaftlich nicht hinreichend gesicherte Behauptungen aufzustellen<sup>35</sup>. Das OLG Frankfurt hat diese Verpflichtung auf die kritisierende vergleichende Werbung im Gesundheitsbereich übertragen<sup>36</sup>.

Legt man diese Grundsätze der Rechtsprechung für die eingangs geschilderten Fälle im Gesundheitsbereich zugrunde, so wird deutlich, daß vergleichende Werbung nur in engem Maße zulässig ist. Der Hersteller von Lebensmitteln oder eines Mobiltelefons wird in den engen Grenzen des Aufklärungs- oder Auskunftsvergleichs werben dürfen<sup>37</sup>. Zudem muß er die Gesundheitsgefährdung des Konkurrenzproduktes beweisen können. Dagegen ist kritisierende vergleichende Werbung nicht zulässig, soweit der Werbende die wissenschaftlich nicht gesicherte Behauptung nicht beweisen kann.

b) Die Rechtsprechung des BGH hat bis jetzt nur den Zulässigkeitsrahmen der anpreisenden Umweltwerbung, beispielsweise die Werbung mit der Bezeichnung als „umweltfreundlich“, festgelegt<sup>38</sup>. Der BGH stellt dazu fest, daß mit „Rücksicht auf die starke emotionale Werbekraft derartiger Werbeaussagen und im Hinblick auf die Komplexität von Fragen des Umweltschutzes und des meist nur geringen sachlichen Wissensstandes des von der Werbung angesprochenen breiten Publikums über die naturwissenschaftlichen Zusammenhänge und Wechselwirkungen in diesem Bereich ... eine solche Werbung strengen Anforderungen und weitgehenden Aufklärungspflichten“<sup>39</sup> unterliegt. Wie im Gesundheitsbereich hat der Hersteller zu beweisen, daß seine Aussagen zutreffen<sup>40</sup>. Wiederum ist es wettbewerbswidrig, wissenschaftlich nicht hinreichend gesicherte Behauptungen aufzustellen<sup>41</sup>. Im Rahmen der kritisierenden vergleichenden Werbung ist bisher keine Rechtsprechung zur Information des Verbrauchers über negative Umwelteigenschaften eines Konkurrenzproduktes ergangen. Vor dem Hintergrund der anpreisenden Werbung ist allerdings davon auszugehen, daß die Rechtsprechung in dem eingangs geschilderten Waschmittelfall den hinreichenden Anlaß verneinen würde.

### III. Die beabsichtigte EU-Richtlinie über die irreführende und vergleichende Werbung

#### 1. Übersicht

Der Rat verabschiedete am 19. März 1996 den gemeinsamen Standpunkt zum Richtlinienentwurf über irreführende und vergleichende Werbung. Der Richtlinienentwurf integriert die neuen Regelungen zur vergleichenden Werbung in die Richtlinie über irreführende Werbung aus dem Jahre 1984<sup>42</sup>. Vergleichende Werbung wird definiert als „jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Erzeugnisse bzw. Dienstlei-

stungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht“<sup>43</sup>. Nach Art. 3 a Abs. 1 des Richtlinienentwurfs gilt vergleichende Werbung unter folgenden Bedingungen als zulässig:

- a) Sie ist nicht irreführend im Sinne der Artikel 2 Abs. 2, 3 und 7 Abs. 1 der Richtlinie 84/450/EWG;
- b) sie vergleicht Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung;
- c) sie vergleicht objektiv eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften dieser Waren und Dienstleistungen, zu denen auch der Preis gehören kann;
- d) sie verursacht auf dem Markt keine Verwechslung zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber oder zwischen den Marken, Handelsnamen, anderen Unterscheidungszeichen, den Waren oder den Dienstleistungen des Werbenden und denen eines Mitbewerbers;
- e) durch sie werden weder die Marken, die Handelsnamen oder andere Unterscheidungszeichen noch die Waren oder die Dienstleistungen eines Mitbewerbers herabgesetzt oder verunglimpft;
- f) bei Waren mit Ursprungsbezeichnung bezieht sie sich in jedem Fall auf Waren mit der gleichen Bezeichnung;
- g) sie nutzt den Ruf einer Marke, eines Handelsnamens oder anderer Unterscheidungszeichen eines Mitbewerbers

31 *Hudelmaier* (Fn. 28) betont diese Umstände in seiner Bewertung nicht ausreichend.

32 BGH, 20. 2. 1986, GRUR 1986, 618 (620) – Vorsatz-Fensterflügel; BGH, 27. 11. 1970, GRUR 1971, 159 (160) – Motoryacht.

33 BGH, 4. 12. 1968, GRUR 1969, 283 (286) – Schornsteinauskleidung; BGH, 27. 11. 1970, GRUR 1971, 159 (160) – Motoryacht.

34 BGH, 20. 2. 1986, GRUR 1986, 618 (620) – Vorsatz-Fensterflügel; BGH, 27. 11. 1970, GRUR 1971, 159 (160) – Motoryacht.

35 BGH, 7. 3. 1991, GRUR 1991, 848 (849) – Rheumalind II; BGH, 23. 10. 1970, GRUR 1971, 153 (155) – Tampax; OLG Köln, 4. 7. 1980, WRP 1980, 504 – becel-Diät-Margarine; *Köhler/Piper* (Fn. 15), vor § 13 Rdnr. 279.

36 OLG Frankfurt, 16. 3. 1989, WRP 1989, 733 (733 f.) – Wissenschaftliche Broschüre. Zustimmung *Hudelmaier* (Fn. 28), S. 57.

37 S. gerade Fn. 28.

38 BGH, 20. 10. 1988, BGHZ 105, 277 ff. – Umweltengel; BGH, 4. 10. 1990, GRUR 1991, 550 – Zaanlasur; BGH, 14. 12. 1995, DB 1996, 725 ff. – Umweltfreundliches Bauen; OLG Stuttgart, 7. 10. 1988, NJW-RR 1989, 556, 557 – Kfz-Pflegemittel; OLG Köln, 4. 3. 1988, GRUR 1988, 630 – Motor-Kaltreiniger; OLG Düsseldorf, 19. 12. 1991, NJW-RR 1992, 678 – Bio-Pack; OLG Köln, 21. 2. 1992, JZ 1993, 100 – Umweltzeichen. Zur Werbung mit Umweltbegriffen und Umweltzeichen *Köhler*, Der gerufte Umweltengel oder Die wettbewerbsrechtlichen Grenzen der umweltbezogenen Produktwerbung, UTR 1990, 343 ff.; *Lambsdorff/Jäger*, Die individuelle Verantwortlichkeit in der umweltbezogenen Werbung, BB 1992, 2297 ff.; *Strauch*, Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von sog. „Bio-Werbung“ gem. § 3 UWG, WRP 1992, 540 ff.; *Wiebe*, Zur „ökologischen Relevanz“ des Wettbewerbsrechts – Lauterkeitsrechtliche Grenzen der Umweltwerbung, WRP 1993, 798 ff.; *Michalski/Riemenscheider*, Irreführende Werbung mit der Umweltfreundlichkeit von Produkten, BB 1994, 1157 ff.; *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 1 UWG Rdnr. 178 ff.; *Möllers*, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Gesundheitsrecht, 1996, S. 156.

39 BGH, 14. 12. 1995, DB 1995, 725 (726) – Umweltfreundliches Bauen.

40 *Wiebe*, WRP 1993, 798 (802) m. w. N.

41 BGH, 20. 11. 1988, BGHZ 105, 277 (280) – Umweltengel; OLG Stuttgart, 7. 10. 1988, NJW-RR 1989, 556 (557) – Kfz-Pflegemittel; OLG Köln, 4. 3. 1988, GRUR 1988, 630 (631) – Motor-Kaltreiniger; *Lambsdorff/Jäger*, BB 1992, 2297 (2302); *Wiebe*, WRP 1993, 798 (802).

42 S. oben Fn. 1. Es wird erwartet, daß sich an den Grundzügen der Regelung bei den Beratungen des Europäischen Parlaments nichts Wesentliches ändern wird, *Nowak-Over*, Die EU-Richtlinie zur vergleichenden Werbung, Markenartikel 1996, 86; Aktuelle Berichte, GRUR 1996, 32.

43 Art. 2 Nr. 2 a RL-Entwurf über irreführende und vergleichende Werbung (Fn. 1), S. 14, 16.

oder der Ursprungsbezeichnung von Konkurrenzzeugnissen nicht in unlauterer Weise aus.

Bis jetzt erlaubt Art. 7 der RL 84/450/EWG über irreführende Werbung<sup>44</sup> den Mitgliedstaaten den Erlaß bzw. die Aufrechterhaltung strengerer nationaler Rechts zum Schutze des Verbrauchers. In einem neuen Abs. 2 wird dieses Recht für die vergleichende Werbung ausgeschlossen. Damit soll – angesichts der schlechten Erfahrung mit Art. 7 der RL über irreführende Werbung – verschiedenen Interpretationen über die Reichweite einer solchen Regelung vorgebeugt<sup>45</sup> und ein einheitlicher europäischer Standard sichergestellt werden. Die Regelung des Artikels 7 Abs. 2 trifft damit vor allem Deutschland mit seinem sehr restriktiven Recht zur vergleichenden Werbung<sup>46</sup>.

## 2. Gesundheits- und umweltrelevanter Vergleich

a) Die beabsichtigte EU-Regelung verzichtet auf das Merkmal des hinreichenden Anlasses. Die Werbung des Fleischlieferanten und des Mobiltelefonherstellers müßte allerdings die Zulässigkeitskriterien des Richtlinienentwurfs erfüllen. Der Fleischlieferant und der Mobiltelefonhersteller vergleichen Waren für dieselbe Zweckbestimmung (Art. 3 a lit. b). Die BSE-Verseuchung sowie die Isolierung gegen Funkwellen stellen eine wesentliche, relevante Eigenschaft dar (Art. 3 a lit. c), da sie sich auf die Gesundheit des Verbrauchers auswirken können. Gesundheitsgefährdungen sind regelmäßig auch wesentlich, selbst wenn der Eintritt eines Gesundheitsschadens, wie bei BSE oder gentechnisch veränderten Lebensmitteln, unwahrscheinlich ist. Relevant ist die Eigenschaft, da sie bereits wesentlich ist<sup>47</sup>. Fraglich ist, ob die Gesundheitsverträglichkeit auch eine „typische“ Eigenschaft einer Ware oder Dienstleistung darstellt (Art. 3 a lit. c). Produkte können bereits durch den bloßen Körperkontakt zu Gesundheitsverletzungen, wie beispielsweise Allergien, führen. Die gesundheitlichen Auswirkungen von Produkten sind für den Verbraucher bei seiner Kaufentscheidung von wesentlicher Bedeutung. Auch der Stellenwert der Güter Leben und Gesundheit gebietet es, Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung, die sich auf die Gesundheit des Verbrauchers auswirken können, generell als „typische“ Eigenschaften einzustufen. Auch muß die vergleichende Werbung „nachprüfbar“ sein. Nachprüfbar sind zum einen Tatsachen, die dem Beweis zugänglich sind<sup>48</sup>. Werturteile, die sich auf rein subjektive Wertungen beschränken, sind dem Beweis nicht zugänglich und damit nicht zulässig<sup>49</sup>. Zulässig sind dagegen solche Werturteile, die nach Lage des Falles einen konkret nachprüfbareren Vorgang oder Zustand enthalten<sup>50</sup> und begründet werden. Zudem verlangt das Tatbestandsmerkmal, die nötigen Informationen für den Verbraucher oder Wettbewerber zur Verfügung zu stellen, anhand deren dieser dann nachprüfen kann, ob die Werbung wahr ist<sup>51</sup>. Schließlich muß die vergleichende Werbung „objektiv“ sein. Diese Voraussetzung ist wohl dahingehend zu interpretieren, daß die vergleichende Werbung ein Mindestmaß an Sachlichkeit enthält<sup>52</sup>. Die Verseuchung durch BSE und die Isolierung eines Mobiltelefons sind genauso wie daraus resultierende Gesundheitsgefahren nachprüfbar. Die Werbung ist daher auch nach diesem Aspekt grundsätzlich zulässig.

b) Aufgrund der grundsätzlichen Freigabe der vergleichenden Werbung in der geplanten EU-Richtlinie fällt

auch für die Werbung im Umweltbereich der hinreichende Anlaß als Voraussetzung weg. Es bleibt zu prüfen, ob die Zulässigkeitskriterien des EU-RL-Entwurfs auch für den Waschmittelhersteller eingehalten sind. Der Bereich Umwelt genießt in der Öffentlichkeit, ähnlich dem Gesundheitsbereich, einen hohen Stellenwert. Die Umweltverträglichkeit eines Produkts ist daher als wesentliche relevante Eigenschaft einzustufen. Aufgrund der Sensibilität der Verbraucher im Umweltbereich ist die Umweltverträglichkeit eines Produkts auch generell als „typische Eigenschaft“ zu werten. Die Werbung des Waschmittelherstellers entspricht somit auch den Kriterien der Gesundheitswerbung und ist damit zulässig.

## IV. Stellungnahme zur geplanten Richtlinie

### 1. Der Regelungszweck der geplanten Richtlinie

Die Notwendigkeit der vergleichenden Werbung ist umstritten<sup>53</sup>. Die befürwortenden Argumente finden sich in den Erwägungsgründen des Richtlinienentwurfs: Die Werbung wird als ein sehr wichtiges Instrument zur Schaffung wirksamer Märkte für Erzeugnisse und Dienstleistungen innerhalb der gesamten Gemeinschaft begriffen. Dabei wird die vergleichende Werbung als ein Mittel angesehen, den Wettbewerb zwischen den Anbietern von Waren und Dienstleistungen im Interesse der Verbraucher zu fördern<sup>54</sup>. Folglich wird in den unterschiedlichen nationalen Regelungen eine Behinderung des Waren- und Dienstleistungsverkehrs gesehen, der zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann und damit der Verwirklichung eines Binnenmarktes entgegensteht. Schließlich wird Werbung als legitimes Mittel zur Aufklärung der Verbraucher und zur Schaffung größerer Markttransparenz erachtet<sup>55</sup>.

44 RL 84/450/EWG über irreführende Werbung v. 10. 9. 1984, ABl. Nr. L 250, S. 17.

45 *Plassmann*, Vergleichende Werbung im gemeinsamen Markt – Die geplante EG-Richtlinie über vergleichende Werbung und ihre Auswirkungen auf das deutsche Wettbewerbsrecht, GRUR 1996, 377 (381). Zum Streit über die Reichweite des Art. 7 der Richtlinie s. *Köhler*, Irreführungs-Richtlinie und deutsches Wettbewerbsrecht in der EG, GRURInt. 1994, 396 (397); *Trägner*, Das Verbot irreführender Werbung nach § 3 UWG im Europäischen Binnenmarkt, 1993, S. 64–72.

46 Der neu eingefügte Artikel 7 Abs. 4 enthält allerdings wiederum eine Einschränkung, weil die Mitgliedstaaten für bestimmte Waren oder Dienstleistungen Werbeverbote beibehalten oder erlassen dürfen. Durch diese Regelung ist es daher auch weiterhin möglich, Werbeverbote für Rechtsanwälte oder Ärzte in Deutschland aufrechtzuerhalten.

47 Zur Tautologie von wesentlich und relevant s. *Plassmann*, GRUR 1996, 377 (379).

48 *Köhler/Piper* (Fn. 15), § 3 Rdnr. 50–52.

49 Das gilt vor allem, wenn sie pauschal herabsetzen.

50 S. oben Fn. 27.

51 *Schricker*, Zur Werbepolitik in der EG – Liberalisierung und Restriktion im Widerstreit, GRURInt. 1992, 347 (353).

52 Im Sinne eines Auffangtatbestandsmerkmals, *Plassmann*, GRUR 1996, 377 (380). Diese rein herabsetzende oder verunglimpfende Kritik ist auch bereits jetzt nach deutschem Recht verboten, BGH, 24. 11. 1972, GRUR 1973, 270 (271) – Der sanfte Bitter; BGH, 15. 6. 1966, GRUR 1967, 30 (33) – Rum-Verschnitt.

53 S. grundsätzlich zur Diskussion um das pro und contra einer Liberalisierung der vergleichenden Werbung *Kilian* (Fn. 9), S. 163–191; *Mettang*, Die kritische werbliche Bezugnahme auf fremde Waren und Leistungen – zugleich ein Ansatz zur objektorientierten Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel des § 1 UWG, Diss. 1989, S. 47–61; *Meyer*, Die kritisierende vergleichende Werbung, 1991, S. 163–230; *Plassmann*, GRUR 1996, 377 (381 f.) m. w. N.

54 So werden Innovationsprozeß und Produktqualität besonders gefördert, *Meyer* (Fn. 53), S. 225 f.

55 RL-Entwurf über irreführende und vergleichende Werbung (Fn. 1), S. 14, Erwägungsgründe Nrn. 2, 3 u. 5 sowie S. 18; *Meyer* (Fn. 53), S. 210.

Durch die grundsätzliche Freigabe der vergleichenden Werbung für den Wettbewerber kann die beabsichtigte EU-Richtlinie gerade im Umwelt- und Gesundheitsbereich einen wichtigen Beitrag zum Schutz des Verbrauchers leisten. Die vergleichende Werbung bietet dem Verbraucher eine zusätzliche Informationsquelle in bezug auf negative Umwelteigenschaften oder Gesundheitsgefahren von Produkten. Diese breitere Informationsbasis ermöglicht es dem Verbraucher, sich und die Umwelt bei der Auswahl der Produkte besser zu schützen. Neben dem Deliktsrecht erhält der Verbraucher eine zusätzliche Informationsquelle, die ihn vor Gesundheitsgefahren und negativen Umwelteigenschaften warnt<sup>56</sup>. Darüber hinaus fördert die kritisierende vergleichende Werbung die kritische Einstellung beim Verbraucher gegenüber einzelnen Produkten. Dies entspricht dem vom EuGH entwickelten Leitbild des „verständigen Verbrauchers“, der sich kritisch mit der Werbung beschäftigt, im Zweifel nachfragt und sich zusätzliche Informationen besorgt<sup>57</sup>.

## 2. Zur Irreführung im Umweltbereich

Problematisch kann die Rechtmäßigkeit der Umweltwerbung dann sein, wenn ein Hersteller eine Eigenschaft seines Produktes herausstellt, aber verschweigt, daß dagegen eine andere Eigenschaft seines Produktes umweltschädlicher ist als die des Konkurrenzproduktes. Dies ist beispielsweise bei Getränkeverpackungen für Frischmilch und Bier der Fall, weil Mehrwegverpackungen nach Angaben des Umweltbundesamtes eindeutige Vorteile nur bei kürzeren Transportwegen haben<sup>58</sup>. Der Waschmittelhersteller könnte z. B. damit werben, daß sein Produkt A eine geringere Menge einer umweltschädlichen Chemikalie X enthält als das Konkurrenzprodukt B. Das Produkt A wird somit als umweltfreundlicher als das Produkt B dargestellt. Damit steht aber noch lange nicht fest, daß A wirklich umweltfreundlicher als B ist. Möglicherweise wurde ja die geringere Menge der Chemikalie X durch eine höhere Menge der Chemikalie Y, die noch umweltschädlicher als X ist, erkaufte<sup>59</sup>.

Nach künftigem Recht der geplanten RL wäre zwar die Werbung mit einer Eigenschaft gem. Art. 3 a lit. c zulässig. Jedoch darf die vergleichende Werbung gem. Art. 3 lit. a nicht irreführend sein<sup>60</sup>. Ob das Verschweigen der im Vergleich zum Konkurrenten umweltschädlicheren Daten irreführend ist, kann ggf. anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze im Umweltbereich entschieden werden<sup>61</sup>. Hilfreich sind die von der deutschen Rechtsprechung zum Systemvergleich entwickelten Grundsätze, wonach kein unrichtiges oder entstelltes Gesamtbild hervorgerufen werden darf<sup>62</sup>. Sie lassen sich auf die kritisierende vergleichende Werbung im Bereich Umwelt und Gesundheit übertragen. Es ist zu prüfen, ob die getroffene Aussage auch tatsächlich im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller wesentlichen Gesichtspunkte den beim Konsumenten hervorgerufenen Eindruck der größten Umweltfreundlichkeit rechtfertigt. Die Überprüfung hat sich nicht nur auf die in der Werbung angesprochenen Eigenschaften zu beschränken, sondern muß auch alle für die Frage der Umweltfreundlichkeit wichtigen (negativen) Gesichtspunkte berücksichtigen. An den Werbenden ist daher die Forderung zu stellen, daß dessen Vergleich alle wesentlichen Gesichtspunkte enthält. Läßt der Werbende wesentliche Faktoren weg, kann der Verbraucher

keine Gesamtabwägung vornehmen, sondern es wird mit einer verzerrten Aussage geworben.

Der Hersteller von Mehrwegflaschen muß also angeben, in welchen Schranken die Mehrwegflasche umweltfreundlicher ist als Einwegverpackung. Der Waschmittelhersteller muß im konkreten Fall verdeutlichen, daß sein Produkt eine höhere Menge der Chemikalie Y im Vergleich zum Konkurrenzprodukt enthält. Wird ein solcher Gesamtvergleich unterlassen, ist die vergleichende Werbung irreführend und unzulässig.

## 3. Zur Beweislast

a) Der Richtlinienentwurf enthält hinsichtlich der Beweislast keine ausdrückliche Regelung<sup>63</sup>. Die eingangs geprüfte Voraussetzung, daß die vergleichende Werbung gem. Art. 3 a lit. c auf „nachprüfbar“ Eigenschaften beruht, könnte den Schluß nahelegen, daß zu Lasten des Werbenden eine Beweislastumkehr stattfindet. Im gegenteiligen Sinne wird aus der der Richtlinie innewohnenden Tendenz zur Zulässigkeit der vergleichenden Werbung der Schluß gezogen, nicht der Werbende, sondern der Kläger hätte grundsätzlich die Rechtswidrigkeit der vergleichenden Werbung zu beweisen<sup>64</sup>. Beide Ansichten sind jedoch nicht zutreffend. Vielmehr verdeutlicht Erwägungsgrund 15, daß weiterhin Art. 6 lit. a RL 84/450/EWG über irreführende Werbung gilt<sup>65</sup>. Danach muß dem Werbenden die Beweislast auferlegt werden können, wenn dies unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer Verfahrensbeteiligter im Hinblick auf den Einzelfall angemessen erscheint<sup>66</sup>.

Die Beweislast ist damit abhängig vom Einzelfall. Fraglich ist, ob diese Formel nicht der Rechtssicherheit wegen konkretisierungsbedürftig und -fähig ist. Würde grundsätzlich dem klagenden Konkurrenten die Beweislast im Rahmen der vergleichenden Werbung auferlegt, müßte er im Rahmen des Rechtsschutzverfahrens beweisen, daß die Be-

56 Mittelbar wird dadurch auch auf den Hersteller eingewirkt, den Verbraucher vor möglichen negativen Eigenschaften des Produkts zu warnen. Zu deliktsrechtlichen Pflichten zum Schutz von Umwelt und Gesundheit s. Möllers (Fn. 38), §§ 5-8.

57 EuGH, 6. 7. 1995, Rs. C-470/93, Slg. 1995, I-1936 (1944) – Mars; EuGH, 16. 1. 1992, Rs. C-373/90, Slg. 1992, I-131 (150) – Nissan; EuGH, 13. 12. 1990, Rs. 238/89, Slg. 1990, 4827 (4849) – Pall/Dahlhausen; EuGH, 7. 3. 1990, Rs. C-362/88, Slg. 1990, I-667 (687 f.) – GB-INNO. Zum vorherrschenden Verbraucherleitbild des „flüchtigen Verbrauchers“ im deutschen Recht s. dagegen *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 3 UWG Rdnr. 33; *Trägner* (Fn. 45), S. 26.

58 S. oben Fn. 6.

59 Zu den Problemen der aus Kokos- und Palmöl gewonnenen Waschsubstanzen, s. *Faltn/Ohlendorf*, in: DIE ZEIT v. 17. 9. 1993, 53.

60 Gem. Art. 3 lit. a i. V. m. Art. 2 Abs. 2, Art. 3, 7 Abs. 1 RL-Entwurf über irreführende und vergleichende Werbung (Fn. 1).

61 S. oben Fn. 38. Zum Problem der Irreführung s. *Ahlert/Schröder*, Europäische Konsequenzen von großzügigen rechtlichen Regelungen für eine vergleichende Werbung in den EG-Mitgliedstaaten, Markenartikel 1993, 172 (173).

62 BGH, I. 2. 1996, WRP 1996, 721 (725 u. 727) – Energiekosten-Preisvergleich; OLG München, 4. 3. 1993, MDR 1994, 791 (791) – Zur Zulässigkeit eines Öko-Systemvergleichs; BGH, 27. 2. 1986, GRUR 1986, 548 (549) – Dachsteinwerbung; BGH, 15. 3. 1967, GRUR 1967, 596 (597) – Kuppelmuffenverbindung; vgl. *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 1 UWG Rdnr. 390; *Faylor*, Irreführung und Beweislast bei umweltbezogener Werbung, WRP 1990, 725 (726-729).

63 *Ullmann*, Einige Bemerkungen zur Meinungsfreiheit in der Wirtschaftswerbung, GRUR 1996, 948 (950).

64 *Plassmann*, GRUR 1996, 377 (381); ebenso *Ullmann*, GRUR 1996, 948 (958) allerdings mit Beweiserleichterungen für Betriebsinterna.

65 RL-Entwurf über irreführende und vergleichende Werbung (Fn. 1), S. 14, Erwägungsgrund Nr. 15.

66 Art. 6 lit. a RL 84/450/EWG über irreführende Werbung (Fn. 44).

hauptung des Werbenden falsch ist. Es bestünde für ihn die ggf. existenzbedrohliche Situation, daß er nicht schnell genug auf die krisisierende Werbung reagieren kann. In Anbetracht der wirtschaftlichen Folgen besteht ein Schutzbedürfnis der Mitbewerber. Wer sich schließlich gefallen lassen muß, daß seine Produkte in der Öffentlichkeit „schlecht gemacht werden“, der muß verlangen können, daß der andere die Wahrheit seiner Angaben beweisen kann. Die geplante Liberalisierung der vergleichenden Werbung durch Art. 6 des RL-Entwurfs ist daher zu vage.

b) Eine generelle Beweislastumkehr zu Lasten des Werbenden würde dem historischen Willen des Richtliniengabers widersprechen<sup>67</sup>. In einem ersten Schritt hat jedoch im Bereich Gesundheit und Umwelt zu Lasten des Werbenden eine Beweislastumkehr stattzufinden. Damit wird das Risiko des Konkurrenten, einer unlauteren Kampagne zum Opfer zu fallen, deutlich herabgesetzt. Andererseits wird es für den Werbenden häufig schwierig sein, die Gesundheitsgefährdung oder Umweltschädlichkeit genau nachzuweisen<sup>68</sup>. Die Anforderungen an die Beweisbarkeit im Einzelfall dürfen nicht überzogen werden. Es hat, wie Art. 6 der RL über die irreführende Werbung verlangt, eine Abwägung im Einzelfall stattzufinden. Diese könnte einerseits das Ausmaß der Gesundheitsgefahr bzw. Umweltgefährdung und andererseits die Auswirkungen für den Konkurrenten einbeziehen. Im Ergebnis käme es also in einem zweiten Schritt zu einer *reduzierten Substantiierungspflicht*, so daß bei einer größeren Gefahr für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt geringere Anforderungen an die wissenschaftliche Untermauerung zu stellen sind<sup>69</sup>.

Zudem ließe sich bei wissenschaftlich nicht gesicherten Erkenntnissen das Tatbestandsmerkmal „objektiv“ nach Art. 3 a lit. c präzisieren. Der Werbende dürfte bei wissenschaftlich umstrittenen Gefahren zwar vergleichend kritisierend werben. Er muß allerdings auf die *wissenschaftlich nicht gesicherten Kenntnisse hinweisen*, beispielsweise indem er den ungesicherten Kenntnisstand der Wissenschaft und ggfs. sogar die Gegenmeinung in der Werbung anführt<sup>70</sup>. Dieser Lösungsweg orientiert sich an der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur gesundheitsbezogenen anpreisenden Werbung<sup>71</sup>. Danach ist der

Werbende darlegungs- und beweispflichtig, „wenn er mit einer fachlich umstrittenen Meinung geworben hat, ohne die Gegenmeinung zu erwähnen. Weil der Werbende eine bestimmte Aussage trifft, übernimmt er die Verantwortung für ihre Richtigkeit, die er im Streitfall dann auch beweisen muß“<sup>72</sup>. Diese Beweislastverteilung geht auch mit der Rechtsprechung zur anpreisenden Werbung im Umwelt- und Gesundheitsbereich konform, die bei der Beurteilung der Umwelt- und Gesundheitsverträglichkeit von Waren und Dienstleistungen strenge Maßstäbe anlegt<sup>73</sup>.

Zusammenfassend wird mit diesen Ergebnissen deutlich, daß künftig vergleichende kritisierende Werbung im Gesundheits- und Umweltbereich über die Restriktion der deutschen Rechtsprechung hinaus zulässig sein wird. Jedoch sind einige der Anforderungen des Richtlinienentwurfs zur vergleichenden Werbung zu konkretisieren: Um eine Irreführung zu vermeiden, muß der Werbende bei einem Vergleich auf eine Gesamtbetrachtung Rücksicht nehmen. Dem Werbenden die Beweislast als angemessene Einzelfallentscheidung aufzuerlegen sollte präzisiert werden: Grundsätzlich ist ihm in einem ersten Schritt die Darlegungslast für seine Werbeaussage aufzuerlegen. Bei größeren Gefahren für Gesundheit und Umwelt kann dagegen in einem zweiten Schritt die Substantiierungspflicht reduziert werden. Außerdem hat der Werbende im Rahmen seiner Werbeaussagen auf den ungesicherten Kenntnisstand der Wissenschaft hinzuweisen.

67 S. gerade IV.1. und Fn. 63.

68 Man denke hier nur an den BSE-Skandal und die Probleme zu beweisen, daß der BSE-Erreger auf den Menschen übertragbar ist; hierzu *Sentker*, in: DIE ZEIT v. 1. 11. 1996, 47.

69 Dieser Ansatz geht mit den Anforderungen an die Substantiierungspflicht im deutschen Arzneimittelrecht konform. Zur Reduzierung der Substantiierungspflicht im Arzneimittelrecht BGH, 19. 3. 1991, NJW 1991, 2351 (2352).

70 Ähnlich bereits für die Pflicht zur erklärenden Warnung im Rahmen der behördlichen Warnung *Möllers* (Fn. 38), S. 361 f.

71 BGH, 7. 3. 1991, GRUR 1991, 848 (849) – Rheumalind II; vgl. *Köhler/Piper* (Fn. 15), vor § 13 Rdnr. 279.

72 BGH, 7. 3. 1991, GRUR 1991, 848 (849) – Rheumalind II.

73 BGH, 14. 12. 1995, DB 1996, 725 (726) – Umweltfreundliches Bauen; BGH, 7. 3. 1991, GRUR 1991, 848 (849) – Rheumalind II; BGH, 20. 10. 1988, BGHZ 105, 277 (280) – Umweltengel; BGH, 23. 10. 1970, GRUR 1971, 153 (155) – Tampax; *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), § 1 UWG Rdnr. 179 a.

## Beweislast und Beweismaß im Recht der Europäischen Gemeinschaften<sup>1</sup>

Von Professor Dr. Dr. Peter Bülow, Trier

Das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes (Art. 100 EGV) und besonders des Binnenmarktes (Art. 100 a, 7 a Abs. 2 EGV) wird auch durch das Privatrecht berührt. Unterschiedliche Reglements in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten können geeignet sein, den Waren- und Dienstleistungsaustausch zu behindern und ungleiche Bedingungen auf dem Binnenmarkt hervorzubringen. Zur Vermeidung dessen kann es geboten sein, privatrechtliche Harmonisierung herbeizuführen; die Entstehung eines eu-

ropäischen Privatrechts durch Erfassung einzelner Teilgebiete im Wege der durch den Ministerrat der EG (Art. 145 ff. EGV) oder die Kommission (Art. 155 ff. EGV) gemäß Art. 189 Abs. 3 EGV zu erlassenden Richt-

<sup>1</sup> Der Beitrag wurde, mit freundlicher Genehmigung der Herausgeber, der Festschrift für Lázlo Gaspardy zum 60. Geburtstag, Juristische Fakultät der Universität Miskolc in Ungarn, entnommen.