

Veröffentlichungen des Instituts
für deutsches und europäisches Wirtschafts-,
Wettbewerbs- und Regulierungsrecht
der Freien Universität Berlin

43

Herausgegeben von Franz Jürgen Säcker

David Preisendanz

Der Humor in der
vergleichenden Werbung

Inhaltsübersicht

Der Humor in der vergleichenden Werbung.....	17
§ 1 Einleitung.....	17
A. Problemstellung.....	17
B. Gang der Untersuchung	19
1. Kapitel Vergleichende Werbung.....	21
§ 2 Tatbestand der vergleichenden Werbung, § 6 UWG.....	21
A. Allgemeines.....	21
B. Tatbestandsmerkmale vergleichender Werbung.....	21
I. Werbung	21
II. Mitbewerber, vgl. § 2 UWG	23
III. Unmittelbares bzw. mittelbares Erkennbarmachen von Mitbewerbern oder ihrer Produkte	27
IV. Merkmal des Vergleichs.....	28
1. „Vergleichende Werbung ohne Vergleich?“	28
2. Rechtsprechung des EuGH	29
3. Rechtsprechung des BGH	30
4. Herrschende Literaturansicht	31
5. „Vergleich“ i.S.v. § 6 Abs. 1 UWG.....	31
§ 3 Geschichte der vergleichenden Werbung	32
A. Rückblick - Eine wechselhafte Geschichte	32
I. Erste Phase – „freies Spiel der Kräfte“	32
II. Zweite Phase – Weltwirtschaftskrise 1929	33
III. Dritte Phase – „roaring nineties“	36
B. Entwicklung der Rechtsprechung des BGH zur vergleichenden Werbung.....	37
I. Allgemeines.....	37
II. Rechtsprechungsübersicht	38
1. Testpreis - Angebot	38
a) Sachverhalt.....	38
b) Ausführungen des BGH	38

2. „Vergleichen Sie“	39
a) Sachverhalt.....	39
b) Ausführungen des BGH	39
3. Stellungnahme	41
 2. Kapitel Humorvolle Werbevergleiche	43
§ 4 Humor in der Werbung.....	43
A. Begriffsbestimmungen.....	43
I. Begriff der Wirtschaftswerbung	43
II. Der Begriff des „Humors“	44
1. Allgemeines.....	44
2. Der „Humor“	44
a) Was ist „Humor“	45
b) Warum lachen wir?	46
3. Verschiedene Spielformen des Humors	48
a) Witz (Althochdeutsch wizzi; altengl. Wit = Scharfsinnigkeit, Verstand, Esprit).....	48
b) Ironie (griechisch εἰρωνεία eironeía, erheuchelte Unwissenheit, Verstellung).....	48
c) Sarkasmus (griech.: sarkazein - zerfleischen, verhöhnen; sarkasmós - beißender Spott).....	48
d) Satire (lat. satira; von satura lanx: „Den Göttern dargebotene, mit Früchten gefüllte Schale“).....	49
e) Parodie (griechisch παρῳδία parōdía „nachahmendes Lied“).....	49
f) Groteske (franz. grotesque – ital. Grottesco „wunderlich, verzerrt“).....	49
g) Persiflage (von frz. siffler „pfeiffen“).....	50
B. Werbewirkung humorvoller Werbevergleiche	50
I. Werbewirkung vergleichender Werbung	50
1. Positionierung der Marke	50
2. Weitere positive Werbeeffekte	51
a) Werbeeffekte	51
b) optimales Umfeld	52
3. Negative Werbeeffekte	53
4. Stellungnahme	53
II. Werbewirkung des Humors in der Werbung	54

1. Allgemeines.....	54
2. Werbeeffekte des Humors	54
a) Werbewirkung des Humors in der Werbung.....	54
b) Werbeumfeld – „moderierende Faktoren“	56
3. Stellungnahme	57
III. Fazit	58
C. Ökonomische Effekte humorvoller Werbevergleiche.....	59
I. Allgemeines.....	59
II. Erhöhung der Markttransparenz.....	59
III. Förderung des Wettbewerbs	61
1. Marktzutrittsschranken	61
2. Beseitigung künstlicher Differenzierungen	62
IV. Stellungnahme	63
§ 5 Rechtsprechungshistorie - Humor in der vergleichenden Werbung	63
A. Allgemeines.....	63
B. Rechtsprechungsübersicht	64
I. Rechtsprechung des BGH	64
1. BGH, Urt. v. 12.7.2001 - <i>Preisgegenüberstellung im</i> <i>Schaufenster</i>	64
a) Der Sachverhalt.....	64
b) Ausführungen des BGH	65
2. Urt. v. 17.1.2002 – <i>Lottoschein</i>	66
a) Der Sachverhalt.....	66
b) Ausführungen des BGH	67
3. Urt. v. 25.4.2002 – <i>Die „Steinzeit“ ist vorbei!</i>	68
a) Der Sachverhalt.....	68
b) Ausführungen des BGH	68
II. Rechtsprechung der OLG.....	69
1. OLG München, Urt. v. 16.9.1999 – Vergleichende Werbung zwischen Leitungswasser und Mineralwasser.....	69
a) Der Sachverhalt.....	69
b) Ausführung des OLG	69
2. OLG Jena, Urt. v. 28.2.2002 – <i>Fremdgehen</i>	70
a) Der Sachverhalt.....	70
b) Ausführungen des OLG.....	70
3. OLG Hamburg, Urt. v. 6.3.2003 – <i>Müsli-Riegel</i>	72
a) Der Sachverhalt.....	72
b) Ausführungen des OLG.....	72

4. OLG Frankfurt, Urt. v. 25.11.2004 - Vergleich mit einem Stachelschwein.....	73
a) Der Sachverhalt.....	73
b) Ausführungen des OLG Frankfurt.....	73
5. OLG Hamburg, Urt. v. 25.5.2004 – „Babes und Zicken“.....	75
a) Der Sachverhalt.....	75
b) Ausführungen des OLG Hamburg.....	76
6. OLG Frankfurt, Urt. v. 10.3.2005 – „Na..auch T-Aktionär?“.....	78
a) Der Sachverhalt.....	78
b) Ausführungen des OLG.....	78
7. OLG Hamburg, Urtl v. 23.1.2003 – <i>Gurgelndes Auto</i>	79
a) Der Sachverhalt.....	79
b) Ausführungen des OLG Hamburg.....	79
C. Stellungnahme	80
 3. Kapitel BGH Urteil v. 1.10.2009 - „Gib mal Zeitung“	83
§ 6 Das Urteil	83
A. Allgemeines.....	84
B. Der Sachverhalt	85
C. Die Ansicht der Vorinstanzen	85
D. Ausführungen des BGH.....	87
I. Vergleichende Werbung, § 6 UWG.....	87
1. Allgemeines.....	87
2. Unlautere Herabsetzung - § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG	87
3. Objektivitätsgebot - § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG.....	89
4. Unlautere Rufausnutzung - § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG.....	90
II. Markenrecht - §§ 14 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3 MarkenG	91
§ 7 Kritische Würdigung der BGH – Entscheidung	91
A. Allgemeines.....	91
B. Anwendungsbereich der vergleichenden Werbung – „Mitbewerber“?	91
C. § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG – unlautere Herabsetzung.....	95
I. Allgemeines.....	95
II. Methodik des BGH	96
1. Wörtlich und damit ernst nehmen	96
2. Dem Spott und der Lächerlichkeit preisgeben.....	97

a) „Entkleidung“ der Kernaussage	97
b) Auslegung durch den BGH	100
3. Parallelen zum Presserecht	101
D. § 6 II Nr. 2 UWG - Objektivitätsgrundsatz	102
I. Allgemeines	102
II. Eigenschaftsvergleich – „taz ist nicht für jeden“ eine nützliche Information?	103
III. Objektivität des Vergleichs – Darstellung des BILD-Lesers eine rein subjektive Wertung?	104
E. § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG	106
I. Allgemeines	106
II. „taz“ – Werbespot	106
F. Fazit	107
 4. Kapitel Meinungsäußerungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1	
Satz 1 GG, Art. 11 GRCh, Art. 10 EMRK	111
§ 8 Allgemeines	111
§ 9 Grundrechtskonforme Auslegung - Geltung der Grundrechte im Zivilrecht	112
A. Allgemeines	112
B. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte des Grundgesetzes	112
C. Unionsgrundrechtskonforme Auslegung	113
I. Unionsgrundrechte – Entwicklungslinien	113
II. Unionsgrundrechtskonforme Auslegung	114
§ 10 Rechtsprechungsübersicht - kommerzielle Meinungsäußerungsfreiheit	116
A. Schutzbereich	116
I. Art. 5 I S. 1 - Rechtsprechung des BVerfG	116
1. Allgemeines	116
a) „Meinung“ im Rechtssinn	116
b) Wirtschaftswerbung	117
2. Rechtsprechung des BVerfG	119
a) Benetton I	119
b) „Therapeutische Äquivalenz“	120
3. Stellungnahme	121
II. Art. 11 GRCh – EU - Grundrecht	125
1. Allgemeines	125

a) Unionsgrundrechte.....	125
b) „Meinungsäußerung“ i.S.v. Art. 11 GRCh	126
2. Kommerzielle Äußerungen.....	127
a) Rechtsprechung EGMR.....	127
b) Rechtsprechung EuGH	129
3. Stellungnahme	130
C. Rechtfertigungsebene	131
I. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung nach Art. 5	
Abs. 2 GG	131
1. Allgemeines.....	131
2. § 6 UWG als allgemeines Gesetz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG	131
3. Schranken – Schranke der Wechselwirkungslehre	131
a) Allgemeines	131
b) Rechtsprechung des BVerfG.....	132
aa) Benetton I, II.....	132
bb) Therapeutische Äquivalenz	133
cc) Tier- und Artenschutz	134
dd) Anonymer Preisvergleich.....	134
4. Stellungnahme	135
II. Rechtfertigungsebene – Unionsgrundrecht, Art. 11 GRCh	137
1. Allgemeines.....	137
2. Rechtsprechung des EGMR	138
a) Gesetzesvorbehalt	138
b) Schranken-Schranke	139
aa) „legitimes Ziel“	139
bb) „Unentbehrlich in einer demokratischen Gesellschaft“	139
aaa) „markt intern Verlag GmbH u. Klaus Beermann“	141
bbb) „Hertel vs. Schweiz“	142
ccc) „Krone Verlag GmbH & CoKG“	143
c) Stellungnahme.....	143
3. Rechtsprechung des EuGH	147
a) Gesetzesvorbehalt	147
b) legitimes Ziel	148
c) Interessenabwägung	148
aa) Allgemeines	148
bb) RTL.....	148
cc) Karner	149

d) Stellungnahme	150
III. Zusammenfassung	151
§ 11 Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte	151
A. Kollisionsnormen der EU - Charta.....	151
B. Fazit.....	154
§ 12 Der fehlende effektive Grundrechtsschutz des EuGH im geschäftlichen Verkehr am Beispiel der vergleichenden Werbung.....	155
A. Einführung.....	155
B. Grundrechtsschutzdefizit im geschäftlichen Verkehr am Beispiel vergleichender Werbung.....	157
I. Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 - Struktursicherungsklausel	157
1. Allgemeines.....	157
2. Gesamtbetrachtung.....	157
3. Schutz des Wesensgehalts.....	158
4. „Generell und offenkundig“	159
II. Im Wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz im Falle von kommerzieller Werbung	159
III. Fazit	163
§ 13. Fallgruppen – Grundrecht der Meinungsfreiheit als Motor eines liberaleren Verständnisses?	164
A. Allgemeines.....	164
B. „Schlechter Geschmack“	165
I. BVerfG	165
1. Konkrete Beeinträchtigung des Rechtsguts	165
2. Parallelen zur „Entkleidungsrechtsprechung“ des BVerfG.....	166
II. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte.....	168
C. Imagewerbung.....	168
I. BVerfG	170
II. EGMR	170
D. Fazit.....	171
 5. Kapitel Eine liberalere Rechtsanwendung vergleichender Werbung – Mehr Freiheit wagen!	173
§ 14 Einführung.....	173
§ 15 Richtlinienkonforme Auslegung.....	174

A. Allgemeines.....	174
B. Art. 4 der Richtlinie 2006/114/EG - Zulässigkeits- oder Verbotskatalog	174
I. Allgemeines.....	174
II. Zulässigkeits- oder Verbotskatalog.....	175
1. Argumente gegen die Annahme eines Verbotskataloges.....	175
2. Argumente für die Annahme eines Verbotskataloges.....	176
III. Stellungnahme	177
C. Restriktive Auslegung des Anwendungsbereichs des § 6 UWG?	178
I. Allgemeines.....	178
II. Vergleichende Bezugnahme auf einen Mitbewerber bzw. seine Waren oder Dienstleistungen	178
D. Bagatellklausel im Anwendungsbereich vergleichender Werbung	180
I. Allgemeines.....	180
II. Streit in der Lehre.....	181
1. Argumente gegen die Anwendung einer Bagatellklausel im Anwendungsbereich des § 6 UWG.....	181
2. Argumente für die Anwendung einer Bagatellklausel im Anwendungsbereich des § 6 UWG.....	182
III. Stellungnahme	183
§ 16 Rechtspolitische Kritik am allgemeinen Informationsgebot im Rahmen vergleichender Werbung	185
A. Kritik an § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG.....	185
I. Einführung.....	185
II. Rechtspolitische Erwägungen.....	185
1. Aus Gründen der Markttransparenz	185
a) Moderne Informationsökonomie	185
b) Signal der Imagewerbung.....	187
2. Aus Gründen der Wettbewerbsförderung	190
3. Aus Gründen des Leitbildes des informierten Durchschnittsverbrauchers	191
III. Fazit	192
B. Kritik am Kennzeichenschutz nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG.....	192
I. Einführung.....	192
II. Rechtspolitische Erwägungen.....	194
Beispiele	194

1. Humorvolle Anlehnung an fremde Werbeslogans	194
2. Verwendung eines fremden Maskottchens.....	196
III. Fazit.....	197
§ 17 Humorvolle vergleichende Werbung – de lege ferenda	197
 6. Kapitel Rechtsvergleichung mit den USA und Großbritannien.....	201
§ 18 Einführung.....	201
§ 19 Humorvolle vergleichende Werbung in Großbritannien	202
A. Allgemeines.....	202
B. Rechtslage vergleichender Werbung vor Umsetzung der RL 2006/114/EG	203
I. Markenrechtliche Bewertung	203
II. Deliktsrechtliche Bewertung – Common Law	205
III. Selbstverwaltungskontrolle.....	206
C. Rechtslage vergleichender Werbung nach Umsetzung der RL 2006/114/EG	208
D. Fazit.....	210
§ 20 Humorvolle vergleichenden Werbung in den USA.....	212
A. Allgemeines.....	212
B. Rechtslage im Hinblick auf vergleichende Werbung.....	212
I. Verwaltungsrechtliche Regelungen – Federal Trade Commission.....	212
II. „National Advertising Division of the Better Business Bureau“ (NAD).....	214
III. Civil Court.....	214
1. Allgemeines.....	214
2. Anspruchsgrundlage – Lanham Act 43 (a).....	215
3. Rechtslage im Hinblick auf humorvolle Werbevergleiche.....	216
a) Irreführung	216
b) Kennzeichenschutz.....	217
C. Fazit.....	218
§ 21 Stellungnahme	219
§ 22 Schlussfolgerungen	221
 Literaturverzeichnis	225