

Ein bisschen Spaß muss sein

Amtlicher Leitsatz:

Eine humorvolle oder ironische Anspielung auf einen Mitbewerber oder dessen Produkte in einem Werbevergleich, die weder den Mitbewerber dem Spott oder der Lächerlichkeit preisgibt noch von den Adressaten der Werbung wörtlich und damit ernst genommen und daher nicht als Abwertung verstanden wird, stellt keine unlautere Herabsetzung im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG dar.

Bundesgerichtshof

Urteil vom 01.10.2009

Az.: I ZR 134/07

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Oktober 2009 durch die Richter Dr. Bergmann, Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Koch für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 5. Zivilsenat, vom 11. Juli 2007 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Kammer 8 für Handelssachen, vom 7. April 2006 teil-weise abgeändert.

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Presseunternehmen. Im Verlag der Klägerin erscheint die BILD-Zeitung, die Beklagte verlegt „die

tageszeitung“ (TAZ). Die Beklagte warb im Jahr 2005 mit einem Kino-Werbespot für die TAZ. Im ersten Teil des Werbespots ist vor einem als „Trinkhalle“ bezeichneten Zeitungskiosk ein mit dem Logo der BILD-Zeitung versehener, leerer Zeitungsständer zu sehen. Ein Kunde, der nur mit einem Unterhemd und einer Jogginghose bekleidet ist, fordert den Inhaber des Kiosks auf: „Kalle, gib mal Zeitung“, worauf dieser entgegnet: „Is' aus“. Auf Nachfrage des Kunden: „Wie aus?“, schiebt der Kioskinhaber wortlos eine TAZ über den Tresen. Der Kunde reagiert hierauf mit den Worten: „Wat is' dat denn? Mach mich nicht fertig, Du“ und wirft die TAZ nach einem Blick in die Zeitung verärgert auf den Ladentisch. Der Kioskinhaber holt nun eine unter dem Tresen versteckte BILD-Zeitung hervor, die er dem Kunden gibt. Daraufhin brechen beide in Gelächter aus. Im zweiten Teil des Werbespots ist vor der „Trinkhalle“ ein nunmehr mit BILD-Zeitungen gefüllter Zeitungsständer zu sehen. Der Kunde verlangt aber: „Kalle, gib mal Taz“. Der Kioskinhaber ist so verblüfft, dass er dieser Aufforderung nicht nachkommt. Jetzt bricht der Kunde in Gelächter aus, in das der Kioskinhaber einstimmt. Am Ende beider Teile des Werbespots ist der Text eingeblendet: „taz ist nicht für jeden. Das ist OK so.“

Der – aus zwei Teilen bestehende – Werbespot ist aus dem nachfolgend wiedergegebenen „storyboard“ ersichtlich:

Die Klägerin sieht in diesem Werbespot wegen der Bezugnahme auf die BILD-Zeitung eine unzulässige vergleichende Werbung und eine Verletzung ihrer Rechte an der Marke „BILD“. Sie nimmt die Beklagte deshalb auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht in Anspruch.

Das Landgericht hat der Klage – bis auf einen Teil des Auskunftsanspruchs – stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (OLG Hamburg AfP 2008, 387 = ZUM-RD 2008, 350). Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Werbespot der Beklagten sei als vergleichende Werbung im Sinne des § 6 Abs. 1 UWG anzusehen, die nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG unlauter sei, weil der Vergleich die von der Klägerin verlegte BILD-Zeitung herabsetze. Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt:

Der Werbespot charakterisiere den Zeitungskunden als einen eher einfachen, nicht sehr gepflegten Menschen. Er sei nur mit einem Unterhemd und einer Jogginghose bekleidet und vermittele das Bild eines Proleten. Die Dialoge verstärkten den Eindruck, dass der Kunde aus einfachsten sozialen Verhältnissen stamme. Sie beschränkten sich auf rudimentäre Sprachfetzen auf unterstem Ausdrucksniveau („Kalle, gib mal Zeitung“ – „Is' aus“ – „Wie aus?“ – „Wat is dat denn?“ – „Mach mich nicht fertig, Du“). Der Betrachter beziehe die Aufforderung des Kunden „Kalle, gib mal Zeitung“ und die Reaktion des Kioskinhabers „Is' aus“ wegen der Einblendung des mit dem Logo der BILD-Zeitung versehenen, leeren Zeitungsständers zwangsläufig auf die BILD-Zeitung. Die folgende Frage des Kunden „Wie aus?“ charakterisiere diesen als dumm, „unterbelichtet“ und begriffsstutzig, denn es sei klar, dass die BILD-Zeitung ausverkauft sei. Nach einem Moment stupider Ratlosigkeit des Kunden schiebe der Kioskinhaber wortlos eine Ausgabe der TAZ über den Tresen. Der Kunde reagiere hierauf erstaunt und mürrisch: „Wat is dat denn?“ Er beende den Versuch, die TAZ zu lesen, nach kürzester Zeit, weil ihn die Berichterstattung, soweit er ihr intellektuell folgen könne, offenbar nicht interessiere. Sein Gesicht nehme einen geradezu angeekelten Ausdruck an. Es sei unverkennbar, dass er die Präsentation der TAZ an Stelle der BILD-Zeitung als Zumutung und Provokation empfinde. Er werfe dem Kioskinhaber unwillig die TAZ auf den Tresen, wobei seine Gesichtszüge einen verärgerten und drohenden Ausdruck annähmen. Seine Äußerung „Mach mich nicht fertig, Du“ sei hilfloser Ausdruck einer intellektuellen Überforderung. Der Betrachter erkenne die

Werbebotschaft des Spots, dass der „primitive“ Interessent der BILD-Zeitung intellektuell nicht in der Lage sei, die „anspruchsvolle“ TAZ zu lesen und zu verstehen. Der Kioskinhaber schiebe nun doch die gewünschte BILD-Zeitung über den Tresen, um eine ernsthafte Konfrontation zu vermeiden. Die Situation entspanne sich augenblicklich in ein befreites Gelächter. Für den Kunden sei die Welt jetzt wieder in Ordnung. Er habe die gewünschte BILD-Zeitung erhalten und gehe zufrieden seiner Wege, nicht ohne dem Kioskinhaber zuvor mit der Zeitung in der Hand scherzhaft gedroht zu haben.

Im zweiten Teil des Werbespots sei am nunmehr mit BILD-Zeitungen gefüllten Zeitungsständer zu erkennen, dass der Kunde sein „Wunschobjekt“ erhalten könnte. Er verlange jedoch mit den Worten „Kalle, gib mal Taz“ zur Verblüffung aller Beteiligten nicht die BILD-Zeitung, sondern die TAZ. Der Kioskinhaber komme diesem Wunsch nicht nach, weil er ihn in Anbetracht der sehr einfachen Persönlichkeitsstruktur des Kunden für so absurd halte, dass er ratlos-gelähmt sei. Auch diese Situation löse sich durch schallendes Gelächter auf, in das der Kunde plötzlich ausbreche, um deutlich zu machen, wie fern liegend sein Verlangen nach der TAZ sei. Der Betrachter erkenne, dass der BILD-Zeitungsleser trotz seiner geistigen Schlichtheit zumindest seine intellektuellen Grenzen erkenne. Der am Ende beider Werbespots auf schwarzem Hintergrund eingeblendete Text „taz ist nicht für jeden“ unterstreiche dies nochmals.

Die Beklagte überschreite mit dem Werbespot, auch wenn dieser durch Witz, Ironie und Sarkasmus geprägt sei, die Grenzen des wettbewerbsrechtlich Zulässigen. Sie versuche, ihre Zeitung werblich herauszustellen, indem sie die Zeitung und die Leserschaft der Klägerin ohne sachlichen Grund abqualifiziere. Sie setze die BILD-Zeitung in unangemessener und verwerflicher Weise herab, indem sie ein vernichtendes Bild von den (fehlenden) intellektuellen Fähigkeiten und der trostlosen Sozialstruktur eines typischen BILD-Zeitungslesers zeichne. Dabei könne sie sich nicht mit Erfolg auf die Grundrechte der Meinungsfreiheit, der Pressefreiheit oder der Kunstfreiheit

aus Art. 5 GG berufen. Im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung gehe das Interesse der Klägerin, nicht ohne sachlichen Grund mit ihrem Produkt in den Augen breiter Verkehrskreise herabgewürdigt zu werden, den berechtigten Äußerungsinteressen der Beklagten vor.

II. Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Das Berufungsgericht hat zwar zutreffend angenommen, dass der Werbespot der Beklagten als vergleichende Werbung im Sinne des § 6 Abs. 1 UWG anzusehen ist (dazu 1). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts setzt der Vergleich die von der Klägerin vertriebene BILD-Zeitung jedoch nicht im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG herab (dazu 2).

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Werbespot der Beklagten als vergleichende Werbung im Sinne des § 6 Abs. 1 UWG anzusehen ist. Die Regelung des § 6 UWG dient der Umsetzung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende und vergleichende Werbung (ABl. Nr. L 250 v. 19.9.1984, S. 17), die durch die Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung (ABl. Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 21) kodifiziert worden ist, und ist daher in Übereinstimmung mit der Richtlinie und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auszulegen.

a) Werbung im Sinne von § 6 Abs. 1 UWG ist jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern (Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 84/450/EWG; Art. 2 lit. a der Richtlinie 2006/114/EG). Der Werbespot zielt darauf ab, den Absatz der von der Beklagten verlegten TAZ zu fördern und ist damit Werbung im Sinne dieser Bestimmung.

b) Vergleichende Werbung ist nach § 6 Abs. 1 UWG jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von

einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht (Art. 2 Nr. 2a der Richtlinie 84/450/EWG; Art. 2 lit. c der Richtlinie 2006/114/EG). Der Begriff der vergleichenden Werbung ist in einem weiten Sinn zu verstehen, da er alle Arten der vergleichenden Werbung abdecken soll. Vergleichende Werbung liegt daher schon dann vor, wenn eine Äußerung – auch nur mittelbar – auf einen Mitbewerber oder die von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen Bezug nimmt (st. Rspr.; vgl. EuGH, Urt. v. 18.6.2009 – C-487/07 = GRUR 2009, 756 Tz. 52 = WRP 2009, 930 – L'Oréal/Bellure, m.w.N.; BGHZ 158, 26, 32 – Genealogie der Düfte; BGH, Beschl. v. 2.12.2004 – I ZR 273/01, GRUR 2005, 348 – Bestellnummernübernahme; Urt. v. 6.12.2007 – I ZR 169/04, GRUR 2008, 628 Tz. 20 = WRP 2008, 930 – Imitationswerbung). Mitbewerber sind Unternehmen, die substituierbare Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt anbieten; von einem gewissen Grad der Substitution kann ausgegangen werden, wenn Waren in gewisser Weise gleichen Bedürfnissen dienen können (EuGH, Urt. v. 19.4.2007 – C-381/05, Slg. 2007, I-3115 = GRUR 2007, 511 Tz. 28, 30 und 47 – De Landtsheer/Comité Interprofessionnel). Die Klägerin verlegt wie die Beklagte eine Tageszeitung und ist daher deren Mitbewerberin. Dem steht nicht entgegen, dass die TAZ und die BILD-Zeitung sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts grundsätzlich an unterschiedliche Arten von Lesern richten und die Kundenzirkel der Parteien sich daher nur geringfügig überschneiden. Der Werbespot der Beklagten nimmt mehrfach auf die BILD-Zeitung Bezug und macht die von der Klägerin angebotene Ware damit erkennbar.

2. Die vergleichende Werbung ist – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – nicht nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG unlauter. Wer vergleichend wirbt, handelt nach dieser Bestimmung unlauter, wenn der Vergleich die Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft (Art. 3a Abs. 1 lit. e der Richtlinie 84/450/EWG; Art. 4 lit. d der Richtlinie 2006/114/EG).

a) Ein Vergleich im Sinne dieser Regelung liegt vor, wenn der Werbende einen für den Verkehr erkennbaren Bezug zwischen (mindestens) zwei Wettbewerbern, zwischen deren Waren oder Dienstleistungen bzw. ihren Tätigkeiten oder sonstigen Verhältnissen herstellt (vgl. BGH, Urt. v. 25.3.1999 – I ZR 77/97, GRUR 1999, 1100, 1101 = WRP 1999, 1141 – Generika-Werbung; Urt. v. 21.6.2001 – I ZR 69/99, GRUR 2002, 75, 76 = WRP 2001, 1291 – „S0000 ... BILLIG!“?; Urt. v. 17.1.2002 – I ZR 215/99, GRUR 2002, 828, 829 = WRP 2002 – Lottoschein; Urt. v. 15.7.2004 – I ZR 37/01, GRUR 2005, 163, 165 = WRP 2005, 219 – Aluminiumräder). Der Werbespot stellt dem Betrachter nach den Feststellungen des Berufungsgerichts einen typischen Leser der BILD-Zeitung vor. Er vermittelt dem Zuschauer die Werbebotschaft, dass dieser BILD-Zeitungsleser intellektuell nicht in der Lage ist, die TAZ zu lesen und zu verstehen. Die Schrifteinblendung am jeweiligen Ende des zweiteiligen Spots „taz ist nicht für jeden“ stellt dies nochmals heraus. Der Werbespot vergleicht damit unmittelbar die Leserschaft und mittelbar den Inhalt der beiden Zeitungen. Er macht deutlich, dass die TAZ sich aufgrund ihres Inhalts nicht an den dargestellten Typus eines BILD-Zeitungslesers wendet.

b) Dieser Vergleich setzt die Leserschaft und damit die Zeitung der Klägerin nicht im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG in unlauterer Weise herab.

aa) Eine Herabsetzung im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG setzt mehr voraus als die einem kritischen Werbevergleich immanente Gegenüberstellung der Vorteile und Nachteile der verglichenen Produkte. Maßgeblich ist, ob die angegriffene Werbeaussage sich noch in den Grenzen einer sachlichen Erörterung hält oder bereits eine pauschale Abwertung der fremden Erzeugnisse darstellt. Herabsetzend im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG ist 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 (BGH, Urt. v.

12.7.2001 – I ZR 89/99, GRUR 2002, 72, 73 = WRP 2001, 1441 – Preisgegen-überstellung im Schaufenster; Urt. v. 17.1.2002 – I ZR 161/99, GRUR 2002, 633, 635 = WRP 2002, 828 – Hormonersatztherapie; Urt. v. 20.9.2007 – I ZR 171/04, GRUR 2008, 443 Tz. 18 = WRP 2008, 666 – Saugelagen; zur wettbewerbswidrigen pauschalen Herabsetzung ungenannter Mitbewerber vgl. BGH GRUR 2002, 828, 830 – Lottoschein; BGH, Urt. v. 25.4.2002 – I ZR 272/99, GRUR 2002, 982, 984 f. = WRP 2002, 1138 – DIE „STEINZEIT“ IST VORBEI!).

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Werbung zu einem nicht unerheblichen Teil von Humor und Ironie lebt und begleitet wird. Wo genau die Grenze zwischen leiser Ironie und nicht hinnehmbarer Herabsetzung verläuft, bedarf stets in jedem Einzelfall einer sorgfältigen Prüfung. Solange der Werbende mit ironischen Anklängen lediglich Aufmerksamkeit und Schmunzeln erzielt, mit ihnen aber – weil der Verkehr die Aussage nicht wörtlich und damit ernst nimmt – keine Abwertung des Mitbewerbers oder des konkurrierenden Angebots verbunden ist, liegt darin noch keine unzulässige Herabsetzung (BGH GRUR 2002, 72, 74 – Preisgegenüberstellung im Schaufenster; GRUR 2002, 828, 830 – Lottoschein).

bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte habe nach diesen Maßstäben die zwischen leiser Ironie und nicht hinnehmbarer Herabsetzung verlaufende Grenze überschritten. Die Werbung der Beklagten stelle dem Betrachter einen Leser der BILD-Zeitung stellvertretend für die gesamte Leserschaft vor. Dieser typische BILD-Zeitungsleser sei so undifferenziert und intellektuell anspruchslos, dass er nach kurzem erfolglosem Bemühen die Lektüre der – anspruchsvollen – TAZ aufgeben müsse, weil er damit inhaltlich oder sprachlich hoffnungslos überfordert sei. Diese Werbebotschaft werde durch die Schrifteinblendung am jeweiligen Ende des zweiteiligen Spots „taz ist nicht für jeden“ herausgestellt. Die Beklagte stemple damit die Leserschaft der BILD-Zeitung pauschal als primitiv und dumm ab. Dadurch setze sie das Produkt der Klägerin und deren Ansehen als Verlagshaus unlauter herab. Die

Tatsache, dass dies in witziger Weise, mit ironischem Unterton, in künstlerisch anspruchsvoller Art und mit einem nicht unerheblichen Wahrheitskern geschehe, könne das Verhalten der Beklagten auch unter Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes aus Art. 5 GG nicht rechtfertigen.

cc) Diese Beurteilung hält einer Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, der Werbespot der Beklagten überschreite die Grenze zu einer nicht hinnehmbaren Herabsetzung.

(1) Für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Werbevergleichs ist auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen (vgl. EuGH, Urt. v. 8.4.2003 – C-44/01, Slg. 2003, I-3095 = GRUR 2003, 533 Tz. 55 = WRP 2003, 615 – Pippig Augenoptik/Hartlauer; Urt. v. 19.9.2006 – C-356/04, Slg. 2006, I-8501, GRUR 2007, 69 Tz. 78 = WRP 2007, 1348 – LIDL Belgium/Colruyt; EuGH GRUR 2007, 511 Tz. 16 – De Landtsheer/Comité Interprofessionnel). Dieser Durchschnittsverbraucher ist zunehmend an pointierte Aussagen in der Werbung gewöhnt und empfindet sie als Ausdruck lebhaften Wettbewerbs (Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 6 Rdn. 76). Ein humorvoller oder ironischer Werbevergleich kann daher auch dann zulässig sein, wenn er sich nicht auf feinen Humor und leise Ironie beschränkt. Eine humorvolle oder ironische Anspielung auf einen Mitbewerber oder dessen Produkte in einem Werbevergleich stellt vielmehr erst dann eine unzulässige Herabsetzung dar, wenn sie den Mitbewerber dem Spott oder der Lächerlichkeit preisgibt oder von den Adressaten der Werbung wörtlich und damit ernst genommen und daher als Abwertung verstanden wird (Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 6 Rdn. 76; Ohly in Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., § 6 Rdn. 66; Münch-Komm.UWG/Menke, § 6 Rdn. 203; Harte/Henning/Sack, UWG, 2. Aufl., § 6 Rdn. 200; Fezer/Koos, UWG, § 6 Rdn. 240 f.; Dittmer in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht

Medienrecht, § 6 UWG Rdn. 77).

(2) Die Annahme des Berufungsgerichts, der Werbespot der Beklagten sei als massive Abwertung der Klägerin anzusehen, weil er die gesamte Leserschaft der BILD-Zeitung pauschal als primitiv und dumm abstemple, wird nach diesen Maßstäben von den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht getragen.

Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts rückt der Werbespot nicht die gesamte Leserschaft der BILD-Zeitung in ein ungünstiges Licht. Er vermittelt dem Betrachter nach den insoweit unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts zwar die Vorstellung, bei diesem Zeitungskunden handele es sich um einen typischen Leser der BILD-Zeitung. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Betrachter des Werbespots gewinne den Eindruck, die gesamte Leserschaft der BILD-Zeitung entspreche diesem Typus, widerspricht jedoch nicht nur der Lebenserfahrung, sondern auch den in anderem Zusammenhang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts. Danach ist allgemein bekannt, dass die Leserschaft der BILD-Zeitung tatsächlich nicht nahezu ausschließlich aus der Personengruppe besteht, die die Beklagte in ihrem Werbespot überzeichnend beschrieben hat, sondern die BILD-Zeitung von breiten Teilen der Bevölkerung quer durch alle sozialen Schichten gelesen wird. Der dargestellte BILD-Zeitungsleser wird auch nicht pauschal als primitiv und dumm abgestempelt. Der Werbespot zeigt ihn vielmehr durchaus auch als gewitzt. Als er erkennt, dass der Kioskinhaber ihm einen Streich gespielt hat, ist er diesem nicht böse, sondern stimmt in das Lachen ein. Es gelingt ihm, den Kioskinhaber mit seinem Wunsch nach der TAZ seinerseits „auf den Arm zu nehmen“. Er hat zuletzt die Lacher auf seiner Seite. Diesen Aspekt lässt das Berufungsgericht unberücksichtigt, wenn es nur darauf abstellt, der Kunde werde auch im zweiten Teil des Werbespots als wegen seiner schlichten und sehr einfachen Persönlichkeitsstruktur intellektuell überfordert dargestellt. Das schallende Gelächter, in das der Kunde ausbricht, nachdem er den

Kioskinhaber durch seinen überraschenden Wunsch nach der TAZ verblüfft hat, soll ersichtlich nicht deutlich machen, wie fernliegend und lächerlich das Verlangen des Kunden nach der TAZ ist, sondern ist vielmehr lediglich Ausdruck der Freude des Kunden darüber, dass es ihm gelungen ist, seinerseits den Kioskinhaber „zu veräppeln“.

Der Werbespot soll demnach lediglich auf humorvolle Weise zum Ausdruck bringen, dass die TAZ „nicht für jeden“ ist, also nicht den Massengeschmack anspricht und sich nicht an die Leser wendet, die zum Typus des dargestellten BILD-Zeitungslesers gehören. Der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher erkennt, dass es sich bei der Darstellung um eine humorvolle Überspitzung handelt, mit der die Aufmerksamkeit der Werbeadressaten geweckt und nicht die BILD-Zeitung oder deren Leserschaft pauschal abgewertet werden soll. Darin kann – auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Werbespot der Beklagten eine vom Grundrecht der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, Art. 10 Abs. 1 Satz 1 EMRK geschützte Meinungsäußerung enthält – keine unlautere Herabsetzung der Klägerin im Sinne vom § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG gesehen werden.

III. Auf die Revision der Beklagten ist das angefochtene Urteil daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind und die Sache nach den getroffenen Feststellungen zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Danach ist auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Landgerichts teilweise abzuändern und die Klage mit der Kostenfolge aus § 91 Abs. 1 ZPO insgesamt abzuweisen. Der Klägerin stehen keine Ansprüche auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht zu. Der Werbespot der Beklagten stellt auch nach den übrigen Tatbestandsvarianten des § 6 Abs. 2 UWG keine unlautere vergleichende Werbung dar (dazu 1) und verletzt nicht nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 und 3 MarkenG die Rechte der Klägerin an ihrer Marke „BILD“ (dazu 2).

1. Der Werbespot der Beklagten enthält – wie unter II 1 ausgeführt – eine vergleichende Werbung im Sinne des § 6 Abs. 1 UWG. Die Bestimmung des § 6 Abs. 2 UWG führt in § 6 Abs. 2 Nr. 1 bis 6 UWG die Umstände auf, unter denen ein Werbevergleich unlauter ist. Der Werbespot der Beklagten ist – wie unter II 2 ausgeführt – nicht herabsetzend im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG. Die von den übrigen Tatbestandsvarianten des § 6 Abs. 2 UWG in Betracht kommenden Tatbestände der Nr. 2 (kein objektiver Bezug auf Eigenschaften der Ware) und Nr. 4 UWG (unlautere Ausnutzung oder Beeinträchtigung des Rufs eines Kennzeichens) sind gleichfalls nicht erfüllt.

a) Die vergleichende Werbung der Beklagten verstößt nicht gegen § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Wer vergleichend wirbt, handelt nach dieser Vorschrift unlauter, wenn der Vergleich nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen bezogen ist. Dabei ist die Frage, ob sich die Werbung auf eine Eigenschaft bezieht, die für die Waren die genannten, kumulativ zu fordernden Qualifikationen aufweist, aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs zu beurteilen (BGHZ 158, 26, 33 – Genealogie der Düfte; BGH, Urt. v. 30.9.2004 – I ZR 14/02, GRUR 2005, 172, 174 = WRP 2005, 207 – Stresstest). Der angesprochene Verkehr sieht in dem in Rede stehenden Werbespot – wie unter II 2 a ausgeführt – einen Vergleich der Leserschaft beider Zeitungen. Der Vergleich ist damit objektiv auf eine wesentliche, relevante, nachprüfbare Eigenschaft der von den Parteien verlegten Zeitungen bezogen.

aa) Der Begriff der Eigenschaft im Sinne dieser Vorschrift ist weit zu verstehen. Maßgeblich ist, ob der angesprochene Verkehr aus der Angabe eine nützliche Information für die Entscheidung erhalten kann, ob er dem Erwerb der angebotenen Ware oder Dienstleistung nähertreten soll (BGHZ 158, 26, 33 f. – Genealogie der Düfte; BGH GRUR 2005, 172, 174 – Stresstest; BGH, Urt. v. 7.12.2006 – I ZR 166/03, GRUR 2007, 605 Tz. 30 = WRP 2007, 772 – Umsatzzuwachs). Die von dem Werbespot

angesprochenen Zeitungsleser können aus der Charakterisierung der Leserschaft beider Zeitungen eine nützliche Information für ihre Kaufentscheidung gewinnen. Die Tatsache, welche Leser eine bestimmte Zeitung bevorzugen, lässt Rückschlüsse auf den Inhalt und die Ausrichtung der Zeitung zu. Die Struktur der Leserschaft gehört daher zu den Eigenschaften einer Zeitung (vgl. OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 259, 260; Ohly in Piper/Ohly aaO § 6 Rdn. 48).

bb) Das Erfordernis der Nachprüfbarkeit soll die Überprüfbarkeit des Werbevergleichs auf seine sachliche Berechtigung ermöglichen. Der Vergleich muss daher Tatsachenbehauptungen und darf nicht nur reine Werturteile zum Inhalt haben, da nur Tatsachenbehauptungen auf ihre sachliche Berechtigung überprüft werden können. Dabei ist allerdings zu beachten, dass auch Werturteile einen nachprüfbaren Tatsachenkern haben können (BGH, Urt. v. 23.4.1998 – I ZR 2/96, GRUR 1999, 69, 71 = WRP 1998, 1065 – Preisvergleichsliste II; BGH GRUR 2005, 172, 175 – Stresstest). Es ist nicht in jedem Fall erforderlich, dass die angesprochenen Verkehrskreise die in dem Werbevergleich angeführten Eigenschaften selbst überprüfen können. Es reicht vielmehr in der Regel aus, dass die Aussage überhaupt – gegebenenfalls durch einen Sachverständigen – überprüft werden kann (vgl. EuGH GRUR 2007, 69 Tz. 73 – LIDL Belgium/Colruyt; BGHZ 158, 26, 34 – Genealogie der Düfte; BGH GRUR 2005, 172, 175 – Stresstest; GRUR 2007, 605 Tz. 31 – Umsatzzuwachs). Die Behauptung, die TAZ sei „nicht für jeden“, sie richte sich an eine andere Leserschaft als die BILD-Zeitung, ist eine Tatsachenbehauptung, die – insbesondere durch Sachverständige – überprüft werden kann. Die Beklagte hat eine von der Marktforschung der Klägerin herausgegebene Untersuchung zur „Titelstruktur“ von „BILD“ und „die tageszeitung“ vorgelegt, aus der sich ergibt, inwieweit sich die Struktur der Leserschaft beider Zeitungen hinsichtlich Geschlecht, Alter, Ausbildung, Beruf, Einkommen usw. unterscheidet.

cc) Die Eigenschaft der unterschiedlichen Leserstruktur der

TAZ einerseits und der BILD-Zeitung andererseits ist auch wesentlich, relevant und typisch im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Eine Eigenschaft ist wesentlich, wenn ihre Bedeutung für den jeweils angesprochenen Verkehr aus dessen Sicht im Hinblick auf die vorgesehene Verwendung des Produkts nicht völlig unerheblich ist. Sie ist relevant, wenn sie den Kaufentschluss einer nicht völlig unerheblichen Zahl der angesprochenen Kaufinteressenten zu beeinflussen vermag. Sie ist typisch, wenn sie die Eigenart der verglichenen Produkte aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise im Hinblick auf den Bedarf oder die Zweckbestimmung prägt und damit repräsentativ oder aussagekräftig für deren Wert als Ganzes ist (BGHZ 158, 26, 35 – Genealogie der Düfte; BGH GRUR 2005, 172, 174 f. – Stresstest). Die Struktur der Leserschaft einer Zeitung lässt auf den Inhalt und die Ausrichtung der Zeitung schließen. Sie trägt damit wesentlich zu dem Bild der Zeitung in der Öffentlichkeit bei und beeinflusst die Kaufentscheidung zahlreicher Zeitungskäufer.

dd) Zwar tragen bereits die kumulativen Kriterien der Wesentlichkeit, Relevanz, Nachprüfbarkeit und Typizität der Eigenschaft eines Produkts, in Bezug auf die der Vergleich angestellt wird, dazu bei, dass dieser Vergleich objektiv ist. Die Eigenschaften, die den vier erwähnten Kriterien genügen, müssen jedoch außerdem objektiv verglichen werden. Diese Voraussetzung soll vor allem Vergleiche ausschließen, die sich aus einer subjektiven Wertung ihres Urhebers und nicht aus einer objektiven Feststellung ergeben (EuGH GRUR 2007, 69 Tz. 43 bis 45 – LIDL Belgium/Colruyt). Die Aussage über die Struktur der Leserschaft der Zeitungen beruht nicht nur auf einer subjektiven Einschätzung, sondern auf objektiven Gegebenheiten.

b) Die vergleichende Werbung der Beklagten verstößt auch nicht gegen § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG. Wer vergleichend wirbt, handelt nach dieser Bestimmung unlauter, wenn der Vergleich den Ruf des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in

unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.

aa) Der Hinweis auf die Marke der in den Vergleich einbezogenen Produkte ist für eine Unterscheidung der verglichenen Erzeugnisse und einen wirksamen Wettbewerb auf dem in Rede stehenden Markt erforderlich und begründet für sich genommen keine unlautere Ausnutzung oder Beeinträchtigung des guten Rufs der fremden Markenartikel (EuGH, Urt. v. 23.2.2006 – C-59/05, Slg. 2006, I-2147 = GRUR 2006, 345 Tz. 15 – Siemens/VIPA; BGH, Urt. v. 2.10.2002 – I ZR 90/00, GRUR 2003, 444, 445 = WRP 2003, 637 – Ersetzt). Vielmehr müssen über die bloße Nennung der Marke hinausreichende Umstände hinzutreten, um den Vorwurf wettbewerbswidriger Rufausnutzung oder Rufbeeinträchtigung zu begründen (BGHZ 158, 26, 32 – Genealogie der Düfte; BGH, Urt. v. 21.3.2007 – I ZR 184/03, GRUR 2007, 896 Tz. 24 = WRP 2007, 1181 – Eigenpreisvergleich). Der Vorwurf einer wettbewerbswidrigen Rufausbeutung oder Rufbeeinträchtigung im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG ist jedoch stets begründet, wenn die Voraussetzungen einer markenrechtswidrigen Rufausbeutung oder Rufausnutzung im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG vorliegen (vgl. EuGH, Urt. v. 12.6.2008 – C-533/06, Slg. 2008, I-4231 = GRUR 2008, 698 Tz. 46 und 51 – 02 Holdings/Hutchinson zur einheitlichen Auslegung des Begriffs der Verwechslung in Art. 5 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/104 [§ 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG] und Art. 3a Abs. 1 lit. d der Richtlinie 84/450 [§ 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG]).

bb) Der Ruf eines Kennzeichens wird in unlauterer Weise ausgenutzt, wenn dessen Verwendung im Rahmen einer vergleichenden Werbung bei den angesprochenen Verkehrskreisen eine Assoziation zwischen dem Werbenden und dem Mitbewerber in der Weise hervorruft, dass diese den Ruf der Erzeugnisse des Mitbewerbers auf die Erzeugnisse des Werbenden übertragen (vgl. EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C-112/99, Slg. 2001, I-7945 = GRUR 2002, 354 Tz. 57 = WRP 2001, 1432 – Toshiba/Katun; BGHZ 158, 26, 32 – Genealogie der Düfte; BGH GRUR 2005, 348, 349 – Bestellnummernübernahme). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts grenzt der Werbespot die miteinander

vergleichenen Zeitungen und deren Leser voneinander ab. Zudem stellt er die BILD-Zeitung und deren Leserschaft nicht positiv dar. Der Werbespot überträgt daher nicht den guten Ruf der Marke „BILD“ auf die TAZ.

cc) Der Werbespot beeinträchtigt auch nicht den Ruf der Marke „BILD“. Der Werbespot setzt – wie unter II 2 ausgeführt – die von der Klägerin verlegte BILD-Zeitung nicht herab. Aus den gleichen Gründen liegt auch keine Beeinträchtigung des Rufs der Marke „BILD“ vor.

2. Die Klägerin kann die von ihr geltend gemachten Ansprüche auch nicht auf § 14 Abs. 2 Nr. 2 und 3 MarkenG stützen. Nach diesen Bestimmungen ist es Dritten zwar unter näher bezeichneten Voraussetzungen untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr ein mit dieser Marke identisches oder dieser Marke ähnliches Zeichen zu benutzen. Der Inhaber einer eingetragenen Marke ist jedoch nicht berechtigt, einem Dritten die Benutzung eines mit seiner Marke identischen oder ihr ähnlichen Zeichens in einer vergleichenden Werbung zu verbieten, die – wie dies hier der Fall ist – gegen keinen der in § 6 Abs. 2 UWG genannten Verbotstatbestände verstößt (also alle in Art. 3a Abs. 1 der Richtlinie 84/450/EWG bzw. Art. 4 der Richtlinie 2006/114/EG genannten Zulässigkeitsbedingungen erfüllt, vgl. Erwägungsgründe 14 und 15 der Richtlinie 97/55/EG und Erwägungsgründe 14 und 15 der Richtlinie 2006/114/EG; vgl. weiter EuGH GRUR 2008, 698 Tz. 45 und 51 – 02 Holdings/Hutchinson; GRUR 2009, 756 Tz. 54 – L’Oréal/Bellure; vgl. auch BGHZ 158, 26, 37 – Genealogie der Düfte; BGH GRUR 2008, 628 Tz. 15 – Imi-tationswerbung).

Bergmann Pokrant Büscher
Schaffert Koch

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 07.04.2006 – 408 O 97/06 –
OLG Hamburg, Entscheidung vom 11.07.2007 – 5 U 108/06 –