

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
Problemaufriss und Ziel der Arbeit	18
Gang der Untersuchung	22
Kapitel 1: Grundlagen	23
A. Fallbeispiele	23
B. Der Begriff der vergleichenden Werbung	27
I. Werbung	27
II. Vergleich	28
III. Vergleichende Werbung	30
IV. Arten der vergleichenden Werbung	31
1. Kritisierend vergleichende Werbung	32
2. Anlehnend vergleichende Werbung	33
3. Persönlich vergleichende Werbung	34
C. Vergleichende Werbung im Lichte von Ökonomie und Rechtspolitik	35
I. Ökonomische Markenfunktionen	35
1. Unterscheidungsfunktion	36
2. Herkunftsfunktion	36
3. Kommunikationsfunktion	37
4. Werbefunktion	38
5. Investitionsfunktion	39
II. Die betroffenen Interessenkreise bei vergleichender Werbung	40
1. Perspektive der werbenden Unternehmen	40
2. Interessen des Markeninhabers	43
3. Das Informationsinteresse des Verbrauchers	44
4. Interessen der Allgemeinheit	48
5. Ergebnis	49
III. Rechtspolitische Betrachtung	50
1. Früher vertretene Positionen und neuere Ansätze	50

2. Gefahr der Irreführung und Verwechslung?	53
3. Ergebnis	59
Kapitel 2: Lauterkeitsrecht	61
A. Historische Entwicklung der Rechtsprechung	61
I. Rechtsprechung des RG	61
II. Rechtsprechung des BGH	63
III. Der Einfluss des europäischen Rechts auf das Verbraucherleitbild	65
B. Die EU-Richtlinie 2006/114/EG	66
I. Geschichte	67
II. Sinn und Zweck der Regelung vergleichender Werbung	68
III. Die Umsetzung der Richtlinie	69
IV. Abschließende Regelung durch RL 97/55/EG?	71
1. Festlegung eines höheren nationalen Schutzstandards?	71
2. Festlegung eines niedrigeren nationalen Schutzstandards?	72
C. Beurteilung nach dem UWG	73
I. Allgemeine Auslegungskriterien	74
II. Tatbestandsmerkmale des § 6 I UWG	74
1. Werbung	75
2. Erkennbar machen	75
3. Waren/Dienstleistungen	77
4. Mitbewerber	78
5. Vergleich?	80
III. Zulässigkeitskriterien	86
1. § 5 UWG	86
2. § 6 Abs. 2 Nr. 1 UWG: Bedarfs- oder Zweckidentität	88
3. § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG: Die verglichenen Eigenschaften	91
4. § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG: Vermeidung einer Verwechslung	94
5. § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG: Unlautere Rufausnutzung und Rufbeeinträchtigung	96
6. § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG: Herabsetzungsverbot/ Verunglimpfungsverbot	99
7. § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG: Imitation oder Nachahmung	101

D. Das Verhältnis des Lauterkeitsrecht zum Markenrecht	102
I. Ausgangslage	104
1. Die Vorrangthese des BGH	105
2. Abweichende Meinung in der Literatur	106
II. Das Verhältnis des Lauterkeits- zum Markenrecht für den Sonderfall der vergleichenden Werbung	107
1. Spezialität des § 6 UWG zum Markenrecht	107
2. Fehlende markenmäßige Benutzung	109
3. Parallele Anwendung und differenzierende Lösung	110
4. Die „O2“-Entscheidung des EuGH	111
5. Die Rechtsprechung des BGH nach „O2“	112
6. Dogmatische Einordnung und eigene Stellungnahme	113
a) Ablehnung von Spezialität und Parallelität	113
b) Partielle Subsidiarität des Markenrechts	116
III. Zwischenergebnis	123
Kapitel 3: Markenrecht	124
A. Subsumtion der Tatbestände	125
I. Identitätsschutz (§ 14 II Nr. 1 MarkenG, Art. 5 Abs. 1 lit. a MarkenRL)	127
II. Verwechslungsschutz (§ 14 II Nr. 2 MarkenG, Art. 5 Abs. 1 lit. b MarkenRL)	128
III. Bekanntheitsschutz (§ 14 II Nr. 3 MarkenG, Art. 5 Abs. 2 MarkenRL)	133
IV. Zwischenergebnis	136
B. Rechtsverletzende Benutzung der Marke	136
I. Der warenzeichenmäßige Gebrauch vor der Harmonisierung des Markenrechts	138
II. Die rechtsverletzende Benutzung im harmonisierten Markenrecht	141
1. Meinungsstand in der Literatur	143
a) Fehlende markenmäßige Benutzung bei vergleichender Werbung	143
b) Verzicht auf das Kriterium des markenmäßigen Gebrauchs	145
c) Gespalteener Benutzungsbegriff	148
d) Vergleichende Werbung als Benutzung „als Marke“	150

2. Rechtsprechung des EuGH	151
a) BMW	151
b) Toshiba	153
c) Hölterhoff	154
d) Arsenal	155
e) Gillette	157
f) Opel	158
g) Céline	160
h) UDV-Beschluss	162
i) O2	163
j) L'Oréal	166
k) Google	170
l) Bergspechte	174
m) Bananabay	175
n) Portakabin	177
o) eBay	178
p) Interflora	180
3. Rechtsprechung des BGH	183
a) Hinweise in der Rechtsprechung von 1995 bis 2010	183
b) Opel-Blitz II	184
c) Bananabay II	186
d) Grosse Inspektion für Alle	187
4. Analyse der Rechtsprechung	188
a) Benutzung für Waren oder Dienstleistungen	189
b) Beeinträchtigung der Markenfunktionen	191
c) Anforderungen an eine Funktionsbeeinträchtigung	198
d) Zwischenergebnis	206
Kapitel 4: Lösungsvorschlag	208
A. Das Kriterium der markenmäßigen Benutzung im Wandel	208
I. Historische Auslegung	208
II. Aufgabe der Akzessorietät und freie Lizenzierbarkeit als Indizien	211
III. Hinweise in der MarkenRL	218
IV. Subjektive Beurteilung anhand der maßgeblichen Verkehrskreise	222
V. Teleologische Auslegung: Markenfunktionen	224
1. Zur Bedeutung der Markenfunktionen	224

2. Schutz nur vor Verwechslungsgefahr?	229
3. Geschützte Markenfunktionen	230
a) Unterscheidungsfunktion	231
b) Herkunftsfunktion	233
c) Ursprungsidentität	237
d) Werbefunktion	238
e) Kommunikationsfunktion	241
f) Investitionsfunktion	243
4. Zwischenergebnis zu den betroffenen Markenfunktionen	244
5. Einheitlicher funktionaler Ansatz?	247
<b>B. Schlussfolgerungen</b>	<b>248</b>
I. Inhalt des Benutzungsbegriffs	248
1. Gespaltener Benutzungsbegriff?	249
2. Trennung von Ursache und Wirkung der Benutzung	251
3. Die Benutzung als Marke als Grundvoraussetzung einer rechtsverletzenden Benutzung	253
II. Erfordernis einer Funktionsbeeinträchtigung	258
1. Reichweite des Identitätsschutzes	258
a) Identitätstatbestand als Spezialfall des Verwehlungsschutzes?	259
b) Selbstständiger Schutz ökonomischer Funktionen?	264
aa) Der Werbewert der Marke als Inhaberrecht	267
bb) Das Markenrecht als Bestandteil der Wettbewerbsordnung	270
cc) Auswirkungen auf den zeichenrechtlichen Identitätsbegriff	273
c) Garantie der Ursprungsidentität	275
2. Verwehlungsschutz	276
3. Bekanntheitsschutz	277
<b>C. Unzulässige vergleichende Werbung als Markenverletzung</b>	<b>281</b>
I. Benutzung für Waren oder Dienstleistungen	281
II. Benutzung als Marke	286
1. Anlehnend vergleichende Werbung	289
2. Kristisierend vergleichende Werbung	291
III. Funktionsbeeinträchtigung	293
1. Identitätsschutz	294
2. Verwehlungsschutz	295

3. Bekanntheitsschutz	297
a) Beeinträchtigung der Werbefunktion	297
b) Beeinträchtigung der Investitionsfunktion	300
c) Beeinträchtigung der Kommunikationsfunktion	301
4. Zwischenergebnis	303
IV. Anwendbarkeit markenrechtlicher Schranken?	304
D. Alternative de lege ferenda-Lösungsansätze	305
I. Lösungsmöglichkeiten über Art. 5 MarkenRL	306
1. Einführung des Tatbestandsmerkmals „zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen“	307
2. Auflösung anhand des Merkmals „für eigene Waren oder Dienstleistungen“	309
3. Einführung eines Tatbestandsmerkmals der Benutzung „als Marke“	310
4. Harmonisierung des ergänzenden Markenschutzes (Art. 5 V MarkenRL)	313
5. Verzicht auf die Prüfung der neuen Markenfunktionen bei Doppelidentität durch Klarstellung in Präambel	315
II. Lösung anhand den Kriterien der WerbeRL	316
III. Lösung über die markenrechtlichen Schrankentatbestände	318
1. De lege lata vorgeschlagene Lösungen anhand von Schutzschranken	318
a) Erschöpfung nach § 24 MarkenG	319
b) Freistellung nach § 23 Nr. 2 oder Nr. 3 MarkenG	319
2. Zwischenergebnis	322
3. Neufassung des Art. 6 MarkenRL	322
Gesamtergebnis und Ausblick	328
Literaturverzeichnis	333