SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PAOLO MENGOZZI vom 30. November 2006 [1]

1. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen legt die Cour d'appel Brüssel dem Gerichtshof eine Reihe von Fragen nach der Auslegung einiger Bestimmungen über die vergleichende Werbung in der Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 über irreführende und vergleichende Werbung [2] in der Fassung der Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 [3] vor.

2. Diese Fragen stellen sich im Rahmen eines Rechtsstreits des Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne (Branchenverband für Wein aus der Champagne, im Folgenden: CIVC) und der Gesellschaft Veuve Clicquot Ponsardin (im Folgenden: Veuve Clicquot) gegen die Gesellschaft De Landtsheer Emmanuel (im Folgenden: De Landtsheer) wegen der Werbepraktiken, die die letztgenannte Gesellschaft bei der Vermarktung ihres Bieres „Malheur Brut Réserve" anwendet.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

3. Die Richtlinie 97/55 hat in die Richtlinie 84/450, die ursprünglich nur die irreführende Werbung betraf, eine Reihe von Bestimmungen über die vergleichende Werbung eingefügt.

4. Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 in der Fassung der Richtlinie 97/55

1 — Originalsprache: Italienisch.
2 — ABl. L 250, S. 17.
3 — ABl. L 290, S. 18.

(im Folgenden: Richtlinie 84/450) [4] definiert die „vergleichende Werbung" im Sinne dieser Richtlinie als „jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht".

5. Artikel 3a der Richtlinie 84/450 bestimmt:

„(1) Vergleichende Werbung gilt, was den Vergleich anbelangt, als zulässig, sofern folgende Bedingungen erfüllt sind:

a) Sie ist nicht irreführend im Sinne des Artikels 2 Nummer 2, des Artikels 3 und des Artikels 7 Absatz 1;

b) sie vergleicht Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung;

c) sie vergleicht objektiv eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare 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, den 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, die Dienstleistungen, die Tätigkeiten oder die Verhältnisse 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 oder der Ursprungsbezeichnung von Konkurrenzerzeugnissen nicht in unlauterer Weise aus;

4 — Die Richtlinie 84/450 wurde zuletzt geändert durch die Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) (ABl. L 149, S. 22). Einige der von der Richtlinie 2005/29 vorgenommenen Änderungen betreffen Bestimmungen der Richtlinie 84/450 über die vergleichende Werbung, unter ihnen Artikel 3a, jedoch unter Gesichtspunkten, die für die vorliegende Rechtssache von keiner Bedeutung sind. Die Richtlinie 2005/29 verlangt ferner den Erlass der für ihre Umsetzung erforderlichen nationalen Vorschriften bis zum 12. Juni 2007 und die Anwendung dieser Vorschriften ab dem 12. Dezember 2007. Im Rahmen der vorliegenden Schlussanträge werde ich daher die Richtlinie 84/450 in der Fassung der Richtlinie 97/55 und nicht auch in der durch die Richtlinie 2005/29 geänderten Fassung berücksichtigen.

h) sie stellt nicht eine Ware oder eine Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer Ware oder Dienstleistung mit geschützter Marke oder geschütztem Handelsnamen dar.

...“

Nationales Recht

6. Die belgische Loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur vom 14. Juli 1991 (Gesetz über die Handelspraktiken sowie die Aufklärung und den Schutz der Verbraucher, im Folgenden: LPCC) in der im relevanten Zeitraum geltenden Fassung enthält die Vorschriften, mit denen das Königreich Belgien die Richtlinien 84/450 und 97/55 umgesetzt hat.

7. Artikel 23 Nummer 1 LPCC stellt das Verbot der irreführenden Werbung auf.

8. Artikel 22 LPCC definiert die vergleichende Werbung als „jede Werbung ..., die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Waren oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht“, während Artikel 23bis LPCC, was den Vergleich anbelangt, die Bedingungen für die zulässige vergleichende Werbung festlegt, indem er in seinem § 1 Artikel 3a Absatz 1 der Richtlinie 84/450 wörtlich wiedergibt [5] und in seinem § 3 ausdrücklich jede vergleichende Werbung verbietet, die diese Bedingungen nicht erfüllt.

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

9. Der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende Sachverhalt, wie er sich aus dem Vorlageurteil ergibt, kann wie folgt zusammengefasst werden.

10. De Landtsheer, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Belgien, produziert und vertreibt verschiedene Biersorten unter der Marke „MALHEUR“. Im Laufe des Jahres 2001 brachte sie ein Bier unter der Bezeichnung „Malheur Brut Réserve“ auf den Markt, das

5 — Vorbehaltlich der Anpassung des Buchstaben a, der im LPCC bezüglich des Begriffes der Irreführung auf Artikel 23 Nrn. 1 bis 5 LPCC verweist.

durch eine Herstellungsmethode gewonnen wurde, die von der Produktionsweise von Schaumwein inspiriert wurde, und dem sie den Charakter eines außergewöhnlichen Produktes und ein Image geben wollte, das sich von dem des Volksgetränks Bier unterscheidet. Im Jahr 2002 wurde dieses Erzeugnis zum Preis von ungefähr 8 Euro in einer 750 ml Flasche verkauft.

11. Auf der Flasche, auf dem am Flaschenhals befestigten Faltblatt und/oder auf der Kartonagenverpackung befanden sich u. a. folgende Angaben: „BRUT RESERVE", „La première bière BRUT au monde" (Das erste Bier Brut der Welt), „Bière blonde à la méthode traditionnelle" (Helles Bier, gebraut nach der traditionellen Methode) sowie „Reims-France" neben einem Hinweis auf die Winzer von Reims und Epernay.

12. Ferner benutzte der Geschäftsführer von De Landtsheer bei der Vorstellung des Erzeugnisses den Ausdruck „Champagnebier", um darauf hinzuweisen, dass es sich um ein Bier handele, das unter Verwendung der „méthode champenoise" vollendet worden sei.

13. Schließlich pries De Landtsheer in anderen Zusammenhängen die Originalität des Bieres unter Anspielung auf die Eigenschaften von Schaumwein und insbesondere von Champagner, wie z. B. in einem Interview mit einer Tageszeitung („Die große Originalität dieses Bieres liegt in seinem Säuregehalt, der offenkundig an Champagner erinnert"; „Im Gegensatz zum Schaumwein hält sich der Schaum länger") oder in einigen Fernsehsendungen („Es wird auf gleiche Weise gebraut wie Champagner, aber es bleibt gleichwohl ein Bier").

14. Am 8. Mai 2002 erhoben CIVC und Veuve Clicquot vor dem Tribunal de commerce Nivelles Klage gegen De Landtsheer auf Feststellung, dass De Landtsheer insbesondere durch Verwendung der genannten Angaben und Aussagen über ein Bier u. a. gegen die Artikel 23 Nummer 1 und 23bis § 3 LPCC über irreführende Werbung bzw. vergleichende Werbung verstoßen habe, sowie auf Unterlassung dieser Verletzungshandlungen.

15. Mit Urteil vom 26. Juli 2002 verurteilte das angerufene Gericht De Landtsheer, es zu unterlassen, für Bier die Herkunftsangabe „Reims-France", die Ursprungsbezeichnung „Champagner", die Angabe „Méthode traditionnelle" oder sonstige Hinweise auf die Winzer, den Geschmack oder die Herstellungsweise von Champagner zu verwenden. Die Klage des CIVC und von Veuve Clicquot wurde abgewiesen, soweit sie die Verwendung der Bezeichnungen „BRUT", „RESERVE", „BRUT RESERVE" und „La première bière BRUT au monde" betraf.

16. Am 13. September 2002 legte De Landtsheer gegen das genannte Urteil bei der Cour d'appel Brüssel Berufung ein. Ausgenommen von dieser Berufung war der Teil des Urteils, in dem De Landtsheer die Verwendung der Ursprungsbezeichnung „Champagne" im Wort „Champagnebier" untersagt worden war. Der CIVC und Veuve Clicquot legten ihrerseits bezüglich der teilweisen Klagabweisung Anschlussberufung ein.

17. Im Vorlageurteil wird darüber hinaus klargestellt, dass De Landtsheer endgültig darauf verzichtete, die Bezeichnung „Reims-France" [6] und die Hinweise auf die Winzer von Reims und Epernay für das Bier zu verwenden.

18. Vor der Cour d'appel Brüssel haben der CIVC und Veuve Clicquot geltend gemacht, die Verwendung der Angaben „BRUT", „RESERVE", „BRUT RESERVE", „La première bière BRUT au monde", und „méthode traditionnelle" für das von De Landtsheer erzeugte Bier sowie die Anspielung auf den Schaumwein und den Champagner, den Geschmack und die Herstellungsweise von Champagner in Mitteilungen zur Förderung des Absatzes des genannten Bieres verstoße nicht nur gegen das Verbot irreführender Werbung im Sinne des Artikels 23 Nummer 1 LPCC, sondern stelle auch eine rechtswidrige vergleichende Werbung im Sinne der Artikel 22 und 23bis LPCC dar. De Landtsheer dagegen hat bestritten, dass diese Werbung irreführend oder vergleichend sei.

19. Zur Entscheidung des Rechtsstreits hat es die Cour d'appel Brüssel für erforderlich gehalten, dem Gerichtshof die folgenden Fragen, die sämtlich die Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie 84/450 über die vergleichende Werbung betreffen, zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Fallen unter die Definition der vergleichenden Werbung auch Werbeaussagen, in denen der Werbende nur auf eine Warengattung Bezug nimmt, so dass davon auszugehen wäre, dass eine solche Werbeaussage auf alle Unternehmen Bezug nimmt, die diese Warengattung anbieten, und somit jedes von ihnen geltend machen kann, es sei erkennbar gemacht worden?

2. Ist für die Feststellung, ob zwischen dem Werbenden und dem Unternehmen, auf das im Sinne von Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 Bezug genommen wird, ein Wettbewerbsverhältnis besteht,

   a) auf der Grundlage insbesondere eines Vergleichs des Artikel 2 Num-

6 — Unter Hinweis darauf, dass De Landtsheer bestreite, dass die Verwendung der Bezeichnung „Reims-France" für ihr Bier rechtswidrig sei, hielt die Cour d'appel Brüssel diese Bezeichnung im Hinblick auf die Herkunftsangabe des fraglichen Erzeugnisses, das in Belgien hergestellt werde, gleichwohl für irreführend und bestätigte die wegen der genannten Verwendung ergangene Unterlassungsverfügung des erstinstanzlichen Gerichts.

mer 2a mit Artikel 3a Buchstabe b jedes Unternehmen, das durch die Werbung erkennbar gemacht wird, unabhängig von den von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen als Mitbewerber im Sinne dieser Bestimmung anzusehen?

b) falls dies zu verneinen ist und für das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, auf den augenblicklichen Zustand des Marktes und die in der Gemeinschaft bestehenden Verbrauchsgewohnheiten abzustellen oder sind auch die Entwicklungsmöglichkeiten dieser Gewohnheiten zu berücksichtigen?

c) die Prüfung auf den Teil des Gemeinschaftsgebiets zu beschränken, in dem die Werbung verbreitet wird?

d) bei der Bestimmung des Wettbewerbsverhältnisses auf die verglichenen Warengattungen und die Weise abzustellen, in der sie im Allgemeinen wahrgenommen werden, oder sind für die Beurteilung des möglichen Substitutionsgrades auch die besonderen Eigenschaften des Produkts, das der Werbende in seiner Werbung anpreist, und das Image, das er ihm geben möchte, zu berücksichtigen?

e) für das Vorliegen des Wettbewerbsverhältnisses im Sinne von Artikel 2 Nummer 2a auf die gleichen Kriterien abzustellen wie für die Beurteilung, ob der Vergleich die in Artikel 3a Buchstabe b genannte Bedingung erfüllt?

3. Ergibt ein Vergleich des Artikel 2 Nummer 2a mit Artikel 3a der Richtlinie,

a) dass jede vergleichende Werbung unzulässig ist, die eine Warengattung erkennbar macht, wenn die Angabe keine Mitbewerber oder von ihnen angebotene Waren erkennbar macht?

b) oder dass die Zulässigkeit des Vergleichs nur anhand derjenigen nationalen Bestimmungen zu beurteilen ist, die nicht zur Umsetzung der Bestimmungen der Richtlinie über vergleichende Werbung erlassen wurden, was zu einem geringeren Schutz der Verbraucher oder der Unternehmen, die die mit dem Produkt des Werbenden verglichene Warengattung anbieten, führen könnte?

4. Ist, wenn das Vorliegen vergleichender Werbung im Sinne von Artikel 2 Nummer 2a zu bejahen ist, nach Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe f der Richtlinie jeder Vergleich unzulässig, der sich bei Waren ohne Ursprungsbezeichnung auf Waren mit Ursprungsbezeichnung bezieht?

Verfahren vor dem Gerichtshof

20. Gemäß Artikel 23 der Satzung des Gerichtshofes haben De Landtsheer, CIVC, Veuve Clicquot, die belgische Regierung und die Kommission schriftliche Erklärungen beim Gerichtshof abgegeben.

21. In der mündlichen Verhandlung, die am 21. September 2006 stattgefunden hat, haben die Prozessbevollmächtigten von De Landtsheer, des CIVC und von Veuve Clicquot sowie die Bevollmächtigten der französischen Regierung und der Kommission mündliche Ausführungen gemacht.

Würdigung

Zur ersten Vorlagefrage

22. Mit der ersten Frage möchte das vorlegende Gericht vom Gerichtshof im Wesentlichen wissen, ob eine Werbeaussage, in der lediglich auf eine Warengattung, nicht aber auf ein bestimmtes Unternehmen oder auf ein speziell von diesem angebotenes Erzeugnis Bezug genommen wird, unter den Begriff der vergleichenden Werbung im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 fallen kann. Das vorlegende Gericht fragt den Gerichtshof also, ob davon ausgegangen werden kann, dass die Bezugnahme auf eine Warengattung mit der Gesamtheit der Unternehmen, die die Warengattung anbieten, jedes einzelne dieser Unternehmen oder die betreffenden Erzeugnisse erkennbar machen kann.

23. Vorab weise ich darauf hin, dass es im Ausgangsverfahren, wie sich aus dem Vorlageurteil ergibt, um mehrere von De Landtsheer stammende Mitteilungen geht, die in der Aufmachung des Erzeugnisses enthalten sind (Etikett, am Flaschenhals befestigtes Faltblatt, Kartonagenverpackung) [7] oder in

7 — Dies gilt für die Angaben und Aussagen „BRUT RESERVE", „La première bière BRUT au monde", „Bière blonde à la méthode traditionnelle", „Reims-France" und die Bezugnahme auf die Winzer von Reims und von Epernay.

anderen Zusammenhängen erfolgten, wie eine nicht näher dargelegte „Vorstellung" dieses Erzeugnisses [8], ein Interview mit einer Tageszeitung oder eine Reihe von Fernsehsendungen [9].

24. Dass es sich bei diesen Mitteilungen um Werbung handelt, ist für das vorlegende Gericht unstreitig. Zweifel hat es jedoch, ob die Mitteilungen unter Berücksichtigung der in ihnen enthaltenen Angaben und Aussagen vergleichenden Charakter im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 haben.

25. Wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, werden einige der oben genannten Angaben und Aussagen vom vorlegenden Gericht als ein Hinweis auf Schaumwein [10], andere als ein Hinweis auf Champagner [11] verstanden. Diese Unterscheidung wird vom CIVC und von Veuve Clicquot, die die Unterscheidung für künstlich halten, vor allem unter Hinweis darauf angegriffen, dass Angaben, die die Vorstellung von Schaumwein wachriefen, zwangsläufig auch die Vorstellung von Champagner-(Schaum-)Wein wachriefen.

26. Für die Beantwortung der Vorlagefragen des Cour d'appel Brüssel braucht indessen nicht geprüft zu werden, ob diese Beurteilungen, die in die Zuständigkeit des vorlegenden Gerichts fallen, zutreffend sind. Der Gerichtshof hat sich nicht zum vergleichenden Charakter oder zur Zulässigkeit der Werbeaussagen, die Gegenstand des Ausgangsverfahrens sind, zu äußern, sondern hat mit dem vorlegenden Gericht zum Zwecke der Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie 84/450, die die vor dem Gerichtshof angeführten Bestimmungen des LPCC wortgetreu wiedergeben, zusammenzuarbeiten.

27. Für die Beantwortung insbesondere der ersten Vorlagefrage genügt die Feststellung, dass das vorlegende Gericht die fraglichen Werbeaussagen dahin auslegt, dass diese auf eine Warengattung Bezug nehmen.

28. Der Gerichtshof hat im Urteil Toshiba [12] festgestellt, dass vergleichende Werbung nach Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 bereits dann vorliege, wenn ein Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten würden, unmittelbar oder mittelbar erkennbar gemacht würden. Er wies darauf hin, dass auch hier der Gemein-

8 — Dies gilt für die Aussage „Champagnebier".

9 — Dies gilt für bestimmte Hinweise auf Schaumwein oder Champagner und auf den Geschmack oder die Herstellungsweise von Champagner.

10 — Ich beziehe mich vor allem auf die Angaben „BRUT", „RESERVE" und „méthode traditionnelle", vgl. Vorlageurteil, Randnr. 21.

11 — Vgl. Vorlageurteil, Randnr. 24.

12 — Urteil vom 25. Oktober 2001 in der Rechtssache C-112/99 (Slg. 2001, I-7945, Randnrn. 29 bis 31).

schaftsgesetzgeber eine weite Definition gewählt habe, und führte aus, dass nach der sechsten Begründungserwägung der Richtlinie 97/55 [13] der Begriff der vergleichenden Werbung breit gefasst werden sollte, um alle Arten der vergleichenden Werbung abzudecken. Der Gerichtshof kam daher zum Ergebnis, dass es sich um eine vergleichende Werbung im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 schon dann handele, wenn eine Äußerung in einer beliebigen Form vorliege, die — auch nur mittelbar — auf einen Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die dieser anbietet, Bezug nehme [14]. Hierbei sei es ohne Belang, ob ein Vergleich zwischen den vom Werbenden angebotenen Erzeugnissen und Dienstleistungen und denjenigen des Mitbewerbers vorliege.

29. Der CVIC, Veuve Clicquot und die belgische Regierung sind der Ansicht, dass sich aufgrund dieser Feststellung des Gerichtshofes eine Auslegung des Begriffes der vergleichenden Werbung im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a begründen lasse, die so weit sei, dass auch der Fall erfasst werde, dass in einer Werbebotschaft auf eine Warengattung, nicht aber auf ein bestimmtes oder mehrere bestimmte Unternehmen oder auf deren Erzeugnisse oder Dienstleistungen Bezug genommen werde.

30. Ich bin nicht der Auffassung, dass die weite Fassung des Begriffes der vergleichenden Werbung in dieser Vorschrift entscheidend für die Antwort auf die Frage des vorlegenden Gerichts ist.

31. Zunächst wird in der sechsten Begründungserwägung der Richtlinie 97/55 im Wesentlichen betont, dass der Begriff „vergleichende Werbung" breit gefasst werden *sollte*. Die Begründungserwägung besagt zwar auch, dass der Begriff *alle Arten* der vergleichenden Werbung abdecken sollte, und vermittelt damit den Eindruck, als verlange sie eine weite Fassung des breit angelegten Begriffes. Doch darf nicht die Tautologie übersehen werden, in der sich diese Begründungserwägung verfängt, wenn sie letztlich zu sagen scheint, dass jede vergleichende Werbung als vergleichende Werbung anzusehen ist. Sie bietet daher wenig Hilfe für die Prüfung der ersten Vorlagefrage.

32. Liegt andererseits, wie der Gerichtshof im Urteil Toshiba feststellt, vergleichende Werbung nach Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 bereits dann vor, wenn ein Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, unmittelbar oder mittelbar erkennbar gemacht werden, so soll in der sechsten Begründungserwägung der Richtlinie 97/55 offensichtlich auf alle die vielen Arten Bezug genommen werden, in der die genannten Erzeugnisse oder Dienstleistungen erkennbar gemacht werden können, ohne damit jedoch festzulegen, was unter „Erkennbarmachen" zu verstehen ist.

13 — Diese Begründungserwägung lautet: „Der Begriff ‚vergleichende Werbung' sollte breit gefaßt werden, so dass alle Arten der vergleichenden Werbung abgedeckt werden."

14 — In diesem Sinne vgl. auch Urteil des Gerichtshofes vom 8. April 2003 in der Rechtssache C-44/01 (Pippig, Slg. 2001, Randnr. 35).

33. Es ist dem Wortlaut der Richtlinie 97/55 schwer zu entnehmen, ob der Gesetzgeber durch die Richtlinie den Vergleich mit einem bestimmten oder bestimmbaren Mitbewerber oder mit seinen Erzeugnissen oder Dienstleistungen (oder zumindest die Vorstellung eines solchen Mitbewerbers oder seiner Erzeugnisse oder Dienstleistungen) in all seinen (ihren) verschiedenen Erscheinungsformen regeln wollte oder ob er hiermit auch andere Arten von Werbung einheitlich regeln wollte, wie z. B. den Vergleich mit einem imaginären oder nicht identifizierbaren Mitbewerber, den Vergleich mit der Gesamtheit der Mitbewerber (z. B. in der Form der so genannten Superlativwerbung) oder den Vergleich zwischen Produktions- oder Vertriebssystemen.

34. Meines Erachtens geht es daher weniger um die Weite des Begriffes der vergleichenden Werbung, wie er in der Richtlinie 97/55 verwendet wird, als um die Unsicherheit bei der Auslegung dieses Begriffes und der sonstigen Aspekte der Richtlinie, die im Übrigen wegen der fehlenden Homogenität des in Frage stehenden Ansatzes, die das Recht der Mitgliedstaaten bis dahin gekennzeichnet hatte, erst nach einem langen und mühevollen Rechtsetzungsverfahren verabschiedet wurde [15].

35. Daher deutet der Wortsinn des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 vor allem durch die Verwendung der Worte „erkennbar macht" und „einen Mitbewerber" (also im Singular) darauf hin, dass unter die fragliche Definition nicht die Werbung fällt, die sich auf eine Warengattung bezieht und keine Möglichkeit gibt, *aus der Gesamtheit der Mitbewerber* einen *bestimmten* oder mehrere *bestimmte* Mitbewerber (oder das betreffende Erzeugnis) auch nur mittelbar zu individualisieren.

36. Im Hinblick auf das von der Richtlinie 97/55 verfolgte Ziel hingegen ist festzuhalten, dass die Richtlinie „die wesentlichen Vorschriften für Form und Inhalt der Werbung" vereinheitlichen und „die Bedingungen für vergleichende Werbung in den Mitgliedstaaten" harmonisieren sollte (zweite Begründungserwägung), indem sie vor allem „die Bedingungen [festlegt], unter denen vergleichende Werbung zulässig ist".

37. In dem zuletzt genannten Zusammenhang legt die Richtlinie 97/55 durch Einfügung des Artikels 3a in die Richtlinie 84/450 die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der vergleichenden Werbung fest [16], mit denen, wie sich aus der siebten

15 — Der erste Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die vergleichende Werbung zur Änderung der Richtlinie 84/450 stammt aus dem Jahr 1991 (ABl. C 180, S. 14). Ein geänderter Vorschlag nach Stellungnahmen des Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Europäischen Parlaments wurde von der Kommission 1994 vorgelegt (ABl. C 136, S. 4) und mit Änderungen nach Durchführung eines mehrgliedrigen Mitentscheidungsverfahrens erst 1997 angenommen.

16 — Vgl. Artikel 1 der Richtlinie 84/450, der wie folgt lautet: „Zweck dieser Richtlinie ist der Schutz der Verbraucher, der Personen, die einen Handel oder ein Gewerbe betreiben oder ein Handwerk oder einen freien Beruf ausüben, sowie der Interessen der Allgemeinheit gegen irreführende Werbung und deren unlautere Auswirkungen *und die Festlegung der Bedingungen für zulässige vergleichende Werbung*" (Hervorhebung nur hier).

Begründungserwägung der Richtlinie 97/55 ergibt, „festgelegt wird, welche Praktiken der vergleichenden Werbung den Wettbewerb verzerren, die Mitbewerber schädigen und die Entscheidung der Verbraucher negativ beeinflussen können".

38. Dies bedeutet, dass sich Artikel 3a der Richtlinie 84/450 nicht darauf beschränkt, die Mitgliedstaaten dazu zu verpflichten, die vergleichende Werbung — im Sinne der hier in ihrer Tragweite fraglichen Definition des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie — als zulässig anzusehen, die die in der Richtlinie aufgeführten Bedingungen erfüllt. Wäre dies der Fall, wäre es den Mitgliedstaaten unbenommen, eine Regelung für die vergleichende Werbung vorzusehen, die diese Bedingungen nicht erfüllt. Artikel 3a bewirkt vielmehr auch, dass es den Mitgliedstaaten untersagt ist, eine vergleichende Werbung zuzulassen, die die Bedingungen nicht erfüllt.

39. Je weiter daher die Definition der vergleichenden Werbung im Sinne der Richtlinie 84/450 gefasst wird, desto eher fallen unterschiedliche Arten von Werbung unter die recht strenge Regelung des Artikels 3a. Diese verlangt z. B. in Absatz 1 Buchstabe c, dass die vergleichende Werbung, die einen Vergleich enthält, „objektiv eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften [der] Waren und Dienstleistungen [vergleicht]", auf die sie sich bezieht.

40. Die elfte Begründungserwägung der Richtlinie 97/55 stellt klar, dass „[d]ie Bedingungen für vergleichende Werbung ... kumulativ sein und uneingeschränkt eingehalten werden [sollten]" [17]. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass *jede* vergleichende Werbung, „was den Vergleich anbelangt" [18], *alle* in Artikel 3a aufgeführten Bedingungen erfüllen muss, weshalb, falls sie einen Vergleich enthält, der Vergleich insbesondere die in Absatz 1 Buchstabe b genannten Merkmale aufweisen muss.

41. Würde man daher die erste Vorlagefrage bejahen, wie es der CIVC, Veuve Clicquot und die belgische Regierung wünschen, würde man u. a. bestätigen, dass weniger aggressive Arten von Werbung wegen Verstoßes gegen Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe c unzulässig sind, z. B. die *allgemeine* [19]

17 — Dass die Anforderungen des Artikels 3a Absatz 1 der Richtlinie 84/450 kumulativ erfüllt sein müssen, wird vom Gerichtshof im Urteil Pippig (Randnr. 54) festgestellt.

18 — Die Wendung „was den Vergleich anbelangt" kehrt an verschiedenen Stellen der Richtlinie 97/55 wieder: vgl. siebte Begründungserwägung, Artikel 3a Absatz 1, eingefügt in die Richtlinie 84/450 durch die Richtlinie 97/55, und Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie 84/450 in der Fassung der Richtlinie 97/55.

19 — Also ohne Bezug auf bestimmte Umstände.

Behauptung oder Inanspruchnahme von Überlegenheit, Führung, Einzigartigkeit und Exklusivität in Bezug auf alle Mitbewerber (meistens mit Hilfe des relativen Superlativs, z. B. der Beste, der Beliebteste), die zur Zeit des Erlasses der Richtlinie 97/55 nach dem innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten allgemein als zulässig angesehen wurde [20], sofern sie keine die Mitbewerber herabsetzenden Hinweise enthielt und insoweit harmlose Marktschreierei (*puffery*) war.

42. Ich neige zu der Annahme, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber, wenn er die Mitgliedstaaten hätte verpflichten wollen, diese nach dem Recht der Mitgliedstaaten meist zulässigen Arten von Werbung zu untersagen, dies in der Richtlinie 97/55 deutlicher zum Ausdruck gebracht hätte. Aus den Begründungserwägungen der Richtlinie 97/55 geht vielmehr hervor, dass das Ziel des Gemeinschaftsgesetzgebers im Wesentlichen darin bestand, solche Arten von Werbung, die die Unterrichtung der Verbraucher ermöglichen und trotzdem nach dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten noch verboten waren [21], zu liberalisieren, auch wenn sie dabei bestimmten Zulässigkeitsvoraussetzungen unterworfen wurden.

43. Eine Auslegung des Begriffes der vergleichenden Werbung im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450, die am Ende auch die schwächeren Formen der so genannten Superlativwerbung unter die Richtlinie und somit unter die von ihr aufgestellten Zulässigkeitsvoraussetzungen fallen ließe mit der Folge, dass sie verboten wären, ist meines Erachtens umso unangemessener, als die Richtlinie 84/450 auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abstellt [22], eines Verbrauchers also, der mit hinreichender Kritikfähigkeit ausgestattet ist, um bei seinen Kaufentscheidungen allgemeine Marktschreierei von einer Aussage mit Informationsgehalt unterscheiden zu können.

44. Ließe man ferner die Auslegung zu, wonach der Begriff der vergleichenden Werbung im Sinne der Richtlinie 84/450 nicht erfordert, dass ein *bestimmter* oder mehrere *bestimmte* Mitbewerber oder die betreffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen erkennbar wird bzw. werden, so ergäbe sich aus der Richtlinie 97/55 eine sehr restriktive Wirkung auch für die Formen von Werbung, die einen nicht allgemeinen Vergleich mit der Gesamtheit der Konkurrenzerzeugnisse oder mit einem nicht identifizierbaren Mit-

20 — Sogar meines Wissens in Ländern wie Deutschland, Italien und Luxemburg, in denen sehr restriktive Regelungen im Bereich der vergleichenden Werbung galten.

21 — Vgl. insbesondere fünfte Begründungserwägung, in der es u. a. heißt, dass „[v]ergleichende Werbung ..., wenn sie wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften vergleicht und nicht irreführend ist, ein zulässiges Mittel zur Unterrichtung der Verbraucher über ihre Vorteile darstellen [kann]".

22 — Urteile des Gerichtshofes Pippig (Randnr. 55) und vom 19. September 2006 in der Rechtssache C-356/04 (Lidl, Slg. 2006, I-8501, Randnr. 78). Vgl. auch mit Hinweis auf andere Gemeinschaftsregelungen zum Schutz der Verbraucher vor irreführenden Angaben in der Verordnung (EWG) Nr. 1907/90 des Rates vom 26. Juni 1990 über bestimmte Vermarktungsnormen für Eier (ABl. L 173, S. 5) bzw. in der Richtlinie 76/768/EWG des Rates vom 27. Juli 1976 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel (ABl. L 262, S. 169) zum einen Urteil des Gerichtshofes vom 16. Juli 1998 in der Rechtssache C-210/96 (Gut Springenheide GmbH und Tusky, Slg. 1998, I-4657, Randnr. 37) und zum anderen die Urteile des Gerichtshofes vom 13. Januar 2000 in der Rechtssache C-220/98 (Estée Lauder, Slg. 2000, I-117, Randnrn. 27 bis 30) und vom 24. Oktober 2002 in der Rechtssache C-99/01 (Linhart und Biffl, Slg. 2002, I-9375, Randnr. 31).

bewerber aufstellen („*X brand*"). Angesichts der Unbestimmtheit der bei solchen Vergleichen verwendeten Vergleichspaare nämlich können diese Formen von Werbung kaum die in Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe c vorgeschriebene Bedingung der *Nachprüfbarkeit* erfüllen.

45. Andererseits kann meines Erachtens auch nicht davon ausgegangen werden, dass die oben in den Nummern 41 und 44 angeführten Formen von Werbung deswegen unter den Begriff der vergleichenden Werbung im Sinne der Richtlinie 84/450 fallen müssen, weil ihnen letztlich — zumindest mittelbar — ein Vergleich zugrunde liegt. Insoweit ist daran zu erinnern, dass es sich nach dem Urteil Toshiba [23] nicht schon dann um eine vergleichende Werbung im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie handelt, wenn ein Vergleich vorliegt (*der sogar auch fehlen kann*), sondern erst, wenn — auch nur mittelbar — auf einen Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die dieser anbietet, Bezug genommen wird.

46. Angesichts der oben dargelegten Erwägungen und unter Berücksichtigung des Wortlauts des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 bin ich der Auffassung, dass die genannte Vorschrift dahin auszulegen ist, dass eine vergleichende Werbung nur dann vorliegt, wenn die Angabe sich — auch nur mittelbar — auf einen *bestimmten* oder mehrere *bestimmte* Mitbewerber oder auf die betreffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen bezieht.

47. Meines Erachtens sollte darauf hingewiesen werden, dass die Frage, ob in der Werbeaussage ein *bestimmter* oder mehrere *bestimmte* Mitbewerber oder deren Waren oder Dienstleistungen erkennbar sind, aus der Sicht des Verbrauchers zu beurteilen ist, genauer gesagt aus der Sicht des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers, nicht aber aus der Sicht des Mitbewerbers. Entscheidend ist die Beurteilung, ob in diesem Verbraucher angesichts der Werbeaussage die Vorstellung eines *bestimmten* Mitbewerbers oder mehrerer *bestimmter* Mitbewerber des Werbenden (oder der betreffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen) hervorgerufen würde. Entscheidend ist somit nicht, dass ein bestimmter Mitbewerber sich individuell von der Werbeaussage betroffen fühlt.

48. Die Arten, wie der Mitbewerber (oder die betreffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen) erkennbar gemacht wird (werden), können vielfältig sein: Abgesehen von den Arten der unmittelbaren Identifizierung (Bezugnahme auf die Handelsbezeichnung des Mitbewerbers, auf dessen Marken oder dessen Kennzeichnungsmittel) sind unterschiedliche Arten mittelbarer Identifizierung vorstellbar, die z. B. durch Bezugnahme auf für das Unternehmen des Mitbewerbers typische tatsächliche Umstände, auf seine Mitteilung (z. B. Slogans oder Testimonials), auf seine Marktposition (z. B. als Marktführer), auf besondere Eigenschaften seiner Erzeugnisse oder Dienstleistungen oder auf jeden anderen Gesichtspunkt erfolgen, den der Verbraucher als eine Anspielung auf diesen *bestimmten* Mitbewerber oder auf die betreffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen verstehen könnte.

23 — Randnrn. 29 und 31.

49. Nichts spricht selbstverständlich dagegen, dass die Bezugnahme in der Werbeaussage auf eine Warengattung unter bestimmten Umständen in dem oben genannten Verbraucher ebenfalls die Vorstellung von einem *bestimmten* oder mehreren *bestimmten* Mitbewerbern oder den betreffenden Erzeugnissen oder Dienstleistungen hervorrufen kann.

50. Dies gilt z. B. dann, wenn die Warengattung, auf die die Werbeaussage Bezug nimmt, außer vom Werbenden nur von einem einzigen anderen Mitbewerber angeboten wird (Duopol) oder wenn die Werbeaussage sich auf eine Warengattung bezieht, die nur ein Unternehmen liefert und sich von der Warengattung unterscheidet, die vom Werbenden angeboten wird, mit dieser jedoch konkurriert.

51. Ich räume ein, dass, wie die Kommission vorgeschlagen hat, die Bezugnahme auf eine Warengattung unter den gegebenen Umständen mittelbar eine größere Zahl von Mitbewerbern (zwei oder mehr) erkennbar machen kann, vorausgesetzt, diese erscheinen in der Vorstellung des Verbrauchers *in ihrer Individualität*. Insbesondere kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Bezugnahme auf eine Warengattung, die bei Vorliegen eines engen Oligopols von solchen Unternehmen angeboten wird, die sämtlich der Öffentlichkeit bekannt sind, dem Verbraucher erlaubt, sich jedes einzelne Unternehmen in seiner Individualität vorzustellen.

52. Ich teile dagegen nicht die Auffassung des CIVC und von Veuve Clicquot, die, wie mir scheint, in der mündlichen Verhandlung im Wesentlichen auch von der französischen Regierung vertreten worden ist, wonach die Bezugnahme auf ein Erzeugnis mit Herkunftsangabe für sich genommen ausreicht, um die Identifizierung nach Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 zu ermöglichen.

53. Unerheblich ist die Frage, ob eine solche Bezugnahme als Bezugnahme auf eine Warengattung oder vielmehr, wie von dem CIVC und von Veuve Clicquot vertreten, auf „ganz bestimmte Erzeugnisse" ausgelegt werden kann, die genaue, auf ihrer besonderen geografischen Herkunft beruhende Merkmale aufweisen. Zwar muss, wie von diesen Beteiligten und der französischen Regierung vorgetragen, die von der Vorschrift geforderte Identifizierung nicht notwendigerweise einen *Mitbewerber* zum Gegenstand haben, da sie sich auch auf die *Erzeugnisse* oder *Dienstleistungen* eines Mitbewerbers beziehen kann. Da sich aber die Vorschrift jedenfalls auf die Erzeugnisse oder Dienstleistungen *eines Mitbewerbers* bezieht, und, wie oben ausgeführt, unter „einem Mitbewerber" ein *bestimmter* Mitbewerber zu verstehen ist, der also vom Verbraucher in seiner Individualität wahrgenommen wird, zeigt sich, dass das Vorbringen des CIVC, von Veuve Clicquot und der französischen Regierung ins Leere geht.

54. Dasselbe gilt für das Argument des CIVC und von Veuve Clicquot, dass die

Zahl der Wirtschaftsteilnehmer, die eine Herkunftsbezeichnung verwenden dürften, feststehe. Der Umstand, dass diese Wirtschaftsteilnehmer einen festen Kreis bilden können und demzufolge abstrakt genau bestimmt werden können, bedeutet nicht, dass der Durchschnittsverbraucher angesichts einer Werbeaussage, die auf die Herkunftsbezeichnung anspielt, zwingend dazu gebracht wird, sich jeden dieser Wirtschaftsteilnehmer in seiner Individualität vorzustellen.

55. Es ist somit Sache des vorlegenden Gerichts, zu beurteilen, ob die streitigen Angaben und Aussagen von De Landtsheer nach dem Gesamtzusammenhang der Werbeaussage, in dem sie stehen [24], und damit auch im Lichte der sonstigen Bestandteile selbst grafischer oder dekorativer Art, aus denen sich die Werbeaussage zusammensetzt, unter Berücksichtigung der Kenntnisse, die der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher über den Markt hat, geeignet sind, diesen Verbraucher in die Lage zu versetzen, ein *bestimmtes* oder mehrere *bestimmte* Unternehmen oder die betreffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen zu identifizieren.

56. Ich schlage daher dem Gerichtshof vor, die erste Vorlagefrage wie folgt zu beantworten:

Die Bezugnahme in einer Werbeaussage auf eine Warengattung erfüllt für sich allein nicht das Erfordernis der Identifizierung gemäß Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 in dem Sinne, dass sie jedes Unternehmen erkennbar machen würde, welches diese Warengattung oder die betreffenden Erzeugnisse anbietet. Eine solche Bezugnahme kann einen Mitbewerber oder die von diesem angebotenen Erzeugnisse nur dann mittelbar erkennbar machen im Sinne der genannten Vorschrift, wenn sie unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher in die Lage versetzt, sich ein bestimmtes oder mehrere bestimmte Unternehmen, die diese Warengattung anbieten, oder die betreffenden Erzeugnisse vorzustellen.

Zur zweiten Vorlagefrage

57. Die zweite Vorlagefrage, die sich in mehrere Fragen gliedert, betrifft in erster Linie die Feststellung, ob ein Wettbewerbsverhältnis im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 zwischen dem Werbenden und dem anderen Unternehmen vorliegt, das (oder dessen Erzeugnisse oder Dienstleistungen) die genannte Werbeaussage erkennbar macht. Auch nach dieser Frage soll somit der Anwendungsbereich der mit der Richtlinie 97/55 eingefügten Regelung geklärt werden. Darüber hinaus wird

24 — Aus dem Urteil Toshiba (Randnrn. 57 und 58) geht hervor, dass bei der Beurteilung, welche Wirkung eine in der Werbung benutzte Angabe bei den angesprochenen Verkehrskreisen haben kann, zu berücksichtigen ist, wie diese Werbung insgesamt präsentiert wird. Vgl. auch Urteil Lidl (Randnr. 79).

mit der Frage außerdem eine Auslegung der Tragweite der Bedingung für die Zulässigkeit nach Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie begehrt.

58. Das vorlegende Gericht möchte vor allem wissen, ob vor dem Hintergrund einer Gegenüberstellung von Artikel 2 Nummer 2a und Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 84/450 davon auszugehen ist, dass „Mitbewerber" im Sinne der erstgenannten Vorschrift jedes Unternehmen ist, das durch die Werbeaussage erkennbar gemacht wird, unabhängig somit von den Erzeugnissen oder Dienstleistungen, die es anbietet (Frage 2 Buchstabe a).

59. Für den Fall, dass diese Frage zu verneinen ist, möchte das vorlegende Gericht vom Gerichtshof wissen, welche Kriterien bei der Beurteilung anzuwenden sind, ob das Wettbewerbsverhältnis im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 vorliegt (Frage 2 Buchstaben b, c und d).

60. Schließlich möchte das vorlegende Gericht wissen, ob diese Kriterien und die Kriterien zur Feststellung, ob die Bedingung für die Zulässigkeit nach Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b erfüllt ist, identisch sind (Frage 2 Buchstabe e).

61. Die Frage unter Buchstabe a ist meines Erachtens ohne weiteres zu verneinen. Wie von De Landtsheer und der Kommission vorgetragen, lässt der Wortlaut des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 keinen Zweifel: Eine vergleichende Werbung setzt voraus, dass durch sie ein *konkurrierendes* Unternehmen (oder die betreffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen), nicht aber irgendein Unternehmen (oder die betreffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen) erkennbar wird (werden). Die Beurteilung der Erzeugnisse und Dienstleistungen, die von dem erkennbar gemachten Unternehmen angeboten werden, ist somit, ebenso wie die Beurteilung der vom Werbenden angebotenen Erzeugnisse und Dienstleistungen, entscheidend für die Prüfung, ob die Werbung sich auf einen Mitbewerber bezieht und es sich damit um eine vergleichende Werbung im Sinne der genannten Vorschrift handelt.

62. Der Umstand, der beim vorlegenden Gericht offenbar Zweifel entstehen ließ und darin besteht, dass ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Erzeugnissen, die Gegenstand des Werbevergleichs sind, nach Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b auch als Bedingung für die Zulässigkeit der Werbung erforderlich ist, verlangt keineswegs eine Auslegung des Artikels 2 Nummer 2a, die sich derart offensichtlich von seinem Wortsinn entfernt.

63. Es erscheint mir angebracht, darauf hinzuweisen, dass die Legaldefinition der

vergleichenden Werbung nicht verlangt, dass die Erzeugnisse, auf die sich eventuell der Vergleich in der Werbung bezieht, miteinander konkurrieren. Entscheidend ist, dass der Werbende und das andere Unternehmen, das (oder dessen Erzeugnis) durch die Werbung erkennbar gemacht wird, *mit irgendeinem Teil der Palette* von Erzeugnissen oder Dienstleistungen, die von ihnen angeboten werden, miteinander im Wettbewerb stehen.

64. Dass das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a nicht nur in Bezug auf die Erzeugnisse oder Dienstleistungen beurteilt werden darf, auf die sich die Werbung bezieht, ergibt sich aus dem Umstand, dass diese Vorschrift nicht die Identifizierung von *konkurrierenden* Erzeugnissen oder Dienstleistungen verlangt, sondern von „Erzeugnisse[n] oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden", bzw. alternativ der Person oder Situation „eine[s] Mitbewerber [s]" (institutionelle oder persönliche Werbung). Im letztgenannten Fall könnte, da ein besonderes Erzeugnis oder eine besondere Dienstleistung nicht erkennbar gemacht wird, offensichtlich nicht beurteilt werden, ob in Bezug auf die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die Gegenstand der Werbung sind, ein Wettbewerbsverhältnis vorliegt.

65. Ich stimme mit der belgischen Regierung und der Kommission darin überein, dass das Wettbewerbsverhältnis im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a weit auszulegen ist. Die Prüfung, ob im Einzelfall ein solches Wettbewerbsverhältnis vorliegt, darf insbesondere nicht *in toto* nach den Kriterien für die Definition des relevanten Marktes erfolgen, die die Kommission in der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (im Folgenden: Bekanntmachung über den relevanten Markt) aufgestellt hat [25], auf die in den schriftlichen Erklärungen Bezug genommen worden ist.

66. Hauptzweck der Definition des relevanten Marktes im Rahmen der Anwendung der Wettbewerbsregeln ist es bekanntlich, die Wettbewerbskräfte zu ermitteln, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben, und die Möglichkeit zu geben, die Markmacht jedes dieser Unternehmen zu beurteilen [26]. Im Rahmen dieser Beurteilung hat in erster Linie die Substituierbarkeit von Produkten auf der Nachfrageseite Bedeutung, also der Vorgang, bei dem die Produkte von den Abnehmern als austauschbar angesehen werden. Diese Substituierbarkeit hängt naturgemäß davon ab, dass die Produkte geeignet sind, dasselbe Bedürfnis des Abnehmers zu befriedigen.

67. Da jedoch das Ziel der Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen des Wettbewerbsrechts in der Ermittlung der Unternehmen besteht, die für die beteiligten Unternehmen eine wirksame Wettbewerbsbindung bedeuten, die also in der Lage sind,

25 — ABl. 1997, C 372, S. 5.

26 — In diesem Sinne vgl. Nr. 2 der Bekanntmachung über den relevanten Markt.

dem Verhalten dieser Unternehmen, insbesondere aber ihren Preisentscheidungen Schranken zu setzen, konzentriert sich die Untersuchung in diesem Zusammenhang, vor allem mit Hilfe der Einschätzung der Preiskreuzelastizitäten der Nachfrage nach den untersuchten Produkten, auf die Ermittlung eines erheblichen Grades von Substituierbarkeit zwischen den genannten Produkten. Wie in der Bekanntmachung über den relevanten Markt dargelegt [27], steht aus verfahrensmäßigen und praktischen Erwägungen bei der Abgrenzung des relevanten Marktes die Nachfragesubstitution aufgrund kleiner, dauerhafter Änderungen bei den relativen Preisen im Mittelpunkt. Insbesondere wird davon ausgegangen, dass das Produkt eines anderen Unternehmens das Preisgebaren des betreffenden Unternehmens kurzfristig beschränkt, wenn bei einer angenommenen kleinen, bleibenden Erhöhung der Preise für die betreffenden Produkte und Gebiete die Substitution zwischen den beiden Produkten so groß wäre, dass eine Erhöhung des angenommenen Preises nicht mehr einträglich wäre [28].

68. Die Anwendung dieser Kriterien bei der Prüfung, ob ein Wettbewerbsverhältnis im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 vorliegt, erscheint mir unangemessen. Die Perspektive, die in diesem Zusammenhang zu gelten hat, ist eine ganz andere.

69. Hauptziel der Werbung ist es, die Kaufentscheidungen der Verbraucher zu beeinflussen, um die Nachfrage nach dem beworbenen Produkt zu erhöhen; Hauptziel der vergleichenden Werbung dagegen ist es meist, die Nachfrage nach dem Erzeugnis eines anderen Unternehmens auf das Erzeugnis des Werbenden zu verlagern. Der Gemeinschaftsgesetzgeber steht der vergleichenden Werbung wohlwollend gegenüber, da sie unter bestimmten Voraussetzungen die Verbraucher unterrichten und den Wettbewerb zwischen den Anbietern von Waren und Dienstleistungen im Interesse der Verbraucher fördern kann [29]. Er hat die vergleichende Werbung jedoch einer Reihe von Bedingungen unterworfen, die verhindern sollen, dass sie den Wettbewerb verzerrt, die Mitbewerber schädigt und die Entscheidung der Verbraucher negativ beeinflusst [30].

70. Daraus folgt, dass das nach Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 erforderliche Wettbewerbsverhältnis nicht dasjenige ist, das eine wirksame Wettbewerbsbindung für das unabhängige Geschäftsverhalten des betroffenen Unternehmens darstellt, sondern dasjenige, dass einen Zuwachs an Kaufentscheidungen der Verbraucher einerseits und ein Interesse an wettbewerbswidrigen Werbepraktiken (und somit die Gefahr ihrer Anwendung) andererseits fördern kann.

27 — Vgl. Nr. 15.

28 — Vgl. Bekanntmachung über den relevanten Markt, Nrn. 16 bis 18.

29 — Vgl. zweite und fünfte Begründungserwägung der Richtlinie 97/55.

30 — Vgl. siebte Begründungserwägung der Richtlinie 97/55.

71. Unter diesem Gesichtspunkt ist meines Erachtens davon auszugehen, dass Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 für das in ihm bezeichnete Wettbewerbsverhältnis keinen erheblichen Grad an Substituierbarkeit zwischen den Produkten der beteiligten Unternehmen verlangt, wie dies jedoch normalerweise erforderlich ist, um im Wettbewerbsrecht zum Ergebnis kommen zu können, dass die Produkte ein und demselben relevanten Markt angehören.

72. Wie von der Kommission vorgeschlagen, genügt es, dass zwischen den Produkten der beteiligten Unternehmen ein gewisser Grad an Substituierbarkeit vorhanden ist. Dieser kann daher auch beschränkt sein. Mit anderen Worten, ein Wettbewerbsverhältnis kann angenommen werden, selbst wenn ein erheblicher Substitutionseffekt nur bei einer starken Schwankung des relativen Preises der Produkte eintreten würde, meines Erachtens sogar dann, wenn eine starke Schwankung dieses Preises nur einen mäßigen Substitutionseffekt hervorrufen würde.

73. Somit können als Wettbewerber im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a nicht nur, wie De Landtsheer behauptet, solche Unternehmen angesehen werden, die bei Anwendung der Wettbewerbsregeln in denselben relevanten Markt einbezogen sind.

74. Angesichts der Gefahr, dass das in der Werbung erkennbar gemachte Unternehmen durch den Werbevergleich (oder auch nur durch die ohne Vergleich erfolgte Identifizierung) einen konkreten Schaden erleiden kann, sollte es meines Erachtens möglich sein, ein Wettbewerbsverhältnis im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 auch dann festzustellen, wenn der Werbende derzeit keine Produkte anbietet, die auf der Nachfrageseite die Produkte des genannten Unternehmens substituieren können, oder sie zwar anbietet, aber auf einem anderen räumlichen Markt tätig ist. Der Werbende könnte ein potenzieller Mitbewerber des in der Werbung erkennbar gemachten Unternehmens sein und ein Interesse daran haben, dessen Ansehen in Misskredit zu bringen, um den Boden für seinen späteren Eintritt in den Markt vorzubereiten, in dem dieses Unternehmen tätig ist.

75. Mit der belgischen Regierung und der Kommission stimme ich daher überein, dass im Rahmen des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 auch der nur potenzielle Wettbewerb zu berücksichtigen ist [31].

76. Eine potenzielle Wettbewerbssituation kann insbesondere bei einer starken Ange-

31 — Im Wettbewerbsrecht wird dagegen der potenzielle Wettbewerb — abgesehen unter Umständen von dem, der aufgrund einer starken Angebotssubstituierbarkeit besteht — bei der Abgrenzung des relevanten Marktes nicht berücksichtigt, gegebenenfalls allerdings in einer späteren Stufe, z. B. bei der Prüfung, ob eine beherrschende Stellung auf diesem Markt im Sinne des Artikels 82 EG vorliegt, oder bei der Würdigung der Auswirkungen eines bestimmten Zusammenschlussvorhabens auf das Wettbewerbsverhalten. Vgl. Bekanntmachung über den relevanten Markt, Nrn. 14 und 24.

botssubstituierbarkeit bestehen. Die Angebotssubstituierbarkeit ist bekanntlich für die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Anwendung der Wettbewerbsregeln maßgeblich, wenn sie für die beteiligten Unternehmen eine wirksame Wettbewerbsbindung darstellt. Ein Unternehmen muss bei der Festlegung der eigenen Geschäftspolitik in Rechnung stellen, dass einige Unternehmen — die derzeit nicht dasselbe Produkt (oder eine Vielzahl solcher Produkte), sondern ein anderes, aus der Sicht der Verbraucher nicht substituierbares Produkt (oder eine Vielzahl solcher Produkte) herstellen — in der Lage sein können, ihre Produktion kurzfristig umzustellen und ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken zu gewärtigen, um auch selbst das fragliche Produkt (oder eine Vielzahl solcher Produkte) in Reaktion auf kleine, dauerhafte Änderungen bei dem relativen Preis anzubieten. Ist diese Fähigkeit in erheblichem Umfang gegeben, umfasst der Produktmarkt für die Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht nur alle von der Nachfrage, sondern auch alle nur vom Angebot her substituierbaren Produkte [32].

77. Das ist aber nicht alles. Oft ist zu beobachten, dass die Werbung u. a. dazu neigt, die Markentreue zu stärken und die Nachfrageelastizität des beworbenen Erzeugnisses, also seine Ersetzbarkeit, zu verringern. Die Werbung neigt jedoch umgekehrt auch dazu, dem Verbraucher zu suggerieren, dass es neue Möglichkeiten gibt, das konsumierte Erzeugnis durch Ersatzerzeugnisse zu substituieren, und somit die Unersetzlichkeit der Erzeugnisse abzumildern.

78. Zu berücksichtigen ist daher, dass die Werbung nicht nur darauf abzielen kann, Marktanteile zu verlagern, sondern auch, die Nachfrage von einem Markt zum anderen zu verlagern (insbesondere zu einer anderen Produktgattung) und somit den Umfang der Märkte zu beeinflussen.

79. Die Natur dieses Instruments verlangt deshalb für das unter Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 fallende Wettbewerbsverhältnis ein Konzept, dem eine dynamische Betrachtung der Märkte zugrunde liegt.

80. Daraus folgt, und damit komme ich zu der Beantwortung der Frage 2 Buchstabe b, dass bei der Beurteilung, ob das genannte Wettbewerbsverhältnis vorliegt, nicht nur der augenblickliche Zustand des Marktes und die bestehenden Gewohnheiten der Verbraucher, sondern auch die Entwicklungsmöglichkeiten dieser Gewohnheiten und somit der Märkte selbst zu berücksichtigen sind. Zu prüfen ist mit anderen

32 — Vgl. Bekanntmachung über den relevanten Markt, Nrn. 20 bis23.

Worten, ob zwischen den vom Werbenden angebotenen Produkten und Dienstleistungen und denen, die von dem anderen Unternehmen, auf das sich die Werbung bezieht, angeboten werden, aus der Sicht der Verbraucher derzeit zwar keine Substituierbarkeit gegeben ist, jedoch Beziehungen bestehen, die erkennen lassen, dass sich die Nachfrage in Kürze, sei es auch nur teilweise und in beschränktem Umfang, von den erstgenannten Produkten und Dienstleistungen auf die letztgenannten verlagern kann.

81. Gehören darüber hinaus, und damit komme ich zur Frage 2 Buchstabe d, das vom Werbenden angebotene Produkt und das Produkt, das von dem anderen Unternehmen angeboten wird, auf das sich die Werbung bezieht, unterschiedlichen Warengattungen an [33], so darf einerseits nicht nur die abstrakte Substituierbarkeit zwischen den beiden Warengattungen betrachtet werden, sondern es ist die Substituierbarkeit zwischen den in Frage stehenden spezifischen Produkten im Hinblick auf ihre konkreten Merkmale zu beurteilen. Es liegt nämlich auf der Hand, dass besonders für Produktmärkte, die durch eine hohe Produktdifferenzierung gekennzeichnet sind, „Grenzbereiche" ermittelt werden können, in denen spezifische Produkte, die abstrakt nicht austauschbaren Warengattungen angehören, in Wirklichkeit miteinander konkurrieren.

82. Da die vergleichende Werbung, wie festgestellt, geeignet ist, die Ersetzbarkeit der Produkte auf der Nachfrageseite zu beeinflussen, darf andererseits auch nicht außer Acht gelassen werden, wie der Werbende sein Produkt durch die Werbung positioniert und welches Image er ihm geben will. Präsentiert der Werbende selbst sein Produkt als eine Alternative zu dem Produkt des Unternehmens, auf das sich die Werbung bezieht, ist meines Erachtens, auch wenn das Produkt einer anderen Warengattung angehört, zu vermuten, dass ein Wettbewerbsverhältnis im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a vorliegt, sofern nicht unter Berücksichtigung insbesondere der Natur, der Merkmale, der Bestimmung und des relativen Preises des Produkts jede Gefahr eines Übergangs der Kundschaft zu den beworbenen Produkt ausgeschlossen werden kann.

83. Bezüglich der Frage 2 Buchstabe c bin auch ich — wie alle Beteiligten des vorliegenden Verfahrens — der Auffassung, dass die Prüfung, ob zwischen dem Werbenden und dem anderen Unternehmen, auf das sich die Werbung bezieht, ein Wettbewerbsverhältnis im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 besteht, für das Gemeinschaftsgebiet vorzunehmen ist, in dem die Werbung verbreitet wird.

84. Hierzu möchte ich allerdings zwei Bemerkungen machen.

33 — So verhält es sich im vorliegenden Fall nach den Feststellungen des vorlegenden Gerichts, das die streitigen Werbeaussagen dahin auslegt, dass sie sich auf eine Warengattung (Schaumwein oder Champagner) beziehen, die sich von der Warengattung (Bier), die von De Landtsheer angeboten wird, unterscheidet.

85. Erstens weise ich darauf hin, dass die mit der Kontrolle über die vergleichende Werbung befassten nationalen Stellen (Gerichte oder Verwaltungsbehörden) nach Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 84/450 nur für die Werbung zuständig sind, die in ihrem nationalen Hoheitsbereich verbreitet wird. Der Umstand, dass der Verbreitungsbereich der fraglichen Werbung gegebenenfalls auch das Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten umfasst, berechtigt die genannten nationalen Stellen daher nicht zu der Annahme, dass das von Artikel 2 Nummer 2a geforderte Wettbewerbsverhältnis festgestellt wurde, wenn dieses nur im Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten, nicht aber auf dem eigenen sichtbar wird.

86. So darf z. B. im vorliegenden Fall die Cour d'appel Brüssel nicht davon ausgehen, dass sich die streitigen Werbeaussagen auf einen Mitbewerber oder ein Erzeugnis eines Mitbewerbers im Sinne des Artikels 22 LPCC und des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 beziehen, wenn feststeht, dass ein Wettbewerbsverhältnis zwischen einerseits De Landtsheer und andererseits den durch die genannten Werbeaussagen erkennbar gemachten Herstellern von Schaumwein oder Champagner nicht in Belgien, sondern in einem anderen Teil des Gemeinschaftsgebiets, in dem die Werbeaussagen verbreitet werden, besteht [34].

87. Selbstverständlich kann ein Wettbewerbsverhältnis, das zwischen den fraglichen Erzeugnissen in einem anderen Teil des Gemeinschaftsgebiets besteht, bei der Prüfung der möglichen Entwicklungen der Verbrauchergewohnheiten im belgischen Hoheitsgebiet berücksichtigt werden.

88. Zweitens mache ich darauf aufmerksam, dass die Beschränkung der Prüfung, ob ein Wettbewerbsverhältnis im Sinne der Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 vorliegt, auf das Gebiet der Verbreitung der Werbung zur Folge hat, dass entsprechend den jeweils feststellbaren Verbrauchergewohnheiten und Marktstrukturen ein und dieselbe Werbung, wenn sie in mehreren Mitgliedstaaten verbreitet wird, in dem einen Mitgliedstaat als vergleichende Werbung im Sinne der genannten Vorschrift betrachtet werden kann, in dem anderen dagegen nicht.

89. Obwohl es im Widerspruch zu einem der Ziele der Richtlinie 97/55 stehen kann, nämlich dem der Förderung des freien Verkehrs von Werbung im Binnenmarkt [35], ist dies jedoch nicht zu vermeiden, denn es erscheint keinesfalls angemessen, die Kontrollbehörden systematisch zu verpflichten, das Vorliegen des Wettbewerbsverhältnisses europaweit zu prüfen, unabhängig von den wirklichen räumlichen Dimensionen der Märkte.

34 — Einige der Werbeaussagen, auf die sich das nationale Verfahren bezieht, sind in der Aufmachung des Erzeugnisses enthalten. Die eventuelle Vermarktung des Erzeugnisses in dieser Aufmachung auch in anderen Mitgliedstaaten würde dort zugleich auch die Verbreitung der genannten Werbeaussagen beinhalten.

35 — Vgl. dritte Begründungserwägung der Richtlinie 97/55.

90. Jedenfalls wird das Problem relativiert nicht nur durch die bestehende Tendenz zu einer räumlichen Ausdehnung der Märkte und durch die fortschreitende Entwicklung des Binnenmarkts, sondern auch durch die richtungsweisende Bedeutung, die das in anderen Bereichen der Gemeinschaft feststellbare Wirken des Wettbewerbs für eine dynamische Beurteilung der Frage haben kann, ob dieses Wettbewerbsverhältnis in dem zur Zuständigkeit der Kontrollbehörde gehörenden Verbreitungsgebiet der Werbung besteht.

91. Bezüglich der Frage 2 Buchstabe e schließlich, mit der das vorlegende Gericht wissen möchte, ob die Kriterien zur Feststellung des Wettbewerbsverhältnisses im Sinne von Artikel 2 Nummer 2a und die Kriterien zur Beurteilung, ob die Bedingung nach Artikel 3a Buchstabe b der Richtlinie 84/450 erfüllt ist, identisch sind, weise ich darauf hin, dass diese häufig mit „Homogenität" des Vergleichs umschriebene Bedingung für die Zulässigkeit einer vergleichenden Werbung, die einen Vergleich enthält, voraussetzt, dass die Werbung „Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung [vergleicht]".

92. Mit dieser Frage, die eine Auslegung auch des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe b erfordert, scheint das vorlegende Gericht für den Fall, dass der vergleichende Charakter der Werbeaussagen, die Gegenstand des nationalen Verfahrens sind, zu bejahen sein sollte, implizit davon auszugehen, dass die genannten Werbeaussagen einen Vergleich beinhalten und aus diesem Grund nur zulässig sind, wenn sie die in Artikel 3a genannten Bedingungen erfüllen. Das vorlegende Gericht hat indessen vom Gerichtshof keine Aufklärung über den Begriff des Vergleichs oder über den Anwendungsbereich des Artikels 3a als solchen verlangt. Diese Aspekte sind daher im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren nicht zu prüfen.

93. Ich stimme mit der Kommission darin überein, dass die Kriterien zur Feststellung des Wettbewerbsverhältnisses im Sinne von Artikel 2 Nummer 2a und die Kriterien zur Beurteilung, ob die Bedingung nach Artikel 3a Buchstabe b der Richtlinie 84/450 erfüllt ist, nicht identisch sind. Es liegt nämlich auf der Hand, dass, wenn dem so wäre, Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b jede praktische Wirksamkeit verlieren würde, da eine Werbung, die als vergleichende Werbung im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a einzustufen wäre, niemals gegen die in Rede stehende Zulässigkeitsbedingung verstoßen könnte.

94. Die Tragweite der Kriterien, die in den beiden gegenüberstehenden Vorschriften verwendet werden, ist somit zwangsläufig unterschiedlich. Der Begriff des Wettbe-

werbs nach Artikel 2 Nummer 2a muss weiter sein als die Bedingung für die Zulässigkeit nach Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b, so dass es Fälle vergleichender Werbung geben kann, die diese Bedingung nicht erfüllen.

95. Ich weise insoweit zunächst darauf hin, dass Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b ein Verhältnis betrifft, das zwischen den Waren oder Dienstleistungen bestehen muss, auf den sich der Vergleich in der Werbung bezieht, während, wie oben ausgeführt, das unter Artikel 2 Nummer 2a fallende Wettbewerbsverhältnis nicht zwingend zwischen diesen Waren und Dienstleistungen festgestellt sein muss, sondern in Bezug auf die gesamte Palette von Waren und Dienstleistungen bestehen kann, die vom Werbenden und von dem anderen Unternehmen, auf das sich die Werbeaussage bezieht, angeboten werden [36].

96. Ferner ist für Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b jede Beurteilung der Substituierbarkeit der Waren oder Dienstleistungen auf der Angebotsseite unerheblich, während sie für Artikel 2 Nummer 2a erheblich sein könnte (vgl. oben, Nrn. 75 und 76). Sind somit zwei Erzeugnisse auch auf der Nachfrageseite nicht substituierbar, erfüllt die Werbeaussage, die die Erzeugnisse vergleicht, nicht die Bedingung des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe b.

97. Die letztgenannte Erwägung wird im jüngst ergangenen Urteil Lidl [37] bestätigt, in dem der Gerichtshof ausführte, die von Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b aufgestellte Bedingung bedeute, dass die verglichenen Waren „für den Verbraucher einen hinreichenden Grad an Austauschbarkeit" aufweisen müssten. Die Vorschrift präzisiere das Erfordernis der Austauschbarkeit der Waren, das in der zweiten und der neunten Begründungserwägung der Richtlinie 97/55 genannt werde. Nach diesen Begründungserwägungen bezwecke das Erfordernis insbesondere, dass vergleichende Werbung dem Verbraucher für seine Kaufentscheidungen sachgerechte Informationen zur Verfügung stellen könne und dass diese Werbung nicht in einer wettbewerbswidrigen und unlauteren Weise betrieben werde.

98. Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b erfordert daher nicht, dass die verglichenen Waren oder Dienstleistungen identischer oder ähnlicher Natur sind oder derselben

36 — Hierzu ist das Beispiel einleuchtend, das die Kommission angeführt hat: Zwei „allgemeine" Automobilhersteller stehen zueinander im Wettbewerb im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a, wenn ihre Produktpaletten sich zumindest teilweise überschneiden. Die Werbung des einen, die den anderen Hersteller erkennbar macht, ist daher vergleichende Werbung, die aber wegen Nichterfüllung der Bedingung des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe b unzulässig ist, wenn sie die Großraumlimousine des einen mit dem Sportcoupé des anderen vergleicht, also Waren, die nicht für den gleichen Bedarf bestimmt sind.

37 — Randnrn. 25 bis 27.

Warengattung angehören, sondern nimmt Bezug auf die Austauschbarkeit der Waren aus der Sicht des Verbrauchers.

99. Die Bezugnahme des Gerichtshofes auf einen hinreichenden Grad an Austauschbarkeit für den Verbraucher dürfte aber nicht so zu verstehen sein, dass bei der Prüfung, ob Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b eingehalten wurde, zwischen den verglichenen Waren ein Grad an Substituierbarkeit auf der Nachfrageseite festgestellt werden müsste, der stärker ist als der, der für ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den betreffenden Anbietern im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a genügen würde.

100. Da Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b eine Bedingung für die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung aufstellt, ist es zwar vorstellbar, in seinem Bereich für die Prüfung der Substituierbarkeit auf der Nachfrageseite engere Kriterien als im Rahmen des Artikels 2 Nummer 2a anzuwenden.

101. Da jedoch nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung die für die vergleichende Werbung geltenden Zulässigkeitsvoraussetzungen in dem für sie günstigsten Sinn ausgelegt werden müssen [38], und angesichts des Umstands, dass der Vorschlag neuer möglicher Ersatzprodukte für die Verbraucher eine nützliche Information sein kann und den Wettbewerb zwischen den Waren- und Dienstleistungsanbietern im Interesse der Verbraucher beleben kann und damit den Zielen der Richtlinie 97/55 entspricht, sehe ich keinen Grund, der dafür spräche, im fraglichen Rahmen Kriterien für die Prüfung der Substituierbarkeit auf der Nachfrageseite anzuwenden, die im Vergleich zu denen, die im Rahmen des Artikels 2 Nummer 2a relevant sind, strenger wären. Dies gilt umso mehr, als die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b dazu beitragen, dass der Vergleich zwischen den als Ersatz angebotenen Waren auf redliche und für den Verbraucher sachdienliche Weise erfolgt.

102. Andererseits erscheinen die oben in den Nummern 95 und 96 genannten Aspekte ausreichend, um die Tragweite der Voraussetzung des Wettbewerbsverhältnisses nach Artikel 2 Nummer 2a von der der Bedingung nach Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b zu unterscheiden und damit die praktische Wirksamkeit der letzteren sicherzustellen.

103. Ich bin daher der Auffassung, dass die oben in den Nummern 80 bis 90 dargelegten

38 — Urteile Toshiba (Randnr. 37), Pippig (Randnr. 42), vom 23. Februar 2006 in der Rechtssache C-59/05 (Siemens, Slg. 2006, I-2147, Randnrn. 22 bis 24) und Lidl (Randnrn. 22 und 32).

Erwägungen bezüglich der vom vorlegenden Gericht in den Buchstaben b, c und d der Vorlagefrage 2 genannten Beurteilungskriterien auch für die Anwendung der Bedingung nach Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe b maßgeblich sind.

104. Allenfalls könnte man davon ausgehen, dass in den Fällen, in denen die Werbeaussage Erzeugnisse oder Dienstleistungen als substituierbar präsentiert, die die Verbraucher derzeit nicht für substituierbar halten, die vorausschauende Beurteilung bezüglich der Entwicklungsmöglichkeiten der Verbrauchergewohnheiten im Rahmen des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe b strenger zu sein hat. Insbesondere könnte die Auffassung vertreten werden, dass es für die Vermutung, dass die genannte Bedingung erfüllt ist, nicht ausreicht, wenn der Werbende die verglichenen Waren ausdrücklich oder andeutungsweise als Ersatzprodukte darstellt, und dass vielmehr zu prüfen ist, ob die Werbung tatsächlich geeignet ist, auf die vom Werbenden angebotene Ware zumindest einen Teil der Kundschaft des anderen Unternehmens, auf den sich die Werbung bezieht, umzuleiten.

105. Bezüglich der Frage, ob konkret im belgischen Hoheitsgebiet, in dem die Werbung verbreitet wird, Bier und Schaumwein bzw. Champagner, vor allem aber das von De Landtsheer hergestellte Bier und der Schaumwein bzw. Champagner, der von den bestimmten Unternehmen hergestellt wird, die gegebenenfalls in den streitigen Werbeaussagen erkennbar gemacht sein müssten, substituierbar sind, ist natürlich jede Beurteilung insoweit Sache des nationalen Gerichts. Im Rahmen des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens sind somit auch die auf bestimmte gerichtliche oder administrative Entscheidungen der Einrichtungen der Gemeinschaft gestützten Argumente, die einige Beteiligte für bzw. gegen die Substituierbarkeit vorgebracht haben, nicht zu prüfen.

106. Ich schlage daher dem Gerichtshof vor, die zweite Vorabentscheidungsfrage wie folgt zu beantworten:

Um das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem Werbenden und dem Unternehmen, auf das im Sinne von Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 Bezug genommen wird, festzustellen, können die Waren oder Dienstleistungen, die dieses Unternehmen anbietet, nicht unberücksichtigt bleiben. Es ist vielmehr zu prüfen, ob der Werbende und das genannte Unternehmen tatsächlich oder potenziell mit einem beliebigen Teil der von ihnen jeweils angebotenen Produkt- oder Dienstleistungspalette im Wettbewerb zueinander stehen. Es reicht insbesondere aus, dass auf der Nachfrageseite eine gewisse, wenn auch beschränkte Substituierbarkeit zwischen einem Produkt oder einer Dienstleistung des einen und einem Produkt oder einer Dienstleistung des anderen vorliegt.

Um zu beurteilen, ob das genannte Wettbewerbsverhältnis vorliegt, hat die nationale Kontrollbehörde auf die in dem Teil des Gemeinschaftsgebiets bestehende Lage abzustellen, in dem die Werbung verbreitet wird und die in ihre Zuständigkeit fällt, und hat neben anderen Faktoren auch die Entwicklungsmöglichkeiten der Verbrauchergewohnheiten, die Besonderheiten der Produkte oder Dienstleistungen, die Gegenstand der Werbung sind, sowie das Image zu berücksichtigen, das der Werbende dem von ihm beworbenen Produkt geben möchte.

Die Kriterien zur Feststellung des Vorliegens eines Wettbewerbsverhältnisses im Sinne von Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 und die Kriterien zur Beurteilung, ob der Vergleich die in Artikel 3a Buchstabe b der genannten Richtlinie genannte Bedingung erfüllt, sind nicht identisch.

Zur dritten Vorlagefrage

107. Mit der dritten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob eine Werbung, die einen Vergleich mit einer Warengattung enthält und einen bestimmten Mitbewerber oder das von ihm angebotene Erzeugnis nicht erkennbar macht, aufgrund der Artikel 2 Nummer 2a und 3a der Richtlinie 84/450 automatisch als unzulässig anzusehen ist oder ob ihre Zulässigkeit aufgrund derjenigen nationalen Vorschriften zu beurteilen ist, die nicht zur Umsetzung der Bestimmungen dieser Richtlinie über die vergleichende Werbung erlassen wurden, auch wenn sie für die Verbraucher oder die Unternehmen, die diese Warengattung, auf die sich die Werbung bezieht, möglicherweise ungünstiger sind.

108. Der Wortlaut der Frage schafft insofern eine gewisse Unsicherheit, als das Werbungsbeispiel, auf das sie sich bezieht, in der Frage unter allen Umständen als „vergleichende Werbung" bezeichnet wird. Meines Erachtens kann diese Qualifizierung außer Acht gelassen werden, da sie entweder nur das Ergebnis einer sachlichen Irrtums bei der Abfassung der Frage ist oder weil mit ihr eine Werbung gemeint sein soll, die einen Vergleich anstellt.

109. Aus Randnummer 23 des Vorlageurteils geht nämlich eindeutig hervor, dass die Cour d'appel Brüssel die dritte Vorlagefrage für den Fall stellt, dass auf der Grundlage der Antworten des Gerichtshofes auf die ersten beiden Fragen zu dem Schluss zu kommen wäre, dass im vorliegenden Fall keine vergleichende Werbung im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 vorliegt.

110. Die dritte Vorlagefrage setzt offensichtlich voraus, dass die erste Vorlagefrage dahin beantwortet wird, dass, wie auch ich meine, eine Werbung, die einen Vergleich mit einer Warengattung zieht, für sich allein gesehen keine vergleichende Werbung im Sinne und im Rahmen der Richtlinie 84/450 ist.

111. Aus dieser Sicht haben die Beteiligten des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens — mit Ausnahme der belgischen Regierung, die diese Sicht nicht teilt und nur vorgetragen hat, dass diese Frage gegenstandslos sei — im Wesentlichen übereinstimmend die Auffassung vertreten, dass eine Werbung, die die Voraussetzungen einer vergleichenden Werbung im Sinne des Artikel 2 Nummer 2a nicht erfülle, nicht automatisch nach den Vorschriften der Richtlinie 84/450 über die vergleichende Werbung unzulässig sei, allerdings auch nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie falle. Die Zulässigkeit einer solchen Werbung müsse daher auf der Grundlage anderer nationaler Vorschriften, die nicht zur Umsetzung der Bestimmungen der Richtlinie 84/450 über die vergleichende Werbung erlassen worden seien, sowie sonstiger eventuell einschlägiger Vorschriften des Gemeinschaftsrechts beurteilt werden [39].

112. Ich sehe nicht, inwiefern diesem Ansatz nicht gefolgt werden könnte. Ich schlage daher dem Gerichtshof vor, die dritte Vorlagefrage wie folgt zu beantworten:

Eine Werbung, die zwar einen Vergleich enthält, jedoch nicht die Voraussetzungen einer vergleichenden Werbung im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 erfüllt, fällt nicht in den Geltungsbereich der Bestimmungen dieser Richtlinie über die vergleichende Werbung. Ihre Zulässigkeit ist somit auf der Grundlage der geltenden nationalen Bestimmungen zu beurteilen, die nicht zur Umsetzung der vorstehend genannten Bestimmungen erlassen wurden, sowie der sonstigen eventuell einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, auch wenn der sich hieraus ergebende Schutz der Verbraucherinteressen und der Interessen der Anbieter dieser Warengattung geringer ist.

Zur vierten Vorlagefrage

113. Die vierte Vorlagefrage betrifft die Bedingung für die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung nach Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe f der Richtlinie 84/450. Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob nach dieser Bestimmung jeder Vergleich unzuläs-

39 — Insoweit genügt der Hinweis auf die nationalen Bestimmungen, die zur Umsetzung der Bestimmungen dieser Richtlinie 84/450 erlassen wurden, jedoch den unlauteren Wettbewerb betreffen, oder auf die von der Kommission in der mündlichen Verhandlungen angeführten Regeln für die Beschreibung, Bezeichnung und Aufmachung bestimmter Erzeugnisse sowie für den Schutz bestimmter Angaben, Hinweise und Begriffe, die in der Verordnung (EG) Nr. 1493/1999 des Rates vom 17. Mai 1999 über die gemeinsame Marktorganisation für Wein (ABl. L 179, S. 1) enthalten sind.

sig ist, der sich bei Waren ohne Ursprungsbezeichnung auf Waren mit Ursprungsbezeichnung bezieht.

114. Die Frage stellt sich, weil bestimmte Werbeaussagen, um die es im Ausgangsverfahren geht, auf Champagner Bezug nehmen, also auf ein Erzeugnis, das die gleichlautende Ursprungsbezeichnung trägt, die auch aufgrund der Gemeinschaftsregelung geschützt ist.

115. Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe f verlangt, was den Vergleich betrifft, dass die vergleichende Werbung „[sich] bei Waren mit Ursprungsbezeichnung ... in jedem Fall auf Waren mit der gleichen Bezeichnung [bezieht]".

116. Trotz ihrer sicherlich missverständlichen Formulierung kann es meines Erachtens keinen ernsthaften Zweifel an der Auslegung dieser Bestimmung geben.

117. De Landtsheer führt aus, Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe f sei auf Werbung anwendbar, die ausschließlich Erzeugnisse mit Ursprungsbezeichnung vergleiche, und setze als Bedingung für die Zulässigkeit eines solchen Vergleichs voraus, dass die Ursprungsbezeichnung der verglichenen Erzeugnisse gleich sei. Allenfalls könne diese Vorschrift auf eine Werbung angewandt werden, durch die anhand eines Vergleichs mit Erzeugnissen ohne Ursprungsbezeichnung der Absatz von Erzeugnissen mit Ursprungsbezeichnung gefördert werde. Weder nach der einen noch nach der anderen Auslegung sei daher die Vorschrift im vorliegenden Fall anwendbar, denn die streitigen Werbeaussagen sollten den Absatz eines Erzeugnisses — das von da De Landtsheer hergestellte Bier — fördern, das keine Ursprungsbezeichnung trage.

118. Wie der CIVC, Veuve Clicquot, die belgische und französische Regierung sowie die Kommission bin auch ich der Ansicht, dass dieser Auffassung nicht gefolgt werden sollte.

119. Einerseits erscheint es mir etwas merkwürdig und unwahrscheinlich, dass sich der Gemeinschaftsgesetzgeber bei der Festlegung der Bedingungen für die Zulässigkeit des Werbevergleichs darum bemüht haben sollte, den Vergleich zwischen Erzeugnissen mit unterschiedlichen Ursprungsbezeichnungen zu verbieten, ohne gleichzeitig darum bemüht zu sein, den Vergleich zwischen einem Erzeugnis mit Ursprungsbezeichnung und einem Erzeugnis ohne Ursprungsverzeichnis durch ein entsprechendes Verbot zu regeln. Ich vermag nicht zu erkennen, weshalb ein Vergleich z. B. zwischen dem

Käse „Grana Padano" und dem Käse „Parmigiano Reggiano", die beide eine geschützte Ursprungsbezeichnung haben, verboten ist, solange ein Vergleich zwischen einem dieser beiden und einem anderen Käse ohne Ursprungsbezeichnung nicht gleichzeitig verboten ist.

120. Andererseits erscheint die andere Auslegung, wonach die fragliche Bestimmung nur auf den Vergleich anwendbar ist, der den Absatz von Erzeugnissen mit Ursprungsbezeichnungen fördern soll, ebenfalls unangemessen. Wäre ein Werbevergleich zwischen einem Erzeugnis ohne Ursprungsbezeichnung und einem Erzeugnis mit Ursprungsbezeichnung nur dem Anbieter des erstgenannten Erzeugnisses gestattet, läge eine ungewöhnliche und unerklärliche Asymmetrie vor, die die Waffengleichheit beim Werbevergleich durch Bestrafung des Anbieters von Erzeugnissen mit Ursprungsbezeichnung beeinträchtigen würde.

121. Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe f ist meines Erachtens eher — im Hinblick auf den Vergleich, der ein Erzeugnis mit Ursprungsbezeichnung einschließt — eine spezielle Regelung der Voraussetzung der Homogenität des Vergleichs nach Buchstabe b, da das Verbot der so genannten Ausnutzung des Schutzes einer Ursprungsbezeichnung (schmarotzerische Werbung) bereits in Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe g geregelt ist. Buchstabe f soll meines Erachtens im Wesentlichen klarstellen, dass ein Vergleich zwischen einer Ware mit Ursprungsbezeichnung und einer solchen ohne Ursprungsbezeichnung oder ein Vergleich zwischen Waren mit unterschiedlicher Ursprungsbezeichnung nicht als ein homogener Vergleich angesehen werden kann.

122. Es handelt sich somit um eine Art Vermutung für die fehlende Homogenität des Vergleichs, die einen verstärkten Schutz der Erzeugnisse mit Ursprungsbezeichnung vor Werbevergleichen bewirken und den sich aus anderen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ergebenden Schutz dieser Erzeugnisse ergänzen soll.

123. Dies wird belegt durch die zwölfte Begründungserwägung der Richtlinie 97/55, die einzige Begründungserwägung, die die Regelung in Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe f erläutern kann, der zufolge zu den Bedingungen für vergleichende Werbung „insbesondere die Einhaltung der Vorschriften gehören [sollte], die sich aus der Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 des Rates vom 14. Juli 1992 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel[40], ins-

40 — ABl. L 208, S. 1. Diese Verordnung wurde kürzlich durch die Verordnung (EG) Nr. 510/2006 des Rates vom 20. März 2006 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel (ABl. L 93, S. 12) ab dem 31. März 2006 aufgehoben und ersetzt.

besondere aus Artikel 13 dieser Verordnung, und den übrigen Gemeinschaftsvorschriften im Bereich der Landwirtschaft ergeben".

124. Die in Rede stehende Bestimmung wurde in der Lehre heftig kritisiert, weil in ihr eine Art sachfremdes und wettbewerbsbeschränkendes Privileg zu Gunsten der Erzeugnisse mit Ursprungsbezeichnung zu sehen sei. Zwar ist die Bestimmung geeignet, diese Erzeugnisse wirksam zu schützen, doch verstößt sie meines Erachtens nicht gegen die Ziele der Richtlinie 97/55, und ich stimme mit der Kommission darin überein, dass es sich um eine bewusste Entscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers handelt, die nicht über den Weg der Auslegung wieder zur Diskussion gestellt werden kann.

125. Ich bin daher der Auffassung, dass Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe f dahin auszulegen ist, dass der Werbevergleich, der ein Erzeugnis mit Ursprungsbezeichnung betrifft, nur dann zulässig ist, wenn er in Bezug auf ein anderes Erzeugnis aufgestellt wird, das dieselbe Ursprungsbezeichnung hat.

126. Ich schlage somit dem Gerichtshof vor, die vierte Vorlagefrage zu bejahen.

Ergebnis

127. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Cour d'appel Brüssel zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Die Bezugnahme in einer Werbeaussage auf eine Warengattung erfüllt für sich allein nicht das Erfordernis der Identifizierung gemäß Artikel 2 Nummer 2a der

Richtlinie 84/450 EWG in dem Sinne, dass sie jedes Unternehmen erkennbar machen würde, welches diese Warengattung oder die betreffenden Erzeugnisse anbietet. Eine solche Bezugnahme kann einen Mitbewerber oder die von diesem angebotenen Erzeugnisse nur dann mittelbar erkennbar machen im Sinne der genannten Vorschrift, wenn sie unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher in die Lage versetzt, sich ein bestimmtes oder mehrere bestimmte Unternehmen, die diese Warengattung anbieten, oder die betreffenden Erzeugnisse vorzustellen.

2. Um das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem Werbenden und dem Unternehmen, auf das im Sinne von Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 über irreführende und vergleichende Werbung Bezug genommen wird, festzustellen, können die Waren oder Dienstleistungen, die dieses Unternehmen anbietet, nicht unberücksichtigt bleiben. Es ist vielmehr zu prüfen, ob der Werbende und das genannte Unternehmen tatsächlich oder potenziell mit einem beliebigen Teil der von ihnen jeweils angebotenen Produkt- oder Dienstleistungspalette im Wettbewerb zueinander stehen. Es reicht insbesondere aus, dass auf der Nachfrageseite eine gewisse, wenn auch beschränkte Substituierbarkeit zwischen einem Produkt oder einer Dienstleistung des einen und einem Produkt oder einer Dienstleistung des anderen vorliegt.

Um zu beurteilen, ob das genannte Wettbewerbsverhältnis vorliegt, hat die nationale Kontrollbehörde auf die in dem Teil des Gemeinschaftsgebiets bestehende Lage abzustellen, in dem die Werbung verbreitet wird und die in ihre Zuständigkeit fällt, und hat neben anderen Faktoren auch die Entwicklungsmöglichkeiten der Verbrauchergewohnheiten, die Besonderheiten der Produkte oder Dienstleistungen, die Gegenstand der Werbung sind, sowie das Image zu berücksichtigen, das der Werbende dem von ihm beworbenen Produkt geben möchte.

Die Kriterien zur Feststellung des Vorliegens eines Wettbewerbsverhältnisses im Sinne von Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 und die Kriterien zur Beurteilung, ob der Vergleich die in Artikel 3a Buchstabe b der genannten Richtlinie genannte Bedingung erfüllt, sind nicht identisch.

3. Eine Werbung, die zwar einen Vergleich enthält, jedoch nicht die Voraussetzungen einer vergleichenden Werbung im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450 erfüllt, fällt nicht in den Geltungsbereich der Bestimmungen dieser Richtlinie über die vergleichende Werbung. Ihre Zulässigkeit ist somit auf der Grundlage der geltenden nationalen Bestimmungen zu beurteilen, die nicht zur Umsetzung der vorstehend genannten Bestimmungen erlassen wurden, sowie der sonstigen eventuell einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, auch wenn der sich hieraus ergebende Schutz der Verbraucherinteressen und der Interessen der Anbieter dieser Warengattung geringer ist.

4. Nach Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe f der Richtlinie 84/450 ist jeder Vergleich unzulässig, der sich bei Waren ohne Ursprungsbezeichnung auf Waren mit Ursprungsbezeichnung bezieht.