SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER vom 7. März 2006 [1]

I — Einleitung

1. Das Landgericht Nürnberg-Fürth möchte wissen, ob mit Miniaturmodellen, mit denen Kraftfahrzeuge eines bekannten deutschen Herstellers nachgebildet werden, gegen das durch Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/104/EWG [2] geschützte Recht aus der Marke verstoßen wird, weil auf dem Kühlergrill das entsprechende Logo abgebildet ist. Ergänzend erkundigt es sich nach der Ausnahme des Artikels 6 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie.

2. Sein Zweifel rührt daher, dass die Schutzkraft des ursprünglich für reale Kraftfahrzeuge eingetragenen streitigen Zeichens nachträglich auf Spielzeug erstreckt wurde. Deshalb möchte das vorlegende Gericht in Erfahrung bringen, wie weit der Schutz des Zeichens des Kraftfahrzeugunternehmens in Bezug auf seine Benutzung durch Dritte auf Miniaturmodellen reicht.

3. In seinen Schlussanträgen in der Rechtssache HABM/Zapf Creation [3] hat Generalanwalt Jacobs treffend bemerkt, dass „[e]s ... ein wesentliches Merkmal vieler Spielzeuge [ist], dass sie etwas darstellen". Ich würde hinzufügen, dass das Wesen von Spielzeug impliziert, dass es Gegenstände und Ereignisse der Weltgeschichte nacherschafft, um sie an die Mentalität des Kindes oder derjenigen Personen anzupassen, die einen fantasievolleren Umgang mit ihren Postulaten benötigen, und so die Fälle von Entbehrungen und Leiden zu überwinden, die die menschliche Existenz manchmal mit sich bringt. Eine anglo-nordamerikanische Expedition entdeckte vor dem Zweiten Weltkrieg in der chaldäischen Stadt Ur das Grab eines 4000 Jahre vor Christi Geburt gestorbenen Kindes, dem eine kleine, aus Silber gefertigte Barke beigegeben worden war. Vor mehr als 6000 Jahren gab es offenbar bereits diese Utensilien, die die Vorstellungen derjenigen begleiteten, die sich mit dem Abenteuer des Lebens vertraut machten. Hinsichtlich der Vorlagefrage ist nun zu prüfen, ob die Abbildung einer Marke, die auch für Spiel-

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — Erste Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 1989, L 40, S. 1).

3 — Vom 19. Februar 2004 (Beschluss vom 1. Dezember 2004 in der Rechtssache C-498/01 P, Slg. 2004, I-11349), Nr. 28.

zeug eingetragen ist, das die Wirklichkeit nachbildet, die Rechte des Markeninhabers verletzt oder ob diese hier eine ihrer Grenzen finden.

II — Rechtlicher Rahmen

4. Um den Rechtsstreit entscheiden zu können, ersucht das vorlegende Gericht um Auslegung des Artikels 5 Absatz 1 Buchstabe a und des Artikels 6 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/104, die § 14 Absatz 2 Nummer 1 und § 23 Nummer 2 des deutschen Markengesetzes [4] entsprechen, die also hier nicht wiedergegeben werden müssen.

5. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie, der mit „Rechte aus der Marke" überschrieben ist, bestimmt:

„(1) Die eingetragene Marke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dieses Recht gestattet es dem Inhaber, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr

a) ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen ist;

...

..."

6. Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie, der mit „Beschränkung der Wirkungen der Marke" überschrieben ist, sieht vor:

„(1) Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu verbieten,

a) ...

b) Angaben über die Art, die Beschaffenheit, die Menge, die Bestimmung, den Wert, die geografische Herkunft oder die Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder über andere Merkmale der Ware oder Dienstleistung,

...

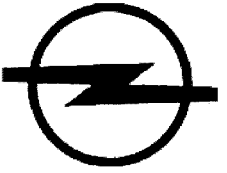
4 — Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (MarkenG) vom 25. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3082).

im geschäftlichen Verkehr zu benutzen, sofern die Benutzung den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel entspricht.

..."

III — Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefragen

7. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die Adam Opel AG (im Folgenden: Opel), gehört zu den größten Unternehmen der europäischen Automobilindustrie und ist eines der bekanntesten [5]. Seit vielen Jahren verwendet sie den so genannten „Opel-Blitz" als Logo und ist Inhaberin folgender Bildmarke Nr. 1157264:



8. Dieses Zeichen wurde am 10. April 1990 in Deutschland für verschiedene Waren, u. a. für „Spielzeug", eingetragen. Opel benutzt die Marke auch für Modellfahrzeuge, auch wenn sie diese durch Lizenznehmer herstellen lässt, und vermarktet die Modellfahrzeuge auch über ihren Accessoirevertrieb.

9. Die Autec AG (im Folgenden: Autec), Beklagte vor dem Landgericht Nürnberg-Fürth, stellt funkferngesteuerte Modellfahrzeuge her, die sie unter der Marke „Cartronic" vertreibt.

10. Anfang 2004 entdeckte Opel im deutschen Einzelhandel funkferngesteuerte Modellfahrzeuge im Maßstab 1 : 24 zum Stückpreis von 9,99 Euro, darunter eine Nachbildung des Opel Astra V8 Coupé, auf dessen Kühlergrill wie bei dem als Vorbild dienenden Originalfahrzeug die geschützte Marke angebracht war.

11. Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich, dass auf der Vorderseite der mit der Verpakkung verbundenen Gebrauchsanleitung deutlich sichtbar die Kennzeichnung „Cartronic®" und auf deren Rückseite die Angaben „AUTEC® AG" und „Autec® AG Daimler Straße 61 D-90441 Nürnberg" angebracht sind. Ebenso befindet sich auf der Vorderseite der Fernsteuerung noch einmal die Kennzeichnung „Cartronic®" und auf der Unterseite ein Aufkleber mit dem Hinweis „AUTEC® AG D 90441 Nürnberg".

5 — Einige in den Erklärungen des Vertreters von Opel zusammengestellte Zahlen zeigen die wirtschaftliche Bedeutung dieses Unternehmens: Im Jahr 2004 setzte es 351 955 Fahrzeuge auf dem deutschen Markt und über eine Million auf dem europäischen Markt ab; sein Marktanteil in Deutschland belief sich im Jahr 2004 auf 10,24 %, und der Bekanntheitsgrad der Marke lag bei 96 %.

12. Opel ist der Ansicht, dass die Anbringung ihres Logos auf den Modellen der Beklagten die Rechte aus ihrem gewerblichen Eigentum verletze. Sie vertritt den Standpunkt, dass die Beklagte das Logo auf die gleiche Weise für identische Waren, nämlich Spielzeugautos, benutze, und beantragt deshalb, Autec zu verurteilen, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes bis zu 250 000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr das streitige Zeichen zu benutzen sowie verkleinerte Nachbildungen von Fahrzeugen mit dieser Kennzeichnung zu verkaufen, und Ersatz für alle entstandenen Schäden zu leisten. Außerdem verlangt sie die Vernichtung aller mit diesem Logo gekennzeichneten Modellfahrzeuge [6].

13. Autec und ihr Streithelfer, der Deutsche Verband der Spielwaren-Industrie e. V., beantragen, die Ansprüche von Opel zurückzuweisen.

14. Da das vorlegende Gericht davon ausgeht, dass die Entscheidung des Rechtsstreits von der Auslegung der genannten Vorschriften abhängt, hat es beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Stellt die Benutzung einer auch für „Spielzeug" geschützten Marke eine Benutzung als Marke im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a der Markenrechtsrichtlinie dar, wenn der Hersteller eines Spielmodellautos ein real existierendes Vorbildfahrzeug in verkleinertem Maßstab einschließlich der auf dem Vorbild angebrachten Marke des Markeninhabers nachbildet und in Verkehr bringt?

2. Falls die Frage in Ziffer 1 bejaht wird:

   Ist die in Ziffer 1 beschriebene Art der Benutzung der Marke eine Angabe über die Art oder Beschaffenheit des Modellfahrzeugs im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe [b] der Markenrechtsrichtlinie?

3. Falls die Frage in Ziffer 2 bejaht wird:

   Welche Kriterien sind in Fällen dieser Art maßgebend, um beurteilen zu können, wann die Benutzung der Marke den anständigen Gepflogenheiten in Handel oder Gewerbe entspricht?

6 — Die Tragweite dieser Ansprüche lässt sich besser bemessen, wenn man die von Opel in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Zahlen betrachtet: Sie hat ausgeführt, dass sie mit 23 Lizenznehmern zusammenarbeite, die 85 % der Produktion abdeckten, und dass der Absatz im Jahr 2004 600 000 Stück und im Jahr 2005 rund 760 000 Stück betragen habe.

Ist dies insbesondere der Fall, wenn der Hersteller des Modellfahrzeugs auf der Verpackung und auf einem zur Benutzung des Modells erforderlichen Zubehörteil ein für den Verkehr als Eigenmarke erkennbares Zeichen sowie seine Unternehmensbezeichnung unter Nennung seines Firmensitzes anbringt?

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

15. Der Vorlagebeschluss ist am 8. Februar 2005 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

16. Schriftliche Erklärungen sind innerhalb der in Artikel 20 der EG-Satzung des Gerichtshofes genannten Frist eingereicht worden von Opel, Autec, dem Deutschen Verband der Spielwaren-Industrie e. V., der französischen Regierung, der Regierung des Vereinigten Königreichs und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften.

17. In der Sitzung vom 2. Februar 2006 sind die Parteien des Ausgangsrechtsstreits, der Streithelfer und die Bevollmächtigten der Regierung des Vereinigten Königreichs und der Kommission erschienen, um mündliche Ausführungen zu machen.

V — Analyse der Vorlagefragen

A — *Zur ersten Frage*

18. Mit seiner ersten Frage möchte das Landgericht Nürnberg-Fürth wissen, ob das Logo von Opel unter den Umständen des Ausgangsrechtsstreits „als Marke" im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes benutzt wird. Somit ist eine eingehende Analyse mehrerer Schlussanträge und Urteile vorzunehmen, in deren Licht der Sachverhalt des Rechtsstreits zu beurteilen ist.

19. Im Schrifttum werden die Befugnisse des Inhabers eines eingetragenen Zeichens einhellig als „ausschließliche Rechte" [7] bezeichnet, die es diesem ermöglichen, Dritten die Benutzung der Marke ohne seine Zustimmung zu verbieten.

20. Die Auslegung des Artikels 5 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/104 beginnt

7 — Zum deutschen Recht, § 14 Absatz 1 des Markengesetzes, F. L. Ekey, *Markenrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2003, S. 170, Randnr. 2; zum spanischen und zum Gemeinschaftsrecht C. Fernández Nóvoa, *Tratado sobre derecho de marcas*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona 2004, S. 433; zu Artikel 9 der Verordnung Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke (Verordnung des Rates vom 20. Dezember 1993 [ABl. 1994, L 11, S. 1], geändert durch die Verordnung [EG] Nr. 3288/94 des Rates vom 22. Dezember 1994 zur Umsetzung der im Rahmen der Uruguay-Runde geschlossenen Übereinkünfte [ABl. L 349, S. 83] und die Verordnung [EG] Nr. 422/2004 des Rates vom 19. Februar 2004 [ABl. L 70, S. 1]), der Artikel 5 der Richtlinie 89/104 entspricht, A. von Mühlendahl/D. C. Ohlgart, *Die Gemeinschaftsmarke*, Verlag C. H. Beck/Stämpfli & Cie AG, Bern/München 1998, S. 45 ff.

mit dem Urteil BMW [8], in dessen Randnummer 38 der Anwendungsbereich dieser Vorschrift danach abgegrenzt worden ist, wie das Zeichen benutzt wird, ob zur Kennzeichnung der betreffenden Waren oder Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend, also *als Marke*, oder zu anderen Zwecken.

21. Folglich haben bei der Prüfung der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofes diese beiden Möglichkeiten im Zentrum zu stehen: die Benutzung des Zeichens als Marke und seine Benutzung zu anderen Zwecken.

22. In den beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen wird die Richtigkeit des Sachverhalts nicht in Abrede gestellt, weshalb er im Hinblick auf die Ausübung des Untersagungsrechts durch den Inhaber des gewerblichen Eigentumsrechts, auf das sich Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 bezieht, als erwiesen anzusehen ist; im Übrigen obliegt die Feststellung des Sachverhalts dem nationalen Gericht. Ähnliches gilt für die Frage, ob „Waren" im Sinne der betreffenden Vorschrift vorliegen, da im Ausgangsverfahren eindeutig auf hergestellte Gegenstände Bezug genommen wird [9].

1. Die Benutzung eines Zeichens als eingetragene Marke

23. Im Verhältnis zum Urteil BMW haben sich die Umrisse des durch Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 eingeräumten ausschließlichen Rechts in späteren Urteilen nach und nach genauer abgezeichnet.

24. Wesentliche Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Rechtssache Arsenal zu. In den Schlussanträgen in dieser Rechtssache habe ich darauf hingewiesen, dass, wenn die Richtlinie in Fällen der Identität einen absoluten Schutz gewährt, das Adjektiv „absolut" mit Rücksicht auf den Geist des Markenrechts so zu verstehen ist, dass der Schutz dem Inhaber unabhängig von der Verwechslungsgefahr gewährt wird, da es in solchen Fällen für sie ein Indiz gibt, und nicht in der Weise, dass der Schutz dem Inhaber gegenüber allen und unter allen Umständen gewährt wird. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a begründet somit bei Identität der Waren eine widerlegbare Vermutung [10].

25. In ähnlicher Weise hat der Gerichtshof in seinen Urteilen aufgrund einer teleologischen Betrachtung der streitigen Bestimmungen bestätigt, dass das in Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/104 vorgesehene ausschließliche Recht darauf abzielt, dass der Inhaber der Marke seine spezifischen Interessen als Markeninhaber schützt, so dass die Marke ihre Funktionen erfüllt, insbesondere die, den Verbrauchern die Herkunft der Ware zu garantieren [11].

8 — Urteil vom 23. Februar 1999 in der Rechtssache C-63/97 (Slg. 1999, I-905).

9 — Das Vorgehen entspricht dem methodischen Ansatz im Urteil vom 12. November 2002 in der Rechtssache C-206/01 (Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273, Randnrn. 40 und 41) (im Folgenden: Urteil Arsenal).

10 — Nrn. 51 und 52 der Schlussanträge.

11 — Randnr. 51 des Urteils Arsenal.

26. Nach ständiger Rechtsprechung besteht die Hauptfunktion der Zeichen darin, dem Endabnehmer den Ursprung der Ware oder Dienstleistung anzugeben, damit er diese Ware oder Dienstleistung fehlerfrei von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft unterscheiden kann, und die Gewähr dafür zu bieten, dass die entsprechenden Waren oder Dienstleistungen von einem einzigen Unternehmen hergestellt oder erbracht worden sind, das für ihre Qualität verantwortlich ist [12].

27. Im Ausgangsverfahren steht fest, dass auf den Spielzeugmodellen das Opel-Logo auf der Karosserie angebracht ist, unabhängig davon, ob die Modelle von einem der Lizenznehmer des Unternehmens oder von einem Dritten hergestellt wurden, wobei die Ähnlichkeit so groß ist, dass sie grundsätzlich eine Identität der Waren im Sinne der in Rede stehenden Norm vermuten lässt. Doch ist es, wie ich in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Arsenal ausgeführt habe [13], Sache des nationalen Richters, dies zu beurteilen.

28. Schließlich sind im Urteil in derselben Rechtssache die Grenzen für die Ausübung der dem Zeicheninhaber nach Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 gewährten Befugnisse dadurch aufgezeigt worden, dass es ihm verwehrt worden ist, die Benutzung eines anderen, identischen Zeichens zu verbieten, sofern sie seine Rechte als eingetragener Inhaber im festgelegten Umfang nicht beeinträchtigt, weshalb einige Benutzungen zu rein beschreibenden Zwecken nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen [14].

29. Im Urteil Anheuser-Busch [15] ist die Methode zur Feststellung des etwaigen Schadens angegeben, und es wird ausgeführt, dass ein Schaden dann eintrete, wenn die dem Dritten zur Last gelegte Benutzung des Zeichens den Eindruck erwecke, dass eine konkrete Verbindung im geschäftlichen Verkehr zwischen den Waren des Dritten und dem Inhaber der Marke bestehe; dafür sei zu prüfen, ob die angesprochenen Verbraucher das Zeichen, wie es vom Dritten benutzt werde, dahin auffassten, dass es das Unternehmen, das eingetragener Inhaber des Zeichens sei, bezeichne [16]. Im Anschluss daran wird wiederholt, dass das vorlegende Gericht diese Prüfung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Ausgangsverfahrens vorzunehmen habe [17].

2. Benutzungen außerhalb der eigentlichen Markenfunktion

30. Die Benutzung eines Zeichens entsprechend den im Urteil BMW dargelegten Regeln ist nach der Systematik der Richtlinie die einzige, auf die sich die dem Markeninhaber durch Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/104 zuerkannten Befugnisse nicht erstrecken.

12 — Vgl. u. a. Urteile vom 23. Mai 1978 in der Rechtssache 102/77 (Hoffmann-La Roche, Slg. 1978, 1139, Randnr. 7), vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-299/99 (Philips, Slg. 2002, I-5475, Randnr. 30) und vom 11. März 2003 in der Rechtssache C-40/01 (Ansul, Slg. 2003, I-2439, Randnr. 43).

13 — Nrn. 53 und 54.

14 — Randnr. 54 des Urteils Arsenal.

15 — Urteil vom 16. November 2004 in der Rechtssache C-245/02 (Slg. 2004, I-10989).

16 — Randnr. 60 des in vorstehender Fußnote zitierten Urteils, in der die Ausführungen des Gerichtshofes in den Randnummern 56 und 57 des Urteils Arsenal in den Rang eines allgemeinen Grundsatzes erhoben werden.

17 — Randnr. 61.

31. Die Ausnahmen nach Artikel 6, insbesondere Absatz 1 Buchstabe b, sind dann anwendbar, wenn das eingetragene Zeichen die typische Funktion der Marke erfüllt, aber Dritten aus Gründen des öffentlichen Interesses unter bestimmten Umständen das Recht zugestanden wird, seine Vorteile zu nutzen.

32. Nach der Rechtsprechung stellen Bezugnahmen auf eingetragene Zeichen zu rein beschreibenden Zwecken keine Benutzung als Marke dar, da in diesen Fällen keiner der Aspekte beeinträchtigt wird, die mit Artikel 5 Absatz 1 geschützt werden sollen [18].

33. In meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Arsenal habe ich mich für eine Position ausgesprochen, die die nichtgewerblichen Benutzungen umfasst, wozu ich die Benutzungen gezählt habe, die privater Natur sind oder die Zeichen betreffen, die nicht die Voraussetzungen für eine Eintragung erfüllen, und solche, die Bildungszwecken dienen [19]. Vorher habe ich jedoch ausgeführt, dass der nationale Richter darüber zu befinden hat, wann eine Marke als solche benutzt wird, und im Hinblick darauf die Notwendigkeit betont, noch weitere Merkmale zu berücksichtigen, insbesondere die Art der einander gegenüberstehenden Waren, die Struktur des Marktes oder die Verankerung der Marke [20].

34. Die Benutzungen außerhalb der eigentlichen Markenfunktion bilden, kurz zusammengefasst, eine offene Kategorie, die im Wege von Einzelfallentscheidungen nach und nach zu ergänzen ist, weshalb sie im Gegensatz zu den Fallgruppen des Artikels 6 Absatz 1 der Richtlinie 89/104 nicht restriktiv ausgelegt werden müssen, da sie keine Ausnahmen sind, sondern Grenzen für die Geltendmachung des Untersagungsrechts darstellen.

3. Anwendung auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

35. Nachdem die einschlägige Rechtsprechung skizziert worden ist, besteht die Aufgabe — um dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort zu erteilen — nun darin, in Bezug auf die tatsächlichen Besonderheiten, die den Vorlagefragen zugrunde liegen, nach geeigneten Hinweisen für die Auslegung zu suchen.

36. In der vorliegenden Rechtssache gehört die Anbringung des „Opel-Blitz"-Logos auf dem Spielzeug aus zweierlei Gründen zu einer Benutzungsart, die nichts mit der Funktion der Marke zu tun hat:

18 — Urteil vom 14. Mai 2002 in der Rechtssache C-2/00 (Hölterhoff, Slg. 2002, I-4187, Randnr. 16), das ein Verkaufsgespräch betraf, bei dem Herr Hölterhoff einer Kundin Halb- und Farbedelsteine zum Kauf anbot, deren Schliff er mit „Spirit Sun" und „Context Cut" angab, Bezeichnungen, die als Marke für Herrn Freiesleben eingetragen waren. Die Kundin bestellte bei Herrn Hölterhoff zwei Steine im Schliff Spirit Sun, und obwohl auf dem Lieferschein und der Rechnung diese Marken nicht erwähnt waren, wurde Herr Hölterhoff vom Markeninhaber verklagt.

19 — Nrn. 55 bis 64 der Schlussanträge in der Rechtssache Arsenal.

20 — Nr. 53 der Schlussanträge in der Rechtssache Arsenal.

a) Art der streitigen Ware

37. In der Spielzeugindustrie ist es seit 1898 üblich, Modellautos nach realen Vorbildern herzustellen und zu vermarkten, was auch für die anderen Fortbewegungsmittel (Züge, Flugzeuge und Schiffe) gilt. Die kleinen Fahrzeuge sind zur „Proustschen Madeleine" der Erwachsenen geworden, bei denen in manchen Momenten ihre Erfahrungen als Knaben in kurzen Hosen wieder aufleben [21] und die ihren Träumen freien Lauf lassen.

38. Wurde am Anfang die Wirklichkeit im Kleinen zugunsten einer ganz konkreten Zielgruppe, nämlich der Kinder, wiedergegeben, um ihnen, ihrer Größe angepasst, die Welt der Erwachsenen näher zu bringen [22], so hat sich mit der Zeit der Kreis der Empfänger erweitert, um auch den erwachsenen Sammler zu erfassen. Wahrscheinlich haben gerade die Sammler die Anforderungen an die Qualität der Nachbildung angehoben, indem sie gefordert haben, dass das Modell in höchstem Maße originalgetreu ist. Deshalb werden solche Artikel nicht mehr entworfen, ohne dass außer den charakteristischsten Merkmalen auch die kleinsten Details nachgebildet werden.

39. Die Kommission weist zutreffend darauf hin, dass der Hersteller derartiger Nachbildungen die Wünsche des Kunden nach einem zuverlässigen Abbild des Originals nur dann erfüllt, wenn ihm gestattet wird, alle Details bis ins Letzte zu beachten und z. B. auch in seine Kataloge Angaben zum Originalmodell aufzunehmen.

40. Die Automobilindustrie hat jedoch erst vor nicht allzu langer Zeit erkannt, welches wirtschaftliche Potenzial mit diesen Objekten im Hinblick auf das „Merchandising" verbunden ist, und sie als Werbemittel, um die Treue der Kundschaft zu gewinnen, eingesetzt, wie Opel vorträgt und wie sich bei diesem Unternehmen daraus ergibt, dass sein Logo nach seinen eigenen Erklärungen bis 1990 für Spielzeug nicht geschützt war. Deshalb lässt sich kaum eine automatische Assoziation des Verkehrs zwischen dem Zeichen auf den Automobilen und dem Hersteller vorstellen.

41. Auch bestünde, wie die Kommission bemerkt, die Gefahr eines Monopols auf dem Modellmarkt, die sich aus einem äußerst strikten Verständnis der Tragweite des Untersagungsrechts ergibt, soweit ausschließlich die Lizenznehmer zur minuziösen Nachbildung der echten Kraftfahrzeuge berechtigt wären, wodurch die unternehmerische Freiheit der Wettbewerber in ungerechtfertigter Weise eingeschränkt würde.

21 — S. Defraudat, *Majorette, ma voiture miniature préférée*, ed. Du May, Boulogne-Billancourt, S. 8.

22 — Die Kinderpsychologie ist nicht eindeutig, und es gibt zahlreiche Beispiele von Kindern, die sich mehr an ihre Fantasie halten, als ihren Eltern nachzueifern; Ana María Matute schildert in ihrer Erzählung „La rama seca" [Der trockene Zweig], *Historias de la Artámila*, Ediciones Destino, Barcelona 1993, S. 123 ff., in anrührender Weise, wie ein Mädchen mit ihrer „Puppe" spielt, die sie „Pipa" nennt und die nicht mehr war als „ein trockenes Reis, umwickelt mit einem Stück Perkal, das mit einer Kordel festgemacht war" (S. 125). Als das Mädchen krank wird, muss es ohne sein Spielzeug im Bett bleiben und ist untröstlich. Beim Anblick des Geschenks, das ihm seine Nachbarin Doña Clementina macht, eine „Puppe mit Kraushaar und runden Augen" (S. 128), ruft es enttäuscht aus: „Das ist nicht Pipa! Das ist nicht Pipa!" (S. 129).

b) Wahrnehmung durch den Verbraucher

42. Ich habe bereits dargelegt, dass nach dem Urteil Anheuser-Busch der Nachweis des etwaigen Schadens aufgrund der Benutzung durch einen Dritten davon abhängt, dass der Eindruck einer tatsächlichen Verbindung im geschäftlichen Verkehr zwischen seinen Waren und dem Unternehmen, für das das Zeichen eingetragen ist, hervorgerufen wird, weshalb zu untersuchen ist, ob die betreffenden Kunden das Zeichen so auffassen, dass damit das Unternehmen bezeichnet wird, für das es eingetragen ist.

43. Das vorlegende Gericht hat die Verbindung zwischen dem auf den Modellen angebrachten Opel-Logo und der Originalmarke untersucht und ist zu der Überzeugung gelangt, dass der Verkehr das Spielzeug als das Modell eines echten Opel-Kraftfahrzeugs auffasst. Das heißt, dass der Verkehr das Modellfahrzeug mit dem realen Fahrzeug verbindet, nicht aber mit den Modellfahrzeugen, die für Opel von ihren Lizenznehmern hergestellt werden.

44. Ich bin mit der Kommission der Ansicht, dass aus den dargelegten Erwägungen nicht hervorgeht, dass im Ausgangsrechtsstreit die Marke verletzt wird, was nur dann der Fall wäre, wenn der Verbraucher das Opel-Logo auf den Modellfahrzeugen Dritter mit dem auf den von Opel vermarkteten Modellfahrzeugen in Verbindung bringen würde. Dass der Verbraucher die Marke auf dem Spielzeug mit der auf dem Original angebrachten Marke in Verbindung bringt, ist jedenfalls die unausweichliche Folge der exakten Nachbildung, die angestrebt wird, um den Verkehr durch eine Anpassung an seine Wünsche für sich zu gewinnen [23].

45. Außerdem bin ich der Ansicht, dass das Modell und sein Vorbild nicht zur selben Warenkategorie gehören; es handelt sich also nicht um identische Waren im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/104.

46. Angesichts dieser Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die erste Vorlagefrage wie folgt zu beantworten:

Die Benutzung eines eingetragenen Zeichens für Spielzeug stellt keine Benutzung als Marke im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 89/104 dar, wenn der Hersteller eines Spielmodellautos ein real existierendes Vorbildfahrzeug in verkleinertem Maßstab einschließlich der auf dem Vorbild angebrachten Marke des Markeninhabers nachbildet und in Verkehr bringt.

23 — In Hans-Christian Andersens Erzählung „Der standhafte Zinnsoldat" (zitiert nach: *Cuentos de Andersen*, Todolibro Ediciones, Madrid 2000, S. 64 ff.) werden die Erwartung des Verbrauchers an Nachbildungen und sein Unbehagen, wenn sie nicht perfekt sind, wie folgt beschrieben: „Als er ... die begehrte Schachtel in den Händen hielt, trug er sie sehnsüchtig in sein Schlafzimmer, und dort erst, bei geschlossener Tür, öffnete er sie wie in einem heiligen Ritual. Sein Herz tat einen Freudensprung. Zwischen dem grünen Seidenpapier fanden sich kleine Soldaten in prächtigen Uniformen, die alle leuchteten, und ihre funkelnden Gewehre geschultert. Aber — welch ein Unglück! — zwischen all den schmucken und heiteren Soldaten war einer, und nur einer, dem ein Bein fehlte."

B — *Zur zweiten und zur dritten Frage*

47. Die zweite und die dritte Frage sind nur für den Fall vorgelegt worden, dass die erste Frage bejaht wird, weshalb es nach dem, was ich vorgeschlagen habe, nicht erforderlich wäre, sie zu prüfen. Hilfsweise und rein hypothetisch werde ich trotzdem einige Überlegungen dazu anstellen.

48. Auszugehen wäre dann von der Annahme, dass im Ausgangsrechtsstreit in das Recht von Opel aus der Marke eingegriffen wurde, und es wäre zu klären, ob dieser Eingriff unter Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/104 subsumiert werden kann, so dass ausnahmsweise keine Rechtsverletzung vorliegt.

49. Das Landgericht Nürnberg-Fürth geht offenbar davon aus, dass die Benutzung der streitigen Marke nur eine Angabe über die Art oder die Beschaffenheit sein kann, nicht aber über „andere Merkmale" im Sinne des genannten Artikels.

50. Diese Vorschrift sucht ein Gleichgewicht zwischen den Monopolinteressen des Inhabers des gewerblichen Eigentumstitels und den Interessen des Geschäftsverkehrs herzustellen, indem sie die freie Verfügbarkeit von Begriffen zur Beschreibung von Waren und Dienstleistungen sichert [24]. Ihr Charakter als Ausnahme von Artikel 5 verlangt jedoch, wie die Kommission vorträgt, eine enge Auslegung, weshalb die Nachbildung des Opel-Logos auf der Karosserie der Modellfahrzeuge kaum als Angabe über die Art oder die Beschaffenheit angesehen werden kann.

51. Da allerdings das Wesen der Herstellung von Modellen grundsätzlich in der getreuen und detaillierten Nachbildung der Wirklichkeit liegt, ist davon auszugehen, dass das Logo der Marke ein untrennbar mit dem Original verbundener Bestandteil ist, der, damit der Verbraucher besser informiert wird und alle in dem entsprechenden Sektor tätigen Wettbewerber zu gleichen Bedingungen miteinander konkurrieren [25], zu den anderen Merkmalen im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie gehört.

52. Diese Lösung führt dazu, dass jedes der Modellfahrzeuge als eine Warenart anzusehen ist, innerhalb deren es verschiedene Angebote gibt.

53. Hat man einmal akzeptiert, dass der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens in den Anwendungsbereich des Artikels 6 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/104 fällt, so ist im Rahmen der dritten Frage zu klären, ob die Benutzung der Marke Opel entsprechend

24 — So zu Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung (EG) Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke A. von Mühlendahl/D. C. Ohlgart, zitiert in Fußnote 7, S. 54.

25 — C. Fernández-Nóvoa, zitiert in Fußnote 7, S. 459, lenkt die Aufmerksamkeit auf das mit der genannten Bestimmung verfolgte Ziel des Schutzes dieser Interessen.

den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel erfolgt ist, die zweite Voraussetzung dafür, sich auf diese Norm zu berufen.

54. Dazu enthält die jüngere Rechtsprechung des Gerichtshofes klare Leitlinien, weshalb es ausreicht, diese kurz in Erinnerung zu rufen.

55. So hat der Gerichtshof erstens wiederholt ausgeführt, dass die Voraussetzung, dass die Benutzung der Marke den auf dem Markt herrschenden Gepflogenheiten entspricht, die Verpflichtung ausdrücke, den berechtigten Interessen des Markeninhabers nicht in unlauterer Weise zuwiderzuhandeln [26].

56. Zweitens hat der Gerichtshof im Urteil Gillette Company und Gillette Group Finland [27] die Auslegung dieser Begriffe erleichtert, indem er entschieden hat, dass die Benutzung der Marke insbesondere dann nicht den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel entspreche, wenn sie den Eindruck erwecke, dass eine Handelsbeziehung zwischen dem Dritten und dem Markeninhaber bestehe, wenn sie den Wert der Marke dadurch beeinträchtige, dass sie ihre Unterscheidungskraft oder ihre Wertschätzung in unlauterer Weise ausnutze, wenn durch sie diese Marke herabgesetzt oder schlechtgemacht werde oder wenn der Dritte seine Ware als Imitation oder Nachahmung der Ware mit der Marke, deren Inhaber er nicht sei, darstelle.

57. Spielzeugmodelle fallen nicht in die letztgenannte Fallgruppe, da nicht die Modelle der Lizenznehmer von Opel nachgebildet werden, sondern das von diesem Automobilunternehmen hergestellte reale Fahrzeug, der Opel Astra V8 Coupé.

58. Im erwähnten Urteil Anheuser-Busch hat der Gerichtshof betont, dass bei der Beurteilung der Frage, ob das Kriterium der anständigen Gepflogenheiten erfüllt sei, zum einen zu berücksichtigen sei, inwieweit die Verwendung des Handelsnamens des Dritten von den beteiligten Verkehrskreisen oder zumindest einem erheblichen Teil davon als Hinweis auf eine Verbindung zwischen den Erzeugnissen des Dritten und dem Markeninhaber oder einer zur Benutzung der Marke befugten Person aufgefasst werde, und zum anderen, inwieweit der Dritte sich dessen hätte bewusst sein müssen, wobei auch darauf abzustellen sei, ob es sich um eine Marke handele, die in dem Mitgliedstaat, in dem sie eingetragen sei und in dem ihr Schutz beantragt werde, ein bestimmtes Ansehen habe, das der Dritte beim Vertrieb seiner Erzeugnisse ausnutze [28].

59. Diese Kriterien kann das nationale Gericht auf den bei ihm anhängigen Rechtsstreit anwenden. Im letztgenannten Urteil heißt es nämlich, dass es Aufgabe des nationalen Gerichts sei, eine Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände vorzunehmen, um festzustellen, ob den erwähnten anständigen Geflogenheiten entsprochen wurde [29].

26 — Urteil BMW, Randnr. 61, und Urteil vom 7. Januar 2004 in der Rechtssache C-100/02 (Gerolsteiner Brunnen, Slg. 2004, I-691, Randnr. 24).

27 — Urteil vom 17. März 2005 in der Rechtssache C-228/03 (Slg. 2005, I-2337).

28 — Randnr. 83 des Urteils Anheuser-Busch.

29 — Randnr. 84 des in vorstehender Fußnote bezeichneten Urteils.

60. Infolgedessen wage ich, zu behaupten, dass die Art und Weise, in der Autec ihre Waren anbietet, indem sie ihr Zeichen „Cartronic®" und die Angaben „AUTEC® AG" und „Autec AG Daimler Straße 61 D-90441 Nürnberg" auch auf der Fernsteuerung sichtbar anbringt, eine gebührende Verhaltensweise ist, die mit dem Handelsbrauch völlig in Einklang steht. Daher ist in diesem Vorgehen kein Missbrauch der Marke Opel zu sehen, die dort angebracht ist, wo sie jeder Verbraucher vorzufinden erwartet: auf dem Kühlergrill des Fahrzeugs.

61. Gemäß diesen Erläuterungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die zweite und die dritte Frage jeweils im Sinne der vorstehenden Ausführungen zu behandeln.

VI — Ergebnis

62. Im Licht der angestellten Überlegungen schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Landgericht Nürnberg-Fürth wie folgt zu antworten:

1. Die Benutzung eines eingetragenen Zeichens für Spielzeug stellt keine Benutzung als Marke im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken dar, wenn der Hersteller eines Spielmodellautos ein real existierendes Vorbildfahrzeug in verkleinertem Maßstab einschließlich der auf dem Vorbild angebrachten Marke des Markeninhabers nachbildet und in Verkehr bringt.

63. Falls der Gerichtshof hinsichtlich der ersten Frage diesen Standpunkt nicht teilt, schlage ich ihm vor, die zweite und die dritte Frage wie folgt zu beantworten:

2. Die in Ziffer 1 beschriebene Art der Benutzung der Marke ist eine Angabe über andere Merkmale des Modellfahrzeugs im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/104.

3. In Fällen wie dem vorliegenden sind die vom Gerichtshof in den Urteilen Anheuser-Busch sowie Gillette Company und Gillette Group Finland aufgestellten Kriterien für die Beurteilung der Frage maßgebend, ob die Benutzung der Marke den anständigen Gepflogenheiten in Handel oder Gewerbe entspricht.

Bringt der Hersteller des Modellfahrzeugs auf der Verpackung und einem zur Benutzung des Spielzeugs erforderlichen Zubehörteil ein für den Verkehr als Eigenmarke erkennbares Zeichen sowie seine Unternehmensbezeichnung unter Nennung seines Firmensitzes an, so handelt er, vorbehaltlich der vom nationalen Gericht vorzunehmenden Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände, in einer Weise, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel entspricht.