SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PHILIPPE LÉGER

vom 8. Februar 2001 [1]

1. Der Begriff der vergleichenden Werbung ist neu im Gemeinschaftsrecht. Die Mitgliedstaaten standen ihm lange misstrauisch gegenüber, und seine grundsätzliche Einführung in die nationalen Rechtsordnungen wurde erst kürzlich nach Erlass der Richtlinie 97/55/EG [2] und um den Preis einer sehr strengen Regelung der Voraussetzungen für seine Anwendung gebilligt.

2. Im Bereich der Werbung birgt ein vergleichendes Vorgehen in Bezug auf die Tätigkeit anderer Wirtschaftsteilnehmer Gefahren, die nicht zu vernachlässigen sind. Es ist zu befürchten, dass sich die Unternehmen, sobald sie die Vorzüge und Mängel konkurrierender Waren und Dienstleistungen einander gegenüberstellen dürfen, zu Herabsetzung und Schmarotzertum hinreißen lassen.

3. Wie die herkömmliche Werbung bezweckt die vergleichende Werbung, die geschäftliche Entwicklung des Unternehmens zu fördern und zugleich die Verbraucher zu informieren. Auch diese Art Werbung setzt auf Verführung, was bei vergleichendem Vorgehen den geschäftlichen Verkehr mit der ständigen Bedrohung unlauterer Verhaltensweisen belastet.

4. Die Notwendigkeit, die Rechtmäßigkeit aller Vorhaben vergleichender Werbung von der Beachtung strenger Voraussetzungen abhängig zu machen, die sich auf Erwägungen der Fairness im geschäftlichen Verkehr stützen, läßt sich daher kaum bestreiten.

5. Die vorliegende Rechtssache veranschaulicht gut die ambivalente Funktion der Werbung im Spannungsfeld zwischen sachlicher Information und kommerzieller Kommunikation. Sie liefert ein markantes Beispiel für Praktiken, die durch funktionelle Erwägungen gerechtfertigt sein können und gleichzeitig im Verdacht stehen, einen Ruf, zu dem ihr Urheber nichts beigetragen hat, in unlauterer Weise auszunutzen.

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung (ABl. L 290, S. 18).

I — Sachverhalt und Ausgangsverfahren

6. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die Toshiba Europe GmbH (Im Folgenden: Toshiba), ist die deutsche Tochtergesellschaft der Toshiba Corporation. Sie vertreibt in Europa Fotokopiergeräte und Materialien wie Ersatzteile und Verbrauchszubehör für diese Geräte.

7. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens, die Katun Germany GmbH (Im Folgenden: Katun), vertreibt für die Fotokopiergeräte von Toshiba verwendbare Ersatzteile und Verbrauchszubehör.

8. Zur Kennzeichnung ihrer Fotokopiergeräte verwendet Toshiba bestimmte Bezeichnungen, z. B. „Toshiba 5010". Zur Kennzeichnung ihrer Materialien verwendet sie ebenfalls bestimmte Artikelkurzbezeichnungen, z. B. „T-50 P" für den Toner, sowie Bestellnummern.

9. In ihren Katalogen verwendet Katun die Modellbezeichnungen und die Bestellnummern der Artikel von Toshiba. Diese Nummern sind neben den Nummern von Katun angegeben und werden wie diese zur Kennzeichnung der Artikel von Katun verwendet, die für Toshiba-Fotokopiergeräte verwendbar sind. Die Bestellnummern von Toshiba stehen unter der Überschrift „OEM Art. Nr." („Original Equipment Manufacturer") (Im Folgenden: Artikelnummern) und die von Katun unter der Überschrift „Katun Art. Nr.".

Für ein bestimmtes Produkt ist der Katalog wie folgt gestaltet (Auszug aus dem Katalog):

KATUN

Katun-Produkte für Toshiba-Kopierer 2510/2550

OEM Art.-Nr	Katun Art.-Nr	Beschreibung	Modelle
T2510	43013746	Toner, schwarz; 450 g Kartusche (Preis pro Kartusche, Verkauf im 4er-Paket)	2510.2550

10. Toshiba hält das Verhalten von Katun für wettbewerbswidrig. Sie nimmt Katun u. a. auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch.

11. Das vorlegende Gericht hat der Klage teilweise stattgegeben und Katun wegen eines Verstoßes gegen die Toshiba zustehenden Markenrechte auf Grund des von Katun für den von ihr vermarkteten Toner verwendeten Etiketts verurteilt. Gleichzeitig hat es das vorliegende Verfahren vom Ausgangsverfahren abgetrennt.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Die geänderte Richtlinie 84/450/EWG*

12. Die Richtlinie 84/450/EWG [3] wurde durch die Richtlinie 97/55 geändert und trägt seitdem den Titel „über irreführende und vergleichende Werbung".

13. Die siebte Begründungserwägung der Richtlinie 97/55 lautet:

„Es sollten Bedingungen für zulässige vergleichende Werbung vorgesehen werden, soweit der vergleichende Aspekt betroffen ist, mit denen festgelegt wird, welche Praktiken der vergleichenden Werbung den Wettbewerb verzerren, die Mitbewerber schädigen und die Entscheidung der Verbraucher negativ beeinflussen können. Diese Bedingungen für zulässige vergleichende Werbung sollten Kriterien beinhalten, die einen objektiven Vergleich der Eigenschaften von Waren und Dienstleistungen ermöglichen."

14. Nach Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie ist „jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht", als vergleichende Werbung anzusehen.

15. Artikel 3a Absatz 1 der Richtlinie bestimmt:

„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;

3 — Richtlinie des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (ABl. L 250, S. 17; im Folgenden: Richtlinie).

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;

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

B — *Das deutsche Recht*

16. § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb [4] bestimmt: „Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden."

17. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist ein Vergleich der eigenen Waren mit denjenigen der Mitbewerber grundsätzlich nicht mit den guten Sitten im Sinne des § 1 UWG zu vereinbaren [5].

4 — Im Folgenden: UWG.

5 — Vorlagebeschluss, Seite 13, zweiter Absatz.

18. Bei Erlass des Vorlagebeschlusses war die Richtlinie 97/55 noch nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden.

III — Vorlagefragen

19. Das Landgericht Düsseldorf weist darauf hin, dass der Bundesgerichtshof nach dem Inkrafttreten der Richtlinie 97/55 entschieden hat, dass vergleichende Werbung nunmehr als grundsätzlich zulässig anzusehen sei, sofern die in Artikel 3a Absatz 1 Buchstaben a bis h der Richtlinie genannten Voraussetzungen erfüllt seien.

20. Obwohl die Richtlinie 97/55 vom deutschen Gesetzgeber[6] noch nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sei, sehe sich der Bundesgerichtshof nicht an einer richtlinienkonformen Auslegung des § 1 UWG gehindert.

21. Da das Landgericht Düsseldorf die Auffassung des Bundesgerichtshofes, dass § 1 UWG richtlinienkonform ausgelegt werden müsse, für zutreffend hält und für die Entscheidung des Rechtsstreits die Auslegung von Gemeinschaftsrecht für erforderlich erachtet, hat es dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist die Werbung eines Anbieters von Ersatzteilen und Verbrauchsmaterialien für das Produkt eines Geräteherstellers als vergleichende Werbung im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie anzusehen, wenn in der Werbung die Artikelnummern (OEM-Nummern) des Geräteherstellers für die entsprechenden Original-Ersatzteile und -Verbrauchsmaterialien als Referenz zur Identifizierung der Produkte des Anbieters angegeben werden?

2. Wenn die Frage 1 zu bejahen ist:

   a) Liegt in der Gegenüberstellung der Artikelnummern (OEM-Nummern) des Geräteherstellers mit den eigenen Bestellnummern des Anbieters ein nach Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie zulässiger Vergleich der Waren, insbesondere ein Vergleich der Preise?

   b) Handelt es sich bei den Artikelnummern (OEM-Nummern) um Unterscheidungszeichen eines Mitbewerbers im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe g?

6 — Die Frist für die Umsetzung war bei Erlass des Vorlagebeschlusses noch nicht abgelaufen.

3. Wenn die Frage 2 zu bejahen ist:

a) Nach welchen Kriterien beurteilt es sich, ob eine Werbung im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a den Ruf eines Unterscheidungszeichens eines Mitbewerbers in unlauterer Weise im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe g ausnutzt?

b) Reicht die Gegenüberstellung der Artikelnummern (OEM-Nummern) des Geräteherstellers mit den eigenen Bestellnummern des Anbieters aus, um den Vorwurf einer Ausnutzung des Rufes eines Unterscheidungszeichens eines Mitbewerbers im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe g zu begründen, wenn es dem Drittbewerber möglich ist, stattdessen auf das jeweilige Produkt, für das das Verbrauchsmaterial oder Ersatzteil geeignet ist, hinzuweisen?

c) Kommt es für die Beurteilung der Unlauterkeit darauf an, ob der Verweis (nur) auf das Produkt, für das das Verbrauchsmaterial oder Ersatzteil geeignet ist, anstelle des Verweises auf die Artikelnummer (OEM-Nummer) geeignet ist, den Vertrieb der Erzeugnisse des Anbieters zu erschweren, insbesondere, weil sich die Abnehmer an den Artikelnummern (OEM-Nummern) des Geräteherstellers zu orientieren pflegen?

IV — Zur Qualifizierung als vergleichende Werbung (Frage 1)

22. Mit seiner ersten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Werbung eines Wirtschaftsteilnehmers für Materialien zum Betrieb eines von einem anderen Wirtschaftsteilnehmer hergestellten Gerätes als „vergleichende Werbung" im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie zu qualifizieren ist, wenn der Werbende in dieser Werbung die Referenzen, die der Gerätehersteller seinen Materialien zuordnet, neben den Referenzen seiner eigenen Materialien zu deren Kennzeichnung angibt.

23. Nach Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie ist unter Werbung im Sinne der Richtlinie „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern", zu verstehen.

24. Das Landgericht Düsseldorf hat keinen Zweifel, dass es sich bei der in Rede stehenden Praktik um Werbung im Sinne dieser Bestimmung handelt, da es die Verwendung von Katalogen durch einen Wirtschaftsteilnehmer zur Information seiner Kunden über seine Produkte und ihre Eigenschaften so qualifiziert [7].

25. Es steht in der Tat fest, dass die in Rede stehenden Kataloge den Verkauf der Waren von Katun fördern sollen, indem die Verbraucher [8] über die Ersatzteile und das Verbrauchszubehör informiert werden, die für den Betrieb von Toshiba-Fotokopiergeräten erforderlich sind.

26. Fraglich ist, ob es sich um vergleichende Werbung handelt. Mit Ausnahme von Toshiba lehnt keiner der Beteiligten diese Qualifizierung ausdrücklich ab. Das vorlegende Gericht selbst erklärt die Richtlinie 97/55, obwohl es sie zum Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens macht, im Ausgangsverfahren für anwendbar, was voraussetzt, dass es die streitige Werbung zuvor als vergleichend qualifiziert hat [9].

27. Um dem vorlegenden Gericht antworten zu können, sind die Anhaltspunkte in der Richtlinie zu nennen, die Auskunft über das vom Gemeinschaftsgesetzgeber verfolgte Ziel geben, und der Wortlaut der einschlägigen Vorschriften der Richtlinie zu untersuchen.

28. Sowohl der Wortlaut der Richtlinie als auch ihr Zweck sprechen offensichtlich für eine weite Auslegung des in Rede stehenden Begriffes.

29. Ihr Artikel 2 Nummer 2a nennt jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von einem Mitbewerber angeboten werden, erkennbar macht.

30. Diese Vorschrift weist zwei Besonderheiten auf.

Erstens wird ein vergleichendes Vorgehen nicht ausdrücklich erwähnt. Auf der Ebene der Definition des streitigen Begriffes braucht eine Werbung für ihre Qualifizierung als „vergleichende Werbung" offensichtlich keine vergleichende Beschreibung der Vorzüge der Produkte oder Dienstleistungen zu enthalten. Wir werden sehen, dass dieses Erfordernis an späterer Stelle in der Richtlinie aufgestellt wird, nämlich dort, wo die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der untersuchten Werbung aufgestellt werden. Diese Besonderheit kann als Anhaltspunkt für die Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers gesehen werden, möglichst viele Praktiken kommerzieller Kommunikation zu erfassen, die mehrere konkurrierende Wirtschaftsteilnehmer betreffen. Man könnte daran denken, dass der

7 — Vgl. den Wortlaut der ersten Vorlagefrage.

8 — Der Begriff „Verbraucher" ist hier als auch Geschäftsleute einschließend zu verstehen, die offensichtlich den Kern der Kundschaft ausmachen, die an Fotokopiergeräten und den zugehörigen Materialien interessiert ist.

9 — Vorlagebeschluss, Seite 16.

Vergleich im weiteren Sinn dort beginnt, wo zwei konkurrierende Wirtschaftsteilnehmer — selbst in nicht beschreibender Weise — in einer Werbemaßnahme mit einander in Verbindung gebracht werden. Die Richtlinie fände jedenfalls immer dann Anwendung, wenn eine Werbung diese Art Gegenüberstellung vornimmt.

Zweitens spricht für ein weites Verständnis des Begriffes der vergleichenden Werbung, dass der Mitbewerber nicht eindeutig erkennbar gemacht zu werden braucht. Eine Werbung fällt schon dann in den Anwendungsbereich der Richtlinie, wenn die Kunden, an die sich die Werbung richtet, ihrem Inhalt entnehmen können, welcher andere, mit dem Werbenden konkurrierende Wirtschaftsteilnehmer gemeint ist.

31. Das Anliegen des Gemeinschaftsgesetzgebers, möglichst viele Situationen zu erfassen, wird durch die sechste Begründungserwägung bestätigt: „Der Begriff ‚vergleichende Werbung' sollte breit gefasst werden, so dass alle Arten der vergleichenden Werbung abgedeckt werden."

32. Im vorliegenden Fall findet sich unter den im Katalog von Katun enthaltenen Informationen die Erwähnung der Marke Toshiba zur Bezeichnung des Fotokopiergeräts. Auch die Artikelnummern sind angegeben, von denen niemand bestreitet, dass es sich um die Artikelnummern der Klägerin des Ausgangsverfahrens handelt, da sie die Ersatzteile und das Verbrauchszubehör bezeichnen, die diese für den Betrieb ihrer Fotokopiergeräte herstellt.

33. Das Ausgangsverfahren betrifft ausschließlich die Verwendung der Artikelnummern. Toshiba beanstandet nicht die Verwendung ihrer Marke, um das Fotokopiergerät zu bezeichnen, für das die mit den Artikelnummern versehenen Materialien bestimmt sind [10].

34. Die vorgelegte Frage beschränkt sich somit auf die Art der Information, die diese Nummern durch ihr bloßes Vorhandensein dem Leser vermitteln können. Es geht darum, ob die bloße Nennung dieser Nummern die Materialien von Toshiba und damit Toshiba selbst erkennbar macht.

35. Es ist selbstverständlich nicht Aufgabe des Gerichtshofes, hierüber zu entscheiden, da das nationale Gericht hierzu aufgrund seiner Sachverhaltskenntnis am Besten in der Lage ist. Allenfalls sei darauf hingewiesen, dass das Gericht bereits selbst ausgeführt hat, dass die „Angabe der OEM-Nummern der Klägerin in den Prospekten der Beklagten... in erster Linie die Erzeugnisse der Klägerin und damit mittelbar auch die Klägerin selbst" identifiziere [11]. Seine Aufgabe ist es, zu entscheiden, ob dieser erste Ansatz zutrifft.

36. Was die Auslegung des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie anbelangt, bin ich der Ansicht, dass eine Werbung als

10 — Toshiba macht nämlich geltend, dass ein „Hinweis auf [den] Verwendungszweck durch Angabe des Fotokopierertyps ausreichend" sei (Titel IV ihrer schriftlichen Erklärungen).

11 — Vorlagebeschluss, Seite 16.

„vergleichende Werbung" im Sinne dieser Vorschrift zu qualifizieren ist, wenn sie es auch nur mittelbar ermöglicht, einen Mitbewerber oder von ihm hergestellte Produkte zu identifizieren.

37. Eine mittelbare Identifizierung eines Mitbewerbers oder seiner Produkte liegt vor, wenn nachgewiesen wird, dass schon die von diesem zur Bezeichnung seiner eigenen Materialien vergebenen Nummern einer durchschnittlich informierten Person erlauben, diese Materialien oder ihren Hersteller zu identifizieren.

38. Ich komme daher zu dem Schluss, dass die Werbung eines Wirtschaftsteilnehmers für Materialien zum Betrieb eines von einem anderen Wirtschaftsteilnehmer hergestellten Gerätes, in der der Werbende die Referenzen, die der Gerätehersteller seinen Materialien zuordnet, neben den Referenzen seiner eigenen Materialien zu deren Kennzeichnung angibt, eine „vergleichende Werbung" im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie darstellt, wenn diese Angabe es einer durchschnittlich informierten Person ermöglicht, den Wirtschaftsteilnehmer zu identifizieren, dessen Referenzen in der Werbung genannt werden.

39. Es ist Sache des Landgerichts Düsseldorf, festzustellen, ob die bloße Angabe der Artikelnummern im Katalog von Katun in den Augen einer durchschnittlich informierten Person ausreichen, um die Materialien von Toshiba zu identifizieren.

V — Zum objektiven Vergleich der Waren (Frage 2 Buchstabe a)

40. Eine vergleichende Werbung ist nur zulässig, wenn die in Artikel 3a Absatz 1 der Richtlinie genannten Bedingungen erfüllt sind. In der elften Begründungserwägung der Richtlinie 97/55 heißt es: „Die Bedingungen für vergleichende Werbung sollten kumulativ sein und uneingeschränkt eingehalten werden."

41. Bei den in der Richtlinie vorgeschriebenen Bedingungen handelt es sich um positive und negative Bedingungen in dem Sinne, dass die Werbung, um als „vergleichend" qualifiziert zu werden, bestimmte Merkmale aufweisen und von bestimmten anderen frei sein muss.

42. Zu den positiven Bedingungen gehört das in Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe c aufgestellte Erfordernis eines objektiven Vergleichs der Waren.

43. Das Besondere und Schwierige der Situation, mit der sich das vorlegende Gericht zu befassen hat, besteht darin, dass die Gegenüberstellung der Artikelnummern nicht mit einer vergleichenden Beschreibung der streitigen Produkte einhergeht.

44. Katun nennt nicht die jeweiligen Eigenschaften der beiden Produkte, um die Unterschiede oder Gemeinsamkeiten zwischen ihnen erkennbar zu machen. Man könnte daher annehmen, dass der streitigen Werbung trotz ihrer rechtlichen Qualifizierung das vergleichende Element fehlt.

45. Der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende Sachverhalt weist eine Ambivalenz auf, die diese Schwierigkeit erklären mag. In der Werbung von Katun findet man beide Rechtfertigungen der vergleichenden Werbung wieder: sie soll sowohl für eine bessere Information des Verbrauchers sorgen als auch den Wettbewerb verschärfen.

46. Wie Katun vorträgt, wird durch die Gegenüberstellung der Artikelnummern ausgesagt, dass die einzelnen von ihr hergestellten Artikel technisch den entsprechenden Artikeln des Geräteherstellers gleichen und deshalb genau wie diese in dessen Geräten verwendet werden können [12]. Es mag daher den Anschein haben, dass sich Katun damit begnügt, ihre Kunden über die Bestimmung und die Funktionen ihrer eigenen Produkte zu informieren, ohne aktiv eine vergleichende Beschreibung der beiden konkurrierenden Produkte vorzunehmen.

47. Der in Rede stehenden Werbung fehlt indessen nicht jedes vergleichende Element. Die Gegenüberstellung der beiden Referenzen der Materialien ist ein solches Vorgehen, auch wenn die gewählte Methode nicht die übliche sein mag.

48. Wenn der Vorgang des Vergleichens darin besteht, „prüfend nebeneinander [zu] halten ..., um Unterschiede oder Übereinstimmungen festzustellen“ [13], lässt sich die Gegenüberstellung von Nummern, die bereits für sich eine Bedeutung haben, als mittelbarer Vergleich betrachten, der auf eine Gleichsetzung abzielt. Die Darstellung von zwei Produkten ohne Aussage zu Ähnlichkeiten oder Unterschieden zwischen ihnen führt mit anderen Worten zwingend zu der Schlussfolgerung, dass sie austauschbar sind. Die Allgemeinheit und Unbestimmtheit der passiven Gegenüberstellung der beiden Produkte lässt in diesem Fall auf die Absicht schließen, das eine Produkt dem anderen vollständig gleichzusetzen.

49. Zu prüfen bleibt, ob ein mittelbarer Vergleich noch als objektiver Vergleich im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie angesehen werden kann. Dies erscheint fraglich, wenn der mittelbare Vergleich derart allgemein ist, dass der Eindruck vermittelt wird, die Produkte seien völlig gleich.

12 — Schriftliche Erklärungen, S. 5.

13 — *Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache*, Mannheim, Dudenverlag, 1999; vgl. für den französischen Begriff „comparaison“, *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, Paris, Édition Dictionnaires Le Robert, 1999: „le fait d'envisager ensemble (deux ou plusieurs objets de pensée) pour en chercher les ressemblances ou les différences“.

50. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Objektivität des Vergleichs voraussetzt, dass die Angaben zu den Vorzügen oder Mängeln des Produktes nachprüfbar sind [14].

51. Ein mittelbarer Vergleich ist nicht zwangsläufig subjektiv, wenn die darin enthaltene Information — vorausgesetzt, sie ist objektiv — nicht mehrdeutig ist. Die Aussage, eine Ware sei schöner oder besser als ein anderes Produkt, stellt z. B. eine subjektive Wertung dar. Zwei Produkte einander in nicht beschreibender Weise so gegenüberzustellen, dass man daraus ableiten kann, dass sie für die gleiche Verwendung bestimmt sind, ist in Bezug auf diesen Punkt als objektiver Vergleich anzusehen, weil der Vergleich trotz des mittelbaren Charakters der Information nachprüfbar ist.

52. Die Gegenüberstellung der Artikelnummern stellt insoweit einen objektiven Vergleich dar, weil es um die Bestimmung oder die Verwendung von Ersatzteilen und Verbrauchszubehör geht. Die Gleichsetzung der Materialien unterschiedlicher Herkunft bringt eindeutig vor allem eine Funktionsidentität zum Ausdruck, da mittelbar, aber unmissverständlich die Botschaft vermittelt wird, dass das Katun-Produkt wie das entsprechende Toshiba-Produkt für die Unterhaltung eines Toshiba-Fotokopiergeräts bestimmt ist.

53. Hinsichtlich des Preisvergleichs gilt das Gleiche. In Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie wird der Preis als eine der möglichen Eigenschaften genannt, auf die sich der Vergleich beziehen kann. Der Preis ist beispielhaft genannt, wie sich aus dem Wortlaut dieser Vorschrift ergibt, wonach zu den wesentlichen, relevanten, nachprüfbaren und typischen Eigenschaften der Waren „auch der Preis gehören kann".

Katun trägt vor, ihre Kataloge enthielten einen Preisvergleich im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie, weil angedeutet werde, dass Produkte gleicher Qualität zu einem günstigeren Preis angeboten würden [15]. Selbst wenn die Kataloge nach dem Akteninhalt keine Preisangaben enthalten, muss eine solche Aussage als frei von Subjektivität angesehen werden. Ein zurückgesetzter Mitbewerber kann sehr wohl darlegen, dass die tatsächlich verlangten Preise die in der Werbung enthaltene Information widerlegen. Auch die Verbraucher sind in der Lage, die Richtigkeit dieser Information anhand anderer Quellen wie der Preiselisten der beiden konkurrierenden Wirtschaftsteilnehmer zu überprüfen.

54. Die durch die streitige Werbung angedeutete Gleichsetzung enthält einige ob-

14 — Diese Bedingung wird in Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie genannt, der auch voraussetzt, dass es sich bei den Eigenschaften der Waren, die Gegenstand des Vergleichs sind, um wesentliche, relevante und typische Eigenschaften dieser Waren handelt. Dass es sich um solche handelt, steht im vorliegenden Fall nicht wirklich in Frage, weil nicht zweifelhaft ist, dass die Eigenschaften, die, wie wir sehen werden, als Kernstück des Vergleichs anzusehen sind, nicht nebensächlich, sondern im Gegenteil für die Wahl zwischen den betroffenen Produkten entscheidend sind.

15 — Nach dem insoweit unbestritten gebliebenem Vortrag von Katun enthalten die Kataloge folgenden Hinweis: „Mit dem Katun-Toner für Toshiba-Kopierer-Modelle 2510/2550 und 3220/4010 können Sie Ihre Kosten reduzieren, ohne an Qualität oder Leistung einzubüßen" (Schriftliche Erklärungen, S. 6). Dies ist zweifellos die einzige beachtenswerte Nuance gegenüber einer bloßen Gegenüberstellung der Artikelnummern.

jektive Informationen, wie den Preis und die Verwendung, die leicht identifizierbar und nachprüfbar sind. Unter diesem Gesichtspunkt könnte sie als Werbung angesehen werden, die im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften der fraglichen Waren vergleicht.

55. Jedoch ist die Art und Weise des Vergleichs, nämlich die Gegenüberstellung von zwei Produkten — bzw. Referenzen — ohne die geringste Aussage zu Ähnlichkeiten oder Unterschieden, meiner Ansicht nach geeignet, zu einer für den konkurrierenden Wirtschaftsteilnehmer nachteiligen Verwechslung zu führen, da vermieden wird, diese Vergleichspunkte klar zu benennen.

56. Zwar macht der mittelbare Charakter des Vergleichs allein die Werbung nicht unlauter, doch gilt dies nicht für seine Allgemeinheit. Die passive Gegenüberstellung der Produkte lädt dazu ein, Eigenschaften gleichzusetzen, die nicht sämtlich identifizierbar sind. Abgesehen vom Preis und von der Verwendung der in Rede stehenden Materialien läßt die Werbung die Absicht des Werbenden erkennen, seinem Produkt alle positiven Eigenschaften des Konkurrenzprodukts zuzuschreiben, einschließlich derer, die mit der Konkurrenzmarke als solcher zusammenhängen.

57. Im vorliegenden Fall werden nicht nur beide Bestellnummern nebeneinander in der Zeile des entsprechenden Artikels angegeben, sondern Katun weist auch darauf hin, dass ihre Produkte bei gleicher Qualität bzw. Leistung billiger seien [16].

58. Die Gegenüberstellung der Referenzen der Materialien ohne beschreibende Aussage offenbart die Absicht des Werbenden, den Eindruck zu vermitteln, seine Produkte und die seines Mitbewerbers seien von gleicher Qualität. Die Qualität eines Produktes beruht aber auf einer Vielzahl positiver Eigenschaften, die, selbst wenn es sich um ein einfaches Produkt handelt, oft nur schwer genau und vollständig identifizierbar sind.

59. Die Objektivität der Information wird durch die Unmöglichkeit verdeckt, die Eigenschaften, auf die sich der Vergleich bezieht, vollständig aufzulisten und so die ihnen nachgesagten Vorzüge zu überprüfen. Aus dieser Sicht und in Anbetracht des Akteninhalts erfüllt eine Werbung dieser Art meiner Ansicht nach nicht die Bedingung einer objektiven Darstellung der Waren.

60. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, sich hierüber Gewissheit zu verschaffen, indem es prüft, ob diese Darstellung nicht von einer konkreten und genauen Beschreibung der Vorzüge oder Mängel der dargestellten Materialien, wie ihrer Lebensdauer, ihrer Robustheit und ihrer Handhabung, begleitet wird.

16 — Ebendort.

61. Daher stellt eine vergleichende Werbung, in der der Werbende die Referenzen, die ein konkurrierender Wirtschaftsteilnehmer seinen Materialien zuordnet, neben den Referenzen der von ihm hergestellten Materialien ohne weitere Informationen zu den jeweiligen Eigenschaften der dargestellten Produkte angibt, keinen objektiven Vergleich der Waren im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie dar.

Dies gilt erst recht, wenn diese vergleichende Werbung die fraglichen Materialien als von gleicher Qualität darstellt, ohne ihre nachprüfbaren Eigenschaften zu beschreiben, die diese Wertung rechtfertigen, und zwar auch, wenn für die Materialien des Werbenden in dieser vergleichenden Werbung ein niedrigerer Verkaufspreis genannt wird.

62. Der Vollständigkeit halber ist die angewandte Methode auch unter dem Blickwinkel des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie betreffend das Verbot der Rufausbeutung zu prüfen, die mit Praktiken vergleichender Werbung verbunden sein kann und Gegenstand der Frage 2 Buchstabe b und der Frage 3 des Landgerichts Düsseldorf ist.

VI — Zur Rufausbeutung

63. Wer sich vergleichender Werbung bedient, nutzt zwangsläufig auch die Marke eines Mitbewerbers oder jedenfalls Zeichen, die ihn in den Augen der Kundschaft unterscheiden. Es besteht somit die Gefahr, dass unter dem Vorwand des freien Wettbewerbs und der besseren Verbraucherinformation die Bezugnahme auf einen konkurrierenden Wirtschaftsteilnehmer in unlauterer Weise ausgenutzt wird. Das mit der vergleichenden Werbung eingeräumte Recht, die Marke eines anderen zu verwenden, muss daher peinlich genau beschränkt werden. Bevor versucht wird, die Konturen dieses Rechts zu bestimmen, ist zunächst klarzustellen, was unter „Unterscheidungszeichen" im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie zu verstehen ist.

A — *Zum Begriff der „Unterscheidungszeichen" (Frage 2 Buchstabe b)*

64. Mit der fraglichen Regelung wollte der Gemeinschaftsgesetzgeber den objektiven Vergleich zwischen Waren oder zwischen Dienstleistungen fördern und gleichzeitig die den Wirtschaftsteilnehmern u. a. vom Gemeinschaftsrecht eingeräumten Rechte an ihren Marken oder anderen Mitteln zur Identifizierung der Wirtschaftsteilnehmer wahren [17].

17 — Zwölfte und dreizehnte Begründungserwägung der Richtlinie 97/55. Die letztgenannte lautet: „Gemäß Artikel 5 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken... steht dem Inhaber einer eingetragenen Marke ein Ausschließlichkeitsrecht zu, das insbesondere das Recht einschließt, Dritten im geschäftlichen Verkehr die Benutzung eines identischen oder ähnlichen Zeichens für identische Produkte oder Dienstleistungen, gegebenenfalls sogar für andere Produkte, zu untersagen."

65. Jedoch ist eine vergleichende Werbung nur dann wirksam und lauter, wenn sie ihren Adressaten ermöglicht, die dargestellten Produkte zu identifizieren und die von einem Unternehmen angebotenen Produkte von denen seines Mitbewerbers zu unterscheiden [18]. Somit kann nicht jede Bezugnahme eines Wirtschaftsteilnehmers auf von seinen Mitbewerbern verwendete Unterscheidungszeichen ausgeschlossen werden [19].

66. Die Haupteigenschaft eines „Unterscheidungszeichens" ist die Erleichterung des Wiedererkennens. Ein Element, das es nicht ermöglicht, auf die eine oder andere Weise einen Wirtschaftsteilnehmer zu identifizieren, kann daher nicht als „Unterscheidungszeichen" im Sinne der Richtlinie angesehen werden.

67. Will man auf der anderen Seite vermeiden, dass die Ausbreitung der vergleichenden Werbung Praktiken geschäftlichen Schmarotzertums freien Lauf lässt, ist es unumgänglich, den Begriff „Unterscheidungszeichen" sehr weit zu fassen.

68. Entgegen der Ansicht von Katun lässt sich der Begriff „Unterscheidungszeichen" nur schwer auf den Begriff der „Marke" oder des „Geschäftsnamens" [20] reduzieren, ohne dass man Gefahr läuft, Verhaltensweisen zu tolerieren, die darauf gerichtet sind, den Ruf der Mitbewerber entgegen Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie auszubeuten.

69. Bei einer solchen Sichtweise wäre ein Wirtschaftsteilnehmer berechtigt, jedes Identifikationselement eines Mitbewerbers zu verwenden, sofern dieses Element rechtlich nicht geschützt ist, und sich seiner zu bedienen, um aus dem Ruf des Mitbewerbers einen widerrechtlichen Nutzen zu ziehen.

70. Es ist leicht vorstellbar, dass eine Werbung nicht unmittelbar Bezug auf eine Marke nimmt, sondern z. B. auf die Form oder die Farbe eines Produktes, und dass diese Form oder diese Farbe die meisten Verbraucher sofort an ein Konkurrenzprodukt denken lässt. Eine enge Auslegung des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie würde den Schutz verringern, auf den die konkurrierenden Wirtschaftsteilnehmer Anspruch haben. Sie würde vergleichende Werbung zulässig machen, mit der ein Wirtschaftsteilnehmer versucht, den Ruf einer Marke mittels dieses nicht geschützten Identifikationselements, in diesem Fall der Form oder der Farbe, zu seinem Vorteil auszubeuten.

71. Diese Auslegung wird durch den Wortlaut der in Rede stehenden Vorschrift bestätigt. Darin wird der Ruf einer Marke,

18 — Die vierzehnte Begründungserwägung lautet: „Indessen kann es für eine wirksame vergleichende Werbung unerlässlich sein, Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers dadurch erkennbar zu machen, dass auf eine ihm gehörende Marke oder auf seinen Handelsnamen Bezug genommen wird."

19 — Fünfzehnte Begründungserwägung.

20 — Schriftliche Erklärungen, Seiten 6 und 7.

eines Handelsnamens *oder* anderer Unterscheidungszeichen genannt[21], was dafür spricht, dass der Begriff „Unterscheidungszeichen" die Marke und den Handelsnamen umfasst, sich inhaltlich aber nicht auf diese Begriffe beschränkt.

72. Auf die erste Vorlagefrage hin muss das vorlegende Gericht zur Qualifizierung der streitigen Werbung nach Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie prüfen, ob die Artikelnummern es ermöglichen, die Materialien von Toshiba zu identifizieren[22]. Anhand der Feststellungen, zu denen es gelangen wird, wird es diese Nummern gegebenenfalls als „Unterscheidungszeichen" im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie zu qualifizieren haben.

73. Es ist somit davon auszugehen, dass die Referenzen, die ein Wirtschaftsteilnehmer den von ihm hergestellten Materialien zuordnet, um ihre Identifizierung zu erleichtern, „Unterscheidungszeichen" im Sinne dieser Vorschrift darstellen, wenn sie es einer durchschnittlich informierten Person ermöglichen, den in Rede stehenden Wirtschaftsteilnehmer zu identifizieren.

B — *Zum Vorliegen eines unlauteren Ausnutzens des Rufes eines Mitbewerbers (Frage 3)*

74. Mit der dritten Frage möchte das Landgericht Düsseldorf im Wesentlichen wissen, ob ein Hersteller von Materialien, die für den Betrieb eines von einem anderen Wirtschaftsteilnehmer hergestellten Gerätes bestimmt sind, im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie den Ruf von Unterscheidungszeichen eines Mitbewerbers in unlauterer Weise ausnutzt, wenn er in einer Werbung die Referenzen, die der Gerätehersteller seinen Materialien zuordnet, neben den Referenzen der von ihm zum Verkauf angebotenen Materialien zu deren Identifizierung angibt.

75. Damit wird nach den Kriterien gefragt, die das vorlegende Gericht bei der Beurteilung anzuwenden hat, ob der Werbende den Ruf seines Mitbewerbers in unlauterer Weise ausnutzt (Frage 3 Buchstaben a und b). Das vorlegende Gericht möchte zur Festlegung dieser Kriterien auch wissen, ob berücksichtigt werden muss, dass ein Verbot der Gegenüberstellung der Artikelnummern bei gleichzeitiger Zulässigkeit einer bloßen Bezugnahme auf das Gerät, für das die Materialien bestimmt sind, gegebenenfalls ein Hindernis für den Vertrieb der Materialien des Werbenden darstellt (Frage 3 Buchstabe c).

76. Wie sich aus dem Wortlaut des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie ergibt, ist es schwierig, vergleichende Werbung zuzulassen, ohne die Gefahr in Kauf zu nehmen, dass sich der Werbende den Ruf seines Mitbewerbers teilweise aneignet. Die Vorschrift beschränkt sich daher darauf, die Werbung zu untersagen, die den Ruf des Mitbewerbers *in unlauterer Weise* ausnutzt. Besser lässt sich kaum zum Ausdruck bringen, dass es unvermeidlich ist, dass sich

21 — Die gleiche Aufzählung findet sich in der fünfzehnten Begründungserwägung.

22 — Vgl. vorliegende Schlussanträge, Nrn. 34, 35 und 39.

der konkurrierende Werbende einen Teil des aus diesem Ruf fließenden Nutzens aneignet.

77. In der Tat kann ein Wirtschaftsteilnehmer dadurch, dass er die Überlegenheit eines Mitbewerbers oder auch nur dessen Platz auf demselben Markt durch dessen bloße Nennung in Frage stellen kann, dazu verleitet werden — wenn der Mitbewerber ein gewisses Ansehen genießt —, in dessen Kielwasser zu segeln, um an den Früchten seines Rufes teilzuhaben. In einem solchen Fall nutzt der Werbende allein dadurch, dass sein Name und der Name des Mitbewerbers miteinander in Verbindung gebracht werden — sei es, um die Produkte als gleichwertig erscheinen zu lassen oder um die Überlegenheit des einen gegenüber dem anderen zu behaupten — den Ruf des Mitbewerbers aus.

78. So verhält es sich insbesondere in einem Fall wie dem vorliegenden, wo Gegenstand der Werbung ein für den Betrieb eines Gerätes, das die Marke des Mitbewerbers trägt, erforderliches Zubehörteil ist. Der Hersteller von Materialien, die für ein Gerät einer den Verbrauchern vertrauten Marke bestimmt sind, zieht einen gewissen Nutzen aus dem Ruf dieser Marke. Mit der Zulassung der vergleichenden Werbung billigt man, dass sie dieses Phänomen in einem gewissen Maß verstärkt.

79. Es kommt daher darauf an, ab wann ein Werbender unlauter handelt.

80. Das ist dann der Fall, wenn es dem Werbenden nur darum geht, den Ruf seines Mitbewerbers auszunutzen, um seine eigene Tätigkeit zu fördern. Dagegen kann man nicht wirklich von einer Rufausbeutung sprechen, wenn der Inhalt der vergleichenden Werbung durch bestimmte Erfordernisse gerechtfertigt werden kann.

81. Nach der vierzehnten Begründungserwägung der Richtlinie 97/55 kann es für eine wirksame vergleichende Werbung unerlässlich sein, Waren eines Mitbewerbers dadurch erkennbar zu machen, dass auf eine diesem gehörende Marke oder auf seinen Handelsnamen Bezug genommen wird. Nach der fünfzehnten Begründungserwägung ist eine solche Benutzung von Unterscheidungszeichen eines Mitbewerbers zulässig, wenn sie „nur eine Unterscheidung bezweckt, durch die Unterschiede objektiv herausgestellt werden sollen".

82. Daraus folgt, dass ein Mitbewerber von dem ausschließlichen Recht eines Wirtschaftsteilnehmers an einer Marke oder an anderen Unterscheidungszeichen Gebrauch machen kann, wenn diese Bezugnahme durch die Erfordernisse der vergleichenden Werbung gerechtfertigt ist. Der Werbende ist zu diesen Bezugnahmen berechtigt, wenn der Vergleich der jeweiligen Vorzüge und Mängel der konkurrierenden Produkte ohne Identifizierung des Mitbewerbers unmöglich ist oder auch nur erschwert wird.

83. Das Recht, auf einen Mitbewerber Bezug zu nehmen, steht nicht grundsätzlich in

Frage. Es ist zweifelhaft, ob eine vergleichende Werbung überhaupt möglich ist, ohne dass der Werbende irgendwann Bezug auf den konkurrierenden Wirtschaftsteilnehmer nimmt. Dies gehört übrigens zu den Bestandteilen der Definition der vergleichenden Werbung in Artikel 2 Nummer 2a der Richtlinie, der verlangt, dass der Mitbewerber oder die angebotenen Erzeugnisse erkennbar gemacht werden [23].

84. Es geht vielmehr darum, unter welchen Bedingungen von den Unterscheidungszeichen des Mitbewerbers Gebrauch gemacht werden kann. Da Ausnahmen eng auszulegen sind [24], dürfen Beeinträchtigungen der Schutzrechte der Inhaber nur in den Grenzen dessen zugelassen werden, was für die Verfolgung des Zieles der Richtlinie, den Vergleich der objektiven Eigenschaften der Produkte zu ermöglichen, zwingend erforderlich ist.

85. Der Ruf eines Mitbewerbers wird somit in unlauterer Weise ausgenutzt, wenn die Bezugnahme auf diesen oder die Art und Weise der Bezugnahme nicht zur Information der Kundschaft über die jeweiligen Vorzüge der verglichenen Erzeugnisse erforderlich ist. Umgekehrt kann dieser Vorwurf nicht erhoben werden, wenn die Aspekte, auf die sich der Vergleich bezieht, nicht beschrieben werden können, ohne dass der Werbende auf seinen Mitbewerber Bezug nimmt, auch wenn er daraus einen gewissen Nutzen ziehen mag.

86. Der gleiche Gedanke liegt im Bereich der Marken der Richtlinie 89/104/EWG [25] zugrunde, deren Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c bestimmt: „Die Marke gewährt ihrem Inhaber nicht das Recht, Dritten zu verbieten,... die Marke, falls dies notwendig ist, als Hinweis auf die Bestimmung der Ware, insbesondere als Zubehör oder Ersatzteil, oder einer Dienstleistung im geschäftlichen Verkehr zu benutzen ...“

87. Ich bin daher der Meinung, dass für die Beurteilung der Zulässigkeit einer vergleichenden Werbung nach Artikel 3a Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie auf das Kriterium der Erforderlichkeit abgestellt werden muss.

88. Wie wir gesehen haben, ist die Gegenüberstellung von Artikelnummern insoweit eine ambivalente Form der Werbung.

89. Der Inhalt der streitigen Werbung weist einen doppelten Aspekt auf.

Katun macht geltend, die Gegenüberstellung der Nummern bezwecke nur, die Verbraucher über die Verwendung ihrer Produkte zu informieren, die derjenigen der Produkte von Toshiba entspreche, da sie dem Betrieb der Fotokopiergeräte von Toshiba dienten. Auch wenn man Katun letztlich das Ziel unterstellen kann, mit Toshiba auf dem Markt der Materialien für

23 — Vorliegende Schlussanträge, Nrn. 22 ff.

24 — Vgl. z. B. Urteil vom 6. Juli 2000 in der Rechtssache C-11/99 (Dietrich, Slg. 2000, I-5589, Randnr. 50).

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

Toshiba-Fotokopiergeräte zu konkurrieren, scheint die Gegenüberstellung der Referenzen in diesem Fall in erster Linie dazu bestimmt zu sein, die Adressaten der Werbung über die Bestimmung der in Rede stehenden Produkte zu informieren.

Auf der anderen Seite scheint die Werbung aufgrund ihrer Unbestimmtheit und Allgemeinheit eher darauf hinzuweisen, dass die Produkte austauschbar sind, ohne dass angegeben wird, in welchen Punkten sich diese Gleichheit manifestiert. Hier ist sie klarer wettbewerbsorientiert, insbesondere dann, wenn zusätzlich zur Gegenüberstellung der Referenzen auf einen günstigeren Verkaufspreis der Katun-Produkte bei gleicher Qualität hingewiesen wird. Hinsichtlich dieses zuletzt genannten Punktes besteht eine Gleichsetzungsgefahr, die nicht hingenommen werden kann, wenn die Gleichsetzung nicht durch den Informationszweck der Werbung gerechtfertigt ist.

90. Eine technische Erläuterung der Bestimmung von Erzeugnissen oder Dienstleistungen muss nicht unbedingt die Form einer vergleichenden Werbung annehmen. Die bloße Information mit dem Ziel, den Verbrauchern die Verwendung des angebotenen Produktes zu beschreiben, könnte grundsätzlich durch andere beschreibende Mittel als einen Vergleich erfolgen.

91. Im vorliegenden Fall könnte schon die Tatsache, dass die von Katun verkauften Materialien für Geräte einer anderen Marke bestimmt sind, deren Erwähnung rechtfertigen. Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 89/104 gestattet es im Übrigen Dritten, eine Marke, falls dies notwendig ist, als Hinweis auf die Bestimmung einer Ware als Zubehör oder Ersatzteil zu benutzen, sofern die Benutzung den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel entspricht.

92. Die Absicht von Katun beschränkt sich jedoch nicht darauf, den Verbrauchern eine sachdienliche Information zu vermitteln. Wie sich aus dem Vorlagebeschluss ergibt, macht Katun auch geltend, die Gegenüberstellung der Artikelnummern ermögliche dem Kunden einen Preisvergleich [26]. Mit einer Gegenüberstellung, also nicht beschreibenden Angabe dieser Nummern nimmt sie eine Gleichsetzung der Produkte in Bezug auf andere Eigenschaften als nur ihre Bestimmung vor. So wird u. a. eine identische Qualität suggeriert.

93. Ich werde den zuletzt genannten Punkt nicht behandeln, da, wie gezeigt wurde, diese Art Vergleich im Grundsatz dem Erfordernis eines objektiven Vergleichs der Eigenschaften der Produkte offensichtlich zuwiderläuft. Dieser Vergleich lässt sich daher in keiner Weise rechtfertigen.

94. Es erscheint hingegen zweckmäßig, zu untersuchen, anhand welcher Kriterien beurteilt werden kann, ob die Nennung dieser Nummern für einen Werbenden erforderlich ist, wenn er zum einen die Verbraucher über die Bestimmung der Pro-

26 — Vorlagebeschluss, S. 11.

dukte informieren und zum anderen einen Preisvergleich vornehmen will.

Die Bestimmung der Produkte

95. Es ist zu prüfen, inwieweit die Angabe der Artikelnummern und ihre Gegenüberstellung ohne Aussage zu den Eigenschaften der Produkte als zur Information der Verbraucher über die Bestimmung der Materialien erforderlich anzusehen ist.

96. Die Tatsache, dass der Werbende Artikelnummern angibt, wirft meines Erachtens für sich genommen keine anderen Probleme auf als eine einfache und schlichte Bezugnahme eines Herstellers von Ersatzteilen und Verbrauchszubehör auf die Marke. Es kann nicht ausgeschlossen werden — feststellen muß dies das vorlegende Gericht —, dass diese Nummern von den Verwendern von Toshiba-Fotokopiergeräten als Unterscheidungszeichen dieser Marke verstanden werden. In diesem Fall entspräche die Angabe der Artikelnummern der Erwähnung der Marke selbst.

97. Im Übrigen ergibt sich aus den Äußerungen von Toshiba in der mündlichen Verhandlung, dass diese vor allem das Vorliegen eines Vergleichs in Abrede stellt und bestreitet, dass die Erwähnung ihrer Artikelnummern wie auch ihrer Marke zur Identifizierung der Materialien von Katun erfolgt. Toshiba vertritt letztlich die Ansicht, dass eine Bezugnahme auf ihre eigenen Materialien nicht zur Identifizierung der Materialien von Katun und ihrer Bestimmung erforderlich sei.

98. Für die Feststellung, ob ein Verhalten vorliegt, mit dem der Ruf eines Mitbewerbers ausgebeutet wird, ist zu beachten, dass die Referenzen des konkurrierenden Unternehmens nebeneinander genannt werden, was dazu einlädt, die beiden Materialien gleichzusetzen.

99. Es ist nicht Sache des Gerichtshofes, im vorliegenden Fall zu entscheiden, ob es für einen Werbenden erforderlich ist, neben den Referenzen seiner eigenen Materialien die Referenzen seines Mitbewerbers anzugeben. Er muss vielmehr dem vorlegenden Gericht die Hinweise geben, die ihm diese Prüfung ermöglichen.

100. Zur Erreichung der mit der Richtlinie verfolgten Ziele kommt es meines Erachtens darauf an, dass die Information über die Bestimmung der Materialien, die der Werbende den Verbrauchern geben will, wirksam übermittelt werden kann.

101. Hierzu ist den Mitteln der Vorzug zu geben, die mit dem Ruf des Mitbewerbers zurückhaltend umgehen. Die Verwendung eines Unterscheidungszeichens dieses Wirtschaftsteilnehmers ist nur zuzulassen, wenn der Vergleich nicht auf andere Weise vorgenommen werden kann.

102. Im vorliegenden Fall wird das vorlegende Gericht prüfen müssen, ob über die Bestimmung der Materialien von Katun nicht anders informiert werden kann als durch die Angabe der Artikelnummern von Toshiba. Dabei wird es berücksichtigen, dass die Erwähnung der Marke des Gerätes, für das die Materialien bestimmt sind, rechtmäßig ist. Es hat zu prüfen, ob nicht eine graphische Beschreibung des Gerätes möglich ist, in der kenntlich gemacht wird, wo die verschiedenen Zubehörteile hingehören. Das vorlegende Gericht kann jede andere Alternative in Betracht ziehen, bei der Katun nicht auf das Nummerierungssystem von Toshiba zurückgreifen muss, wie z. B. die schriftliche Beschreibung der Materialien im Hinblick auf ihre Bestimmung.

103. Meiner Ansicht nach muss bei der Beurteilung des Ausmaßes der Schwierigkeiten, die gegebenenfalls dadurch bedingt sind, dass die Artikelnummern nicht angegeben werden können, nicht berücksichtigt werden, dass eine andere Form des Vergleichs den Vertrieb für den Anbieter erschwert.

104. Mit dem Vorbringen, dass die Verwendung der Artikelnummern eines Mitbewerbers den Vertrieb der eigenen Produkte erleichtert, wird eingeräumt, dass man den Ruf dieses Wirtschaftsteilnehmers ausnutzt. Das Nummerierungssystem ist nämlich eines der Mittel dieses Wirtschaftsteilnehmers zur Aufrechterhaltung dieses Rufes, indem es seine Identifizierung durch die Verbraucher erleichtert.

105. Seine Verwendung durch einen konkurrierenden Wirtschaftsteilnehmer kann daher nicht geduldet werden, solange nicht feststeht, dass für diesen Wirtschaftsteilnehmer keine andere praktikable Lösung in Betracht kommt, um mit den so kenntlich gemachten Produkten zu konkurrieren. Die durch diese Artikelnummern geschaffenen Erleichterungen für den Verkauf der Produkte sind somit nicht notwendigerweise legitim, weil sie auf den Mitbewerber selbst zurückgehen [27].

106. Daraus ergibt sich, dass die Folgen der Unmöglichkeit, auf die Artikelnummern des Konkurrenzprodukts Bezug zu nehmen, nur dann berücksichtigt werden können, wenn keine andere Lösung dem Werbenden die vergleichende Werbung ermöglicht.

Der Preisvergleich

107. Die gleiche Frage wie hinsichtlich der Bestimmung der Produkte muss hinsichtlich ihres Preises beantwortet werden.

27 — Zu dem Vorbringen, die Verwendung einer detaillierten Beschreibung der Materialien stelle den Werbenden vor eine besonders große Schwierigkeit, sind zunächst zwei Bemerkungen veranlasst. Zum einen musste der Hersteller der Materialien, dessen Referenzen mit angegeben werden, seinerzeit selbst dieses Hindernis überwinden, bis sein Nummerierungssystem den Verbrauchern bekannt war. Zum anderen ist möglicherweise die Gesamtzahl der für ein bestimmtes Gerät zum Verkauf angebotenen Materialien für die Beurteilung des Ausmaßes dieser Schwierigkeit von Bedeutung, sofern diese überhaupt zu berücksichtigen ist. Die zeichnerische oder schriftliche Beschreibung der Produkte ist umso aufwendiger, je mehr Teile zum Verkauf angeboten werden.

108. Wie dargestellt, enthält die streitige Werbung keinen unmittelbaren Preisvergleich, sondern eine Formulierung, die klar zu verstehen gibt, dass die Preise der von Katun hergestellten Materialien unter denen von Toshiba liegen.

109. Ich habe zwar eingeräumt, dass eine vergleichende Werbung selbst in dieser mittelbaren Form und auch, wenn sie sich hierauf beschränkt, nicht gegen das Erfordernis eines objektiven Preisvergleichs im Sinne des Artikels 3 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie verstößt. Die nicht bezifferte Aussage, dass ein Erzeugnis X weniger kostet als ein Erzeugnis Y, stellt für sich genommen keine Wertung dar, die subjektive Elemente enthält.

110. Man muss sich jedoch fragen, ob angesichts der Notwendigkeit, den Ruf eines Unterscheidungszeichens zu schützen, die Gegenüberstellung der Nummern für den in dieser Form durchgeführten Preisvergleich erforderlich ist.

111. Zwar wird durch die Nennung der Artikelnummern eines Mitbewerbers dessen Ruf nicht in unlauterer Weise ausgenutzt, wenn die Artikelnummern „Unterscheidungszeichen" im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie darstellen und die Preise ausdrücklich genannt werden.

112. Ein Preisvergleich ist nämlich nicht vorstellbar, ohne dass der konkurrierende Wirtschaftsteilnehmer erkennbar gemacht wird, dessen Erzeugnisse als Bezugspunkt für den Vergleich verwendet werden. Das Erfordernis einer genauen Identifizierung der Konkurrenzprodukte zwingt zur eindeutigen Bezeichnung dieses Wirtschaftsteilnehmers, die freilich auch mittelbar sein kann, wenn sie nur eindeutig ist.

113. Es ist jedoch ebenso erforderlich, die entsprechenden Preise ausdrücklich anzugeben. Die Angabe einer Artikelnummer von Toshiba oder eines gleichwertigen Unterscheidungszeichens ohne Nennung des Preises ist nicht zulässig, wenn der Werbende eine vergleichende Werbung hinsichtlich der Preise beabsichtigt.

114. Denn die Nennung eines Unterscheidungszeichens wie der Artikelnummer neben der eigenen erfüllt ohne Angabe des Preises nicht mehr nur die Aufgabe der Identifizierung des Mitbewerbers, wie sie im Fall eines ausdrücklichen Preisvergleichs gewährleistet ist. Wie ich bereits zur Bedingung des objektiven Vergleichs ausgeführt habe, würde sie die Aufmerksamkeit des Verbrauchers auch auf die qualitative Gleichwertigkeit der Produkte lenken.

In diesem Fall ist daher zu befürchten, dass der Werbende den Ruf seines Mitbewerbers in unlauterer Weise ausnutzt. Die Bezug-

nahme auf diesen Mitbewerber würde nicht mehr ausschließlich dazu dienen, das Konkurrenzprodukt erkennbar zu machen, um ein objektives Element, etwa den Preis, zu vergleichen. Sie würde zu dem einzigen Zweck verwendet, eine gleiche Qualität zu suggerieren; auf dieser Grundlage würde der Werbende gegebenenfalls versuchen, sich durch den Hinweis zu unterscheiden, dass seine Preise interessanter seien, ohne sie jedoch zu nennen.

115. Ich bin deshalb der Ansicht, dass der Werbende, der das Unterscheidungszeichen eines Mitbewerbers neben seinen eigenen Referenzen verwendet, aber einen mittelbaren Preisvergleich vornimmt, eher den Ruf dieses Mitbewerbers in unlauterer Weise ausnutzt, als der, der die gleiche Gegenüberstellung vornimmt und den Preis der dargestellten Produkte genau angibt.

116. Daher darf eine vergleichende Werbung, deren Gegenstand der Vergleich der Preise ist, das Unterscheidungszeichen eines Mitbewerbers nicht verwenden, ohne den Preis jedes einzelnen verglichenen Produktes ausdrücklich zu nennen.

Ergebnis

117. Aufgrund dieser Erwägungen schlage ich vor, die vom Landgericht Düsseldorf zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Die Werbung eines Wirtschaftsteilnehmers für Materialien zum Betrieb eines von einem anderen Wirtschaftsteilnehmer hergestellten Gerätes, in der der Werbende die Referenzen, die der Gerätehersteller seinen Materialien zuordnet, neben den Referenzen seiner eigenen Materialien zu deren Kenn-

zeichnung angibt, stellt eine „vergleichende Werbung" im Sinne des Artikels 2 Nummer 2a der Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung in der durch die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung geänderten Fassung dar, wenn diese Angabe es einer durchschnittlich informierten Person ermöglicht, den Wirtschaftsteilnehmer zu identifizieren, dessen Referenzen in der Werbung genannt werden.

2. Eine vergleichende Werbung, in der der Werbende die Referenzen, die ein konkurrierender Wirtschaftsteilnehmer seinen Materialien zuordnet, neben den Referenzen seiner eigenen Materialien zu deren Kennzeichnung ohne weitere Informationen zu den jeweiligen Eigenschaften der dargestellten Produkte angibt, stellt keinen „objektiven Vergleich" von Waren im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 84/450 dar.

Dies gilt auch, wenn diese vergleichende Werbung die fraglichen Materialien als von gleicher Qualität darstellt, ohne ihre nachprüfbaren Eigenschaften zu beschreiben, die diese Wertung rechtfertigen, und zwar auch, wenn für die Materialien des Werbenden in dieser vergleichenden Werbung ein niedrigerer Verkaufspreis genannt wird.

3. Die Referenzen, die ein Wirtschaftsteilnehmer den von ihm hergestellten Materialien zuordnet, um ihre Identifizierung zu erleichtern, stellen „Unterscheidungszeichen" im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie 84/450 dar, wenn sie es einer durchschnittlich informierten Person ermöglichen, den in Rede stehenden Wirtschaftsteilnehmer zu identifizieren.

4. Gibt ein Hersteller von Materialien, die für den Betrieb eines von einem anderen Wirtschaftsteilnehmer hergestellten Gerätes bestimmt sind, in einer Werbung die Referenz, die der Gerätehersteller seinen Materialien zuordnet, neben den Referenzen der von ihm zum Verkauf angebotenen Materialien zu deren Kennzeichnung an, so nutzt er in unlauterer Weise den Ruf eines Mitbewerbers im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie 84/450 aus, wenn zum einen die Referenzen des konkurrierenden Wirtschaftsteilnehmers „Unterscheidungszeichen" im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie 84/450 darstellen und zum anderen die Verwendung dieser Referenzen nicht zur Information der Verbraucher über die Eigenschaften der verglichenen Materialien erforderlich ist.

5. Für die Beurteilung, ob ein Werbender in unlauterer Weise den Ruf eines Mitbewerbers im Sinne des Artikels 3a Absatz 1 Buchstabe g der Richtlinie 84/450 ausnutzt, muss nicht berücksichtigt werden, dass eine andere Form des Vergleichs als die Angabe der Referenzen, die ein Mitbewerber seinen Materialien zuordnet, den Vertrieb der Materialien des Werbenden erschweren würde.