BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

TEILURTEIL

I ZR 169/04

Verkündet am:
6. Dezember 2007
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Imitationswerbung

UWG § 6 Abs. 1 und 2 Nr. 6

a) Verwendet ein Dritter für seine Produkte Bezeichnungen, in denen der Inhaber einer bekannten Marke eine Darstellung der so bezeichneten Produkte als Imitation oder Nachahmung der unter seiner bekannten Marke vertriebenen Waren sieht, so ist die Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche wegen einer unzulässigen vergleichenden Werbung nach § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG nicht wegen eines Vorrangs markenrechtlicher Ansprüche nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG ausgeschlossen.

b) Die Darstellung einer Ware oder Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Ware oder Dienstleistung i.S. von § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG erfordert, dass die Ware oder Dienstleistung mit einem besonderen Grad an Deutlichkeit, der über ein bloßes Erkennbarmachen i.S. von § 6 Abs. 1 UWG hinausgeht, als eine Imitation oder Nachahmung des Produkts eines Mitbewerbers beworben wird. Es genügt nicht, wenn die angesprochenen Verkehrskreise lediglich aufgrund außerhalb der beanstandeten Werbung liegender Umstände oder eines auf andere Weise erworbenen Wissens in der Lage sind, die Produkte des Werbenden mit Hilfe der für sie verwendeten Bezeichnungen jeweils bestimmten Produkten des Mitbewerbers zuzuordnen.

BGH, Urt. v. 6. Dezember 2007 - I ZR 169/04 - OLG Frankfurt a.M.
LG Frankfurt a.M.

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 2007 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Dr. Schaffert, Dr. Bergmann und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 1. Juli 2004 wird zurückgewiesen, soweit sie gegen die Beklagten zu 2 bis 4 gerichtet ist.

Die Klägerin trägt die im Revisionsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 bis 4.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin stellt her und vertreibt Markenparfüms, unter anderem der Marken "JOOP!", "Davidoff" und "Jil Sander". Die Beklagte zu 1 vertreibt unter der Dachmarke "Creation Lamis" niedrigpreisige Duftwässer. Die Beklagten zu 2 und 3 sind Gesellschafter der Beklagten zu 4, die als Großabnehmerin der Beklagten zu 1 deren Produkte in Deutschland vertreibt.

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

2 Die Klägerin hat den Gebrauch von Produktbezeichnungen, die nach ihrer Behauptung in Verbindung mit der Dachmarke "Creation Lamis" einen Hinweis auf einen jeweils nachgeahmten Markenduft geben, als unzulässige vergleichende Werbung beanstandet. Hilfsweise hat sie in erster Instanz ihr Klagebegehren auch auf markenrechtliche Ansprüche gestützt.

3 Die Klägerin hat - soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung - beantragt,

> den Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland Parfümprodukte der Marke "Creation Lamis" unter den folgenden Bezeichnungen anzubieten, zu bewerben, zu vertreiben und/oder anbieten oder bewerben oder vertreiben zu lassen:
>
> a) Icy Cold
> b) Sunset Boulevard
> c) Justice Blue und/oder Justice auf einer blauen Produktverpackung
> d) Justice Yellow und/oder Justice auf einer gelben Produktverpackung
> e) Jail Blue und/oder Jail auf einer blauen Produktverpackung
> f) Jail Red und/oder Jail auf einer roten Produktverpackung.

4 Ferner hat sie Verurteilung zur Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt.

5 Das Landgericht hat die Klage - soweit im Revisionsverfahren von Bedeutung - abgewiesen. Die Berufung der Klägerin, mit der sie ausschließlich wettbewerbsrechtliche Ansprüche geltend gemacht hat, ist erfolglos geblieben (OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2004, 359).

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

6 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten zu 2 bis 4 beantragen, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. Hinsichtlich der Beklagten zu 1 ist das Verfahren unterbrochen, weil über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist (§ 240 ZPO).

Entscheidungsgründe:

7 I. Wegen der Unterbrechung des Verfahrens durch die Insolvenz der Beklagten zu 1 kann nur ein Teilurteil ergehen. Das Verfahren ist nicht insgesamt unterbrochen, weil die Beklagten keine notwendigen Streitgenossen i.S. von § 62 ZPO sind.

8 II. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stünden die im Berufungsverfahren allein noch geltend gemachten wettbewerbsrechtlichen Ansprüche gegen die Beklagten zu 2 bis 4 (im Folgenden: Beklagte) nicht zu. Zur Begründung hat es ausgeführt:

9 Die Klägerin sei zwar unabhängig davon, ob ihr hinsichtlich der nachgeahmten Originalprodukte ein Alleinvertriebsrecht oder an den Bezeichnungen dieser Produkte markenrechtliche Befugnisse zustünden, für den Anspruch aus den §§ 1, 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F. schon deshalb aktivlegitimiert, weil sie Parfüms zahlreicher Duftlinien, auch solcher der Marken "JOOP!", "Davidoff" und "Jil Sander", vertreibe und deshalb zu den Beklagten in einem unmittelbaren Wettbewerbsverhältnis stehe. Ansprüche der Klägerin aus den §§ 1, 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F. seien jedoch nicht gegeben, weil der markenrechtliche Schutz bekannter Kennzeichen Vorrang habe. Die Klägerin wende sich nicht gegen die

konkrete Ausstattung eines Parfümprodukts in Verbindung mit der Produktbezeichnung, sondern gegen die von den Beklagten für ihre Parfümprodukte verwendeten Bezeichnungen als solche, teilweise in Verbindung mit allgemeinen Ausstattungsmerkmalen. Sie sehe die Gefahr, dass die angesprochenen Verkehrskreise aufgrund gewisser Übereinstimmungen oder Ähnlichkeiten eine gedankliche Verbindung zwischen den beanstandeten Bezeichnungen und den bekannten Marken der von der Klägerin vertriebenen Produkte herstellten. Damit betreffe das Klagebegehren den Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG, so dass für eine gleichzeitige Anwendung des § 1 UWG a.F. grundsätzlich kein Raum sei. Dem Vorrang des Markenrechts könne hier auch nicht entgegengehalten werden, § 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F. sei die speziellere Norm. Im vorliegenden Fall gehe es nicht um eine Markennennung im Rahmen einer vergleichenden Werbung wie bei der Verwendung einer Duftvergleichsliste, die auf Markenparfüms Bezug nehme. Die Bezugnahme auf die geschützte Marke und das unter dieser Marke vertriebene Produkt solle sich vielmehr allein aus der von den Beklagten verwendeten Kennzeichnung ergeben, so dass das Markenrecht vorrangig bleibe.

10 Ansprüche aus den §§ 1, 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F. seien aber auch dann zu verneinen, wenn der Vorrang des Markenrechts nicht zum Zuge käme. § 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F. bezwecke nur das Verbot der "offenen" Imitationswerbung. Im vorliegenden Fall, in dem eine vergleichende Bezugnahme allenfalls für die Zwischenhändler angenommen werden könne, weil diese nach dem Vortrag der Klägerin mit Hilfe eines "Übersetzungscodes" in der Lage seien, die beanstandeten Bezeichnungen der Beklagten im Sinne einer Bezugnahme auf Produkte der Klägerin zu verstehen, sei eine offene Imitationswerbung jedenfalls zu verneinen. Im Übrigen sei die Behauptung der Klägerin, für die Zwischenhändler erschließe sich aus den angegriffenen Bezeichnungen die Aus-

sage, das betreffende Produkt dufte wie ein bestimmtes Markenparfüm, durch die hierfür vorgetragenen Indizien nicht hinreichend belegt.

11 III. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass der Klägerin die geltend gemachten Ansprüche gegen die Beklagten nach § 8 Abs. 1, § 9 Satz 1 i.V. mit §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG, § 242 BGB (§§ 1, 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F.) nicht zustehen.

12 1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts reicht es zur Begründung der Anspruchsberechtigung der Klägerin für die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung (§ 8 i.V. mit §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG, §§ 1, 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F.), Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht (§ 9 i.V. mit §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG, §§ 1, 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F., § 242 BGB) aus, dass zwischen ihr und den Beklagten ein unmittelbares Wettbewerbsverhältnis besteht. Dagegen wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, die Regelung des § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F.), nach der unlauter handelt, wer vergleichend wirbt und dabei eine Ware oder Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Ware oder Dienstleistung darstellt, bezwecke allein den Schutz des Herstellers des Originalprodukts, der deshalb allein anspruchsberechtigt sei (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 6 Rdn. 85, § 8 Rdn. 3.6 a.E.; Ohly in Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., § 6 Rdn. 73; MünchKomm.UWG/Menke, § 6 Rdn. 238; a.A. Harte/Henning/Sack, UWG, § 6 Rdn. 179). Die Frage, ob bei § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG wie beim ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz (vgl. dazu BGH, Urt. v. 18.10.1990 - I ZR 283/88, GRUR 1991, 223, 224 - Finnischer Schmuck; Urt. v. 24.3.1994 - I ZR 42/93, GRUR 1994, 630, 634 = WRP 1994, 519 - Cartier-Armreif, insoweit in BGHZ 125, 322 nicht abgedruckt) die Anspruchsberechtigung auf den

Hersteller und den Alleinvertriebsberechtigten des nachgeahmten Produkts zu beschränken ist und in diesem Fall die Klägerin möglicherweise hinsichtlich eines Teils der Produkte, auf die sich die Klageanträge beziehen, ihre Anspruchsberechtigung nicht hinreichend nachgewiesen hat, kann jedoch offenbleiben, weil bereits kein Verstoß der Beklagten gegen §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG (§§ 1, 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F.) vorliegt.

13 2. Ansprüche der Klägerin nach §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG (§§ 1, 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F.) sind allerdings - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - nicht schon wegen des Vorrangs des markenrechtlichen Schutzes bekannter Marken nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG ausgeschlossen.

14 a) Gemäß § 2 MarkenG schließt der Schutz von Marken nach dem Markengesetz die Anwendung anderer Vorschriften zum Schutz dieser Kennzeichen nicht aus. Nach der Rechtsprechung des Senats ist daher neben dem markenrechtlichen Schutz bekannter Marken grundsätzlich auch Raum für lauterkeitsrechtlichen Schutz nach den Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Der Markenschutz verdrängt den lauterkeitsrechtlichen Schutz lediglich im Anwendungsbereich der Regelungen des Markengesetzes (vgl. BGHZ 149, 191, 195 f. - shell.de, m.w.N.). Erschöpft sich ein Verhalten dagegen nicht in Umständen, die eine markenrechtliche Verletzungshandlung begründen, sondern tritt ein von der markenrechtlichen Regelung nicht erfasster Unlauterkeitstatbestand hinzu, kann die betreffende Handlung neben einer Kennzeichenverletzung auch einen Wettbewerbsverstoß darstellen (st. Rspr.; vgl. BGHZ 147, 56, 61 - Tagesschau; BGH, Urt. v. 26.4.2001 - I ZR 212/98, GRUR 2002, 167, 171 = WRP 2001, 1320 - Bit/Bud; vgl. ferner Bornkamm, GRUR 2005, 97, 98 m.w.N.). Ein Vorrang des Markenrechts besteht auch dann nicht, wenn die wettbewerbsrechtliche Beurteilung zwar nicht an zusätzliche, über die Zeichenbenutzung hinausgehende Umstände anknüpft, das betreffen-

de Geschehen jedoch unter anderen Gesichtspunkten gewürdigt wird als bei der markenrechtlichen Beurteilung (vgl. BGH, Urt. v. 15.7.2004 - I ZR 37/01, GRUR 2005, 163, 165 = WRP 2005, 219 - Aluminiumräder).

15 b) Dies ist beim wettbewerbsrechtlichen Schutz gegen unzulässige vergleichende Werbung nach § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG der Fall. Vergleichende Werbung ist, wenn sie bestimmten Anforderungen genügt (vgl. § 6 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG), ein zulässiges Mittel zur Unterrichtung der Verbraucher (vgl. Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG, ABl. Nr. L 290 v. 23.10.1997, S. 18; Erwägungsgrund 8 der Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung in der kodifizierten Fassung, ABl. Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 21). Nach § 6 Abs. 1 UWG ist vergleichende Werbung jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht. Die Bezugnahme auf die Marke oder ein anderes Kennzeichen des Mitbewerbers kann daher für eine wirksame vergleichende Werbung unerlässlich sein und stellt, wenn sie die Zulässigkeitsvoraussetzungen für vergleichende Werbung beachtet, keine Verletzung des Ausschließlichkeitsrechts des Mitbewerbers dar (vgl. Erwägungsgründe 14 und 15 der Richtlinie 97/55/EG sowie der Richtlinie 2006/114/EG). Bereits aus diesem Grund kommt dem markenrechtlichen Schutz gegenüber dem harmonisierten Recht der vergleichenden Werbung grundsätzlich kein Vorrang zu (vgl. Bornkamm, GRUR 2005, 97, 101).

16 Gegen einen Vorrang des Markenrechts spricht ferner, dass das Unlauterkeitsurteil nach § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG anders als § 14 Abs. 2 MarkenG nicht an die Benutzung des Zeichens als solches anknüpft, sondern an den Vergleich der Produkte, bei dem das beworbene Produkt als eine Imitation oder Nachah-

mung des mit dem geschützten Zeichen versehenen Produkts dargestellt wird. Die Regelung des § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG verlangt nicht, dass die Darstellung als Imitation oder Nachahmung (gerade) durch Bezugnahme oder Nennung des geschützten Zeichens erfolgt. Sie hat auch aus diesem Grund einen anderen Regelungsgehalt als die markenrechtlichen Verletzungstatbestände. Da auch die mittelbare Bezugnahme auf den Mitbewerber oder dessen Produkte unter den Begriff der vergleichenden Werbung fällt, ist es insoweit - anders als das Berufungsgericht meint - ohne Bedeutung, dass sich im vorliegenden Fall die Bezugnahme nicht aus einer ausdrücklichen Nennung der Marken der Klägerin, sondern allein aus den von den Beklagten verwendeten Bezeichnungen ergeben soll.

17 3. Mit Recht hat das Berufungsgericht aber angenommen, dass die Voraussetzungen der §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG (§§ 1, 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F.) im vorliegenden Fall nicht gegeben sind. Nach den zutreffenden Feststellungen des Berufungsgerichts liegt zwar eine vergleichende Werbung nach § 6 Abs. 1 UWG (§ 2 Abs. 1 UWG a.F.) vor, während dagegen die Tatbestandsmerkmale des § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F.) nicht erfüllt sind.

18 a) Werbung i.S. von § 6 Abs. 1 UWG ist jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern (Art. 2 lit. a der Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl. Nr. L 250 v. 19.9.1984, S. 17). Die Klägerin wendet sich im vorliegenden Fall unter Berufung auf die nach § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG unzulässige vergleichende Werbung dagegen, dass die Beklagten Parfümprodukte unter bestimmten Bezeichnungen anbieten, bewerben oder vertreiben. Die Verwendung bestimmter Produktbezeichnungen ist

eine Äußerung zum Zwecke des Absatzes der betreffenden Produkte und damit Werbung i.S. von § 6 Abs. 1 UWG (Art. 2 lit. a der Richtlinie 84/450/EWG).

19 b) Mit den von ihnen verwendeten Produktbezeichnungen machen die Beklagten nach dem Vorbringen der Klägerin, von dem das Berufungsgericht ausgegangen ist und das daher im Revisionsverfahren zu Gunsten der Klägerin zu unterstellen ist, Mitbewerber zumindest mittelbar erkennbar.

20 aa) Für das für eine vergleichende Werbung unerlässliche Erfordernis, dass ein erkennbarer Bezug zu einem Mitbewerber oder dessen Produkten hergestellt wird (vgl. EuGH, Urt. v. 19.4.2007 - C-381/05, GRUR 2007, 511 Tz. 17, 51 - De Landtsheer/Comité Interprofessionnel, m.w.N.), reicht die - ohne namentliche Nennung von Mitbewerbern erfolgende - nur mittelbar erkennbare Bezugnahme aus. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften ist von einer weiten Definition auszugehen, die es ermöglicht, alle Arten der vergleichenden Werbung abzudecken (vgl. EuGH, Urt. v. 25.10.2001 - C-112/99, Slg. 2001, I-7945 = GRUR 2002, 354 Tz. 30 f. = WRP 2001, 1432 - Toshiba/Katun; Urt. v. 8.4.2003 - C-44/01, Slg. 2003, I-3095 = GRUR 2003, 533 Tz. 35 = WRP 2003, 615 - Pippig Augenoptik/Hartlauer; vgl. auch Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 97/55/EG). Bei der Prüfung, ob für die Adressaten der Werbung in diesem Sinne eine Bezugnahme auf Mitbewerber erkennbar gemacht wird, sind alle Umstände der betreffenden Werbemaßnahme zu berücksichtigen. Die Bezugnahme kann sich daher beispielsweise auch aus der Angabe bestimmter Eigenschaften des beworbenen Produkts ergeben (vgl. BGHZ 138, 55, 65 - Testpreis-Angebot; BGH, Urt. v. 17.1.2002 - I ZR 161/99, GRUR 2002, 633, 635 = WRP 2002, 828 - Hormonersatztherapie). Dagegen liegt keine vergleichende Werbung i.S. von § 6 Abs. 1 UWG vor, wenn die Bezugnahme nicht durch eine in der betreffenden Werbemaßnahme enthaltene Äußerung (vgl. Art. 2 lit. a der Richtlinie 84/450/EWG) erfolgt,

sondern die angesprochenen Verkehrskreise allein aufgrund außerhalb der angegriffenen Werbung liegender Umstände eine Verbindung zwischen dem beworbenen Produkt und denjenigen von Mitbewerbern herstellen.

21 bb) Eine hinreichende mittelbare Bezugnahme auf Mitbewerber ergibt sich im Streitfall daraus, dass als Adressaten der Werbung der Beklagten auch Groß- und Zwischenhändler in Betracht kommen, die nach dem Vorbringen der Klägerin, das das Berufungsgericht seiner Beurteilung zugrunde gelegt hat, die Übereinstimmungen mit dem Duft von Markenparfüms kennen und deshalb anhand der von den Beklagten verwendeten Produktbezeichnungen in der Lage sind, einen Bezug zu bestimmten Markendüften herzustellen, indem sie die Bezeichnungen gleichsam als "Übersetzungscode" oder als "Eselsbrücke" benutzen. Im Hinblick auf den breit zu fassenden Begriff der vergleichenden Werbung (vgl. Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 97/55/EG) genügt es für die Annahme einer vergleichenden Werbung i.S. von § 6 Abs. 1 UWG (§ 2 Abs. 1 UWG a.F.), dass auf diese Weise durch die Bezeichnungen der Beklagten für die mit entsprechenden Kenntnissen ausgestatteten Groß- und Zwischenhändler die entsprechenden Produkte der Klägerin erkennbar werden.

22 c) Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass damit die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F.) noch nicht erfüllt sind. Für eine vergleichende Werbung i.S. von § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F.) durch Darstellung der eigenen beworbenen Produkte als Imitation oder Nachahmung von fremden Originalprodukten ist ein höherer Grad an Deutlichkeit der Bezugnahme auf die Produkte des Mitbewerbers erforderlich, der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedoch fehlt.

23 aa) Mit der Vorschrift des § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F.) ist Art. 3a Abs. 1 lit. h der Richtlinie 97/55/EG umgesetzt worden. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs des die Richtlinie umsetzenden Gesetzes zur vergleichenden Werbung und zur Änderung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften soll diese Richtlinienbestimmung nicht verbieten, das eigene Produkt als einem Markenprodukt gleichwertig darzustellen, weil anderenfalls anlehnende vergleichende Werbung, soweit sie Markenprodukte betrifft, nahezu vollständig verboten wäre (BT-Drucks. 14/2959, S. 12 = WRP 2000, 555, 561; vgl. ferner Scherer, WRP 2001, 89, 95; insoweit zustimmend auch Harte/ Henning/Sack aaO § 6 Rdn. 159). Sie enthalte vielmehr das Verbot, das eigene Produkt offen als "Imitation" oder "Nachahmung" zu bezeichnen. Für die Auslegung im Sinne einer Beschränkung auf die "offene Nachahmung" spreche auch Erwägungsgrund 15 der Richtlinie 97/55/EG, wonach keine Markenverletzung vorliege, wenn die Benutzung von Marken nur eine Unterscheidung bezwecke, durch die Unterschiede objektiv herausgestellt werden sollten (BT-Drucks. 14/2959, S. 12 = WRP 2000, 555, 561). Eine "offene" Darstellung der beworbenen Ware oder Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung wird auch im Schrifttum verlangt (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 6 Rdn. 82; Götting, Wettbewerbsrecht, 2005, § 8 Rdn. 75; Jestaedt, Wettbewerbsrecht, 2008, Rdn. 797; Lettl, Das neue UWG, 2004, Rdn. 515; Nordemann, Wettbewerbsrecht, 10. Aufl., Rdn. 1554), wobei dieser Begriff teilweise eng auf die wörtliche Bezeichnung des angebotenen Produkts als "Imitation" oder "Nachahmung" beschränkt (vgl. Berlit, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., Rdn. 1460; Eck/Ikas in Münchner Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, hrsg. v. Hasselblatt, 2001, § 18 Rdn. 125; dies., WRP 1999, 251, 273; Kebbedies, Vergleichende Werbung, 2005, S. 231; ebenso wohl Ohly in Piper/Ohly aaO § 6 Rdn. 70) und teilweise weit in einem auch eine implizite Darstellung umfassenden Sinne verstanden wird (vgl. MünchKomm.UWG/Menke, § 6 Rdn. 222, 224; Fezer/Koos, UWG, § 6 Rdn. 270, 272; Müller-Bidinger in Ull-

mann, jurisPK-UWG, § 6 Rdn. 155). Nach anderer Auffassung liegt eine Imitationswerbung dann vor, wenn in irgendeiner Weise erkennbar gemacht wird, dass das in den Vergleich einbezogene fremde Produkt als Vorlage gedient hat (Harte/Henning/Sack aaO § 6 Rdn. 159; ähnlich Plaß in HK-Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 6 UWG Rdn. 135).

24 bb) Vergleichende Werbung ist grundsätzlich zulässig, weil sie die Verbraucher über die Vorteile der miteinander verglichenen Waren unterrichten kann, wenn sie wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften vergleicht und nicht irreführend ist (vgl. Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 97/55/EG). Für eine wirksame vergleichende Werbung kann es unerlässlich sein, Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers dadurch erkennbar zu machen, dass auf eine ihm gehörende Marke oder auf seinen Handelsnamen Bezug genommen wird (Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 97/55/EG). Eine solche im Interesse der Information der Verbraucher gegebene Notwendigkeit der Bezugnahme auf unter geschützten Kennzeichen vertriebene Produkte Dritter kann auch bestehen, wenn im Sinne eines Vergleichs wesentlicher, relevanter, nachprüfbarer und typischer Eigenschaften auf eine Gleichwertigkeit der Produkte des Werbenden und des Mitbewerbers in Bezug auf die betreffenden Eigenschaften hingewiesen wird (vgl. EuGH, Urt. v. 23.2.2006 - C-59/05, Slg. 2006, I-2147 = GRUR 2006, 345 Tz. 17 - Siemens/VIPA, m.w.N.). Bestehen hinsichtlich des Produkts des Mitbewerbers keine Ausschließlichkeitsrechte, die den Werbenden an der Übernahme der als gleichwertig beworbenen Eigenschaften für sein eigenes Erzeugnis hindern, kann die Werbung auch unter diesem Gesichtspunkt nicht beanstandet werden.

25 Aus der grundsätzlichen Zulässigkeit sowohl der vergleichenden Werbung als auch der Nachahmung sonderrechtlich nicht geschützter Produkte folgt für die Auslegung des die Unlauterkeit des Werbevergleichs nach § 6

Abs. 2 Nr. 6 UWG (Art. 3a Abs. 1 lit. h der Richtlinie 97/55/EG) begründenden Tatbestandsmerkmals der "Darstellung" einer Ware oder Dienstleistung "als Imitation oder Nachahmung" einer unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Ware oder Dienstleistung, dass eine solche Darstellung über eine bloße Bezugnahme oder ein Kenntlichmachen des Mitbewerbers oder dessen Waren oder Dienstleistungen hinausgehen muss. Denn ansonsten wäre eine Werbung für ein mit einem Markenprodukt als gleichwertig herausgestelltes Erzeugnis, die eine der Verbraucherinformation dienende Unterrichtung über den zwischen den verglichenen Produkten bestehenden Preisunterschied bezweckt, grundsätzlich unzulässig. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften sind im Hinblick auf die Ziele der Richtlinie 97/55/EG und insbesondere im Hinblick darauf, dass vergleichende Werbung dazu beiträgt, die Vorteile der verschiedenen vergleichbaren Erzeugnisse objektiv herauszustellen und so den Wettbewerb zwischen den Anbietern von Waren und Dienstleistungen im Interesse der Verbraucher zu fördern (vgl. Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 97/55/EG), die an (zulässige) vergleichende Werbung gestellten Anforderungen jedoch in dem für diese günstigsten Sinn auszulegen (vgl. EuGH, Urt. v. 19.9.2006 - C-356/04, Slg. 2006, I-8501 = GRUR 2007, 69 Tz. 22, 32 = WRP 2006, 1348 - LIDL Belgium/Colruyt, m.w.N.). Das Verbot nach § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG (Art. 3a Abs. 1 lit. h der Richtlinie 97/55/EG) ist daher restriktiv auszulegen, um zu verhindern, dass den Verbrauchern entgegen dem Regelungszweck der Richtlinie 97/55/EG im Hinblick auf die Vergleichbarkeit gleichwertiger Fremdprodukte mit Markenprodukten vorteilhafte Sachinformationen vorenthalten werden (in diesem Sinne auch Scherer, WRP 2001, 89, 95; Ohly/Spence, GRUR Int. 1999, 681, 695).

26 Dies erfordert allerdings keine Beschränkung der Vorschrift des § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG auf eine "offene" Imitationswerbung in dem Sinne, dass nur Werbeaussagen erfasst werden, bei denen explizit die Bezeichnungen "Imitati-

on" oder "Nachahmung" verwendet werden. Vielmehr kann auch die implizite Behauptung einer Imitation oder Nachahmung den Tatbestand einer nach § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG unzulässigen vergleichenden Werbung erfüllen. Die Darstellung als Imitation oder Nachahmung muss jedoch über eine bloße Gleichwertigkeitsbehauptung hinausgehen. Mit einer entsprechenden Deutlichkeit muss aus der Werbung selbst hervorgehen, dass das Produkt des Werbenden gerade als eine Imitation oder Nachahmung des Produkts eines Mitbewerbers beworben wird, wobei für die Beurteilung auf die mutmaßliche Wahrnehmung des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen ist (vgl. EuGH GRUR 2007, 511 Tz. 23 - De Landtsheer/Comité Interprofessionnel, m.w.N.). Für das Erfordernis einer in diesem Sinne "offenen" oder deutlich erkennbaren Imitationsbehauptung spricht auch der Wortlaut der durch § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG umgesetzten Richtlinienbestimmung, die die Tathandlung in der deutschen Fassung mit "darstellt", in der französischen mit "présente" und in der englischen Fassung mit "presents" umschreibt (vgl. auch Ziervogel, Rufausbeutung im Rahmen vergleichender Werbung, 2002, S. 139 f.).

27 cc) Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass eine Darstellung als Imitation oder Nachahmung in dem vorstehend dargelegten Sinne einer über eine bloß mittelbare Bezugnahme hinausgehenden deutlich erkennbaren Imitationsbehauptung nach dem von der Klägerin vorgetragenen Sachverhalt nicht gegeben ist.

28 (1) Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist das Vorbringen der Klägerin nicht hinreichend belegt, die angesprochenen Verkehrskreise entnähmen den angegriffenen Bezeichnungen der Beklagten die Aussage, das betreffende Produkt zeichne sich durch den gleichen Duft aus wie das Markenparfüm der Klägerin mit dem ähnlichen Namen. Die Klägerin hat insoweit behauptet, die von

den Beklagten verwendeten Bezeichnungen enthielten bestimmte Merkmale, die aufgrund eines den angesprochenen Verkehrskreisen bekannten Vorverständnisses im Sinne einer konkreten Aussage verstanden würden. So sei die Bezeichnung "Icy Cold" als Hinweis auf das Originalprodukt "Cool Water" von Davidoff und "Sunset Boulevard" als Hinweis auf das Originalprodukt "Sun" von Jil Sander zu verstehen. Die Verwendung des Anfangsbuchstabens "J" bei einem Parfümprodukt der Dachmarke "Creation Lamis" sei dahingehend zu deuten, dass es sich um eine Nachahmung eines Originalparfüms der Marke "JOOP!" handele. Das Berufungsgericht hat dazu festgestellt, für die Endverbraucher könne die Kenntnis eines entsprechenden "Codes" nicht angenommen werden, sie würden allenfalls zu bloßen Assoziationen geführt. Soweit auch Groß- und Zwischenhändler als angesprochene Verkehrsteilnehmer in Betracht kämen, könne zugunsten der Klägerin unterstellt werden, dass es sich bei den von den Beklagten vertriebenen Duftwässern um Imitationen bekannter Markenparfüms handele und dies den Groß- und Zwischenhändlern bekannt sei. Dann bleibe aber die Frage, auf welchen Umständen diese Kenntnis beruhe. Neben der Orientierung an den Produktbezeichnungen kämen zahlreiche andere Erkenntnisquellen wie etwa eine konkrete Unterrichtung, Hinweise bei der Akquisition, die Verwendung von Vergleichslisten, anderweitige Duftvergleiche oder auch eine Orientierung an konkreten Ausstattungsmerkmalen in Betracht. Die von der Klägerin vorgelegten Unterlagen gäben dazu keinen weiteren Aufschluss.

29 Diese Erwägungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Die Feststellung des Berufungsgerichts, dass für die Endverbraucher das von der Klägerin behauptete Verständnis der beanstandeten Bezeichnungen nicht angenommen werden kann, wird von der Revision nicht angegriffen. Den Umstand, dass die Endverbraucher durch die von den Beklagten verwendeten Bezeichnungen möglicherweise zu Assoziationen mit ähnlichen Bezeich-

nungen anderer Hersteller veranlasst werden könnten, hat das Berufungsgericht für die Annahme einer vergleichenden Werbung zu Recht nicht ausreichen lassen. Denn der Begriff der vergleichenden Werbung erfasst nur so deutliche Werbeaussagen, bei denen sich den angesprochenen Verkehrsteilnehmern eine Bezugnahme auf Mitbewerber aufdrängt, nicht dagegen jede noch so fernliegende, "nur um zehn Ecken gedachte" Bezugnahme (vgl. BGH, Urt. v. 25.3.1999 - I ZR 77/97, GRUR 1999, 1100, 1101 = WRP 1999, 1141 - Generika-Werbung). Jedenfalls fehlt es im Hinblick auf die Endverbraucher an dem für eine Darstellung als Imitation oder Nachahmung i.S. von § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG erforderlichen deutlichen Grad einer Bezugnahme auf Produkte der Klägerin.

30 (2) Das Berufungsgericht ist aufgrund des Vorbringens der Klägerin, die für die Voraussetzungen eines unlauteren Werbevergleichs darlegungspflichtig ist (vgl. BGH, Urt. v. 7.12.2006 - I ZR 166/03, GRUR 2007, 605 Tz. 33 = WRP 2007, 772 - Umsatzzuwachs), und der von ihr dazu vorgelegten Unterlagen auch nicht zu der Überzeugung gelangt, dass jedenfalls die Groß- und Zwischenhändler die beanstandeten Bezeichnungen der Beklagten in dem von der Klägerin behaupteten Sinne verstehen. Insoweit könne daher gleichfalls nicht von einer als Imitationswerbung i.S. von § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 UWG a.F.) unzulässigen vergleichenden Werbung ausgegangen werden. Auch dagegen ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern. Insbesondere ist die Annahme des Berufungsgerichts nicht erfahrungswidrig, die Groß- und Zwischenhändler könnten die Kenntnis, es handele sich bei den Produkten der Beklagten um Imitate von Markenprodukten, aus anderen Quellen erlangt haben. Wissen die Groß- und Zwischenhändler aber (bereits) aufgrund anderer Umstände, dass in besonderer Weise bezeichnete Produkte der Beklagten Imitate bestimmter Markenprodukte sind, ist auch die Würdigung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, es könne sich nicht mit der notwendigen Gewissheit da-

von überzeugen, dass die Groß- und Zwischenhändler gerade den angegriffenen Bezeichnungen die Aussage entnähmen, das betreffende Produkt dufte wie ein bestimmtes Markenprodukt und sei dessen Imitation oder Nachahmung. Wird die Verbindung zwischen den Produkten der Beklagten und bestimmten anderen Markenprodukten aufgrund der aus anderen Quellen erlangten Kenntnis hergestellt, ermöglichen die von den Beklagten verwendeten Bezeichnungen den Groß- und Zwischenhändlern zwar die Identifizierung des jeweiligen Imitats. Dazu reicht es jedoch schon aus, dass die Groß- und Zwischenhändler, etwa aufgrund von Duftvergleichslisten, wissen, welches Produkt der Beklagten einem Markenprodukt entspricht und wie die entsprechende Bezeichnung der Beklagten lautet. Aus dem von der Klägerin angeführten Umstand, dass die Groß- und Zwischenhändler anhand der Bezeichnungen der Beklagten herausfinden könnten, um welches Markenprodukt es im Einzelnen gehe, lässt sich daher nicht herleiten, dass mit den von den Beklagten verwendeten Bezeichnungen als solchen die Aussage verbunden ist, das betreffende Produkt sei das Imitat eines bestimmten Markenparfüms.

31 Jedenfalls fehlt es danach bei der Verwendung der beanstandeten Bezeichnungen der Beklagten an dem für eine Darstellung als Imitation oder Nachahmung i.S. von § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG erforderlichen Grad an deutlicher Bezugnahme auf die Markenparfüms der Klägerin. Insoweit genügt es nicht, wenn bloßes Hintergrundwissen die Groß- und Zwischenhändler in die Lage versetzt, die Produkte der Beklagten mit Hilfe der für sie verwendeten Bezeichnungen jeweils bestimmten Markenparfüms der Klägerin zuzuordnen. Bereits aus diesem Grund ist die Rüge der Revision unbegründet, das Berufungsgericht habe das Vorbringen der Klägerin nicht hinreichend berücksichtigt.

32 (3) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht ferner angenommen, dass sich auch aus der von der Klägerin vorgelegten eidesstattlichen Versicherung

des Händlers A. M. (Anl. K 37) das behauptete Verständnis der angegriffenen Bezeichnungen nicht ergibt. Denn dort ist im Hinblick auf die Produkte der Beklagten nur ausgeführt, der Händler habe - ebenso wie seine Kunden - durch Zuordnung von Flakon und Duft Duftvergleiche zum Originalduft vorgenommen und auf dieser Grundlage eine interne Liste aufgestellt. Werden die Bezeichnungen der Beklagten jedoch in dem dargelegten Sinne nur als Identifizierungsmittel verstanden, stellen sie - auch aus der Sicht der angesprochenen Groß- und Zwischenhändler - keine Äußerung dar, die als hinreichend deutliche Bezugnahme auf Mitbewerber und damit als Darstellung der so bezeichneten Produkte als Imitation oder Nachahmung fremder Produkte i.S. von § 6 Abs. 2 Nr. 6 UWG verstanden wird.

33 4. Hinsichtlich der Auslegung von Art. 3a Abs. 1 lit. h der Richtlinie 97/55/EG ist eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach Art. 234 EG nicht erforderlich, da die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Rechtsfrage bleibt (st. Rspr.; vgl. EuGH, Urt. v. 6.10.1982 - C-283/81, Slg. 1982, 3415 = NJW 1983, 1257 Tz. 16 - CILFIT; Urt. v. 15.9.2005 - C-495/03, Slg. 2005, I-8151 Tz. 33). Die der Beurteilung des Streitfalls in Übereinstimmung mit der Literatur zugrunde gelegte Auffassung, für den Begriff der Darstellung als Imitation oder Nachahmung sei ein gegenüber dem Begriff der vergleichenden Werbung i.S. von Art. 2a der Richtlinie 97/55/EG höherer Grad der Deutlichkeit der Bezugnahme auf einen Mitbewerber oder dessen Produkte erforderlich, folgt aus dem systematischen Verhältnis der genannten Richtlinienbestimmungen zueinander sowie aus der angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zum Begriff und zur Zulässigkeit vergleichender Werbung. Die Prüfung, ob im Einzelfall eine Werbung Mitbewerber oder deren Produkte in dem für die Annahme einer (unzulässigen) vergleichenden Werbung erforderlichen Maße un-

mittelbar oder mittelbar erkennbar macht, obliegt dem nationalen Gericht (vgl. EuGH GRUR 2007, 511 Tz. 22 - De Landtsheer/Comité Interprofessionnel).

34 IV. Die Revision ist daher zurückzuweisen, soweit sie gegen die Beklagten zu 2 bis 4 gerichtet ist.

35 Da das Teilurteil den Prozess hinsichtlich der Beklagten zu 2 bis 4 abschließend entscheidet, kann der Senat insoweit eine Teilkostenentscheidung treffen (vgl. BGH, Beschl. v. 25.1.2001 - V ZR 22/00, NJW-RR 2001, 642 m.w.N.). Nach § 97 Abs. 1 ZPO sind der Klägerin die im Revisionsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 bis 4 aufzuerlegen.

Bornkamm Pokrant Schaffert

Bergmann Koch

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 02.07.2003 - 2/6 O 266/02 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 01.07.2004 - 6 U 126/03 -