

Gert Riedel

**Das Spannungsverhältnis zwischen
markenmäßigem Gebrauch und
vergleichender Werbung**



Herbert Utz Verlag · München

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung

Herausgegeben von

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.
Universität München

Band 729

Zugl.: Diss., Würzburg, Univ., 2004

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek:
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die
der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von
Abbildungen, der Wiedergabe auf photomechani-
schem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in
Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur
auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2004

ISBN 3-8316-0440-1

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

Inhaltsübersicht

<u>Einleitung</u>	1
A. Problemaufriss	1
B. Gang der Untersuchung	2
 <u>Kapitel 1</u>	
Ökonomische Grundlagen der Marke und der vergleichenden Werbung	4
A. Allgemeines	4
B. Ökonomische Grundlagen der vergleichenden Werbung	6
C. Die Marke als zentraler ökonomischer Faktor	12
D. Ergebnisse zu Kapitel 1	26
 <u>Kapitel 2</u>	
Die Entwicklung des warenzeichenmäßigen Gebrauchs und der Grundsätze der vergleichenden Werbung unter Geltung des WZG	28
A. Die Entwicklung des warenzeichenmäßigen Gebrauchs unter Geltung des WZG	28
B. Vergleichende Werbung vor Erlass der MRRiL und der RiL 97/55/EG in Deutschland	49
C. Vergleichende Werbung als warenzeichenmäßiger Gebrauch bzw. als Verletzung des Zeichenrechts	62
D. Ergebnisse zu Kapitel 2	67
 <u>Kapitel 3</u>	
Die markenmäßige Benutzung im MarkenG und in der MRRiL	69
A. Die Bindungswirkung von Richtlinien für den nationalen Gesetzgeber und die Rechtsprechung	70
B. Die markenmäßige Benutzung einer Marke im neuen MarkenG und in der MRRiL – Systematik des Gesetzes	71
C. Verankerung und Ansätze der Markenfunktionen in den geltenden gesetzlichen Regelungen ..	75
D. Vereinbarkeit der Normen mit der GMV und den Grundregeln des internationalen Markenrechts	129
E. Ergebnis und Stellungnahme zu Kapitel 3	133
 <u>Kapitel 4</u>	
Die Entwicklung der Funktionenlehre und der markenmäßigen Benutzung in der Rechtsprechung des EuGH und des BGH	138
A. Die Funktionenlehre und die markenmäßige Benutzung in der Rechtsprechung des EuGH	138
B. Die Funktionenlehre und der markenmäßige Gebrauch in der Rechtsprechung des BGH nach Erlass der MRRiL	154
C. Das neue Verbraucherleitbild	158
D. Ergebnis zu Kapitel 4	161
 <u>Kapitel 5</u>	
Die vergleichende Werbung nach Inkrafttreten der RiL 97/55/EG und ihre Umsetzung in § 2 UWG 163	
A. Der Zweck der Regelungen	163
B. Die Regelungen im Einzelnen	164
C. Ergebnis zu Kapitel 5	181
 <u>Kapitel 6</u>	
Die Auflösung des Spannungsverhältnisses von vergleichender Werbung und markenmäßigem Gebrauch nach neuem Recht	183
A. Vergleichende Werbung als markenmäßiger Gebrauch	183
B. Ergebnis zu Kapitel 6	190
 <u>Thesen</u>	192
 <u>Literaturverzeichnis</u>	IX
 <u>Abkürzungsverzeichnis</u>	XXI

Inhalt

<u>Einleitung</u>	1
A. Problemaufriss	1
B. Gang der Untersuchung	2
Kapitel 1	
Ökonomische Grundlagen der Marke und der vergleichenden Werbung	4
A. Allgemeines	4
B. Ökonomische Grundlagen der vergleichenden Werbung	6
I. Werbung	6
1. Marktwirtschaftliche Bedeutung	6
2. Imageproblem	8
II. Die Bezugnahme und der Vergleich	8
III. Arten Vergleichender Werbung	9
IV. Wirtschaftliche Wirkung und Interessenskonflikte im Umgang mit der vergleichenden Werbung	9
1. Interessen der Verbraucher	10
2. Interessen der Werbenden	10
3. Interessen der Konkurrenten	11
4. Interessen der Allgemeinheit	11
5. Stellungnahme	11
V. Ergebnis	12
C. Die Marke als zentraler ökonomischer Faktor	12
I. Die wirtschaftlichen Funktionen einer Marke	12
1. Traditionelle Funktionen	13
a) Die Unterscheidungsfunktion	13
b) Die Herkunftsfunction	14
c) Die Qualitätsfunktion	15
d) Die Werbefunktion	16
aa) Entstehen eines Images bzw. Rufes	17
bb) Wirkungen des Rufes	18
(1) Selbständige Attraktionskraft	18
(2) Werbeattraktionskraft	19
(3) Eigenwert und Möglichkeit der Imageübertragung	19
cc) Zusammenfassung	20
e) Andere Funktionen	20
2. Neue Ansätze	21
a) Die Kommunikationsfunktion	21
b) Der Property Rights Ansatz	23
II. Die unterschiedlichen Interessen	24
III. Ergebnis	25
D. Ergebnisse zu Kapitel 1	26
Kapitel 2	
Die Entwicklung des warenzeichenmäßigen Gebrauchs und der Grundsätze der vergleichenden Werbung unter Geltung des WZG	28
A. Die Entwicklung des warenzeichenmäßigen Gebrauchs unter Geltung des WZG	28
I. Die rechtlich geschützten Funktionen unter Geltung des WZG	28
1. Rechtlicher Schutz der Funktionen im WZG	28
a) Rechtlich unmittelbar geschützte Funktionen	28
aa) Verankerung der Funktionen im Registerrecht	29
bb) Übertragung und Lizenzierung der Marke	29
cc) Der Schutzmfang der Marke, insbesondere der Verwechslungsschutz	30
(1) Warengleichartigkeit als Vorfilter	30
(2) Die Verwechslungsgefahr	30
(a) Definition und Arten	30
(b) Ermittlung der Verwechslungsgefahr	31
dd) Erschöpfungslehre	32
b) Rechtlich nicht selbstständig geschützte Funktionen	33
II. Die Marke als Immaterialgüterrecht	35

III. Der Begriff des warenzeichenmäßigen Gebrauchs und dessen Funktion unter Geltung des WZG	35
1. Verankerung im Gesetz	35
2. Entwicklung in der Rechtsprechung	36
a) Erste Entscheidungen des RG	37
b) Entscheidungen nach der Reform des UWG im Jahre 1936	38
aa) Entscheidungen des RG	38
bb) Die Grundformel des warenzeichenmäßigen Gebrauchs und seine Feststellung in der Rechtsprechung des BGH	39
(1) Erste Entscheidung des BGH	39
(2) Die Grundformel des warenzeichenmäßigen Gebrauchs des BGH	39
cc) Bejahung des warenzeichenmäßigen Gebrauchs	41
dd) Ablehnung des warenzeichenmäßigen Gebrauchs	41
(1) Benutzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs	41
(2) Benutzung innerhalb des geschäftlichen Verkehrs	42
c) Verhältnis zur Verwechslungsgefahr	43
3. Ergebnis	43
IV. Besonderer Schutz der bekannten und berühmten Marke	43
1. Berühmte Mark	43
a) Allgemeines	43
b) Dogmatische Herleitung des Schutzes	44
2. Bekannte Marke	45
a) Schutz vor Rufausbeutung und Rufbeschädigung	45
b) Dogmatische Herleitung	47
c) Schutz vor Aufmerksamkeitsausbeutung	48
3. Ergebnis	48
B. Vergleichende Werbung vor Erlass der MRRIl und der RiL 97/55/EG in Deutschland	49
I. Dogmatische Grundlagen vergleichender Werbung	49
1. Der Begriff der Werbung	49
2. Der Vergleich und die Bezugnahme	49
a) Die kritisierende vergleichende Werbung	51
b) Die persönliche vergleichende Werbung	51
c) Die anlehrende vergleichende Werbung	51
II. Verankerung der vergleichenden Werbung in den Gesetzen	52
III. Behandlung der vergleichenden Werbung durch die Rechtsprechung	52
1. Kritisierende vergleichende Werbung	53
2. Persönliche vergleichende Werbung	55
3. Anlehrende vergleichende Werbung	56
4. Ausnahmen vom Verbot des Werbevergleichs	58
a) Systemvergleich	58
b) Der Abwehrvergleich	59
c) Der Auskunftsvergleich	59
d) Der Aufklärungs – bzw. Fortschrittsvergleich	59
e) Umgang mit den Ausnahmetatbeständen	60
5. Ergebnis	61
IV. Zusammenfassung.....	61
C. Vergleichende Werbung als warenzeichenmäßiger Gebrauch bzw. als Verletzung des Zeichenrechts	62
I. Die Rechtsprechung des RG	62
1. Die Entscheidung Rex	62
2. Die Tallquist-Entscheidung	63
3. Aspirin Substitute	64
4. Alfa Laval Separatoren	64
5. Die Entscheidung Jupiter	65
6. Die Standardlicht-Entscheidung	65
II. Die Rechtsprechung des BGH	66
III. Zusammenfassung	66
D. Ergebnisse zu Kapitel 2	67

Kapitel 3

Die markenmäßige Benutzung im MarkenG und in der MRRiL	69
A. Die Bindungswirkung von Richtlinien für den nationalen Gesetzgeber und die Rechtsprechung	70
B. Die markenmäßige Benutzung einer Marke im neuen MarkenG und in der MRRiL – Systematik des Gesetzes	71
I. Systematische Vorüberlegungen	71
II. Direkte Ansätze für das Merkmal der markenmäßigen Benutzung in der MRRiL und dem MarkenG	72
1. Anhaltspunkte in der MRRiL	72
2. Anhaltspunkte im MarkenG, § 2 MarkenG	73
3. Ergebnis	75
C. Verankerung und Ansätze der Markenfunktionen in den geltenden gesetzlichen Regelungen ..	75
I. Schutzfähige nach dem MarkenG und der MRRiL	76
1. § 3 MrkenG und Art. 2 MRRiL	76
a) Selbstständigkeit, Einheitlichkeit und grafische Darstellbarkeit der Marke ...	76
b) Unterscheidungs- und Herkunftsfunktion	77
aa) Unterscheidungsfunktion	77
bb) Herkunftsfunktion	77
cc) Ermittlung und Reichweite	80
c) Schutz weiterer Funktionen	80
2. § 4 MarkenG	81
3. Ergebnis	82
II. Das Ausschließlichkeitsrecht	82
1. Absoluter Identitätsschutz, § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG und Art. 5 Abs. 1 lit. a) MRRiL	82
a) Klassisches Verständnis	82
aa) Doppelidentität	82
bb) Vermutete Verwechslungsgefahr ?	83
b) Anwendbarkeit auf Nennung der Marke zur Bezeichnung der Waren und Dienstleistungen die Gegenstand einer akzessorischen Dienstleistung sind ...	84
aa) Verständnis des EuGH - Der Fall BMW/Deenik	84
bb) Stellungnahme – Verletzung der Werbefunktion	85
c) Zusammenfassung	87
2. Verwechslungsschutz, § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG und Art. 5 Abs. 1 lit. b) MRRiL ..	88
a) Verwechslungsgefahr	88
b) Dynamische Schutzmangangsbestimmung	90
c) Problem der rein assoziativen Verbindung	92
d) Ergebnis	92
3. Schutz der bekannten Marke, § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG und Art. 5 Abs. 2 MRRiL ..	93
a) Allgemeines	94
b) Bekanntheit	94
c) Beeinträchtigung und Ausnutzen der Unterscheidungskraft	96
aa) Unterscheidungskraft	96
bb) Beeinträchtigung des Unterscheidungskraft	98
cc) Ausnutzen der Unterscheidungskraft	99
dd) Zusammenfassung	101
d) Beeinträchtigung und Ausnutzen der Wertschätzung	102
aa) Wertschätzung	102
(1) Begriff	102
(2) Entstehen eines Rufes	103
(3) Gründe für den Schutz des guten Rufes	103
(4) Keine Beschränkung auf die Herkunftsfunktion	104
bb) Beeinträchtigung der Wertschätzung	105
cc) Ausnutzen der Wertschätzung	106
e) Ohne rechtlfertigenden Grund in unlauterer Weise	107
f) Schutzlücke durch Beschränkung des Schutzes der Unterscheidungskraft und der Wertschätzung einer Marke auf das Stadium der Bekanntheit ?	108
aa) Wertschätzung	108
bb) Unterscheidungskraft	109
cc) Dynamik des Schutzmanganges	109
g) Weitere Schutzlücken der Norm ?	110

h) Ergebnis	111
4. Beispieldeskatalog des § 14 Abs. 3 MarkenG	112
a) Besitzrecht des Markeninhabers	112
b) Verwendung in der Werbung	112
5. § 16 MarkenG	113
6. Ergebnisse zu II.	114
III. Schranken des Schutzes	114
1. Schrankenbestimmung des § 23 MarkenG, Art. 6 MRRiL	114
a) Systematik des Gesetzes	114
b) Die einzelnen Gruppen des § 23 MarkenG, Art. 6 MRRiL	116
aa) § 23 Nr. 1 MarkenG, Art. 6 Abs. 1 lit. a) MRRiL	116
bb) § 23 Nr. 2 MarkenG, Art. 6 Abs. 1 lit. b) MRRiL	117
cc) § 23 Nr. 3 MarkenG, Art. 6 Abs. 1 lit. c) MRRiL	118
c) Zwischenergebnis	119
2. Erschöpfung des Markenrechts	120
a) Systematik des Gesetzes	120
b) § 24 Abs. 1 MarkenG, Art. 7 Abs. 1 MRRiL	121
c) § 24 Abs. 2 MarkenG, Art. 7 Abs. 2 MRRiL	121
3. Ergebnisse zu III.	122
IV. Das Registerrecht im MarkenG.....	122
1. Absolute Schutzhindernisse	122
2. Relative Eintragungshindernisse	124
3. Verfall und Löschungsverfahren	125
4. Ergebnis	125
V. Die Marke als selbstständiger Vermögensgegenstand im MarkenG	125
VI. Ergebnisse	127
D. Vereinbarkeit der Normen mit der GMV und den Grundregeln des internationalen Markenrechts	129
I. Vereinbarkeit mit der GMV	129
II. Einhaltung der Vorgaben aus dem internationalen Markenrecht	130
1. Rechtliche Bindung des deutschen und europäischen Gesetzgebers	130
2. Vorgaben aus der PVÜ	131
3. Vorgaben aus dem TRIPS-Abkommen	132
4. Ergebnis	132
III. Ergebnisse	133
E. Ergebnis und Stellungnahme zu Kapitel 3	133

Kapitel 4

Die Entwicklung der Funktionenlehre und der markenmäßigen Benutzung in der Rechtsprechung des EuGH und des BGH	138
A. Die Funktionenlehre und die markenmäßige Benutzung in der Rechtsprechung des EuGH	138
I. Entscheidungen zur Warenverkehrsfreiheit aus Art. 28 EG	138
II. Entscheidungen zur MRRiL und zur GMV	141
1. Erste Entscheidungen	141
2. Die Entscheidung BMW/Deenik	142
a) Sachverhalt	142
b) rechtsverletzende Benutzung	143
c) Rechtfertigung nach Art. 6 und 7 MRRiL	143
d) Kritik und Stellungnahme	145
3. Die Folgeentscheidungen Höltershoff/Freies Leben und Philips/Remington	147
a) Die Höltershoff-Entscheidung	147
b) Philips/Remington	149
4. Die Arsenal-Entscheidung	149
5. Die Sieckmann-Entscheidung	151
6. Die Robeco/Robelco-Entscheidung	152
III. Ergebnisse	152
1. Funktionenlehre	152
2. Markenmäßige Benutzung	153
B. Die Funktionenlehre und der markenmäßige Gebrauch in der Rechtsprechung des BGH nach Erlass der MRRiL	154
I. Rechtsprechung zum WZG	154
II. Rechtsprechung zum MarkenG, insbesondere nach BMW/Deenik	155

1. Die Festspielhaus-Entscheidung	155
2. Verfestigung in Folgeentscheidungen	156
3. Die Shell-Entscheidung und die Werbefunktion	157
4. Entscheidungen anderer Gerichte	157
III. Ergebnisse	158
C. Das neue Verbraucherleitbild	158
I. Vorgaben des EuGH	158
1. Erste Entscheidungen des EuGH	158
2. Die Mars-Entscheidung	159
3. Folgeentscheidungen	159
II. Übernahme durch den BGH	160
III. Ergebnis	161
D. Ergebnis zu Kapitel 4	161

Kapitel 5**Die vergleichende Werbung nach Inkrafttreten der RiL 97/55/EG und ihre Umsetzung in § 2 UWG** 163

A. Der Zweck der Regelungen	163
B. Die Regelungen im Einzelnen	164
I. Die Definition vergleichender Werbung	164
1. Werbung	164
2. Der Vergleich	165
a) Ungenauie Definition in Art. 2 Nr. 2a VWRL und § 2 Abs. 1 UWG	165
b) Teleologische Reduktion der Norm	165
c) Mitbewerber	167
d) Erkenntniskraft der Mitbewerber	168
e) Waren oder Dienstleistungen	169
3. Zusammenfassung	169
III. Die generelle Zulässigkeit vergleichender Werbung	170
1. Abschließende Regelung	170
2. Produktvergleich	171
a) Allgemeines	171
b) Persönlich vergleichende Werbung	172
3. Eigenschafts- und Preisvergleich	172
a) Gebot des objektiven Vergleichens	172
b) Eigenschaften und Preise	173
c) Wesentlichkeit	173
d) Relevanz	174
e) Nachprüfbarkeit	174
f) Typizität	174
4. Herbeiführung von Verwechslungen	174
a) Tatsächliche Verwechslung oder Verwechslungsgefahr	175
b) Gegenstände der Verwechslung	175
aa) Mitbewerber- und Produktverwechslung	175
bb) Kennzeichen	176
c) Schnittmenge mit § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG	176
5. Rufausnutzung und Rufbeeinträchtigung	177
a) Die Wertschätzung bzw. der Ruf	177
b) Unlautere Rufbeeinträchtigung	178
c) Rufbeeinträchtigung	178
d) Schnittmenge mit § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG	179
6. Herabsetzung und Verunglimpfung	179
7. Nachahmung und Imitation	180
C. Ergebnis zu Kapitel 5	181

Kapitel 6**Die Auflösung des Spannungsverhältnisses von vergleichender Werbung und markenmäßiger**

Gebrauch nach neuem Recht	183
A. Vergleichende Werbung als markenmäßiger Gebrauch	183
I. Vorgeschlagene Lösungen in der Literatur	183
1. Schranke unmittelbar aus dem 15. Erwägungsgrund der VWRL	183
2. Lösung über die Schrankenbestimmung des § 23 Nr. 2 MarkenG	184
3. Lösung über die Schrankenbestimmung des § 24 MarkenG	184

II.	Lösung in der Rechtsprechung	185
III.	Eigener Ansatz anhand der gefundenen Ergebnisse	186
1.	Keine Unterscheidung von allen Marktteilnehmern bezweckt	186
2.	Keine Beeinträchtigung der Unterscheidungsfunktion	187
3.	Keine Benutzung auch zur Unterscheidung der eigenen Produkte	188
4.	Ergebnis	188
IV.	Auswirkungen auf den Umgang mit § 2 UWG	189
1.	Bei der Kennzeichenverwechslung	189
2.	Ausbeutung und Beeinträchtigung der Wertschätzung	189
B.	Ergebnis zu Kapitel 6	190
Thesen	192
Literaturverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI

Einleitung

A. Problemaufriss

Die Marke hat sich mittlerweile zum gängigsten Marketingmittel entwickelt, was gerade die Zahl von etwa 24 Millionen geschützten Markennamen weltweit im Jahr 2001 zeigt.¹ Eine erfolgreiche und griffige Marke ist mit immensen wirtschaftlichen Vorteilen für den Produktabsatz des Inhabers verbunden, was ein gesteigertes Schutzinteresse des Markeninhabers vor Beeinträchtigung dieses Wertes, also des Ausschlusses Dritter von der Benutzung der Marke begründet. Allerdings steht dem das Interesse einer flüssigen Kommunikation in der Werbung oder im Beratungsgespräch gegenüber. Denn durch eine solche kann die Markttransparenz bedeutend gesteigert und damit die Güterallokation optimiert werden. Dies gilt im besonderen Maße für Werbevergleiche unter Nennung des Mitbewerbers und seiner Produkte. Insofern bestand und besteht ein Spannungsverhältnis der Interessen zwischen beiden Marketinginstrumenten.

Die Marke wurde Anfang der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts einschneidenden Neuerungen unterworfen. Der europäische Gesetzgeber erließ mit der sog. „Markenrechtsrichtlinie“ ein Normenwerk zur Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften, welches der deutsche Gesetzgeber zum Anlass nahm, das im Kern nahezu 100 Jahre alte Warenzeichengesetz grundlegend zu reformieren. So wurde erstmals der Schutz bekannter Kennzeichen gegen Rufausbeutung und Verwässerung, der Schutz von geschäftlichen Bezeichnungen und der Schutz geographischer Herkunftsangaben in das Gesetzeswerk aufgenommen. Dies stellte eine entscheidende Neuerung dar, zu der die Richtlinie in den Fällen des Schutzes von geschäftlichen Bezeichnungen und geographischen Herkunftsangaben den deutschen Gesetzgeber gar nicht zwang.

Allein diese Neuerungen gaben genug Diskussionsstoff über die vermeintlich geänderte Bedeutung und Handhabung des neuen Markengesetzes. Hinzu trat aber nun im Bereich der zwingend umzusetzenden Vorgaben aus der Markenrechtsrichtlinie ein neues letztinstanzliches Gericht: der Europäische Gerichtshof. Dieser hatte zwar schon vorher im Bereich des Markenrechtes Einfluß auf die nationalen Gesetzeswerke ausgeübt, jedoch erfolgte dies nur mittelbar über die Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit i.S.v. Art. 28 und 30 EG. Nach Erlass der Richtlinie judiziert der EuGH nun direkt für den Bereich des Markenrechtes, soweit dies den Anwendungsbereich der Richtlinie betrifft.

Flankiert wurde die Markenrechtsrichtlinie, bedingt durch die Unpraktikabilität von 15 nationalen Markenrechtsordnungen für den Markenanmelder, der einen europaweiten Schutz begeht, durch die Einführung einer Gemeinschaftsmarke. Dieses im Wege einer Verordnung installierte Gesetzeswerk folgte dabei notwendigerweise den inhaltlichen Vorgaben der Markenrechtsrichtlinie und rundet das System eines

¹ Siehe hierzu Wolf, S. 2, Rn 4.

möglichst einheitlichen, von unnötigen Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs befreiten, Markenschutzes innerhalb der EU ab.

Da nun also ein vom deutschen Gesetzgeber in maßgeblichen Punkten unbeeinflusstes Regelwerk besteht, stellt sich naturgemäß die Problematik, dass vor Erlass der RiL durch die Rechtsprechung des BGH herausgebildete Prinzipien keinesfalls unbefangen weitere Gültigkeit beanspruchen können. Vielmehr muss hier ein europäischer Weg gegangen werden, der abschließend nur vom EuGH festgelegt werden kann. Eines dieser so in Frage gestellten Prinzipien des BGH war der sog. kennzeichnämäßige Gebrauch, der die Reichweite des Markenschutzes festlegte und eine Abgrenzung zu anderen Gesetzen wie dem UWG, welches auch vergleichende Werbung erfasste und regelte, ermöglichte. Die durch den BGH geklärte Problematik der Abgrenzung beider Rechtsfiguren brach somit wieder auf.

Beschleunigt wurde dieser Prozess durch die Tatsache, dass der europäische Gesetzgeber, bedingt durch die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen und die sich aus den unterschiedlich strengen Maßstäben ergebenden Behinderungen des freien Warenverkehrs, auch im Bereich des Wettbewerbsrechtes tätig wurde. So erließ er die „Richtlinie zur vergleichenden Werbung“, welche diesen Bereich europaweit harmonisieren sollte. Diese Richtlinie erwuchs dabei auch aus der Erkenntnis heraus, dass dem Verbraucher eine solche Art der Werbung durchaus positive Erkenntnisse in Bezug auf Konsumententscheidungen ermöglicht.

Beide Richtlinien haben jedoch eine Schnittmenge, da eine vergleichende Werbung naturgemäß auch die Marke des Konkurrenten nennt. Dies ist in den Gesetzeswerken auch festgehalten, wenngleich nicht eindeutig. Insofern war es eine notwendige Folge, dass ein Streit um die Bedeutung und die sinnvolle Abgrenzung beider Rechtsgebiete entbrannte. Dabei wird häufig auf die althergebrachte, vom BGH entwickelte Rechtsfigur des markenmäßigen Gebrauchs zurückgegriffen. Andererseits wird auf die inhaltlichen Neuerungen des MarkenG verwiesen, welche einen Rückgriff ausschließen. Im Zentrum dieser Diskussion steht dabei eine Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 1999: Die *BMW/Deenik*-Entscheidung, welche jede Ansicht für sich in Anspruch nehmen will.

B. Gang der Untersuchung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist die Untersuchung und Auflösung des skizzierten Spannungsverhältnisses zwischen markenmäßigem Gebrauch und vergleichender Werbung im neuen Recht. Dieses wird im ersten Kapitel in ökonomischer Hinsicht untersucht, was Sinn und Zweck sowie die Interessen an beiden Marketinginstrumenten verdeutlichen soll.

Darauf aufbauend wird im zweiten Kapitel zunächst die alte Rechtslage und damit die Dogmatik, die zur Entstehung des Merkmals warenzeichenmäßiger Gebrauch beitrug, analysiert werden. Dabei wird auch die Abgrenzung zur vergleichenden Werbung unter Geltung des alten WZG betrachtet, sowie die generelle rechtliche Behandlung dieser Werbeform.

Sodann erfolgt im dritten Kapitel dieser Arbeit die Untersuchung der Übertragbarkeit der gefundenen Ergebnisse auf die Situation im neuen MarkenG und in der MRRiL. Dabei wird zunächst die Situation im neuen MarkenG dargelegt und evtl. bestehende Unterschiede aufgezeigt um hernach die Reichweite des Markenschutzes nach diesen Gesetzeswerken zu bestimmen. Hierbei spielt die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Verständnis der einzelnen Normen und deren Tatbestandsmerkmale eine große Rolle.

Der vierte Teil der Arbeit widmet sich sodann der spezifischen Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Merkmal des markenmäßigen Gebrauchs nach Erlass der MRRiL und des MarkenG. Hierbei wird ein grundlegender Blick auf die Vereinbarkeit der Rechtsprechung mit den im dritten Kapitel gefundenen Ergebnissen geworfen.

Im fünften Kapitel werden die, durch die Richtlinie 97/55/EG geschaffenen, neuen Regelungen über die vergleichende Werbung untersucht. Auch hier sollen die grundlegende Darstellung der Gesetzeslage und die Ausarbeitung der grundlegenden Prinzipien eine zentrale Rolle spielen, sowie mögliche Spannungspunkte im Verhältnis markenmäßiger Gebrauch und vergleichende Werbung betrachtet werden. Ferner werden Unterschiede zur alten Rechtslage erläutert.

Im sechsten und letzten Kapitel werden die so gefundenen Ergebnisse der einzelnen Kapitel zusammengeführt und unter Zugrundelegung dieser nach Lösungsansätzen zur Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen dem markenmäßigen Gebrauch und der vergleichenden Werbung im neuen Recht gesucht werden. Im Rahmen dessen werden sowohl die bisherigen Vorschläge in der Literatur betrachtet als auch soll ein eigener Abgrenzungsversuch unternommen.