

**INGRES****Workshop «Die Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht». 22./23. August 2003, Kartause Ittingen**

*«Der Begriff der Verwechslungsgefahr ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts für das gesamte Kennzeichenrecht einheitlich zu umschreiben.» (BGE 126 III 245)*

Diese «Binsenwahrheit» wurde im Rahmen eines von INGRES und dem IGE veranstalteten Workshops kritisch hinterfragt. Bundesrichter Franz Nyffeler und Eric Meier eröffneten die von RA Dr. Michael Ritscher geleitete Veranstaltung.

Einleitend spürte Fürsprecher Jürg Müller der Entstehungsgeschichte der «Binsenwahrheit» nach. Anhand von gelungenen Karikaturen des Berner Künstlers Oskar Weiss illustrierte er, wie das Bundesgericht in die Binsen ging und nach der Wahrheit sucht(e). Der Referent ortete verschiedene Ansätze einer Entstehungsgeschichte. Bei näherer Betrachtung der einschlägigen Urteile stiess er indessen auf etliche (sprachliche) Ungenauigkeiten, Pauschalisierungen und Fehlzitate. Die ausgemachten Ansätze liessen sich daher nicht kohärent zusammenführen. Dennoch bestehe Hoffnung: Namentlich in den Entscheidungen Die Wache (BGE 128 III 224) und Puls Media (BGE 129 III 353) seien Ansätze zu Differenzierungen erkennbar.

Zuversichtlich stimmt gemäss RA Dr. Roland Bühler auch das Urteil Wintegra (4C.31/2003). Dort präzisierte das Bundesgericht, dass sich die Verwechslungsgefahr im Markenrecht grundsätzlich nach denselben Kriterien wie im Firmenrecht beurteile, «soweit sich dieselben Fragen stellen». In seinem Referat ging er der Frage nach, weshalb Marken registriert und nicht einfach (sowie billiger) Vereine gegründet würden. Bühler wies drauf hin, dass auch das Namensrecht einem (faktischen) Gebrauchszwang unterliegt. Denn bei reinen «Defensivnamen» fehle der Wille, als Körperschaft zu bestehen. Das Firmenrecht gewährt sodann einen – vom Referenten ausdrücklich begrüsst – branchenübergreifenden Schutz. Gleiches gelte – wie sich aus der Praxis des Bundesgerichts, auch Postboten vor Verwechslungen zu schützen, ergebe – im Namensrecht. Der örtliche Schutzzumfang sei im Namensrecht aber auf die tatsächliche Auswirkung des Namensgebrauchs beschränkt.

RA Dr. Christian Hilti setzte sich kritisch mit dem Firmenrecht auseinander. Dass die Praxis Schutz nur gegen firmenmässigen Gebrauch gewähre, sei nicht zu rechtfertigen. Gleichzeitig müsste freilich die Einführung des Branchenprinzips geprüft werden. Der Referent betrachtete sodann den teilweise bloss lokalen Schutzbereich von Firmen als nicht mehr zeitgemäss; die gesetzliche Regelung sei diesbezüglich von der aktuellen Entwicklung überholt worden. Anschaulich illustrierte Hilti ferner die Problematik des Schutzes gegen Rufausbeutung und Verwässerung. Abschliessend plädierte er dafür, dass eine einheitliche Beurteilung zeichenrechtlicher Konflikte im gesamtem Kennzeichenrecht mehr Vorteile brächte.

In seinem Referat zum Markenrecht betonte Fürsprecher Prof. Dr. Eugen Marbach, dass die Verwechslungsgefahr einen Rechtsbegriff darstellt. Bei der Bestimmung der Gleichartigkeit folge die Rekurskommission einem betriebswirtschaftlichen Ansatz; demgegenüber bekenne sich das Bundesgericht

in jüngeren Entscheiden zu einer marktbezogenen Sichtweise und untersuche, ob sich die Waren auf dem Markt überschneiden. Nach Auffassung des Referenten wird die Kennzeichnungskraft tendenziell zu stark betont; grundsätzlich sei von normalen Zeichen auszugehen. Marbach sprach ferner den für die Verwechslungsgefahr massgebenden Beurteilungszeitpunkt an und wies in diesem Zusammenhang auf das Arsenal-Urteil des EuGH (C-206/01) hin.

Im lauterkeitsrechtlichen Kennzeichenschutz steht gemäss RA Dr. Magda Streuli-Youssef der Schutz vor irreführenden Verhaltensweisen im Vordergrund. In der Praxis würden freilich auch Verhaltensweisen, die nicht zu Irreführungen des Publikums führen, unter Art. 3 lit. d UWG subsumiert («Ersatz für»). Die Referentin ging in diesem Zusammenhang näher auf die Rivella/ Apiella-Entscheidungen ein (HGer Zürich, sic! 1999, 581; BGer, sic! 2000, 618). Im Urteil des Handelsgerichts

Zürich sah sie Ansätze für eine eigenständige Beurteilung im Lauterkeitsrecht. Es bestehe kein Grund, den Schutz eines Zeichens vor Anlehnung, Ausbeutung oder Verwässerung auf Art. 3 lit. d UWG abzustützen. Das UWG halte diesbezüglich das notwendige, bislang freilich kaum genutzte, Instrumentarium bereit.

Frau Marianne Grabrucker, vorsitzende Richterin am deutschen Bundespatentgericht, legte zunächst die in Deutschland unterschiedenen Arten der Verwechslungsgefahr dar. Die Anforderungen an die rechtserhaltende Benutzung würden im Widerspruchsverfahren tendenziell reduziert. Die Warengleichartigkeit bestimme sich nach der Canon-Formel des EuGH (Slg. 1998, I-5525). Im Zusammenhang mit der Frage der Kennzeichnungskraft verwies die Referentin auf die Chiemsee-Entscheidung (EuGH, GRUR 1999, 723). Sie hielt ferner fest, dass eine durchgesetzte Marke lediglich über eine durchschnittliche (und keine erhöhte) Kennzeichnungskraft verfüge.

Der zweite Tag wurde durch eine Tour d'Horizon von RA Dr. Lucas David eröffnet. Der Referent plädierte dafür, das Kennzeichenrecht gesamthaft zu betrachten. Ob Kennzeichen durch das MSchG oder das UWG geschützt würden, spiele keine Rolle; entscheidend sei, dass ihnen Schutz gewährt werde. David sprach sodann von seinem Traum eines allgemeinen Teils des Immaterialgüterrechts. Dessen Kern könnte ein «allgemeines Kennzeichenrecht» bilden.

Prof. Dr. Annette Kur zeigte in ihren grundlegenden Ausführungen auf, dass die Frage der Verwechslungsgefahr aus zwei Perspektiven betrachtet werden kann. Zunächst gelte es, die Adressaten vor einer Täuschung zu schützen. Aber auch die Interessen der Kennzeicheninhaber spielen eine Rolle. Aus ihrer Sicht werde die (partielle) Übernahme ihres Kennzeichens als «Eintrittskarte» in die Wahrnehmung der Verbraucher benutzt. Die Problematik bestehe nun darin, auf der gleitenden Skala, die von Fällen eindeutiger Täuschung bis zu jenen von «blosser» Assoziation reicht, rechtlich eine Grenze zu ziehen. Die Referentin erinnerte ferner daran, dass die heute unterschiedenen Arten von Verwechslungsgefahr praktischen Schutzbedürfnissen entsprangen und historisch «gewachsen» sind; sie ortete auch heute eine Tendenz, den Begriff der Verwechslungsgefahr auszuweiten. Indessen statuiere beispielsweise die Markenrichtlinie ausdrücklich einen Schutz gegen Rufausbeutung. Kur warf die Frage auf, ob die Verwechslungsgefahr unter diesen Umständen wieder «eng» gefasst werden könnte. Dagegen sprechen freilich nicht nur die Rechtsprechungstradition und verfahrensrechtliche Besonderheiten in Deutschland, sondern auch der Umstand, dass bislang kein europäisches Lauterkeitsrecht existiert, das sich ergänzend hinzuziehen liesse.

An beiden Tagen blieb – unter der Leitung von RA Dr. Michael Ritscher und RA Dr. Gallus Joller bzw. RA Peter Widmer und RA Dr. Werner Stieger – Zeit für intensive Diskussionen. Vorab stellte sich die Frage, was alles zum Kennzeichenrecht gezählt werden kann. Gegen einen Einbezug des Designrechts wurde angeführt, dass das Designrecht allein den jeweiligen Gegenstand schützt, ein Kennzeichen hingegen über den eigentlichen Gegenstand hinausweist.

Den Begriff der Verwechslungsgefahr diskutierten die Teilnehmenden in erster Linie im Marken-, Firmen-, Namens- und Lauterkeitsrecht näher. Die Kamillosan- (BGE 122 III 382) und die Rivella-Entscheidungen machen deutlich, dass der Begriff der Verwechslungsgefahr in jüngster Zeit insbesondere im Markenrecht eine weitere Ausdehnung erfuhr. Marbach begrüßte diese Entwicklung, nicht zuletzt auch unter Hinweis darauf, dass es sich bei der Verwechslungsgefahr um eine – vom herkömmlichen Sprachgebrauch losgelöste – Rechtsfrage handle. Eher kritisch scheint dieser Prozess im IGE beobachtet zu werden. Das darf aber – wie verschiedene Votanten festhielten – nicht dazu führen, dass im Widerspruchsverfahren ein «anderer» Begriff der Verwechslungsgefahr zur Anwendung kommt. In Bezug auf das Lauterkeitsrecht sprach sich Streuli-Youssef dafür aus, die derzeitige Entwicklung im Markenrecht auch im Zusammenhang mit Art. 3 lit. d UWG zu berücksichtigen. Das Firmenrecht knüpft schliesslich nicht an den Begriff der Verwechslungsgefahr, sondern an eine Beeinträchtigung an. Joller wies darauf hin, dass eine Beeinträchtigung nicht nur im Falle einer Verwechslungsgefahr gegeben sein könne, sondern auch dann, wenn eine Rufausbeutung und/oder eine Herabsetzung vorliege.

In der Diskussion wurden ferner die Zeichennähe, die Branchennähe bzw. Gleichartigkeit von Waren/Dienstleistungen sowie die Frage nach der Wechselbeziehung zwischen den einzelnen Elementen angesprochen. Auf allgemeine Kritik stiess schliesslich die Praxis des Bundesgerichts, firmenrechtliche Ansprüche nur gegenüber firmenmässig gebrauchten Kennzeichen zu gewähren.

Der Workshop mit über 50 Teilnehmenden bestätigte auf eindrückliche Art und Weise, dass im Kennzeichenrecht nicht undifferenziert davon ausgegangen werden darf, dass die Verwechslungsgefahr einheitlich zu beurteilen sei. Es würde der Materie nicht gerecht, aus einem derartigen «Grundsatz» dogmatische Schlüsse ableiten zu wollen. Für die konkrete Rechtsanwendung bleibt entscheidend, dass bei detaillierter Betrachtung sowohl Gemeinsamkeiten wie auch Unterschiede bestehen. Beiden gilt es, bei der Bestimmung der Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht Rechnung zu tragen.

\* Dr. iur., Rechtsanwalt, Luzern.