

INGRES

Die Verkehrskreise im Markenrecht

Ittinger Workshop zum Kennzeichenrecht, 15./16. September 2006

SIMON HOLZER*

«Welche rechtlichen Probleme verbergen sich im Markenrecht hinter dem Begriff der Verkehrskreise?», «Ist bei der Definition der massgebenden Verkehrskreise im Markeneintragungsverfahren anders vorzugehen als im Verletzungsprozess, und wenn ja, wie?», «Inwiefern können Juristinnen und Juristen von der Erfahrung von Experten auf dem Gebiet der Demoskopie profitieren?» und «Welches ist der Stand der Diskussion zu den Verkehrskreisen in Deutschland und im Bereich der Gemeinschaftsmarke?».

Diesen und zahlreichen anderen Fragen widmete sich der INGRES-Workshop zum Thema «Die Verkehrskreise im Markenrecht», welcher am 15. und 16. September 2006 in der Kartause Ittingen stattfand. Das Ergebnis waren spannende Vorträge und Diskussionen, interessante Antworten und Lösungsvorschläge, aber auch die Erkenntnis, dass zahlreiche Punkte noch einer Klärung bedürfen. Gewidmet war die von RA Dr. Christoph Gasser und RA Dr. Michael Ritscher organisierte Tagung RA Dr. Lucas David, der wenige Tage vorher seinen 70. Geburtstag feiern konnte.

Den Vortragsreigen eröffnete am ersten Tag Prof. Dr. Eugen Marbach, der eine detaillierte Auslegung zur Bedeutung der Verkehrskreise im schweizerischen Markenrecht präsentierte. Prof. Marbach wies einleitend darauf hin, dass der Begriff der Verkehrskreise im Markenschutzgesetz lediglich in Art. 47 Abs. 2 MSchG ausdrücklich erwähnt wird. Darüber hinaus spielt das Verständnis der massgebenden Verkehrskreise aber auch bei der Beurteilung anderer, von Prof. Marbach einzeln erläuteter Rechtsfragen eine entscheidende Rolle. Anhand der aus BGE 120 II 144 bekannten Spirituosenbezeichnung «Yeni Raki» zeigte Prof. Marbach, dass die Abgrenzung der Verkehrskreise den Ausgang eines Verfahrens häufig präjudiziert. Während für die in der Schweiz lebenden türkischstämmigen Personen ohne weiteres klar sein dürfte, dass die beiden Worte «Yeni» und «Raki» für das Adjektiv «neu» beziehungsweise einen bekannten türkischen Likör stehen, werden die durchschnittlichen Schweizer Schnapskonsumenten wohl zumindest die Bezeichnung «Yeni» für unterscheidungskräftig halten.

Mit weiteren Beispielen aus der Praxis illustrierte Prof. Marbach sodann, wie die Bestimmung der Verkehrskreise massgeblich davon abhängt, von welchem Markenverständnis ausgegangen wird. Da die Marke zu den klassischen, absolut geschützten Immaterialgütern gehöre, befürwortet Prof. Marbach, die Verkehrskreise normativ, d.h. nach einem produktspezifischen Ansatz zu definieren; eine wettbewerbsbezogene Sichtweise, die sich an der Marktbearbeitung der Kennzeicheninhaber orientiere, z.B. am Preis, Vertriebsgebiet oder an der Qualität der betroffenen Produkte, sei nicht angebracht. Aus dieser Erkenntnis zog Prof. Marbach den Schluss, dass die Verkehrskreise auch den potenziellen Markt erfassen müssten. Zudem dürften die Verkehrskreise grundsätzlich nicht auf die bestehende Kundschaft des Markeninhabers beschränkt werden (keine Intrabrand-Verkehrskreise). Eine produktbezogene, normative Abgrenzung der Verkehrskreise führt gemäss Prof. Marbach nicht nur zu mehr Rechtssicherheit, sondern entspricht auch dem Bedürfnis, im Konfliktfall die Klärung der Verkehrskreise einfach, effizient und kostengünstig vornehmen zu können.

Weiter ging Prof. Marbach der Frage nach, ob es sich bei der Festsetzung der massgebenden Verkehrskreise im Markenrecht um eine Tat- oder um eine Rechtsfrage handelt. Entgegen dem bereits erwähnten BGE 120 II 144, «Yeni Raki» stellt gemäss Prof. Marbach die Abgrenzung der massgebenden Verkehrskreise analog zur Abgrenzung des relevanten Markts im Kartellrecht eine Rechtsfrage dar, welche vom BGer auf Berufung hin überprüft werden kann.

In der lebhaften Diskussion, welche an das Referat anschloss, war zunächst umstritten, ob das Markenrecht tatsächlich ohne weiteres als klassisches Immaterialgüterrecht verstanden werden darf oder ob es sich nicht doch eher um ein wettbewerbsrechtliches Registerrecht handelt. Einig war man sich, dass, wenn die von Prof. Marbach vertretenen Thesen zutreffen, die massgebenden Verkehrskreise im Markenrecht und im Wettbewerbsrecht nicht immer gleich zu definieren sind, was zu unterschiedlichen Ergebnissen z.B. bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr führen kann. Einig war man sich auch darin, dass allgemein gültige Aussagen zur Definition der Verkehrskreise problematisch sind und jede Aussage nur im Kontext mit der konkreten rechtlichen Fragestellung (Verkehrsdurchsetzung, absolute Ausschlussgründe, Verwechslungsgefahr, usw.) gelten kann.

Dr. Eric Meier, Leiter der Markenabteilung und Mitglied der Direktion des IGE, ging nach einer kurzen Einleitung auf die Bestimmung der Verkehrskreise bei der Beurteilung der absoluten Ausschlussgründe ein. Gemäss der Auffassung von Dr. Meier sind die Verkehrskreise jeweils nach den von der Marke konkret beanspruchten Waren beziehungsweise Dienstleistungen zu ermitteln. Um zu prüfen, ob eine Marke für «Nahrungsmittel für veterinärmedizinische Zwecke» beschreibenden Charakter hat, ist somit auf das Verständnis der angesprochenen Fachkreise (insbesondere Veterinärmediziner) abzustellen. Demgegenüber erachtet das IGE bei Waren des täglichen Gebrauchs das Verständnis der Durchschnittsabnehmer einschliesslich der potenziell interessierten Abnehmer als massgebend. Dr. Meier erinnerte daran, dass bei Zeichen, bei denen es sowohl auf

die Auffassung der Fachkreise als auch der Durchschnittsabnehmer ankommt, nach der Praxis des IGE eine Zurückweisung bereits dann zu erfolgen hat, wenn ein Schutzausschlussgrund nur aus Sicht eines der betroffenen Verkehrskreise gegeben ist. Das gleiche gelte auch für Zeichen, bei denen ein Schutzausschlussgrund nur für eine Landessprache vorliege.

Die Verkehrsauffassung ist nach Dr. Meier eine Tatfrage, die grundsätzlich beweisbedürftig ist. Eine direkte Befragung der betroffenen Verkehrskreise durch das Institut würde den Rahmen des Eintragungsverfahrens sprengen. Das Institut stellt deshalb auf objektive Anhaltspunkte (Indizien) ab und schliesst daraus auf die Verkehrsauffassung. Eigene Nachforschungen von Markenprüfern im Internet oder in Wörterbüchern spielen dabei eine wichtige Rolle.

Nicht beweisbedürftig sind allgemein bekannte Tatsachen und die auf allgemeiner Erfahrung beruhenden Erfahrungssätze. Solche Erfahrungssätze, die bezüglich ihrer Überprüfbarkeit vom BGer wie frei überprüfbare Rechtsfragen behandelt werden, sind nach Dr. Meier beispielsweise, dass der Durchschnittsabnehmer allein dem Umstand, dass eine Wortmarke klein geschrieben ist, noch keine kennzeichnende Bedeutung zumisst. Weiter sieht nach Auffassung von Dr. Meier der Durchschnittsabnehmer in der Regel bei einem Zeichen, das mit dem äusseren Erscheinungsbild der betroffenen Waren zusammenfällt, keine Marke.

Zum Abschluss seines Referats kam Dr. Eric Meier auf ein Thema zu sprechen, das die Markenabteilung zurzeit intensiv beschäftigt, nämlich die Frage, inwiefern ein Markenanmelder im Zusammenhang mit dem Nachweis der Verkehrsdurchsetzung über eine besondere Ausgestaltung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses einer Marke Einfluss auf die Definition der Verkehrskreise nehmen kann und darf. Es stellt sich in diesem Zusammenhang zum einen die Frage, ob Formulierungen im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis wie «Mobiltelefone für pensionierte Frauen», «Schuhe im hochpreisigen Bereich» oder «Berufskleider zur Verwendung im Hotelbereich» im Sinne von Art. 11 MSchV präzise bezeichnet und somit formell zulässig sind. Zum anderen ist auch zu beantworten, ob solche Formulierungen geeignet sind, die massgebenden Verkehrskreise einzuschränken. Ohne konkret Stellung zu nehmen, bezweifelte Dr. Meier, dass alle diese Beispiele als präzise Warenbezeichnungen eingetragen werden könnten. Ferner sind nach Ansicht des Instituts derartige Einschränkungen der Waren nur dann geeignet, die massgebenden Verkehrskreise einzuschränken, wenn sich durch die Einschränkung die noch beanspruchten Waren von denjenigen Waren, die sich an einen grösseren Abnehmerkreis richten, in objektiven und dauerhaften Merkmalen unterscheiden. Es müssen somit Eigenschaften der Ware benannt werden können, die deren Benutzung in anderen Verkehrskreisen definitiv ausschliessen, damit von einer Einschränkung der Verkehrskreise ausgegangen werden kann.

Die engagierte Diskussion im Anschluss an das Referat von Dr. Meier drehte sich primär um die Frage, ob das IGE den Begriff der potenziellen Verkehrskreise in der Regel zu weit definiere oder nicht, wobei beide Meinungen pointiert vertreten wurden.

Der nächste Vortrag stammte von Prof. Dr. Anja Steinbeck vom Institut für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht der Universität zu Köln. Prof. Steinbeck, welche gleichzeitig Richterin am OLG Köln ist, referierte zu den Verkehrskreisen im deutschen Markenrecht. Das Referat gliederte sich in drei Teile: Eine Übersicht, wo es im deutschen Markenrecht überall auf die Auffassung der massgebenden Verkehrskreise ankommt, eine Zusammenfassung der einschlägigen deutschen Rechtsprechung zu diesem Thema und eine Zusammenfassung der wichtigsten Thesen. Die einleitende Übersicht förderte zahlreiche Parallelen zum schweizerischen Recht zutage. Als massgebende Verkehrskreise gelten auch in Deutschland grundsätzlich alle angesprochenen Kreise, in denen die Marke Verwendung finden oder Auswirkungen zeitigen kann. Dies sind einmal die aktuellen und potenziellen Abnehmer sowie die mit dem Vertrieb befassten Vertreter. Prof. Steinbeck zeigte im Folgenden die Schwierigkeiten auf, die Verkehrskreise sachgerecht nach räumlichen und produktbezogenen Kriterien abzugrenzen. Obschon räumlich grundsätzlich auf das ganze Gebiet der Bundesrepublik abzustellen ist, hat der BGH in der Entscheidung «Achterdiek» (BGH, GRUR 1999, 498) festgehalten, dass das Verständnis der Verkehrskreise in einer bestimmten (Sprach-)Region insbesondere bei der Beurteilung eines Ausschlussgrundes unter Umständen genügen kann. Weiter zeigte Prof. Steinbeck auf, dass die deutschen Gerichte traditionell danach unterscheiden, ob das allgemeine Publikum (insbesondere bei Waren des täglichen Bedarfs) oder bestimmte Fachkreise angesprochen sind. Probleme würden vor allem dann auftreten, wenn umstritten sei, ob der potenzielle Abnehmerkreis aufgrund besonderer Kenntnisse, spezieller Gewohnheiten oder einem Interesse an exklusiver Markenware einzuschränken sei. In diesen drei Fällen (spezielle Vorkenntnisse und Gewohnheiten sowie besonderes Interesse an exklusiver Markenware) hat die deutsche Rechtsprechung eine Einschränkung der Verkehrskreise grundsätzlich zugelassen. Die von Prof. Steinbeck präsentierte Auswahl deutscher Gerichtsurteile zeigte allerdings, dass die Frage im Einzelfall umstritten ist. Zum Abschluss ihres Vortrags präsentierte Prof. Steinbeck folgende Thesen:

1. Grundsatz: Zu den massgebenden Verkehrskreisen gehören alle, die beim Absatz, beim Erwerb oder beim Verbrauch (Benutzung) in irgendeiner Weise mit der fraglichen Ware (Dienstleistung) zu tun haben.
2. Eine räumliche Begrenzung der Verkehrskreise kommt in der Regel nicht in Betracht, wobei sich allerdings eine stärkere regionale Bekanntheit durchaus auswirken kann.
3. Bei der Begrenzung der Verkehrskreise aufgrund der Art der Ware, der sog. gegenständlichen Begrenzung, sind grundsätzlich die aktuellen und die potenziellen Abnehmerkreise mit einzubeziehen. Während sich der aktuelle Abnehmerkreis jedenfalls im Kern unproblematisch erfassen lässt, erfordert die Festlegung der potenziellen Abnehmer eine Prognoseentscheidung. Hinter der Bestimmung der potenziellen Verkehrskreise steht letztlich immer die Frage, wie wahrscheinlich es ist, dass jemand, der bisher nicht mit der Ware in Berührung gekommen ist, dies in Zukunft tun wird.
 - a) Bei Waren des täglichen Bedarfs (Massenkonsum) ist in der Regel auf die gesamte Bevölkerung abzustellen. Gleichwohl können Abnehmergewohnheiten auch hier nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben. Wer aus Glaubensgründen kein Schweinefleisch isst oder wer auf bestimmte Stoffe allergisch reagiert, wird entsprechende Produkte nicht kaufen. Es kommt darauf an, dass der Grund für den «Nichterwerb» eine gewisse Beständigkeit aufweist (Beständigkeitsgedanke).
 - b) Bei den Fachkreisen wird es in der Regel nur auf die aktuell dazu gehörenden Personenkreise ankommen, darauf, wer gegenwärtig Arzt oder Jurist ist und nicht, wer dies künftig werden könnte.
 - c) Auch bei Luxusartikeln oder ausgefallenen Produkten sollten nur die aktuellen Interessenten einbezogen werden. Potentielle Käufer oder Sammler können vernachlässigt werden. Ihre Einbeziehung wäre willkürlich.

Die Wortmeldungen nach dem Referat von Prof. Steinbeck drehten sich primär um die Frage, ob, und wenn ja, nach welchen Kriterien im Zusammenhang mit Luxusprodukten die massgebenden Verkehrskreise einzuschränken sind. Umstritten ist die Frage insbesondere dann, wenn sich der Luxusanspruch nicht unmittelbar aus dem Waren- und Dienstleistungsverzeichnis ergibt. Es wurde darauf hingewiesen, dass dies nicht zwingend erforderlich sei, wie beispielsweise die von Prof. Steinbeck erwähnte Entscheidung «Fabergé» des BGH (BGH, GRUR 2002, 330) zeige.

Diskutiert wurde auch über Sinn und Unsinn von festen Prozentzahlen für den Durchsetzungsgrad einer Marke. Die Diskussionsteilnehmer waren sich grundsätzlich einig, dass ein fester Durchsetzungsgrad, z.B. eine 50%-Regel, nicht sachgerecht ist.

Den Abschluss des ersten Tages bildete ein spannender Vortrag von Regula Fecker von der Werbeagentur Jung von Matt / Limmat AG, Zürich. Regula Fecker stellte ein einzigartiges Projekt der Werbeagentur Jung von Matt vor, welches hervorragend zum Thema «Verkehrskreise» passt: «Das häufigste Wohnzimmer der Schweiz». Um der Frage nachzugehen, wie die meisten Menschen in der Schweiz wohnen, durchforstete die Werbeagentur unzählige Statistiken, machte qualitative Untersuchungen, führte Expertengespräche und erstattete Hausbesuche. Das Resultat ihrer Nachforschungen hat Jung von Matt in ihren Räumlichkeiten 1:1 nachgebaut und eingerichtet: das häufigste Wohnzimmer in der Schweiz. Auf 24 m² werden Zielgruppen und Forschungsdaten zum realen und erleb- baren Lebensraum, wo kein Detail zufällig ist. So steht beispielsweise – wie im Wohnzimmer einer durchschnittlichen Schweizer Familie – das Fondue-Caquelon im buchenfarbenen Wohnzimmer-Buffet neben einem hellblauen Micasa-Sofa (Modell Torino), das Ganze auf einem 12 cm Eichen-Chlötzli-Parkett von Bauhaus.

Das Abendprogramm stand ganz im Zeichen des 70. Geburtstags von Dr. Lucas David. Einen scharf- züngigen Beitrag lieferte der Journalist, Philosoph, Kolumnist und Dozent Dr. Ludwig Hasler. Dr. Hasler arbeitete früher in Chefredaktionen (St. Galler Tagblatt, Weltwoche) und ist heute Publizist, Hoch- schuldozent für Philosophie und Medientheorie, Kolumnist und hält öfters Vorträge vor unterschied- lichstem Publikum. In einer von ihm selbst als Betriebsstörung bezeichneten Tischrede forderte Dr. Hasler die anwesenden Kennzeichenjuristen auf, die Rechtsprechung nicht zunehmend an Gutachter, Umfragespezialisten und Meinungsforscher zu delegieren. Recht sprechen, heisse urteilen, rief Dr. Hasler in Erinnerung, und Urteilskraft komme aus der Autonomie der Vernunft, nicht aus Umfragemat- erial. Was die Leute so meinen, sei nicht schon die Wahrheit. Denn dieses Meinen bleibe, wie das Wort es andeute, nur «mein», also subjektiv, perspektivisch, eine rein persönliche Ansicht. Zudem riet Dr. Hasler, die juristische Fachsprache zu zertrümmern. An ihrer Sprache verrate sich der Geisteszu- stand jeder Branche. Juristische Texte seien wohl deshalb so kompliziert geschrieben, weil sie sich an der Detailpräzision abmühen würden. Sie würden jede Nuance in den selben Satz packen wollen, um jedes Missverständnis auszuschliessen. Gerade dabei würden sie sich aber in Detaildifferenzierungen verlieren, jede Distanz zur Sache einbüssen.

Der zweite Tag begann mit einem höchst interessanten Beitrag von Dr. Anne Niedermann vom Institut für Demoskopie Allensbach mit dem Titel «Die Verkehrskreise aus Sicht der Demoskopie». Dr. Nie- dermann bemängelte gleich zu Beginn, dass, obwohl die Abgrenzung der Verkehrskreise der Dreh- und Angelpunkt jedes Umfragegutachtens sei, deren Festlegung in der Praxis oft hinausgezögert oder gar vermieden werde. Die Definition der massgebenden Verkehrskreise und die Formulierung der Beweisaufgabe obliege den beteiligten Juristen. Aufgabe der Demoskopie-Fachpersonen sei an- schliessend die Umsetzung der Befragung, also die Stichprobenziehung, Durchführung, Auswertung und Aufbereitung der Ergebnisse. Die juristische Bewertung der Resultate falle anschliessend wieder den Juristen zu. Von der Definition der massgebenden Verkehrskreise würden nicht nur die Ergeb- nisse der Befragung abhängen, sondern bereits der Befragungsmodus, der Stichprobenumfang, der Aufwand für die Stichprobenziehung und die Ausgestaltung des Fragebogens. Anhand einiger prakti- scher Beispiele zeigte Dr. Niedermann anschaulich auf, welche grosse praktische Bedeutung der Ab- grenzung der Verkehrskreise zukommt. Während der Markeninhaber in der Regel ein Interesse an einer möglichst engen Abgrenzung der Verkehrskreise habe und sich dadurch höhere Bekanntheits- werte erhoffe, neige die Rechtsprechung und Praxis der Markenämter in jüngerer Zeit zu einer un- sachlichen Ausdehnung der Verkehrskreise. Uneinig über die Abgrenzung der massgebenden Ver- kehrskreise sei man sich besonders häufig bei der Einführung neuer Produkte, die sich noch keinem festen Verkehrskreis zuordnen liessen, wie beispielsweise den erst vor kurzem auf dem Markt aufge- tauchten Biermischgetränken. Ob jemand in diesem Fall als potenzieller Abnehmer gilt, lässt sich nach Dr. Niedermann mit folgender Abgrenzungsfrage klären: «Haben Sie schon einmal ein Bier-Mix- Getränk getrunken oder könnten Sie sich vorstellen, so ein Getränk zu kaufen oder zu bestellen, oder kommt so ein Bier-Mix-Getränk für Sie bestimmt nicht in Frage?».

Im Anschluss an das Referat von Dr. Niedermann erfolgten zahlreiche Wortmeldungen. Zum einen wollten fachtechnische Fragen bei der Ausgestaltung und Durchführung von Befragungen geklärt sein. Die meisten Bemerkungen drehten sich aber um die «richtige» Abgrenzung der potenziellen Abneh- mer. Diskutiert wurden vor allem Beispiele, in denen sich die Abgrenzungsfrage nicht ohne weiteres aus dem Waren- und Dienstleistungsverzeichnis ergibt. Gemäss Dr. Meier wäre – wenn von der grundsätzlichen Zulässigkeit solcher Abgrenzungsfragen ausgegangen werden sollte – entscheidend, dass diese zur Einschränkung der Verkehrskreise klar bestimmt ist. Den Begriff «Designer-Kleider»

innerhalb der Frage «Käme ein Kauf von Designer-Kleidern für Sie in Frage?» hält Dr. Meier für zu unbestimmt und deshalb nicht geeignet, die massgebenden Verkehrskreise einzuschränken. Demgegenüber wurde aus der Praxis die Klage laut, dass das IGE auch dann, wenn dies sachlich gerechtfertigt wäre, von einer Einschränkung der Verkehrskreise absehe. Als Beispiel wurde ein Medikament genannt, das lediglich einem kleinen Kreis von Patienten bekannt ist und sich im Verkehr nie wird durchsetzen können, wenn man als potenzielle Abnehmer die ganze Schweizer Bevölkerung heranziehen würde, nur weil theoretisch jedermann an der fraglichen Krankheit erkranken kann. Dr. Niedermann gab sodann an, dass sie anstrebe, die von den Markenämtern häufig angewandten, aber selten hinterfragten Erfahrungssätze empirisch zu überprüfen. Dieses Projekt wurde allseits begrüsst.

Das letzte Referat der Veranstaltung wurde von RA Dr. Verena von Bomhard gehalten und trug den Titel «Verkehrskreise im Recht der Gemeinschaftsmarke». Dr. von Bomhard, Gründerin und Managing Partner der Lovells-Niederlassung in Alicante, zeigte vorab einige rechtliche Besonderheiten des Gemeinschaftsmarkenrechts auf und führte dann gekonnt in die zahlreichen Probleme ein. Problematisch sei vor allem, dass es den Durchschnittseuropäer nicht gebe und dass in der EU mit ihren bald 27 Mitgliedstaaten verschiedenste Auffassungen, Sprachverständnisse und -kenntnisse nebeneinander existierten. Für die Verkehrsdurchsetzung sei insbesondere das neuste EuGH-Urteil in Sachen «Europolis» vom 7. September 2006 (Rs C-108/05) von Bedeutung, in dem der Grundsatz bekräftigt worden sei, dass Verkehrsdurchsetzung stets für jeden Mitgliedstaat nachzuweisen sei, in dem ein Zurückweisungsgrund vorliege. Für nicht traditionelle Markenformen, insbesondere Formen und Farben, deren Unterscheidungskraft in aller Regel abgelehnt werde, führe das zur praktischen Eintragungsunfähigkeit als Gemeinschaftsmarken.

Das Nebeneinander von zahlreichen Sprachen, Kulturen usw. führe immer wieder zu – im Ergebnis – wenig überzeugenden Entscheidungen, wie beispielsweise die Urteile in Sachen «Matratzen Concord / Hukla» (Rs C-421/04) oder «Terre d'Italia» (Entscheidung der Zweiten Beschwerdekammer vom 15. Dezember 2004). In letzterem Fall wurde der Gemeinschaftsmarke, die aus dem Wortelement Terre d'Italia und einem Bildelement bestand, Schutz gewährt gegen eine jüngere Marke mit demselben Wortelement, obschon dieses (auf Italienisch) offensichtlich beschreibend ist und die entsprechende Wortmarke zuvor auch vom HABM zurückgewiesen worden war.

Was die Bekanntheit einer Gemeinschaftsmarke betrifft, so sprach sich Dr. von Bomhard dafür aus, dass es ausreichen müsse, wenn eine Marke dort bekannt sei, wo aus ihr Rechte abgeleitet würden. Umgekehrt könne eine Marke auch nur dort den Schutz einer bekannten Marke für sich in Anspruch nehmen, wo sie tatsächlich bekannt sei, z.B. nur in einem bestimmten Mitgliedstaat.

Im Verletzungsverfahren befürwortete Dr. von Bomhard eine vermittelnde Lösung, welche sich zwischen den beiden Radikallösungen (Verletzung in nur einem Mitgliedstaat gibt in jedem Fall Unterlassungsanspruch für gesamtes Gemeinschaftsgebiet einerseits und Unterlassungsverfügung jeweils nur in jenem Mitgliedstaat, wo Verletzungsgefahr positiv nachgewiesen wurde, andererseits) bewegt.

Zum Abschluss der Tagung fassten RA Dr. Magda Streuli-Youssef und RA Dr. Michael Ritscher die Ergebnisse zusammen: Einig war man sich, dass für die Definition der massgebenden Verkehrskreise grundsätzlich unterschieden werden muss, ob es um den Bestand einer Marke oder um eine Konfliktsituation geht. Bei der Abgrenzung der Verkehrskreise ist gemäss Dr. Streuli-Youssef und Dr. Ritscher vom Markenanspruch, d.h. vom Waren- und Dienstleistungsverzeichnis und dem Zeichen auszugehen. Dieser Auffassung widersprach Dr. Meier, der im Eintragungsverfahren nur das Waren- und Dienstleistungsverzeichnis für massgebend hält.

Kernfrage im Zusammenhang mit den Verkehrskreisen ist die Bestimmung der potenziellen Abnehmer. Nicht jeder hypothetische Abnehmer ist auch ein potenzieller Abnehmer, sondern – und darin waren sich die Anwesenden einig – es bedarf einer bestimmten Wahrscheinlichkeit, dass eine Person in absehbarer Zeit das fragliche Produkt konsumiert.

Einigkeit herrschte auch, dass von Fall zu Fall entschieden werden muss, wie die Auffassung der massgebenden Verkehrskreise ermittelt werden soll. Die direkte Tatsachenfeststellung mittels Gutachtens wird allgemein als äusserst taugliches Instrument angesehen, aus Kosten- und Praktikabilitätsgründen wird aber auch die indirekte Tatsachenfeststellung ihre Daseinsberechtigung behalten.

Zustimmung fanden insbesondere auch folgende Forderungen:

1. **Transparenz:** Die Verwendung eines Umfragegutachtens in einem Urteil ist nur dann sinnvoll, wenn die Bestimmung der Verkehrskreise, die Fragestellung und die Ergebnisse nachvollziehbar sind und transparent gemacht werden.
2. **Rechtssicherheit:** Die Gerichte und insbesondere das IGE werden gebeten, ihre Praxis im Zusammenhang mit Umfragegutachten zu veröffentlichen.

* Dr. iur., Fürsprecher, Zürich / Biel.