

FOCUS versus Focus Onkologie: Ein Muster zur Messung der mittelbaren Verwechslungsgefahr und der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne

Kanzlei Prof. Schweizer, in: Der Syndikus, 11. Ausg. (Januar/Februar 2000), S. 38-39

Hintergrund

In *Der Syndikus*, 8. Ausgabe, Juli/August 1999, wurde auf den Seiten 44 und 45 dargelegt, dass der für die Verwechslungsgefahr rechtserhebliche Sachverhalt genauso demoskopisch ermittelt werden kann wie der rechtserhebliche Sachverhalt zur Irreführungsgefahr. In diesem Beitrag wird nun ein Beispiel dargestellt. Gegen ein Urteil erster Instanz wurde im Berufungsverfahren erfolgreich ein demoskopisches Gutachten eingeführt.

Das Urteil erster Instanz

Das LG München I hatte am 3. Dezember 1998 entschieden, dass zwischen FOCUS und Focus Onkologie **keine** Verwechslungsgefahr bestehe. Es hatte abgelehnt, den Sachverhalt demoskopisch zu ermitteln.^[1] Die grundlegende Argumentation des erstinstanzlichen Gerichts war:

Bei einer medizinischen Fachzeitschrift sind diejenigen Angaben im Titel prägend, denen die maßgeblichen Verkehrskreise eine Aussage darüber entnehmen können, mit welchem medizinischen Fachgebiet sich die Fachzeitschrift auseinandersetzt. Diesen prägenden Charakter hat der Zeichenbestandteil "Onkologie".

Auf der Basis dieser Argumentation hat das LG München I nicht nur eine Verwechslungsgefahr im engeren Sinne, sondern jegliche Verwechslungsgefahr verneint. Zwischen mittelbarer Verwechslungsgefahr und Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne hat das erstinstanzliche Gericht in seinem Urteil nicht klar unterschieden.

Der demoskopische Gegenbeweis

Die in der ersten Instanz unterlegene Partei hat umgehend ein demoskopisches Parteigutachten eingeholt und dieses Gutachten mit der Berufungsbegründung vorgelegt. Diesem demoskopischen Parteigutachten lag ein Fragebogen mit Fragen zur mittelbaren Verwechslungsgefahr und zur Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne zugrunde^[2]. Repräsentativ wurden telefonisch 503 niedergelassene Ärzte in Deutschland befragt. Interviewt wurde von 175 Interviewern in der vom 8. bis 31. März 1999^[3]. Soweit bei der Formulierung des Fragebogens Grenzprobleme entstanden, wurden diese vorsorglich und grundsätzlich gegen den klagenden und schließlich doch siegreichen FOCUS-Verlag entschieden.

Mittelbare Verwechslungsgefahr

Nach einer Einleitungsfrage wurde mit den Fragen 2 bis 4 der Sachverhalt zur mittelbaren Verwechslungsgefahr ermittelt:

Frage 2:

Entnehmen Sie dem Titel Focus Onkologie etwas über den Verlag, der diese Zeitschrift herausgibt, oder sagt Ihnen der Titel nichts über den Verlag?

Ja, entnehme etwas über den Verlag	33 %
Nein, sagt nichts über den Verlag	51 %
Unsicher, weiß nicht	<u>16 %</u>
	100 %

Frage 3 - gerichtet an die 33%, die geantwortet hatten "Ja, entnehme etwas über den Verlag":

An welchen Verlag denken Sie bei Focus Onkologie oder an welche Zeitschriften?

FOCUS-(Nachrichten) Magazin	11 %
FOCUS-Zeitschrift	9 %
FOCUS-Verlag	9 %
FOCUS von Burda	<u>9 %</u>
	32 %
Sonstige addiert	<u>1 %</u>
	33 %

Frage 4 - gerichtet an Personen, die laut Frage 3 davon ausgehen, dass es sich bei Focus Onkologie um einen Titel aus dem FOCUS-(Magazin-)Verlag bzw. Burda-Verlag handelt (32%):

Warum denken Sie an diesen Verlag / an diesen Titel?

Wegen des (gleichen, ähnlichen) Titels, wegen "Focus"	29 %
FOCUS gibt jetzt (offenbar) auch einen Titel auf diesem Gebiet heraus	1 %
Weil FOCUS auch sonst über medizinische / wissenschaftliche Themen berichtet	1 %
Weil ein anderer Verlag (ohne Lizenz) diesen Titel gar nicht benutzen dürfte	1 %
Nehme an, dass es so ist	0%
Keine Begründung	<u>0%</u>

(Gesamtbasis: 503)

32%

Somit gehen 32% der niedergelassenen Ärzte davon aus, dass eine Zeitschrift mit dem Titel *Focus Onkologie* aus dem Verlag stammt, der auch das Nachrichtenmagazin *FOCUS* verlegt.

Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne

Zur Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne wurde ermittelt-.

Frage 5 - gerichtet an Personen, die nach Frage 2 dem Titel *Focus Onkologie* (zunächst) nichts über den Verlag entnehmen (67 %):

Gehen Sie davon aus, dass der Verlag, der die Zeitschrift *Focus Onkologie* herausgibt, mit einem anderen Verlag wirtschaftlich, finanziell oder organisatorisch in irgendeiner Form verbunden ist - z.B. durch eine Lizenz für den Namen "Focus" - oder erwarten Sie das nicht?

ja, gehe davon aus	13 %
ja, kann sein, hatte ich für möglich	19 %
Nein, erwarte ich nicht	20 %
Weiß nicht	<u>15 %</u>
	67 %

Frage 6 - gestellt an die 13 %, die auf Frage 5 antworteten: "Ja, gehe davon aus":

An welchen anderen Verlag denken Sie dabei? Oder an welchen anderen Titel dieses Verlags?

<i>FOCUS</i> -(Nachrichten) Magazin	3 %
<i>FOCUS</i> -Zeitschrift	5 %
<i>FOCUS</i> -Verlag	<u>3 %</u>
	11%

Sonstiger Verlag / sonstiger Titel

An keinen bestimmten	<u>2 %</u>
	13 %

Frage 7 - gerichtet an die 11 %, die bei Frage 6 *FOCUS*-(Nachrichten-)Magazin, *FOCUS*-Zeitschrift oder *FOCUS*-Verlag antworteten:

Warum denken Sie an diesen Verlag / an diesen Titel?

Wegen des (gleichen, ähnlichen) Titels, wegen "Focus"	10 %
Sonstiges wie: <i>FOCUS</i> gibt jetzt (offenbar) auch einen Titel auf diesem Gebiet heraus	<u>1 %</u>
	11 %

(Gesamtbasis: 503)

Es gingen somit nach Frage 5 zusätzlich 11% von einem Sachverhalt aus, der eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne darstellt.

Weitere 19% differenzierten spontan und erklärten, sie hielten eine wirtschaftliche, finanzielle oder organisatorische Verbindung für möglich. Von diesen 13% erklärten 13%^[4], sie würden an *FOCUS* bzw. Burda denken.

Mittelbare Verwechslungsgefahr und Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne zusammengenommen

Demnach ergibt sich - noch ohne eine Verwechslungsgefahr im engeren Sinne - addiert^[5] eine Verwechslungsgefahr von 32% + 11% + 13% = 56%. Zugunsten einer mittelbaren Verwechslungsgefahr und einer Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne ergaben sich in weiteren Fragen sogar noch zusätzliche Nennungen.

Der Abschluss in zweiter Instanz

Das OLG München riet dem beklagten Verlag gleich zu Beginn des Termins, strafbewehrt eine Unterlassungserklärung abzugeben (wie sie eingeklagt worden war). Im Einzelnen ging das OLG München nicht auf das Parteigutachten ein. Es war

sich sicher, dass eine Verwechslungsgefahr besteht. Der Vorsitzende machte insbesondere geltend, "Onkologie" beschreibe nur, prägend sei "Focus". Das Oberlandesgericht argumentierte somit zum Sachverhalt - mit dem demoskopischen Gutachten übereinstimmend - dem erstinstanzlichen Urteil genau entgegengesetzt. Nach längerer Diskussion gab der beklagte Verlag für *Focus Onkologie*, wie vom Gericht angeregt, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab. Die Kostenentscheidung war klar. Die Beklagte hatte die Kosten zu tragen. Nebenbei interessiert zu den Kosten, dass die Kosten des Gutachtens zu den notwendigen Kosten der Prozessführung i.S.d. § 91 ZPO gehören. Der mit *Focus Onkologie* gegen *FOCUS* unterlegene Verlag wird demnach auch noch die Kosten der vom Gegner eingeholten demoskopischen Studie tragen müssen.

*RA Prof. Dr. Robert Schweizer,
Marktforscher BVM*

[1] Nicht veröffentlicht. AZ 17 HK O 13690/98

[2] Zu den Begriffen: Gloy/Gloy, *Hdb. WettbewerbsR*, 2. Aufl., § 16 Rn. 8 f. sowie *Der Syndikus*, 8. Ausgabe, S. 45

[3] Durchführendes Institut: Infratest Burke, Empirische Rechtsforschung; Verfasser des Gutachtens: Helmut Quitt. Etwaige Urheber- und sonstige Rechte liegen beim Institut und eventuell beim Verfasser dieses Beitrags.

[4] Dieser Teil der Befragung ist hier nicht abgedruckt.

[5] Zur Additionsmethode: Michel, GRUR 1979, 718 ff. (719); Müller, *Die demoskopische Ermittlung der Verkehrsauffassung im Rahmen des § 3 UWG*, München 1987, S. 138 f, 77