

## Was bedeutet: "Die Verwechslungsgefahr ist ein Rechtsbegriff"?

Kanzlei Prof. Schweizer, in: Der Syndikus, 8. Ausg. (Juli/August 1999), S. 44-45

### Hintergrund

Die Begriffsjurisprudenz gehört längst der Vergangenheit an, meint man. Wie sehr aber selbst die klügsten juristischen Köpfe noch in begriffsjuristischem Denken verhaftet sind, zeigen Rechtsprechung und Schrifttum ausgerechnet auch zum zentralen Begriff des gesamten Kennzeichenrechts, zur Verwechslungsgefahr.

Seit Jahrzehnten erklären Rechtsprechung und Schrifttum<sup>[1]</sup>:

"Da die Verwechslungsgefahr ein Rechtsbegriff ist, haben **Meinungsumfragen wenig Wert.**"

Der Kommentar von Baumbach/Hefermehl wurde hier deshalb für das Zitat ausgewählt, weil er besonders augenfällig dokumentiert: Es hat sogar Tradition, daß ein und derselbe (führende) Experte widersprüchlich bei der Verwechslungsgefahr so kommentiert und bei dem ähnlichen Begriff der Irreführungsgefahr gerade anders. Zur gleichen Zeit hat nämlich Hefermehl an anderer Stelle zur Irreführungsgefahr schon gegenteilig und zutreffend ausgeführt<sup>[2]</sup>:

"Die Rechtsprechung hat daher seit langem anerkannt, daß zur Feststellung, ob eine Angabe geeignet ist, den Verkehr irrezuführen, die **Auskunft eines Meinungsforschungsinstitutes einzuholen** ist."

Ein weiteres Beispiel zur Verwechslungsgefahr, dieses Mal aus der Rechtsprechung<sup>[3]</sup>:

"Wie der Bundesgerichtshof wiederholt entschieden hat, ist die Frage der Verwechslungsgefahr eine Rechtsfrage, die nicht im Wege einer Beweiserhebung, sondern nur aufgrund einer rein rechtlichen Bewertung festgestellter Tatsachen beantwortet werden kann. Damit erweist sich auch die vom Berufungsgericht herangezogene Meinungsäußerung von 19% bzw. 20% der vom Institut Befragten, die "Kamillen"-Packung der Beklagten sei mit der "frei öl"-Packung der Klägerin verwechslungsfähig, als rechtlich bedeutungslos."

### Mißverständnis und "Generationenproblem"?

In Wirklichkeit handelt es sich nur um ein schwerwiegendes Mißverständnis. Selbstverständlich sind Begriffe wie "Verwechslung", aber auch "Irreführung" Rechtsbegriffe. Solche Begriffe bilden (zusammen mit anderen Merkmalen) Normen. Wie alle Begriffe, die Normen bilden, sind diese Begriffe zu definieren, d.h. auszulegen. Die Definitionen ergeben, welcher Sachverhalt rechtserheblich ist. Nachdem der rechtserhebliche Sachverhalt ermittelt worden ist, muß er rechtlich gewürdigt werden. Es folgt die Entscheidung. Schließlich ist darzustellen, wie die Entscheidung gefunden wurde. Es muß also zwischen diesen Phasen unterschieden werden<sup>[4]</sup>:

- Definition; d.h. in der Rechtsanwendung: Auslegung des Rechtsbegriffs bis zur Durchführungsreife;
- Durchführung; das ist die Ermittlung des nach der Definition rechtserheblichen Sachverhalts;
- Analyse und Entscheidung sowie
- Darstellung der Entscheidungsfindung.

Sieht man sich die Definitionen für die Begriffe "Irreführung" und "Verwechslung" an, stellt man fest, daß es, soweit es hier interessiert, kaum wesentliche Unterschiede gibt. Dieses Ergebnis wird niemanden überraschen. Jeder weiß, daß nach dem Sinn und Zweck der Normen rechtserheblich ist, wie der Verkehr auffaßt. Nachfolgend werden Definitionen zur Irreführungs- und Verwechslungsgefahr wörtlich wiedergegeben, weil sich so am überzeugendsten zeigen läßt, daß die Frage nach einer demoskopischen Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts für beide Begriffe gleich - positiv - beantwortet werden muß.

- Irreführung<sup>[5]</sup>:  
"Irreführend ist eine Angabe, wenn die Vorstellungen, die ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise von der Bedeutung der Angabe hat, mit den wirklichen Verhältnissen nicht in Einklang stehen."
- "Verwechslung"<sup>[6]</sup>:  
"Von einer unmittelbaren Verwechslungsgefahr<sup>[7]</sup> (im engeren Sinn) spricht man, wenn ein nicht unerheblicher Teil der mit der Verletzungskennzeichnung angesprochenen Verkehrskreise annimmt, diese stimme mit der Klagekennzeichnung überein, es handele sich mithin um ein und dieselbe Kennzeichnung und die so gekennzeichneten Waren oder gewerblichen Leistungen stammten aus demselben Unternehmen."

Es besteht also insoweit kein Unterschied: Nach beiden Definitionen sind die Auffassungen der beteiligten Verkehrskreise rechtserheblich.

Eine sachlich andere Frage ist, ob die Begriffe so auszulegen sind, daß auf ein bestimmtes "europäisches Verbraucherleitbild" oder irgendein anderes Verbraucherleitbild abzustellen ist. Auch wenn der Rechtsbegriff einschränkend oder erweiternd ausgelegt wird, die Auffassungen einer Vielzahl von Verbrauchern bleiben rechtserheblich, und diese Auffassungen können demoskopisch ermittelt werden.

Warum ist es derart schwierig, die Übersicht zu behalten und richtig einzuordnen? Ein Grund wird sein, daß für den BGH oft im Vordergrund gestanden hat, die revisionsrechtliche Nachprüfbarkeit der Verwechslungsgefahr zu begründen. Den Hauptgrund hat aber wohl Reh binder überzeugend beschrieben<sup>[8]</sup>: Es wird sich um ein "Generationenproblem" handeln. Man muß erst umfassend lernen, "nicht nur im Namen des Volkes, sondern auch nach den Maßstäben des Volkes zu judizieren"<sup>[9]</sup>.

Wer heute studiert, fragt, anders als die erfahrenen Kennzeichnungsrechtler, warum es überhaupt ein juristisches Problem sein soll, unmittelbar die Verkehrsauffassung zur Kennzeichnung zu berücksichtigen, wo es doch nach der Definition eben auf diese ankommt.

## Hilfskriterien

Mit den voranstehenden Ausführungen wäre an sich das Thema fürs erste ausreichend abgehandelt - gäbe es da nicht Tausende von Seiten Rechtsprechung und Literatur mit Hilfskriterien. Rechtsprechung und Schrifttum wenden bei diesen Kriterien - tatsächlich bestehende oder vermeintliche - "Erfahrungssätze" zum Gesamteindruck an. Das bekannteste Hilfskriterium heißt, daß eine Verwechslungsgefahr in der Regel um so eher anzunehmen ist, je größer die Unterscheidungskraft des angreifenden Zeichens ist. Andere Kriterien sind:

- die Klangwirkung des Wortzeichens;
- der Ruf des älteren, angreifenden Zeichens und die Dauer seiner Benutzung;
- die Art tatsächlicher Verwechslungen;
- der Ähnlichkeitsgrad;
- die Schriftbildwirkung und
- die Sinnwirkung.

Welchen Sinn haben diese Kriterien, für die eingeräumt wird, daß bei ihnen "tatsächliche Grundlagen bestehen", die demoskopischen Untersuchungen zugänglich sind? Sinn dieser Kriterien ist nur, mit ihnen hilfsweise den - nach der Definition des Begriffes "Verwechslungsgefahr" rechtserheblichen - Gesamteindruck zu ermitteln. Das heißt:

Wenn mit einer demoskopischen Umfrage der Gesamteindruck unmittelbar ermittelt wird, sind diese Kriterien im Prinzip gegenstandslos. Bestenfalls können mit ihnen die unmittelbar zum Gesamteindruck ermittelten Ergebnisse überprüft werden. Wenn eine Umfrage in Auftrag gegeben wird, sollte somit grundsätzlich gleich der Gesamteindruck erforscht werden, nicht etwa der Sachverhalt zu den Hilfskriterien.

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

- 
- [1] Baumbach/Hefermehl, Warenzeichenrecht und Internationales Wettbewerbs- und Zeichenrecht, 12. Aufl., München 1985, § 31 WZG Rn 21 (Hervorhebung d. Verf.)
- [2] Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 14. Aufl., München 1985, § 3 Rn 117, und ebenso in den Folgeauflagen (Hervorhebung d. Verf.)
- [3] BGH - *frei öl*, GRUR 1992, 48 ff. (51 rechte Spalte unten, 52)
- [4] Verf. bei Chiotellis/Fikentscher, *Rechtstatsachenforschung*, Köln 1985, S. 11, 59 et pass.
- [5] Vgl. z.B. Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 20. Aufl., § 3 UWG Rn 22 mit 27
- [6] Gloy/Gloy Hdb. *WettbewerbsR* § 16 Rn 8 f. Es folgen a.a.O. noch Definitionen für die mittelbare Verwechslungsgefahr und für die Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne. Auch für diese Begriffe wird darauf abgestellt, wie ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise auffaßt.
- [7] Wenn hier einmal "Verwechslungsgefahr" und ein anderes Mal "Verwechslung" geschrieben wird, besteht kein sachlicher Unterschied. Vgl. zur gleichen Problematik die Erörterung der Begriffe "Irreführungsgefahr" und "Irreführung" in: "Genügt die "Gefahr" einer Irreführung?", *Der Syndikus*, 7. Ausgabe, Mai/Juni 1999, S. 40
- [8] Rehbinder, *Abhandlungen zur Rechtssoziologie*, Berlin 1995, S. 209 ff. (Nachdruck der Abhandlung: *Demoskopie und Beweismittel*)
- [9] Der EuGH hat in einem (soweit ersichtlich) noch unveröffentlichtem Urteil (*Sektkellerei G. C. Kessler*) v. 28. 1. 1999 in diesem Sinne zur Verwechslung und Irreführung gleichzeitig festgestellt: "Die Verwendung einer Marke kann nur dann als geeignet angesehen werden, Verwechslungen oder eine Irreführung der Person, an die sie sich richtet, hervorzurufen, wenn anhand der Auffassungen oder Gewohnheiten der betroffenen Verbraucher festgestellt wird, daß tatsächlich die Gefahr einer Beeinflussung ihres wirtschaftlichen Verhaltens besteht."