

Besprechung / Comptes rendus

Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Anforderungen an die Unterscheidbarkeit von Kennzeichen im Marken-, Firmen-, Lauterkeits- und Namensrecht

GALLUS JOLLER

Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Bd. 53, Stämpfli Verlag, Bern 2000, 428 Seiten, CHF 94.–, ISBN 3-7272-0543-1

Gallus Joller untersucht in seiner St.Galler Dissertation die kennzeichenrechtliche Schlüsselfrage nach dem Begriff und der Bestimmung der Verwechslungsgefahr. Die Arbeit ist nicht nur eine weitgehend rechtsvergleichende Analyse von Lehre und Rechtsprechung. Sie führt weit darüber hinaus.

Nach einer Darstellung der historischen Entwicklung der Kennzeichen und ihrer aktuellen Bedeutung im Wirtschaftsleben untersucht Joller interdisziplinäre Anknüpfungspunkte der Verwechslungsgefahr in der Psychologie, in der Linguistik und in der Analyse kognitiver Prozesse aus der Sicht der Konsumentenforschung. Diese Wissenschaften vermögen zwar kein wirklich umfassendes Erklärungsmodell für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr zu bieten. Joller legt indes überzeugend dar, dass das von diesen Wissenschaften angebotene Grundlagenwissen und Verständnis kognitiver Prozesse für die rechtliche Beurteilung der Verwechslungsgefahr nutzbar gemacht werden kann. Im Sinne eines Beispiels sei lediglich darauf hingewiesen, dass die Diskussion um die rechtliche Anerkennung der sog. «post sale confusion» letztlich in der Unterscheidung verschiedener Wahrnehmungs- und Gedächtnisstufen begründet ist.

Im Hauptteil der Arbeit untersucht Joller Lehre und Rechtsprechung zur Verwechslungsgefahr im Marken-, Firmen-, Lauterkeits- und Namensrecht. Die Arbeit mündet in eine kritische Hinterfragung der bundesgerichtlichen Praxis, wonach der Begriff der Verwechslungsgefahr «für den gesamten Bereich des Kennzeichnungsrechts ein einheitlicher» sei (BGE 117 II 199 E.2 und seither ständige Praxis). Joller vertritt gestützt auf die europäische und schweizerische Entwicklung im Markenrecht und entgegen der bundesgerichtlichen Praxis im Firmenrecht die Auffassung, dass bei allen in Frage kommenden Rechtsgrundlagen ein Abwehranspruch grundsätzlich gewährt werden muss, sobald ein konfligierender kennzeichenmässiger Gebrauch vorliegt. Der Gefahr eines überschüssigen Schutzzumfangs, namentlich im Firmenrecht, sei durch eine Interessenabwägung im Rahmen der Schrankenbestimmungen (Branchenprinzip, Adressatenkreis etc.) Rechnung zu tragen.

Die Analyse zeigt, dass die Praxis den Begriff der Verwechslungsgefahr im allen untersuchten Rechtsgebieten von der unmittelbaren über die mittelbare bis zur Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne (Vermutung rechtlicher oder wirtschaftlicher Beziehungen) ausgedehnt hat. Joller weist nach, dass diese Entwicklung zu einer Überlagerung des Schutzes vor Verwechslungsgefahr mit demjenigen gegen Verwässerungsgefahr und Rufausbeutung führt, womit bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr zunehmend die Interessen der Kennzeicheninhaber Oberhand gewinnen.

Bei der Bestimmung der Verwechslungsgefahr zeigt Joller, dass diese heute in allen untersuchten Gebieten eine Rechts- und nicht eine Tatfrage darstellt. Umgekehrt stellen allfällige empirische Feststellungen über den Bekanntheitsgrad, tatsächliche Verwechslungen und demoskopische Gutachten Tatfragen dar, über die entsprechend Beweis zu führen ist. Joller wendet sich gegen die wachsende Tendenz der Gerichte, bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr im wesentlichen auf die richterliche Lebenserfahrung abzustellen und nicht klar zwischen Tat- und Rechtsfragen zu unterscheiden.

Die Analyse der einzelnen Beurteilungskriterien (z.B. Zeichen- und Produkteähnlichkeit, Unterscheidungs- bzw. Kennzeichnungskraft, massgebliche Verkehrskreise, tatsächliche Verwechslungen, Nachahmungsabsicht, Nähe der örtlichen und sachlichen Geschäftstätigkeit) sowie der Wechselwir-

kung dieser Kriterien untereinander im Marken-, Firmen-, Lauterkeits- und Namensrecht belegt die Annäherung dieser Rechtsgebiete und die grundsätzliche Richtigkeit der These vom «einheitlichen Begriff der Verwechslungsgefahr im gesamten Kennzeichenrecht». Abweichungen bestehen im Firmenrecht in örtlicher Hinsicht und beim Festhalten der Praxis an einem eng verstandenen firmenmäßigen Gebrauch. Joller zeigt freilich weitere erhebliche Abweichungen auf, so z.B. den unterschiedlichen Massstab der Aufmerksamkeit, die dem Konsumenten unterstellt wird (durchschnittlich im Lauterkeitsrecht, situationsabhängig im Markenrecht). Zusammenfassend weist er nach, dass die Rechtsprechung entgegen der formelhaften Beteuerung, es herrsche im gesamten Kennzeichenrecht ein einheitlicher Begriff der Verwechslungsgefahr, weiterhin Differenzierungen zwischen den einzelnen Rechtsgebieten vornimmt. Völlig zu Recht kommt er zum Schluss, dass «bei detaillierter Betrachtung sowohl Gemeinsamkeiten wie Unterschiede bestehen. Beiden gilt es bei der Bestimmung der Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht Rechnung zu tragen» (375).

Die Arbeit von Joller ist eine hervorragende Analyse und Gesamtdarstellung der Grundlagen und der laufenden Entwicklungen bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht. Lehre und Rechtsprechung werden sehr sorgfältig aufgearbeitet, ausgewertet und mit eigenen Stellungnahmen ergänzt. Die Arbeit ist für die praktische Tätigkeit von Anwälten und Gerichten sowie als Grundlage für weiterführende Untersuchungen von Teilaspekten der Verwechslungsgefahr eine wahre Fundgrube.

Dr. Jürg Simon, Fürsprecher, M.B.L.-HSG, Bern