

Berühmte und bekannte Marken in Europa - Die Bestimmung der Verkehrsbekanntheit vor den nationalen und europäischen Instanzen

Dr. Jochen Pagenberg, Rechtsanwalt in München

Veröffentlicht in: in Straus (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des geistigen Eigentums, Festschrift Friedrich-Karl Beier Beier, 1996

Vorbemerkung

Eine Vorbemerkung, die der Jubilar einem seiner Aufsätze in einer Festschrift dem dort Gefeierten vor fast 25 Jahren gewidmet hatte¹, paßt leicht abgewandelt auch für diesen Beitrag: "was kann man noch im Markenrecht beitragen, worüber Friedrich-Karl Beier nicht schon viel exakter nachgedacht hätte". Selbst dem neuen Markenrecht, das sicherlich Anlaß ist, vieles zu überdenken, hat der Jubilar während seiner jahrelangen Arbeiten als Berater der EG-Kommission seinen Stempel aufgedrückt und kommentierend im europäischen Rahmen begleitet². Es sollen daher hier auch keine neuen Markenrechtstheorien aufgestellt werden, vielmehr zu einer Frage, die alle EU-Mitgliedsländer sehr beschäftigt und viele der Praktiker in unseren Nachbarländern offenbar noch ratlos läßt, ein Beitrag geleistet werden.

Die Harmonisierungsrichtlinie der EG hat mit dem Begriff der bekannten Marke einen Schutz eingeführt, der über den Warengleichartigkeits- bzw. Ähnlichkeitsbereich hinausgeht, falls bestimmte zusätzliche Bedingungen erfüllt sind, die im bisherigen deutschen Recht gestützt auf das UWG als "Imagetransfer" bezeichnet wurden³.

§ 9 Abs. 1 Ziff. 3 MarkenG hat die Vorschrift der Richtlinie wie folgt übernommen:

(1) Die Eintragung einer Marke kann gelöscht werden.

¹ Beier, Gedanken zur Verwechslungsgefahr und ihre Feststellung im Prozeß, in Festschrift für Heydt, GRUR 1974, 514

² Vgl. Beier, Das europäische Markenrecht und sein Verhältnis zum nationalen Marken- und Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 1976, 1; ders., Ziele und Leitgedanken des europäischen Markenrechts, GRUR Int. 1976, 363

³ Vgl. zur Rechtsprechung BGH GRUR 1983, 247-Rolls-Royce; BGH GRUR 1985, 550-Dimple

...

3. Wenn Sie mit einer angemeldeten oder eingetragenen Marke mit älterem Zeitrang identisch oder dieser ähnlich ist und für Waren oder Dienstleistungen eingetragen worden ist, die nicht denen ähnlich sind, für die die Marke mit älterem Zeitrang angemeldet oder eingetragen worden ist, falls es sich bei der Marke mit älterem Zeitrang um eine im Inland bekannte Marke handelt und die Benutzung der eingetragenen Marke die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der bekannten Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzen oder beeinträchtigen würde.

Eine entsprechende Vorschrift für den Schutzzumfang enthält § 14 Abs. 2 Ziff. 3.

Angesichts der Geschichte der Harmonisierungsrichtlinie, in die sowohl Erfahrungen der Gesetzeslage z.B. in den Beneluxländern⁴, zum anderen die Rechtsprechung einiger Länder auf der Grundlage des Wettbewerbsrechts eingeflossen sind, die jeweils von unterschiedlichen Ausgangspunkten einen Schutz gegen die Benutzung auch für nicht gleichartige Waren anerkannten, ist es überraschend, daß es die Richtlinie offen gelassen hat, welche Kriterien für den erweiterten Schutz nach nationalem Recht anzulegen sein werden. Insbesondere die Abgrenzung zur berühmten Marke, die als Rechtsbegriff mit unterschiedlicher Bedeutung in verschiedenen nationalen Markenrechten entwickelt wurde, läßt die Richtlinie offen. Angesichts der Tatsache, daß die bekannte Marke auch in der EG-Verordnung für die Gemeinschaftsmarke aufgenommen wurde, dort sogar im Prüfungsverfahren Berücksichtigung findet⁵, ist die Ausarbeitung einheitlicher Kriterien, die ihrerseits prozessuale Nachweise verlangen, von dringendem Interesse.

Die europäische und internationale Praxis des Markenrechts zu dieser Frage zeichnet sich durch beeindruckende Buntheit aus. Der erste international geregelte Begriff war

⁴ Art. 13 A Abs. 1 Nr. 2 MarkenG, der keinen Unterschied zwischen berühmten und nicht berühmten oder bekannten Marken macht; vgl. Benelux-Gerichtshof GRUR Int. 1975, 399-Claeryn/Klarein; dazu auch Verkade, Unlautere Beeinträchtigung des guten Rufs bekannter Marken, GRUR Int. 1986, 17; van Manen, Große Marken fangen viel Wind, GRUR Int. 1986, 25

⁵ Art. 8 (5)

der der notorisch bekannten Marke in Art. 6bis der Pariser Verbandsübereinkunft, der zum Schutz von im Ausland besonders bekannter Marken in die Konvention eingefügt worden war, um Markenpiraterie in Ländern zu verhindern, wo diese bisher nicht eingetragen oder benutzt waren. Der Schutz beschränkte sich daher auf gleiche und gleichartige Produkte, für die die Marke im Ursprungsland geschützt war. Eine allgemein anerkannte einheitliche Definition der notorisch bekannten Marke gab es nicht.

Art. 6bis PVÜ wird in Zukunft durch die neue Regel des Art. 16(3) des TRIPS-Abkommens ergänzt, die "wellknown marks" (notorisch bekannte Marken) über den Gleichartigkeitsbereich hinaus schützt⁶. Voraussetzung ist, daß die Benutzung einer solchen Marke eine "Verbindung zwischen den Waren der Parteien" suggeriert und "die Interessen des Markeninhabers in Gefahr sind, beeinträchtigt zu werden." Die Abgrenzung der bekannten von der berühmte Marke ist auch in der TRIPS-Vereinbarung nicht definiert.

Die AIPPI hat in ihrer Frage 100 im Jahre 1990 versucht, die Grundlage für einen erweiterten Schutz von Marken zu entwickeln⁷ und zwischen

- den Marken mit einem guten Ruf und
- den berühmten Marken

unterschieden, ohne jedoch den Grad der Bekanntheit zu definieren⁸.

1. Die Rechtsprechung zum erweiterten Markenschutz in verschiedenen europäischen Ländern

a) In praktisch sämtlichen europäischen Ländern hatte man versucht, einen erweiter-

⁶ Vgl. den Text des Abkommens in GRUR Int. 1984, 128 ff.; im einzelnen dazu Kur, GRUR Int. 1984, 987

⁷ "Schutz nicht eingetragener, aber notorisch bekannter Marken und Schutz berühmter Marken" Annuaire AIPPI 1990/IV

⁸ Vgl. den Bericht von Kunz-Hallstein, GRUR Int. 1991, 286

ten Markenschutz für sehr bekannte oder gar berühmte Marken zu entwickeln, wobei Ziel des erweiterten Schutzes jeweils war, einerseits eine Verwässerung in Bezug auf die Alleinstellung der berühmten Marke, andererseits eine Rufausbeutung durch die Benutzung der berühmten oder bekannten Marke für ungleichartige Produkte zu verhindern⁹.

In einigen Ländern wie z.B. England scheint es niemals ein Bedürfnis gegeben zu haben, den Begriff der berühmten oder bekannten Marke näher zu definieren, weil Sachverhalte eines übergreifenden Schutzes üblicherweise nach der passing off-Rechtsprechung behandelt wurden. Voraussetzung war der Nachweis der Verkehrsbekanntheit der Marke sowie einer drohenden Beeinträchtigung des goodwill¹⁰. Das Erfordernis einer bestimmten Mindestbekanntheit im Verkehr und insbesondere die Höhe dieser Bekanntheit wurde niemals von den Gerichten definiert¹¹.

In einigen Ländern wurde nach früherem Recht keinerlei Schutz für nicht gleichartige Waren gewährt, auch wenn eine Verbindung mit der ersten Marke nachweisbar war, wie z.B. in Österreich¹² und der Schweiz¹³. Auch der italienische Oberste Gerichtshof versagte mehreren berühmten französischen Champagnerherstellern, gestützt auf Art. 2043 Codice Civile, den Schutz gegen die Benutzung ihrer Champagnerflaschen samt Etiketten sowie der Bezeichnung Champagner für

⁹ Vgl. die Nachweise bei Bork, GRUR 1989, 725, 734 ff.

¹⁰ Vgl. dazu ausführlich Graf von Westerholt, Grundzüge der englischen passing-off-action, Seite 82 ff.; vgl. High Court GRUR Int, 1978, 253- Maxim's, mit Kritik an der bisherigen Rechtsprechung, die Benutzung im Inland auch bei international bekannten Marken verlangte; dazu auch v. Mühlendahl, Ausstattungsschutz im Europäischen Markenrecht, Handbuch des Ausstattungsrechts, S. 1055, 1062

¹¹ Graf von Westerholt, a.a.O. Seite 106 m.w.N.

¹² Vgl. Nowakowski, Die berühmte Marke in Österreich, GRUR Int. 1984, 274, Nichtigkeitsabteilung des Österreichischen Patentamtes 24 IIC 527 (1993)-Gucci; OGH 16 IIC 780 (1985)-John Player

¹³ BG 16 IIC 618 (1985)-John Player Special: Schutzgewährung aufgrund des Persönlichkeitsrechts; für weitere Einzelheiten vgl. Dutoit, Unlautere Ausnutzung des guten Rufs bekannter Marken, GRUR Int. 1986, 1; vgl. auch BG GRUR Int. 1991, 751-Coca Cola, wo zumindest ein Lizenzverhältnis für Wäsche als Benutzung anerkannt wurde; sowie BG GRUR Int. 1991, 930-Gucci: Schutzgewährung für alle unter der berühmten Marke eingetragenen Waren

ein Schaumbad¹⁴.

In Frankreich waren die unteren Instanzen häufig großzügiger in Bezug auf den Schutz berühmter Marken auf der Grundlage des Deliktsrechts, Art. 1382 Code Civil, als die Cour de Cassation¹⁵. So wurde Coca Cola's Versuch, die Benutzung ihrer berühmten Marke auf T-Shirts zu untersagen, zurückgewiesen trotz der außergewöhnlichen Berühmtheit dieser Marke¹⁶. Und während das Pariser Berufungsgericht einem Löschungsantrag des berühmten Ritz-Hotels gegen ein Warenzeichen "Charles of the Ritz" für Schönheitsprodukte und Bekleidung stattgab, hob die Cour de Cassation das Urteil auf mit dem Argument, daß ein erweiterter Schutz gegen das "principe de spécialité" verstosse, falls nicht zugleich eine Täuschung oder ein Rechtsmißbrauch nach Art. 1382 des Code Civil nachgewiesen werden könne¹⁷.

Nur in einigen Ländern, z.B. den skandinavischen Ländern und Deutschland, entwickelte die Rechtsprechung ein Schutzsystem, das auf die durch Umfrage bewiesene Bekanntheit der Marke abstellt¹⁸. In den skandinavischen Ländern wurde einer Marke Verkehrsdurchsetzung ab einer Bekanntheit von 50% zuerkannt, und berühmte Marken mußten zur Durchsetzung bei ungleichartiger

¹⁴ Corte di Cass., GRUR Int. 1990, 989-Champagner-Schaumbad; dagegen die Perrier-Entscheidung des BGH in GRUR 1988, 453; Schutz in Italien aber für Cartier für Krawatten über einen erweiterten Warengleichartigkeitsbegriff, Trib. di Milano, Riv.Dir.Ind. 1983 II 234; weiter Pluta, Der ergänzende wettbewerbliche Kennzeichenschutz mit Blick auf die Rechtslage in England, USA und Frankreich, Diss. München 1977, S. 71ff.; vgl. auch Cuonzo, Der Schutz der berühmten Marke in der neueren italienischen Rechtsprechung, GRUR Int. 1988, 490 mit Kritik an der engen Auffassung der Gerichte, sowie Toni, Merchandising und berühmte Marken in Italien, GRUR Int. 1990, 929

¹⁵ Tribunal Comm. Seine, RIPIA 1940, 8: Schutz der Marke Waterman für Füllfederhalter auch gegen Rasierklingen. Vgl. die Nachweise bei Dutoit, GRUR Int. 1986, 1; sowie im einzelnen Pluta, a.a.O. passim.

¹⁶ Cour de Cassation RDPI 1992, Nr. 40 Seite 84

¹⁷ Cour de Cassation 19 IIC 114 (1988) - Ritz; vgl. zum Stand der Diskussion nach früherem Recht Beier/Bodewig, Bericht über die Arbeitssitzung der Fachgruppe für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR Int. 1986, 33ff.

¹⁸ In einigen skandinavischen Entscheidungen wird die Berühmtheit von Marken, wie Dior, Gucci, La Coste oder Cartier, Rolex allerdings unterstellt, vgl. Berufungsgericht 22 IIC 715 (1991) - La Copie; 24 IIC 271 (1993) - Friskies och svettis

Ware mindestens 80 bis 90% der kaufenden Bevölkerung bekannt sein.

Auch in Griechenland wurde der Schutz für ungleichartige Waren besonders bekannten Marken zuerkannt¹⁹.

- b) Wann eine Marke in Deutschland als berühmte Marke anzusprechen sein sollte, wurde von der Rechtsprechung und der Literatur innerhalb einer gewissen Bandbreite diskutiert²⁰, wobei mit der Avon-Entscheidung des BGH aufgrund neuerer Erkenntnisse der Markt- und Meinungsforschung sowie der modernen Medienentwicklung der erforderliche Bekanntheitsgrad auf über 80% festgesetzt wurde²¹.

Wo diese Grenze in der Zukunft zu ziehen ist und in diesem Zusammenhang, wie sie ermittelt wird, ist trotz des nach unten erweiterten Schutzes auch für bekannte Marken deshalb von Bedeutung, weil nach bisher allgemeiner Meinung zwar an die Voraussetzungen des Merkmals der Berühmtheit strenge Voraussetzungen geknüpft werden - zusätzlich zur Bekanntheit eine Alleinstellung²², also eine unangefochtene Kennzeichnungsstärke - dieser Schutz dann aber ohne zusätzliche Voraussetzungen uneingeschränkt für sämtliche 42 Klassen der internationalen Klassifikation gewährt wird²³.

¹⁹ Vgl. Sinanioti, The Protection of Famous Marks in Greece, 18 IIC 214 (1987), und Alexandridou, Der Schutz der berühmten Marke in Griechenland, GRUR Int. 1987, 27 mit Beispielen aus der Rechtsprechung

²⁰ Vgl. Schrickler, Protection of Famous Trademarks Against Dilution in Germany, 11 IIC 166ff. (1980) mit einem Rückblick auf die deutsche Rechtsprechung; Lehmann, Die wettbewerbswidrige Ausnutzung des guten Rufs bekannter Marken, GRUR Int. 1986, 6; Sack 1993, 869 ff. m.w.N.; Kur, GRUR 1994, 330

²¹ BGH GRUR 1991, 863 - Avon

²² Vgl. die Definition der überragenden Verkehrsgeltung bei Baumbach-Hefermehl zu § 31 WZG Rnr 193 m.w. N., dazu BGH GRUR 1966, 623-Kupferberg, mit kritischer Anmerkung Beier

²³ Vgl. allerdings die Einschränkungen einiger Oberlandesgerichte, z.B. OLG Stuttgart, Mitt. 1992, 295 - Wella (Verwässerungsschutz nur im engen Ähnlichkeitsbereich des benutzten Warengbietes); OLG Frankfurt, GRUR 1994, 670 - Boss (keine Rufausbeutung bei entlegenem Warengbiet - Herrenkonfektion und elektronisches Börsen-Order-Service-System); KG WRP 1982, 550 - Allianz/Alliance (trotz überragender Kennzeichnungskraft kein Schutz gegen Partnervermittlungsunternehmen, allerdings wegen geduldeter Drittunternehmen - Schwächung der eigenen Kennzeichnungskraft)

Für Marken unterhalb der Bekanntheitsschwelle der berühmten Marken wurde erst aufgrund der BGH-Entscheidungen Rolls-Royce und Dimple ein wettbewerbsrechtlich begründeter Schutz für die Benutzung gleichartiger Produkte entwickelt, der neben einer Mindestbekanntheit²⁴ auch voraussetzte, daß eine Rufausbeutung und die Möglichkeit eines sog. Imagetransfers für den konkreten Fall wahrscheinlich war. Bejaht wurde der Imagetransfer für den Fall einer Whiskymarke, die sich mit der Autonobelmarke Rolls Royce "schmückte", sowie für einen Whisky gehobener Bekanntheit, an den sich ein Markenanwalt für Herrenkosmetik anzulehnen versuchte. Ausdrücklich abgelehnt wurde die Möglichkeit einer Übertragung von Qualitäts- und Prestigevorstellungen von der Sportmarke *Salomon* für Bindungen und Skischuhe auf Zigaretten, ungeachtet der Tatsache, daß der Zigarettenhersteller zugleich auch andere bekannte Sportmarken für sich angemeldet hatte und offensichtlich gerade von diesem Sportimage profitieren wollte²⁵.

Aber auch sonst war die deutsche Rechtsprechung keineswegs immer konsistent, so ist insbesondere die "Camel Tours-Entscheidung"²⁶ weder im Ergebnis noch in der Begründung überzeugend²⁷.

- c) Was wird die europäische Praxis aus dem Begriff der bekannten Marke machen? Diese Frage müssen sich die am Markenrecht Interessierten schon jetzt stellen, denn es werden ihnen Antworten abverlangt werden, die die Aussichten von Widersprüchen im Verfahren vor dem Europäischen Markenamt betreffen. Schon jetzt laufen in vielen Ländern gerichtliche Verfahren, die bereits nach harmonisier-

²⁴ Vgl. die nicht ausreichende Bekanntheit von 30% im Fall Salomon, BGH GRUR 1990, 465 ff. - Salomon

²⁵ Vgl. dazu die Kritik von Rößler, GRUR 1994, 566

²⁶ Vgl. BGH GRUR 1987, 711-Camel Tours

²⁷ Vgl. dazu die Kritik von Pagenberg, Trademark Rights at a Discount - Is Trademark Law still Effective, 19 IIC 639 (1988)

tem Markenrecht zu entscheiden sind und deren Ausgang davon abhängt, welche Auslegung die europäischen Rechtsbegriffe finden werden²⁸.

2. Die Bestimmung des Begriffs der "bekannten Marke"

Aus deutscher Sicht wird die neue Kategorie der *bekannten Marken* zwanglos unterhalb der berühmten Marken angesiedelt werden²⁹, wenn man zunächst die Verkehrsbekanntheit zugrunde legt. Dabei ist allerdings der unterste Prozentsatz zu bestimmen, der die *bekannte Marke* von der Marke mit normaler Kennzeichnungskraft unterscheidet. Zieht man die Grundsätze aus der Salomon-Entscheidung des BGH heran, so muß dieser Prozentsatz bei über 30% liegen, aufgrund der Dimple-Entscheidung könnten 40% als ausreichend angesehen werden³⁰. Demnach würde sich der Bereich der bekannten Marke von 40 bis 80% erstrecken auf der Grundlage der in Deutschland üblichen Befragungsmethoden.

Bevor man sich mit der deutschen Praxis näher befaßt und ihre Anwendbarkeit auf das harmonisierte europäische Recht überprüft, sollte man die Kontrollfrage stellen, ob andere Bestimmungsmöglichkeiten vorstellbar sind, um den Begriff der Bekanntheit einer Marke einzugrenzen.

In bisherigen Kommentaren wird in erster Line auf den Bedeutungsunterschied zwischen der bekannten und der berühmten Marke hingewiesen³¹, da die be-

²⁸ Vgl. die Vorlageentscheidung des BGH zum EuGH v. 29.6.1995 I ZB 22/93-Springende Raubkatze

²⁹ Vgl. Kraft, GRUR 1991, 339, 342, wonach die bekannten Marken zwar eine hohe Verkehrsgeltung, aber deutlich unterhalb der Berühmtheit, besitzen sollten; vgl. Meister, MA 1990, 425, 438, der 50% der Gesamtbevölkerung und 75% der angesprochenen Verkehrskreise befürwortet.

³⁰ So auch Ernst-Moll, Die berühmte und die bekannte Marke, GRUR 1993, 8, 17; v. Schultz, Wohin geht das berühmte Kennzeichen?, GRUR 1994, 85; Sack, Sonderschutz bekannter Marken, GRUR 1995, 81, 86; a.A. Rößler, Die Ausnutzung der Wertschätzung bekannter Marken im neuen Markenrecht, GRUR 1994, 559, 562, der von 60-75 % ausgeht, um ausreichenden Abstand von der Verkehrsdurchsetzung zu haben; vgl. auch OLG Hamm GRUR 1993, 50 das nicht einmal 47% für die Verkehrsdurchsetzung genügen lassen will

³¹ Vgl. den abweichenden Wortlaut der englischen und französischen Fassungen: where the mark has a reputation - une marque jouissant d'une renommée, dazu Lehmann/Schönfeld, GRUR 1994, 481, 484, die eine schwierige

kannte Marke sowohl ein Kennen der Verbraucher in einem gewissen Umfang voraussetzt als auch einen zusätzlichen Werbewert. Es wird befürwortet, daß die Kenntnis oder Bekanntheit beim Verbraucher als erstes Kriterium nur durch eine Umfrage in Erfahrung gebracht werden kann³², wobei dieses Ergebnis indiziell für die Qualität der Waren oder Dienstleistungen wirken könnte. Insoweit besteht zweifellos eine Überlappung des Begriffs der Bekanntheit und des Prestigewerts einer Marke, wobei es der Rechtsprechung, insbesondere des EuGH, überlassen sein wird zu prüfen, ob eine sehr hohe Bekanntheit die konkrete Prüfung eines Prestigewerts überflüssig macht, jedenfalls wenn im konkreten Fall andere unlaute Umstände für die gezielte Benutzung der bekannten Marke sprechen.

Praktiker werden aus Erfahrung zustimmen, daß die Frage, ob eine Marke bei den Verbrauchern überdurchschnittlich bekannt ist, nicht der subjektiven Kenntnis eines einzelnen Richters oder Spruchkörpers überlassen werden kann³³, auch wenn sich der Richter, wie allgemein im Wettbewerbsrecht, als Durchschnittsverbraucher fühlt. Gerade Anwälte und Richter, die täglich mit Umfragen befaßt sind, sind immer wieder überrascht über Ergebnisse, die sie aus eigener Betrachtung anders vorhergesehen haben³⁴. "Man" ist häufig kein durchschnittlicher Fernsehzuschauer, der täglich die Werbung über sich ergehen läßt, und vor allem wird ein Markenrechtler häufig andere Assoziationen haben als ein nicht vorgeprägter Durchschnittsverbraucher.

So wie der Richter als einzelner Verbraucher nicht repräsentativ ist, sollte es auch eine Zufallsbefragung unter wenigen Dutzend Verbrauchern auf der Straße sein,

Diskussion über die Bedeutung des deutschen Begriffs der "bekannten Marke", wie er aus der Direktive übernommen wurde, voraussagen

³² Vgl. Kur a.a.O.; dies. 23 IIC 218, 224 (1992); Sack, BB 1993, 869, 871.

³³ Vgl. BGH GRUR 1961, 33-Dreitannen; zu dieser Frage Schramm, Der Richter als Verkehrsbeteiligter, GRUR 1973, 453

³⁴ Vgl. Schramm, GRUR 1973, 453

die in einigen Rechtsordnungen, vom Gericht und den Gegenanwälten kaum überprüfbar, als "Nachweis" für die Bekanntheit der Marke und ggf. die Verwechslungsgefahr gelten soll. Die Abneigung vieler Richter, Umfragen Relevanz beizumessen, gerade in der angelsächsischen, von der Parteiherrschaft bestimmten Gerichtspraxis, rührt nicht zuletzt von Manipulationsversuchen her, die die Prozeßordnung den Parteien eröffnet. Ähnliche Kritik, wie sie zuletzt der englische Richter Judge Jakob in einer Entscheidung in bezug auf Umfragen geäußert hat³⁵, sind aus Deutschland nicht bekannt, wo nur Repräsentativumfragen zugelassen werden, die von renommierten Instituten vorbereitet und durchgeführt werden.

Dies bedeutet nicht, daß nicht auch in Deutschland im Parteiinteresse Umfragen veranstaltet werden, wo entweder die Fragestellung oder die Art der Konfrontation des Verbrauchers mit der betreffenden Marke Anlaß zur Diskussion oder zur Zurückweisung des Gerichts ist³⁶. Dieses Schicksal ereilt selbst Umfragen, die von einem Instanzgericht angeordnet, den BGH erreichen. Im Rahmen dieser relativ eng gezogenen Grenzen stellt eine solche Umfrage dennoch ein Optimum der Objektivität dar.

3. Die Durchführung von Umfragen in der Praxis

Eine Reihe von Ländern erlauben Marktumfragen oder setzen diese als Beweismittel voraus³⁷. Diese haben im Markenrecht gewöhnlich zwei unter-

³⁵ Zuletzt im englischen Fall *Neutrogena/Neutralia* (bisher unveröffentlicht), wo Judge Jacob reine Fragebogenumfragen als unzureichend bezeichnete, wenn nicht die Möglichkeit eines Kreuzverhörs bestehe.

³⁶ Vgl. z.B. OLG Köln WRP 1978, 556, wo eine Beeinflussung einer Umfrage durch verstärkte Werbung nachgewiesen wurde

³⁷ In Deutschland sind Umfragen seit den BGH-Entscheidungen *Getränkeindustrie* und *Bärenfang* BGH GRUR 1957, 428 und GRUR 1963, 272 als Beweismittel zugelassen; vgl. Knaak, *Demoskopische Umfragen in der Praxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts*, Weinheim 1986, S.35ff.; Noelle-Neumann/Schramm, *Höhe der Verkehrsgeltung*, GRUR 1966, 70; dazu auch Bastian/Knaak, *Trademark Infringement Litigation*, 26 IIC 149, 168 (1995)

schiedliche Erhebungsziele:

- Die Bekanntheit der Marke bei den Verkehrskreisen bzw. den Verbrauchern zu ermitteln;
- Beweis für eine Verwechslung oder Irreführung des Verbrauchers zu erbringen³⁸.

In einigen Ländern wird nur der letztere Komplex durch Marktumfrage ermittelt, und nur wenige Länder haben eine bestimmte Mindestbekanntheit zur Voraussetzung eines erweiterten Schutzes von Marken gegen Verwässerung gemacht, obwohl nachweisbar ist, daß gerade im Bereich der Verkehrsbekanntheit die Umfrageforschung die verlässlichsten Ergebnisse liefert³⁹.

Nicht nur aufgrund der harmonisierten Gesetzestexte, sondern gerade auch um einheitliche Bedingungen für den Begriff der berühmten Marke einerseits und der bekannten Marke andererseits zu entwickeln, sollte ein einheitliches Verfahren für die Durchführung derartiger Umfragen entwickelt und festgeschrieben werden, damit deren Ergebnisse von den Gerichten und dem europäischen Markenamt als Beweis anerkannt werden. Eine Voraussetzung, die im amerikanischen Recht als Bedingung eines "professionally conducted survey" bezeichnet wird, ist es, die Umfrage einer neutralen und erfahrenen Institution zu übertragen, die es gewohnt ist, mit statistisch ausgewählten Verbraucherkreisen zu arbeiten.

Die US-Praxis hat eine "Umfrageetikette" entwickelt, die auch als Vorbild für die europäische Praxis dienen kann, um insbesondere diejenigen Gerichte von der

³⁸ Vgl. dazu Ohde, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 18 Rdn. 48, 51, der darauf hinweist, daß für die Frage der Verwechslungsgefahr die Bekanntheit häufig Vorfrage ist; ausführlich Knaak, a.a.O. S.45ff, 51ff.

³⁹ Vgl. Ohde, a.a.O. Rdn. 45; Knaak, a.a.O. S. 52, weist zutreffend darauf hin, daß gerade die Bekanntheit als tatsächlicher Zustand sich am besten für eine Umfrage eignet

Verlässlichkeit derartiger Beweismittel zu überzeugen, die der Durchführung und Anerkennung von Umfragen noch skeptisch gegenüberstehen. Es ist befriedigend festzustellen, daß die folgenden Punkte, die in den USA als Kriterien für eine vor Gericht verwertbare Umfrage gelten⁴⁰, nach deutscher Praxis allgemein erfüllt werden⁴¹.

(1) Der richtige Befragtenkreis ist auszuwählen.

Der Befragtenkreis bestimmt sich bei Konsumartikeln nach den aktuellen⁴² Käufern oder Benutzern des betreffenden Produkts. Wenn die Bekanntheit einer berühmten Marke erfragt werden soll, dessen Produkt allen Käuferkreisen gegenübertritt, so ist nach wohl überwiegender Ansicht nicht nur auf die beteiligten Verkehrskreise, sondern auf die Gesamtbevölkerung abzustellen⁴³. Handelt es sich dagegen um ausgesprochene Spezialerzeugnisse⁴⁴, so genügt die überragende Verkehrsgeltung in den Fachkreisen.

Dasselbe gilt für eine behauptete Verkehrsdurchsetzung, wo die Stichprobe keineswegs aus der Gesamtheit der Bevölkerung genommen werden muß, wenn der Markeninhaber sich lediglich in bestimmten Fachkreisen oder in einer bestimmten Branche oder in einem geographisch abgegrenzten Raum⁴⁵ durchsetzen will.

⁴⁰ Vgl. für weitere Einzelheiten Weiss, *Annuaire AIPPI* 1989/II 401, 403 mit weiteren Hinweisen auf die amerikanische Praxis

⁴¹ Vgl. zur deutschen Praxis ausführlich Ohde, a.a.O., § 18 Rdn.10ff., sowie Noelle-Neumann/Schramm, *Umfrageforschung in der Rechtspraxis*, 1961; dies. *GRUR* 1966, 70ff.

⁴² Vgl. BGH *GRUR* 1971, 305, 307- *Konservenzeichen II*; für die Einbeziehung der *potentiellen* Käufer schon BGH *GRUR* 1960, 130, 132-*Sunpearl II*, kritisch Schrickler, *GRUR* 1980, 462, 465 r.Sp. m.w.N.

⁴³ Vgl. BGH *GRUR* 1957, 435-*Eucerin/Estarin*; BGH *GRUR* 1970, 77-*Ovalumrandung*; sowie Baumbach-Hefermehl zu § 13 WZG Rdn. 193 m.w.N. Knaak, a.a.O. S. 53 f. scheint allgemein für jeden Grad der Verkehrsgeltung auf die Verkehrskreise, d.h. die aktuellen Käufer, abstellen zu wollen

⁴⁴ BGH *GRUR* 1958, 339-*Technika*

⁴⁵ Vgl. BGH *GRUR* 1991, 155-*Rialto* sowie OLG München, *Mitt.* 1994, 273-*Rialto*, für eine Befragung nur im Stadtgebiet München mit der Fragestellung: Kennen Sie im Stadtgebiet München eine Eisdielen "Rialto"? Aufgrund 68% Bekanntheit wurde der Geschäftsbezeichnung Schutz gegenüber einer späteren, bundesweit eingetragenen

Wenn eine Auswahl unter den Letztverbrauchern getroffen werden soll, die als Käufer oder auch als Benutzer⁴⁶ für das Produkt in Frage kommen, so bietet sich eine Vorfrage⁴⁷ an:

Haben Sie schon einmal (in den letzten 12 Monaten) einen Elektrorasierer gekauft?⁴⁸ Oder:

Benutzen Sie beruflich oder privat einen Computer?

Die weitere Befragung wird dann lediglich mit den Befragten fortgesetzt, die bejahend geantwortet haben. Ob auch eine geschlechtsspezifische Unterscheidung angebracht ist, wenn bestimmte Produkte z.B. nur von Männern benutzt werden, muß von Fall zu Fall entschieden werden, weil Dinge wie Herrenunterwäsche und Rasierapparate auch von Frauen für Männer gekauft werden. Gegebenenfalls können derartige Unterschiede wie in der Avon-Entscheidung mittels einer Split-Befragung ermittelt werden. Bei zwei Wettbewerbern, die einen engen Kundenkreis beliefern, um dessen Kenntnis einer Ausstattung es geht, ist auch die Befragung nur dieser Kundenstämme vorstellbar.

(2) Eine repräsentative Auswahl des Befragtenkreises ist zu bestimmen (Ziehung der Stichprobe).

Hier sind Kenntnisse der statistischen Erhebungen erforderlich. Das bedeutet

Marke zuerkannt

⁴⁶ Vgl. das Beispiel von Schrickler, Zum Begriff der "beteiligten Verkehrskreise" im Ausstattungsrecht, GRUR 1980, 462f., daß für Schulbedarf Schulkinder in Frage kommen

⁴⁷ A.A. Andersen, GRUR 1981, 160, 163, der die Frage nach Käufer/Benutzer erst nach den Sachfragen stellen will.

⁴⁸ Z.B. bei einer Marke einer Fluggesellschaft: : Sind Sie in den letzten 12 Monaten mit einer Linienmaschine ins Ausland geflogen? Vgl. BPatG 29 W (pat) 110/92. Vgl. zur Auswahl der Verkehrskreise Andersen, GRUR 1981, 160

einerseits, daß die Zahl der befragten Personen ("Stichprobe") ausreichend hoch sein muß (2.000 bei einer Durchschnittsumfrage unter der Gesamtbevölkerung) und daß diese Personen sorgfältig nach Alter, Geschlecht, Beruf, Ausbildung usw. ausgewählt sind, wie dies dem Durchschnitt der Bevölkerung entspricht.

Es muß ferner festgestellt werden, einen wie großen Anteil an der Gesamtbevölkerung die beteiligten Verkehrskreise darstellen. Wenn z.B. die Verkehrsdurchsetzung einer Marke einer Fluggesellschaft abgefragt werden soll, so genügt hierfür die Befragung von Reisebüros. Bei unterstellt 20.000 Reisebüros in Deutschland müssen für die statistische Verlässlichkeit nicht 2.000, sondern der statistische Anteilswert berücksichtigt werden, der allerdings entsprechend höher zu wählen ist, je kleiner der tatsächliche Anteil an der Gesamtbevölkerung ist⁴⁹.

Es handelt sich hierbei um mathematisch nachprüfbare Kriterien, die in Deutschland allenfalls in den Nuancen umstritten sind.

(3) Es muß eine faire und korrekte Befragungsmethode angewandt werden

Dieser Punkt ist keineswegs in allen Ländern selbstverständlich. So haben auf einem kürzlich abgehaltenen internationalen Panel Vertreter verschiedener Länder berichtet, wie dort z.T. private Umfragen in der Weise manipuliert werden, daß z.B. nur Kunden, die gerade ein bestimmtes Kaufhaus verlassen, um dessen Marke es geht, befragt werden. Eine andere Methode sei es, einen Befragungswagen oder ein Befragungszelt aufzubauen, das mit dem zu erfragenden Zeichen "geschmückt" ist oder sogar die Produkte, die unter dem Zeichen vertrieben werden, im Blickfeld des Befragten aufzubauen.

Ein renommiertes Befragungsinstitut, und solche werden üblicherweise auch bei

⁴⁹ Vgl. im einzelnen Ohde a.a.O. Rdn. 39

von den Streitparteien in Auftrag gegebenen Umfragen in Deutschland benutzt⁵⁰, wird sich derartiger Methoden nicht bedienen, wenn es nicht in der Zukunft die Gunst der Gerichte verlieren will. Nicht nur, daß die Gerichte selbst an ein solches Institut keine Umfrageaufträge mehr vergeben; wenn Gutachten vor Gericht unverwertbar sind, werden auch die Parteien davon Abstand nehmen müssen, dieses Institut zu beauftragen.

(4) Die Personen, die die Umfrage ausarbeiten und die Befragung durchführen, müssen anerkannte Experten sein.

Dieser Punkt ergänzt die Ziff. 3 und ist für die eingeführten Institute in Deutschland selbstverständlich. Angesichts der Sorgfalt bei der Durchführung zumindest gerichtlich beauftragter Umfragen und der Überprüfung auch durch die Revisionsinstanz würde eine mangelnde Fachkompetenz sehr rasch aufgedeckt.

Zur Frage der ausreichenden Kompetenz gehört auch die Fähigkeit der Beurteilung, ob etwa eine Rückrechnung für die Bekanntheit in der Vergangenheit möglich ist⁵¹.

(5) Der Befragungsplan und seine Durchführung, die Ausarbeitung des Befragungsbogens und die Durchführung der Interviews muß die allgemein anerkannten Standards eines objektiven Verfahrens in diesem Bereich erfüllen.

Auch diese Bedingung ist in der deutschen Praxis Voraussetzung für die Verwertung einer Befragung. Da eine vom Gericht in Auftrag gegebene Umfrage üblicherweise im Zusammenwirken von Gericht, Parteien und Umfrageinstitut

⁵⁰ Die Zahl der anerkannten Institute ist allerdings relativ begrenzt, z.B. Emmid, GfK, GFM-GETAS, Infratest, Institut für Demoskopie in Allensbach

⁵¹ Vgl. dazu BPatG, Mitt 1994, 20: nach 7 Jahren Verkehrsdurchsetzung nicht mehr abfragbar; BPatG Bl.1977, 164; BGH GRUR 1985, 550-Dimple, zu den Grenzen Ohde a.a.O. Rdn. 47

erarbeitet wird, besteht von Anfang an eine Kontrolle über den geplanten Ablauf.

Die Fragestellung wird von den Parteien häufig kontrovers diskutiert, obwohl aufgrund der Rechtsprechung nur ein enger Rahmen für Abweichungen besteht. Die Frage der Bekanntheit einer Marke bedarf grundsätzlich der offenen Fragestellung⁵²:

- (a) Haben Sie diese Marke schon einmal gesehen oder gehört?
- (b) An welche Waren, Produkte oder Dienstleistungen denken Sie dabei?
- (c) Weist dieses Zeichen auf ein bestimmtes Unternehmen hin oder bringen Sie das Zeichen mit verschiedenen Unternehmen in Verbindung oder gibt Ihnen das Zeichen keinen Hinweis auf ein Unternehmen?

oder (gestützt)

- (d) Ist Ihnen die Marke AB für Kosmetika bekannt?

Wie unterschiedlich die Auffassung über Fragemethoden in Europa noch sind, zeigt sich daran, daß die oben zitierte "offene" Fragestellung unter Nennung der Marke, aber ohne Nennung der Branche, in England als suggestiv gewertet wird und man dort bei Feststellung der Verkehrsbekanntheit nur die Eingangsfrage zuläßt

- Welche Champagner-Marken kennen Sie?⁵³

Diese Frage hat den Nachteil, daß einem Verbraucher bei mehreren Spitzenmarken manchmal eine sonst geläufige Marke nicht gleich präsent ist, es bedarf daher

⁵² Anders für die Frage der Verkehrsdurchsetzung, für die auf die Verkehrskreise abzustellen ist. Daher darf eingangs bei einer Marke für eine Fluggesellschaft gefragt werden, ob der Befragte schon einmal mit einem Linienflug geflogen ist, BPatG 29 W (pat) 110/92. Von einer geschlossenen Fragestellung spricht man, wenn die Antwortmöglichkeiten vorgegeben sind.

⁵³ Vgl. für das französische Recht Bertrand, Marques et Brevets, Paris 1995, S. 366 f.

mehrerer Stützfragen

- An welche Marken denken Sie noch?

Als Kontrollfrage für die beschränkt offene Fragestellung, und zwar um sicherzustellen, daß keine der dem Befragten an sich bekannten Marken oder diejenige, um die es in dem Fall geht, vergessen wurde, können mehrere Marken bunt gemischt vorgelegt werden

- Welche dieser Marken haben Sie schon einmal gesehen?

und bei einer Bildmarke zusätzlich

- Um welche Marke oder welchen Hersteller handelt es sich?

Um die Bekanntheit in einem solchen Fall evtl. noch indirekt bewerten zu können, könnte die Frage angeschlossen werden

- Welche Reihenfolge der Bekanntheit würden Sie den vorliegenden Marken zuerkennen?

Die offene Fragestellung ist erforderlich für die Abfrage der Berühmtheit oder Bekanntheit einer Marke bei sämtlichen Verbrauchern. Wird lediglich die Verkehrsdurchsetzung bei Käufern bestimmter Produkte oder gar im Fachhandel abgefragt, so wird der Verkehrskreis als Vorfrage ermittelt und ggf. auch eine gestützte Fragestellung angewendet. Beide Methoden lassen sich auch in der Weise verbinden, daß mit einer offenen Fragestellung begonnen wird und später der Verbraucher ergänzend gefragt wird, ob er eine bestimmte Produktkategorie (Whisky) regelmäßig kauft, um dadurch eine evtl. erhöhte Bekanntheit bei den Abnehmern des betreffenden Produkts abzufragen.

Auch die Reihenfolge der weiteren Fragen kann von entscheidender Bedeutung sein, wobei insbesondere vermieden werden muß, daß Suggestivfragen gestellt werden oder Wissen abgefragt wird, das durch die Vorfrage erst erworben wurde. Im Umfrageplan muß genau angegeben werden, wie die Befragung abläuft, z.B. ob jede folgende Frage wiederum an jeden Befragten gestellt wird oder ob bei bestimmten positiven oder negativen Antworten die eine Antwortgruppe ausgesondert oder mit einer der Fragen übersprungen wird.

(6) Die Auswahl der Befragten und die Durchführung der Interviews muß unabhängig von den beteiligten Anwälten erfolgen.

Diese Voraussetzung ist so selbstverständlich, daß sie nicht näher kommentiert werden muß. Daß nur unbeteiligte Befragte angesprochen werden, ergibt sich bereits aus der statistischen Auswahl durch das Befragungsinstitut durch eine Random-Stichprobe, wobei die Interviewer keine Möglichkeit haben, auf die Auswahl der Befragten Einfluß zu nehmen.

(7.) Die Umfrageergebnisse müssen sorgfältig zusammengestellt und in einem zusammenfassenden Gutachten aufbereitet werden.

Auch hier hat sich in der deutschen Praxis ein Standard für die Analyse entwickelt, der sich an den Erfordernissen, die von den Gerichten zusammengestellt worden sind, ausrichtet. Einerseits ist erforderlich, daß die Umfrageergebnisse nach den statistisch ausgewählten Gruppen zusammengestellt werden, zum anderen ist zu jeder Frage der genaue Prozentsatz zu ermitteln. Bei der Möglichkeit von Mehrfachnennungen müssen die Ergebnisse auf 100% zurückgerechnet werden, um ein verlässliches Bild zu ergeben.

(8) Die Interviewer müssen ausreichend eingewiesen sein und sollten keine Kenntnis über den Streit oder den Zweck der Befragung haben.

Eine ausreichende Einweisung und Erfahrung sollte selbstverständlich sein. Man möchte hinzufügen, daß auch eine ausreichende Verlässlichkeit garantiert werden muß. Dies wird gewährleistet durch eine Überwachung der Interviewer, sowie eine Plausibilitätskontrolle, die verhindern kann, daß Interviewer zwecks Zeitersparnis ihre Fragebögen selbst ausfüllen. Daß der Zweck der Umfrage nicht bekannt sein darf, ist möglicherweise weniger relevant, insbesondere da der Interviewer aus Erfahrung davon ausgehen muß, daß die Bekanntheit einer Marke abgefragt wird, um das Ergebnis in irgendeiner Weise juristisch zu verwenden. Aber wer konkret der Auftraggeber ist, ein Gericht, der Markeninhaber oder ein Wettbewerber, sollte den Interviewern nicht bekannt sein.

4. Weitere Mittel zum Nachweis der Bekanntheit

Für Zwecke des Widerspruchsverfahrens beim Europäischen Markenamt sowie bei einstweiligen Maßnahmen, für die eine Verkehrsbefragung nicht sofort zur Verfügung steht, bestehen zusätzliche Möglichkeiten zur Glaubhaftmachung der Bekanntheit oder Berühmtheit einer Marke. Dazu gehören

(1) Der geographische Umfang des Markenschutzes und dessen Verteidigung

Bereits die Tatsache einer z.B. weltweiten Eintragung einer Marke sowie deren Benutzung und Verteidigung ist zumindest Indiz für ihre Bedeutung.

(2) Der Zeitraum der bisherigen Benutzung

Es ist offensichtlich, daß eine lang etablierte Marke, die bereits seit Jahrzehnten eingetragen und benutzt ist, zumindest zu den bekannten Marken zählen dürfte, so daß ein derartiger Nachweis, insbesondere wenn er für mehrere Länder geführt

werden kann, ein wichtiges Indiz ist⁵⁴.

- (2) Der Umsatz, der mit der Marke erzielt wird, wenn möglich im Vergleich zu weiteren bekannten Marken.

Eine abstrakte Umsatzgröße ist für einen Richter oder gar Prüfer im Amt häufig schwierig einzuordnen, wenn Vergleichszahlen von Mitbewerbern fehlen. Je nach Branche oder Produkt kann ein Millionenumsatz bedeutend oder unbedeutend sein, so daß Hinweise auf die Umsatzentwicklung oder auf den Umsatz von Wettbewerbern (Marktanteil), möglichst belegt durch Zeitungsberichte usw., weiterführen können. Dazu gehört auch die Art des Vertriebs, also z.B. als Endverbraucherprodukt und über bestimmte Vertriebskanäle, die besonders verbrauchernah sind.

- (4) Die Höhe von Werbeausgaben für die Marke und deren Zeitraum.

Auch diese Angaben sind im einzelnen zu präzisieren, einmal durch Aufschlüsselung nach Rundfunk-, Fernseh- und Pressewerbung, dann aber auch in bezug auf den eigenen Umsatz und möglichst im Vergleich zu dem Werbeaufwand von Konkurrenten. In vielen Ländern existieren Institutionen, die periodisch die Werbemaßnahmen der gewerblichen Wirtschaft erheben, meist durch Selbstauskunft der Firmen oder aufgrund von Auskünften der großen Werbeunternehmen, so daß darüber auch ggf. Auskünfte zu Wettbewerbern erfragt werden können.

- (5) Die Nähe ähnlicher benutzter Marken

⁵⁴ Vgl. zu entsprechenden Indizien, die eine Umfrage erübrigen können BGH Mitt. 1968, 196-Jägermeister: 30jährige Eintragung und Benutzung der Marke, 10 Millionen verkaufte Flaschen pro Jahr und ein Marktanteil von 70%

Die Alleinstellung einer Marke in einem bestimmten Bereich unterstützt wie bei den berühmten Marken die Verkehrsdurchsetzung, so wie umgekehrt eine Vielzahl von ähnlichen Marken die Unterscheidungskraft und damit den Schutzzumfang reduzieren.

(6) Presseberichte über die Marke

Allgemeine Presseberichte, vor allem aus dem Wirtschaftsteil der Presse, über die mit der Marke gekennzeichneten Produkte können einerseits die Bekanntheit fördern und andererseits aufschlußreich für die Qualifizierung der Marke sein.

Die genannten Fakten und Nachweise werden einem Markeninhaber für sein Ursprungsland meist zur Verfügung stehen. Schwieriger wird sich die Lage häufig darstellen, wenn es um die Durchsetzung von Markenrechten europaweit geht und der Markeninhaber in anderen Ländern weder seine Position auf dem Markt kennt, noch durch Presseauschnitte, Erwähnungen oder Umfragen die Bekanntheit der Marke nachweisen kann.

Zwar ist in bezug auf die Geltendmachung von Rechten vor dem Europäischen Markenamt die Bekanntheit in einem Teil der EG ausreichend, um einen Widerspruch zu begründen, anders ist dies allerdings für Gerichtsverfahren, insbesondere einstweilige Maßnahmen in verschiedenen Nachbarländern. Für eine vorausschauende Markenpolitik wird es sich daher empfehlen, zumindest in den größeren Ländern der EG und in angemessenen Abständen Verkehrsbefragungen durchzuführen, die mit noch erträglichem Kostenaufwand möglich sind; eine Befragung im Rahmen einer Mehrthemenumfrage wird von den meisten Instituten für unter DM 10.000,00 durchgeführt. Gerade in einer wettbewerbsintensiven Branche, in der häufiger mit Markenverletzungen zu rechnen ist, wird sich eine solche Vorsorge auszahlen, wenn es gilt, ein einstweiliges Verfügungsverfahren erfolgreich zu bestreiten.

5. Der Nachweis der Wertschätzung

Ergänzend soll noch auf die weiteren Voraussetzungen für die Durchsetzung einer bekannten Marke hingewiesen werden, wie sie in § 9 (1) (3) MarkenG Art. 5(2) der Richtlinie und Art. 8(5) der Verordnung für die Gemeinschaftsmarke enthalten sind. Diese Vorschriften enthalten eine doppelte Alternative in Bezug auf die Voraussetzungen für den Schutz einer bekannten Marke:

Die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der bekannten Marke muß ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausgenutzt **oder** beeinträchtigt werden.

In der Literatur werden einige besondere Tatbestände beschrieben, die darunter fallen können:

- Die Attraktivität einer wertvollen Marke wird durch die unzulässige Benutzung verwässert, d.h. sie verliert ihre Unterscheidungskraft⁵⁵.
- Die Marke wird im Wege des sog. Imagetransfers in einer Weise benutzt, die als Rufausbeutung oder rechtsmißbräuchliche parasitäre Auswertung beschrieben wird⁵⁶.
- Die Art und Weise, in der die Marke benutzt wird oder die Art der Produkte, für die sie benutzt wird, führt zu Negativassoziationen (Rufschädigung)⁵⁷.

Für das hier behandelte Problem der Anerkennung als bekannte Marke wird die Frage

⁵⁵ BGH GRUR 1991, 863 - Avon; BPatG Mitt. 1983, 176 - Cuja-Cuja / Coca Cola (für Milchmischgetränke)

⁵⁶ Corte d'Appelle di Milano, Bl. 1985, 311 - John Player Special (dort Schutz für Textilien und Schuhe bejaht); BGH 1990, 1050 - 4711: die Benutzung als Telefonnummer eines Taxiunternehmens

⁵⁷ Z.B. die Benutzung als Scherzartikel wie im BGH-Fall Nivea GRUR 1995, 57; BGH I ZR 68/57: Benutzung der Marke 4711 als Telefonnummer für ein Jaucheunternehmen; Oberster Gerichtshof Dänemark, Bl. 1982, 368 - Schit og Chanel; Court d'Appel de Bordeaux, Bl. 1985, 119 - Chateaux d'Yquem.

des Verhältnisses zwischen der Bekanntheit und der Wertschätzung auf dem Markt noch weiterer Diskussion bedürfen. Nach hier vertretener Auffassung ist ein hoher Bekanntheitsgrad zweifellos ein Indiz für die Wertschätzung der Marke, denn es wird in der Praxis wenige Fälle geben, wo eine Marke sehr bekannt auf dem Markt ist, die darunter vertriebenen Produkte aber von schlechter Qualität sind und daher einen schlechten Klang beim Verbraucher haben⁵⁸.

Wenn man davon ausgeht, daß berühmte Marken, also alle Marken mit einem Bekanntheitsgrad von mehr als 80%, den zusätzlichen Nachweis der Wertschätzung nicht benötigen, um übergreifenden Schutz zu erhalten, bedürfte es für Marken mit Bekanntheitsgraden unter 80% einer gestuften Prüfung im Hinblick auf die Anforderungen an die Beweislast, so daß ggf. die im unteren Bereich zwischen 40 und 50% Bekanntheit die Wertschätzung konkret nachzuweisen wäre, im übrigen aber Indizien ausreichen würden⁵⁹, aus denen zu schließen ist, daß jemand die betreffende Marke bewußt ausgewählt und für sich auszunutzen versucht hat.

Keineswegs sollte jedoch ein besonderes Prestige im Sinne der Exklusivität der entsprechenden Produkte gefordert werden, weil anderenfalls eine Marke wie Coca Cola mit einem Bekanntheitsgrad von 99% gegenüber einem exklusiven aber weniger bekannten Champagner benachteiligt würde, was wohl nicht dem Schutzzweck des Markengesetzes entspricht. Es ist eine andere Frage, ob für anerkanntes Luxusprodukte - und dazu zählen z.B. die exklusiven Parfum- und Champagnermarken ebenso wie international erfolgreiche Mode- und Schmuckdesigner - bestimmte Beweiserleich-

⁵⁸ Zutreffend Rößler, GRUR 1994, 562f., der von einer Integration des guten Rufs in die Bekanntheit spricht, wobei die Vorstellung der Güte beim Publikum ausreicht, dort mit weiteren Nachweisen; zur Bestimmung der Wertschätzung Baumbach-Hefermehl zu § 31 WZG Rdn 196.

⁵⁹ Vgl. Kraft, GRUR 1991, 342, der es als ausreichend ansieht, daß bei identischen Marken und hoher Bekanntheit ohne den Nachweis der Unlauterkeit Schutz gewährt wird; Ernst-Moll, GRUR 1993, 8, 17 geht davon aus, daß bei sehr bekannten Marken immer die Unterscheidungskraft oder Wertschätzung ohne rechtfertigenden Grund ausgenutzt oder beeinträchtigt wird.

terungen gelten sollen, wenn deren Bekanntheit unter der Gesamtbevölkerung im unteren Bereich liegt.

Generell wird von der Praxis der Ämter und Gerichte, einschließlich des EuGH, ein hohes Maß an Flexibilität zu fordern sein, um gerade die Marken angemessen zu schützen, die ihre Wertschätzung bei den Käuferkreisen durch einen überdurchschnittlichen Grad der Bekanntheit unter Beweis gestellt haben.