

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhalt	IX
Abkürzungen	XIX
Teil 1 Einführung in das Thema und Gang der Darstellung	1
Teil 2 Grundlagen der demoskopischen Befragung	5
A. Die Demoskopie – Entwicklung und Grundlagen	5
B. Die Verlässlichkeit einer Umfrage	11
C. Die Gültigkeit der Umfrage	34
D. Arten der Interviews	56
E. Retrospektive Ermittlung mit Hilfe der Demoskopie	83
F. Notwendige Angaben des demoskopischen Gutachtens	85
G. Demoskopische Gutachten im Verfahrensrecht	86
H. Fazit	97
Teil 3 Demoskopie und markenrechtliche Tatbestände	99
A. Die Verkehrsdurchsetzung	99
B. Die Verkehrsgeltung	167
C. Die Bekanntheit einer Marke	181
D. Die Verwechslungsgefahr	224
Teil 4 Ergebnis der Untersuchung	275
Literatur	279
Sachregister	299

Inhalt

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungen	XIX
Teil 1 Einführung in das Thema und Gang der Darstellung	1
Teil 2 Grundlagen der demoskopischen Befragung	5
A. Die Demoskopie – Entwicklung und Grundlagen	5
I. Historische Entwicklung der Demoskopie	5
II. Anerkennung demoskopischer Gutachten im Zivilprozess	6
III. Aufteilung der Zuständigkeit zwischen den Juristen und Demoskopien ..	8
1. Das Modell der vier Phasen nach Schweizer	8
a) Definitionsphase	8
b) Durchführungsphase	8
c) Analyse- oder Entscheidungsphase	9
d) Darstellungsphase	9
2. Stellungnahme zum Vier-Phasen-Modell	10
IV. Grundlagen der Demoskopie – Verlässlichkeit und Gültigkeit der Umfrage	10
B. Die Verlässlichkeit einer Umfrage	11
I. Die Herstellung der Repräsentativität	11
1. Bestimmung einer Grundgesamtheit	11
2. Umfragen im Markenrecht: Die betroffenen Verkehrskreise als Grundgesamtheit	12
a) Bestimmung der beteiligten Verkehrskreise	12
b) Einschränkungen der Waren oder Dienstleistungen	14
aa) Einschränkungen im Register	14
bb) Einschränkungen im Einsatzbereich der Waren oder Dienstleistungen	16
cc) Einschränkungen auf einen »Luxusgütermarkt«	17
dd) Beschränkung der Verkehrskreise auf bestimmte Gruppen ...	19
(1) Beschränkung aus der Natur der Ware oder Dienstleistung ..	19
(2) Beschränkung nach Vertriebssebenen	20
(3) Beschränkung innerhalb einer Vertriebssebene	21
c) Formulierung und Einordnung der Befragungsfragen	22
aa) Einordnung der Befragungsfragen	22
bb) Formulierung der Befragungsfragen	23
cc) Abgrenzungsfrage nach dem Vorschlag des DPMA	24

Inhalt

dd) Kategorische Ablehnung der Ware oder Dienstleistung	25
d) Die Bestimmung der beteiligten Verkehrskreise	26
3. Vollerhebung oder Totalerhebung	27
4. Teilerhebung oder Stichprobenerhebung	27
5. Auswahl der Stichprobe	29
a) Stichprobengröße	29
b) Verteilung der Stichprobe	30
c) Exkurs: Die zu berücksichtigende Fehlertoleranz	30
d) Stichprobengröße bei Umfragen im gewerblichen Rechtsschutz . .	33
II. Ergebnis	33
C. <i>Die Gültigkeit der Umfrage</i>	34
I. Unterscheidung zwischen der Beweisfrage und der Testfrage	34
II. Aufbau der Testfrage	36
1. Fragestellung der Testfrage	36
a) Vermeidung suggestiver Fragestellung	37
b) Tendenzen bei der Beantwortung von Fragen	38
2. Splitbefragungen oder gegabelte Befragungen	39
3. Auswirkungen der Fragestellung auf die Gültigkeit der Umfrage . .	40
III. Art der Fragestellung	41
1. Offene Fragen	41
a) Vor- und Nachteile der offenen Fragestellung	41
b) Anwendbarkeit der offenen Fragestellung	45
2. Geschlossene (gestützte) Fragestellung	47
a) Vor- und Nachteile der geschlossenen Fragestellung	47
b) Kritik an der geschlossenen Fragestellung im gewerblichen Rechtsschutz	48
aa) Die Entwicklung zur Anerkennung geschlossener Fragen in Deutschland	48
bb) Das Problem zu langer oder zu vieler Antwortalternativen . .	52
cc) Ressentiments des HABM	53
dd) Stellungnahme	54
3. Ergebnis	55
D. <i>Arten der Interviews</i>	56
I. Das persönliche Interview	57
1. Durchführung des Interviews	57
2. Vor- und Nachteile des persönlichen Interviews	57
a) Einsatz von Hilfsmitteln	57
b) Vorlage des Zeichens	58
c) Anwesenheit eines Interviewers	58
3. Exkurs: Der Einfluss des Interviewers	59
a) Der Interviewer als durchführendes Organ	59
b) Fehlerquellen beim Interviewer	60
aa) Vollständige Fälschung des Interviews	60
bb) Teilweise Fälschung des Interviews	60
cc) Unzulässige Beeinflussung durch den Interviewer	61
dd) Eindämmung der Fehlerquellen	61
c) Notwendige Vorgaben an den Interviewer	62

d) Ergebnis	63
4. Weitere Vor- und Nachteile des persönlichen Interviews	64
5. Ergebnis	64
II. Die telefonische Umfrage	65
1. Auswahl der Stichprobe	65
2. Durchführung des Interviews	66
3. Vor- und Nachteile des telefonischen Interviews	66
4. Rechtliche Besonderheiten des telefonischen Interviews	69
a) Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Anrufe	69
aa) »geschäftliche Handlung« gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG	70
bb) »unzumutbare Belästigung« gem. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG	72
b) Zulässigkeit der Anrufe außerhalb des Wettbewerbsrechts	72
c) Datenschutzrechtliche Beurteilung telefonischer Befragungen	74
d) Sperrliste zur Vermeidung telefonischer Befragungen	74
III. Schriftliche Umfragen	75
1. Auftreten schriftlicher Befragungen	75
2. Vor- und Nachteile des schriftlichen Interviews	75
IV. Online-Umfragen	79
1. Vorgehen bei Online-Umfragen	79
2. Bedenken gegen Online-Umfragen	80
3. Rechtliche Bewertung von Online-Umfragen	81
V. Ergebnis	82
E. Retrospektive Ermittlung mit Hilfe der Demoskopie	83
F. Notwendige Angaben des demoskopischen Gutachtens	85
G. Demoskopische Gutachten im Verfahrensrecht	86
I. Art des Beweismittels	86
1. Zeugenbeweis	86
2. Sachverständigenbeweis	87
3. Privatgutachten und Gutachten aus anderen Verfahren	88
II. Würdigung demoskopischer Gutachten	89
1. Freie Beweismwürdigung nach § 286 ZPO	89
a) Gerichtlich angeordnete Gutachten	89
b) Parteigutachten	90
2. Eigene Sachkunde des Gerichts	90
a) Entscheidung kraft eigener Sachkunde	90
aa) Rechtsprechung bei der Beweisfrage der Irreführung	91
bb) Unterschiede zu markenrechtlichen Tatbeständen	92
b) Ablehnung eines Gutachtens kraft eigener Sachkunde	93
c) Notwendige Urteilerwägungen	94
IV. Erstattungsfähigkeit der Kosten demoskopischer Gutachten	95
1. Prozessualer Kostenerstattungsanspruch	95
a) Gerichtlich angeordnete Gutachten	95
b) Privatgutachten	95
2. Materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch	96
3. Geltendmachung	97
H. Fazit	97

Teil 3	Demoskopie und markenrechtliche Tatbestände	99
A.	<i>Die Verkehrsdurchsetzung</i>	99
I.	Die Verkehrsdurchsetzung als Eintragungsgrund	99
II.	Regelungshistorie	100
III.	Nachweis der Verkehrsdurchsetzung	102
1.	Vor der Entscheidung »Windsurfing Chiemsee«	102
2.	Die Entscheidung »Windsurfing Chiemsee«	103
3.	Nach der Entscheidung »Windsurfing Chiemsee«	104
a)	Die Erforderlichkeit einer Untergrenze	104
b)	Möglichkeiten des Nachweises der Verkehrsdurchsetzung	105
c)	Die Praxis des DPMA	106
d)	Stellungnahme	107
4.	Demoskopische Gutachten als Nachweis der Verkehrsdurchsetzung	107
a)	Zuständiger Auftraggeber für ein demoskopisches Gutachten	107
b)	Umsetzung der »Verkehrsdurchsetzung« in demoskopische Testfragen	108
c)	Fragen zur Bestimmung des Verkehrskreises	110
d)	Bekanntheitsfrage	111
aa)	Fragestellung	111
(1)	Die Entwicklung des Fragebogenwortlauts in der Richtlinie des DPMA	111
(2)	Besonderheiten im Wortlaut der Fragestellung	112
bb)	Auswertung	114
(1)	Die Auswertungsvorgaben nach der Richtlinie des DPMA	114
(2)	Kritik an der Auswertungsvorgabe der Richtlinie	115
dd)	Bezeichnung der Waren oder Dienstleistungen	115
(1)	Problemstellung	115
(2)	Lösungsvorschlag	117
ee)	Verkehrsdurchsetzung für mehrere Waren oder Dienstleistungen	119
ff)	Bestimmung der Bekanntheit durch eine offene Frage	119
gg)	Die Bekanntheitsfrage bei nicht konventionellen Markenformen	120
e)	Kennzeichnungsfrage	121
aa)	Bedeutung der Kennzeichnungsfrage	121
bb)	Fragestellung	122
cc)	Das »vierstufige Frage-Modell«	126
dd)	Die Kennzeichnungsfrage bei dreidimensionale Warenformmarken	126
ee)	Auswertung	128
ff)	Problemfälle der Kennzeichnungsfrage	128
f)	Zuordnungsfrage (Herstelleridentifikationsfrage)	130
aa)	Fragestellung	130
bb)	Notwendigkeit einer Verkehrsdurchsetzung für den Anmelder	130
cc)	Auswertung der Zuordnungsfrage	132
(1)	Zusätzliche Identifizierungsmerkmale des Unternehmens	133

(2) Berücksichtigung fehlerhafter Antworten	135
(3) Nennung mehrerer Unternehmen	137
(4) Relevanz des Zuordnungsgrades in der ständigen Praxis	140
dd) Stellungnahme zur Zuordnungsfrage und deren Relevanz	141
(1) Die Relevanz der Zuordnungsfrage	141
(2) Abhängigkeit der Fehlzusordnungen von den betroffenen Produkten – das Herstellerinteresse	143
(3) Vorschlag einer Fragestellung	146
(4) Die Berücksichtigung des Lernprozesses im Verkehr	147
(5) Auswertung der Frage nach dem Herstellerinteresse	148
g) Vorschlag zur Umbenennung der einzelnen Fragen	149
h) Berücksichtigung von Vergleichswerten	151
i) Verkehrsdurchsetzung bei glatt beschreibenden Begriffen	151
aa) Die Forderung nach einer » (nahezu) einhelligen Verkehrsdurchsetzung«	151
bb) Stellungnahme zu diesem Vorschlag	152
5. Demoskopischer Nachweis der markenmäßigen Benutzung	153
a) Die markenmäßige Benutzung als Tatbestandsvoraussetzung	153
b) Nachweis durch demoskopische Gutachten	153
c) Die Problematik der Monopolmarken	154
aa) Der Vorschlag des BPatG	155
bb) Stellungnahme	155
6. Territoriale Ausdehnung der Verkehrsdurchsetzung	157
7. Zeitpunkt der Verkehrsdurchsetzung	157
IV. Bestimmung der Verkehrskreise bei der Verkehrs-durchsetzung	158
V. Blick über die Grenze: Der Nachweis der »erworbenen Unterscheidungskraft« gem. Art. 7 Abs. 3 GMV	160
1. Hinweise auf demoskopische Untersuchungen in den Richtlinien des HABM	160
2. Demoskopie in der Amtspraxis des HABM	163
3. Notwendige territoriale Ausdehnung der erworbenen Unterscheidungskraft	165
VI. Ergebnis	165
B. Die Verkehrsgeltung	167
I. Normative Regelung der Verkehrsgeltung	167
1. Historische Entwicklung der Verkehrsgeltung als Voraussetzung einer Benutzungsmarke	167
2. Regelungen der MRRL	168
3. Die gesetzliche Regelung im MarkenG	168
II. Verhältnis zur Verkehrsdurchsetzung	168
1. Gemeinsamkeiten	168
2. Unterschiede	169
a) Die originäre Unterscheidungskraft eines Zeichens	169
b) Territorial eingeschränkte Verkehrsgeltung	170
III. Nachweis der Verkehrsgeltung	170
1. Nachweis durch demoskopische Gutachten	171
a) Geeignetheit demoskopischer Gutachten zum Nachweis der Verkehrsgeltung	171

b) Aufbau des Fragebogens	172
2. Fragestellung und Auswertung	172
a) Relevanz des Zuordnungsgrades	173
b) Fehlerhafte Nennungen im Rahmen der Zuordnungsfrage	173
c) Die Bewertung der Ergebnisse demoskopischer Gutachten zum Nachweis der Verkehrsgeltung	175
d) Die Ermittlung der Verkehrsgeltung zusammengesetzter Marken	175
e) Verkehrskreise	177
f) Vergleichswerte	178
g) Auswertung demoskopischer Gutachten zum Nachweis der Verkehrsgeltung	179
3. Die Ermittlung der Inhaberschaft an einer Benutzungsmarke	179
IV. Ergebnis	180
C. Die Bekanntheit einer Marke	181
I. Normzweck des erhöhten Schutzes bekannter Marken	181
II. Historische Entwicklung	182
1. Die »berühmte Marke« nach dem UWG	182
2. Art. 6bis PVÜ	183
3. TRIPS	183
4. Der Bekanntheitsschutz nach der MRRL	184
5. Die Bekanntheit einer Marke im deutschen MarkenG	185
III. Bestimmung der Bekanntheit	186
1. Notwendigkeit eines absoluten Bekanntheitsbegriffes	186
2. Nachweis mit Hilfe demoskopischer Gutachten	186
a) Eignung demoskopischer Gutachten als Beweismittel zum Nachweis der Bekanntheit	186
aa) Grundlagen	186
bb) Wertneutralität des Tatbestandsmerkmals der Bekanntheit	188
cc) Ungerechtfertigte Bevorzugung der »bekanntesten bekannten Marke«	189
dd) Wettbewerbswidrig erlangte Bekanntheit	189
ee) Ergebnis	190
b) Fragestellung demoskopischer Gutachten	190
aa) Wortlaut der Fragestellung zum Bekanntheitsgrad	190
(1) Passive Bekanntheit (Brand Recognition)	190
α) Die »reine« Bekanntheit der Marke	191
β) Produktunabhängiger Bekanntheitsgrad	193
γ) Der »erhärtete Bekanntheitsgrad«	195
δ) Bekanntheitsfrage bei Identität der Marke mit dem Produkt	198
ε) Wortlaut der Bekanntheitsfrage	200
(2) Aktive Bekanntheit	201
(3) Stellungnahme	202
bb) Der Kennzeichnungsgrad	205
(1) Notwendigkeit einer Fragestellung zum Kennzeichnungsgrad	205
(2) Fragestellung zum Kennzeichnungsgrad	206

cc) Der Zuordnungsgrad	207
dd) Das Herstellerinteresse	208
c) Ergebnis zur Fragestellung und Auswertung der Umfragen zur Ermittlung der Bekanntheit	209
3. Beteiligte Verkehrskreise	209
4. Erforderlicher Zeitpunkt der Bekanntheit	210
5. Auswertung demoskopischer Gutachten zum Nachweis der Bekanntheit	210
a) Vorgabe einer Prozentzahl	210
aa) Forderung nach absoluten Werten	210
bb) Untergrenze	211
cc) Berücksichtigung des Marktumfeldes	212
dd) Bildung von Vergleichswerten	213
b) Stellungnahme	214
c) Ermittlung der Vergleichswerte	215
aa) Fragemodelle	215
(1) Erweiterung der Bekanntheitsfrage	215
(2) Offene Frage nach anderen bekannten Marken	215
(3) Geschlossene Frage nach anderen bekannten Marken	216
bb) Stellungnahme	216
6. Wortlaut eines Fragebogens zur Ermittlung der Bekanntheit einer Marke	218
IV. Die Bekanntheit im System der Europäischen Gemeinschaftsmarke	220
1. Grundlagen der Berücksichtigung bekannter Marken in der GMV	220
2. Nachweis der Bekanntheit vor dem HABM	220
3. Notwendige territoriale Ausdehnung der Bekanntheit	221
4. Zeitpunkt der Bekanntheit	222
V. Ergebnis	222
D. Die Verwechslungsgefahr	224
I. Rechtlicher Hintergrund der Verwechslungsgefahr	224
II. Die Wechselwirkungstheorie	225
1. Wechselwirkungstheorie als bewegliches System	226
2. Die einzelnen Bestandteile der Wechselwirkungstheorie	226
a) Die Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen	226
aa) Normative Feststellung der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen	227
bb) Empirische Feststellung der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen	228
(1) Grundlagen einer empirischen Ermittlung	228
(2) Das Beispiel »Zentis/Santis«	228
(3) Vorschlag einer Fragestellung	230
cc) Stellungnahme	231
b) Die Ähnlichkeit der Zeichen	232
aa) Grundlagen	232
bb) Nachweis der Ähnlichkeit der Zeichen	234
(1) Erfahrungssätze	234
(2) Empirischer Nachweis	235

(3) Probleme einer demoskopischen Bestimmung und Stellungnahme	240
cc) Die Prägetheorie des BGH und der Nachweis der Prägung ..	241
dd) Stellungnahme	242
c) Die Kennzeichnungskraft der älteren Marke	243
aa) Grundlagen	243
bb) Nachweis einer erhöhten Kennzeichnungskraft	244
cc) Fragestellung einer demoskopischen Befragung zur Kennzeichnungskraft	246
dd) Ergebnis	248
3. Fazit zur Feststellung der Verwechslungsgefahr	248
III. Die Berücksichtigung tatsächlicher Verwechslungen	248
1. Grundlagen	248
a) Tatsächliche Verwechslungen als Indiz für die Verwechslungs- gefahr	248
b) Grundlage der Fehlvorstellung des Verkehrs	250
c) Fehlende tatsächliche Verwechslungen als »Negativ-Indiz«	250
2. Demoskopischer Nachweis tatsächlicher Verwechslungen	251
a) Grundlagen	251
aa) Fehlvorstellung aufgrund Verwechslung der Zeichen	251
bb) Unterschiede zum Nachweis der Ähnlichkeit der Zeichen	252
b) Verschiedene Umfragemethoden	252
aa) Umfrage nach Einschätzung des Befragten	252
(1) Vorgehen	252
(2) Stellungnahme	253
bb) Blickfeldtests	253
(1) Vorgehen	253
(2) Stellungnahme	255
(3) Einbeziehung der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn	257
cc) Einheitliche Fragestellung im gesamten Markenrecht	258
(1) Vorgehen	258
(2) Stellungnahme	259
(3) Die Frage nach wirtschaftlichen Verbindungen	260
dd) Testkaufsituation	261
(1) Vorgehen	261
(2) Stellungnahme	261
b) Ergebnis	262
c) Rückschlüsse aus der Höhe tatsächlicher Verwechslungen	262
IV. Die beteiligten Verkehrskreise bei der Verwechslungsgefahr	265
1. Verkehrskreise der älteren Marke	265
2. Beteiligung an der Verwechslung	266
a) Aktuelle Verkehrskreise der älteren Marke und des angegriffenen Zeichens	266
aa) Verkehrskreise der älteren Marke	266
bb) Verkehrskreise des angegriffenen Zeichens	266
cc) Verkehrskreise innerhalb einer vertikalen Vertriebsstruktur ..	267
dd) Territoriale Eingrenzung der Verkehrskreise	268

b) Einbeziehung potentieller Verkehrskreise	268
c) Ergebnis	269
d) Fragestellung nach Zugehörigkeit zu den Verkehrskreisen	269
3. Aufmerksamkeitsgrad der Verbraucher	270
4. Simulation eines besonderen Aufmerksamkeitsgrades	271
V. Vergleichswerte	272
VI. Ergebnis	272
Teil 4 Ergebnis der Untersuchung	275
Literatur	279
Sachregister	299