

Bröcher, Julia; Hoffmann, Marie-Luise; Sabel, Tatjana

**Working Paper**

## Der Schutzbereich des Markenrechts unter besonderer Berücksichtigung ökonomischer Aspekte

Internetökonomie und Hybridität, No. 14

**Provided in Cooperation with:**

University of Münster, European Research Center for Information Systems (ERCIS)

*Suggested Citation:* Bröcher, Julia; Hoffmann, Marie-Luise; Sabel, Tatjana (2005) : Der Schutzbereich des Markenrechts unter besonderer Berücksichtigung ökonomischer Aspekte, Internetökonomie und Hybridität, No. 14, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, European Research Center for Information Systems (ERCIS), Münster

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/46579>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*



Prof. Dr. Dieter Ahlert, PD Dr. Detlef Aufderheide, Prof. Dr. Klaus Backhaus, Prof. Dr. Jörg Becker, Prof. Dr. Heinz Lothar Grob, Prof. Dr. Karl-Hans Hartwig, Prof. Dr. Thomas Hoeren, Prof. Dr. Heinz Holling, Prof. Dr. Bernd Holznagel, Prof. Dr. Stefan Klein, Prof. Dr. Thomas Langer, Prof. Dr. Andreas Pfingsten.

Nr. 14

**JULIA BRÖCHER,  
MARIE-LOUISE HOFFMANN,  
TATJANA SABEL**

**Der Schutzbereich des Markenrechts  
unter besonderer  
Berücksichtigung ökonomischer Aspekte**



**European Research Center  
for Information Systems**



**Westfälische  
Wilhelms-Universität  
Münster**

Gefördert durch:



Förderkennzeichen:  
01 AK 704

Projektträger:



## **Koordination Internetökonomie und Hybridität**

Dr. Jan vom Brocke  
brocke@hybride-systeme.de  
www.hybride-systeme.de

## Inhalt

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>Perspektive der Disziplinen</b>	<b>2</b>
<b>3</b>	<b>Markenrechtliche Funktionenlehre auf dem Prüfstand</b>	<b>4</b>
3.1	Bedeutung und Grundzüge der markenrechtlichen Funktionenlehre	4
3.2	Markenfunktionen im Marketing	7
3.2.1	Trennung von Markenzielen und -funktionen	8
3.2.2	Mikroökonomische Ableitung der Markenfunktionen	14
3.2.3	Verhaltenswissenschaftliche Ableitung der Markenfunktionen	16
3.2.4	Zwischenergebnis	20
3.3	Vergleich der Markenfunktionen in den beiden Disziplinen	21
3.4	Rechtliche Bedeutung der tatsächlich-ökonomischen Funktionen	28
3.4.1	Herkunfts-/ Unterscheidungsfunktion	28
3.4.2	Qualitätsfunktion	32
3.4.3	Eigenwertfunktion	33
3.4.4	Zwischenergebnis	33
3.5	Dogmatische Einordnung und praktische Relevanz der Funktionenlehre	34
<b>4</b>	<b>Schutzzweck des Markengesetzes</b>	<b>37</b>
4.1	Immaterialgüterrechtliche Theorien und Markenrecht	38
4.2	Entwicklung der Marke zum Immaterialgüterrecht	41
4.2.1	Warenzeichenrecht als Persönlichkeitsrecht	42
4.2.2	Wettbewerbrechtlicher Leistungsschutz	43
4.3	Besonderheiten der Marke im Schutzsystem des Immaterialgüterrechts	44
4.3.1	Personaler Bezug der Marke im aktuellen Markenrecht	44
4.3.2	Innovationsschutz durch die Marke?	46
4.3.3	Marke als Leistungssymbol	47
4.4	Schutzzweck des Markenrechts im Bereich des investiven Immaterialgüterrechtsschutz	49
4.5	Zwischenergebnis	50
<b>5</b>	<b>Fazit</b>	<b>51</b>
	<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>53</b>
	<b>Arbeitsberichte des Kompetenzzentrums Internetökonomie und Hybridität</b>	<b>60</b>

## 1 Einleitung

Die Marke hat in den letzten Jahrzehnten - wie andere Immaterialgüterrechte auch - einen Funktionswandel durchlaufen.<sup>1</sup> Dieses wird in der nachfolgenden Arbeit zum Anlass genommen, in Kapitel drei die Funktionenlehre sowohl hinsichtlich ihrer ökonomischen Verankerung als auch rechtsdogmatisch kritisch zu hinterfragen.

Das interdisziplinäre Projekt „Marke und Markenrecht“<sup>2</sup> bietet in diesem Zusammenhang die Gelegenheit, juristische und ökonomische Erkenntnisse zu vergleichen und sowohl die Schnittmengen als auch bestehende Missverständnisse zwischen den Fachrichtungen aufzuzeigen. Dabei wird deutlich werden, dass eine engere Zusammenarbeit beider Wissenschaften erforderlich ist, um zukünftig Irrtümer und Fehlschlüsse zu vermeiden.

Die markenrechtliche Literatur und Rechtssprechung nähert sich über die so genannte Funktionenlehre dem Schutzobjekt des Markengesetzes, also der Marke, im Sinne eines Auslegungskonzepts an. Über die Beschreibung der Aufgaben und Wirkungen der Marke im Wirtschaftsverkehr soll sich der Schutzzumfang des Gesetzes ermitteln lassen<sup>3</sup>:

*„Dazu gehört der Diskurs über die „Funktion“ der Marke. Seit über 100 Jahren wird mit wechselndem und offenem Ausgang die Frage erörtert, inwieweit die mit dem Einsatz der Marke verknüpften wirtschaftlichen Wirkungen und Vorteile in einen rechtlichen Schutz zugunsten des Markeninhabers umgesetzt werden sollten; im Mittelpunkt steht dabei die Frage, wie der Schutzzumfang subjektiver Markenrechte sachgerecht zu bestimmen ist. Besonderen Auftrieb erhielt diese Suche nach dem „wahren“ Zweck des Markenschutzes jeweils in Umbruch- oder Situationen verstärkten Strukturwandels.“<sup>4</sup>*

Das Zitat von Riehle verdeutlicht, dass gerade in Zeiten großer Wandlungsprozesse, wie wir sie aktuell durch den hohen Bedeutungszuwachs des Internets für gesellschaftliche, politische und wirtschaftliche Zusammenhänge erleben, eine Auseinandersetzung mit den Grundlagen der betroffenen Rechtsgebiete, hier des Markenrechts, unerlässlich ist. Dabei ist eine interdisziplinäre Betrachtung ebenso unerlässlich, da die markenrechtliche Literatur den Funktions-

---

<sup>1</sup> Wir danken Herrn Ass. jur. Thomas Ernstsneider für die Mitarbeit bei der Erstellung dieses Manuskripts.

<sup>2</sup> Das interdisziplinäre Projekt „Marke und Markenrecht im Internet“ ist ein Teilprojekt des vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) sowie des Deutschen Zentrums für Luft- und Raumfahrt (DLR) geförderten Gesamtprojektes „Internetökonomie und Hybridität“.

<sup>3</sup> Fezer, Markenrecht, Einl. Rn 30 ff.

<sup>4</sup> Riehle, MarkenR 2001, 337.

wandel mit einer stärkere Fokussierung auf wirtschaftswissenschaftliche Gegebenheiten begründet.

Untrennbar verbunden mit der Frage nach den Funktionen der Marke ist die nach Ihrer Rechtsnatur. Beide Aspekte stehen in einer Wechselbeziehung und müssen deshalb in Einklang gebracht werden, um eine widerspruchsfreie dogmatische Grundlage für die weitere Forschung zu gewährleisten. Kapitel vier geht daher auf den übergeordneten Schutzzweck und -gegenstand der markenrechtlichen Regelung ein. Die Akzente haben sich in der Rechtswissenschaft auch hier dahingehend verschoben, dass eine verstärkte Einbeziehung der tatsächlichen und theoretischen Vorgaben, die das wirtschaftliche und wirtschaftswissenschaftliche Agieren macht, angestrebt wird.

Die Ergebnisse des Arbeitsberichts sollen darüber hinaus die Weichen stellen für die weitere Forschung mit Fokus auf das Projektziel, ein neues, innovationstaugliches Markenrecht auszuarbeiten, das insbesondere den Gegebenheiten der Internetökonomie Rechnung trägt.

## 2 Perspektive der Disziplinen

Der interdisziplinäre Ansatz dieser Arbeit verlangt, die unterschiedliche Annäherung von Rechts- und Betriebswirtschaftslehre an die Marke vor Augen führt.

Für Juristen ist das Markengesetz (MarkenG) Dreh- und Angelpunkt für die Markenbetrachtung. Unter der Überschrift „Als Marke schutzfähige Zeichen“ lautet § 3 Abs. 1 MarkenG wie folgt:

*Als Marke können alle **Zeichen**, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen **geschützt** werden, die **geeignet** sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen **zu unterscheiden**.*

Aus dieser Vorschrift wird deutlich, dass das MarkenG beim Schutz des Markeninhabers ansetzt. Das einmal erworbene Markenrecht steht ihm ausschließlich zu und er kann andere von der Nutzung des fraglichen Zeichens abhalten bzw. Beeinträchtigungen verhindern (vgl. § 14 MarkenG). Mit einer Definition, die über den Schutzgedanken des Markenrechts hinaus geht, kann das Gesetz dagegen nicht aufwarten.

Dagegen wird in der Betriebswirtschaftslehre eine Flut von Definitionsansätzen diskutiert, die im Einzelnen sehr umstritten sind.<sup>5</sup> An dieser Stelle sollen nur vier Definitionen vorgestellt werden, die die Bandbreite der aktuell vertretenen Meinungen illustrieren:

*Marke ist ...*

- *für den potenziellen Käufer ein Erkennungszeichen.*<sup>6</sup>
- *ein Vorstellungsbild in den Köpfen der Konsumenten.*<sup>7</sup>
- *eine Bezeichnung für Leistungen, die neben einer unterscheidungsfähigen Markierung durch ein systematisches Absatzkonzept im Markt ein Qualitätsversprechen geben, dass eine dauerhaft werthaltige, nutzenstiftende Wirkung erzielt und bei der relevanten Zielgruppe in der Erfüllung der Kundenerwartungen einen nachhaltigen Erfolg am Markt realisiert bzw. realisieren kann.*<sup>8</sup>
- *ein Nutzenbündel mit spezifischen Merkmalen, die dafür sorgen, dass sich dieses Nutzenbündel gegenüber anderen Nutzenbündeln, welche dieselben Basisbedürfnisse erfüllen, aus Sicht der relevanten Zielgruppe nachhaltig differenziert.*<sup>9</sup>

Trotz der Unterschiede konzentrieren sich alle ökonomischen Definitionen auf den Nachfrager der mit der Marke gekennzeichneten Produkte. Er ist der Adressat der Marke bzw. des Marketings.

Während jedes unterscheidungskräftige Zeichen bereits durch den formalen Akt einer Eintragung ins Markenregister zur Marke im juristischen Sinne wird, verlangt die Betriebswirtschaftslehre dagegen eine entsprechende (positive) Wahrnehmung durch den Nachfrager. Es ist demnach der Rezipient, der entscheidet, ob eine Marke im juristischen Sinne auch eine Marke im ökonomischen Sinne ist. Diese nachfragerorientierte Sicht beruht auf dem Ziel unternehmerischen Handelns, dem Gegenstand der Betriebswirtschaftslehre: Letztlich soll die Marke zusätzliche Umsätze generieren. Dafür ist eine Auseinandersetzung mit der Wirkung der Marke beim Nachfrager unerlässlich.

Vereinfacht lässt sich sagen, dass die Rechtswissenschaft den Markenschutz und damit den Markeninhaber fokussiert, während die Ökonomen die Zusammenhänge zwischen der Marke

---

<sup>5</sup> So bemerkt Schenk bereits 1970 die „babylonische Sprachverwirrung“ bei der ökonomischen Markendefinition. Vgl. Schenk, Die leidige Markenware-Terminologie, S. 125.

<sup>6</sup> Übersetzt aus: Kapferer, La Marque: moteur de la competitivite des entreprises et de la croissance de l'economie.

<sup>7</sup> Meffert/ Burmann in Meffert/ Burmann/ Koers, Markenmanagement, S. 19.

<sup>8</sup> Bruhn/ GEM, Was ist eine Marke? – Aktualisierung der Markendefinition, S. 4.

<sup>9</sup> Burmann/ Blinda/ Nitschke, Konzeptionelle Grundlagen des identitätsbasierten Markenmanagements, S. 12.

bzw. einer bestimmten Markenpolitik und der Wirkung beim Nachfrager in Bezug auf den Absatz von Produkten untersuchen und damit den Nachfrager in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen stellen.

### 3 Markenrechtliche Funktionenlehre auf dem Prüfstand

#### 3.1 Bedeutung und Grundzüge der markenrechtlichen Funktionenlehre

Wie bereits in der Einleitung erläutert, wird die rechtliche Funktionenlehre als normenübergreifendes Konzept zur Bestimmung des markenrechtlichen Schutzbereiches herangezogen. Sie wird auch als eine spezialgesetzliche Spielart der teleologischen Auslegung umschrieben.<sup>10</sup> Sie soll also der Ermittlung des Sinns und Zwecks des MarkenG dienen. Die Markenfunktionen sind somit als Hilfe zur Auslegung des Markengesetzes zu interpretieren. Letztlich soll sich die Marke über die ihr zugeschriebenen Funktionen erklären und definieren.

Die entsprechenden Erkenntnisse sollen dann in die Auslegung konkreter markenrechtlicher Vorschriften einfließen. Dabei wird gefragt, welche Funktionen der Gesetzgeber geschützt wissen will. Dazu wird beispielsweise die Gesetzesbegründung<sup>11</sup> oder die entsprechende Richtlinie der EU<sup>12</sup>, die durch das MarkenG in deutsches Recht umgesetzt worden ist, herangezogen.

Wenn auch bereits zu Zeiten des Warenzeichengesetzes (WZG) eine Vielzahl sog. ökonomischer Markenfunktionen hinsichtlich ihrer Bedeutung für das Markenrecht diskutiert worden sind,<sup>13</sup> sollte nach Rechtsprechung<sup>14</sup> und überwiegender Literaturauffassung<sup>15</sup> ausschließlich die Herkunftsfunktion in den Genuss von gesetzlichem Schutz kommen. Die Marke wurde damit als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Unternehmen, nämlich

---

<sup>10</sup> Nägele, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 91 f.

<sup>11</sup> BT-Drs. 12/6581.

<sup>12</sup> Erste Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken vom 21. Dezember 1988, RL 89/104/EG.

<sup>13</sup> Umfassend dazu Henning-Bodewig/ Kur, Marke und Verbraucher, Bd. I; vgl. auch Sack, GRUR 1972, 402 ff., 445 ff.

<sup>14</sup> RG GRUR 1939, 852 – Original Zählerersatzteile; BGHZ 41, 84, 87 – Maja; BGHZ 42, 151, 155 – Rippenstreckmetall II; BGH GRUR 1965, 86, 88 – Schwarzer Kater; BGHZ 60, 185 – Cinzano.

<sup>15</sup> Siehe dazu Baumbach/ Hefermehl, WZG, Einl, Rn 17; Henning-Bodewig/ Kur, Marke und Verbraucher, Band I, S. 227 m.w.N.



dem des Zeicheninhabers, verstanden.<sup>16</sup> Sie soll dem Nachfrager also ermöglichen, Waren und Dienstleistungen nach ihrem betrieblichen Ursprung zu unterscheiden.<sup>17</sup>

Die Unterscheidungsfunktion (auch als Individualisierungs- oder Identifizierungsfunktion beschrieben) war daneben als sog. Grundfunktion der Marke anerkannt.<sup>18</sup> Darunter verstand man die Eignung zur Kennzeichnung und Identifizierung von Produkten.<sup>19</sup> Während ein Teil der Lehre<sup>20</sup> darin das Wesen der Marke sah, erkannten andere<sup>21</sup> bereits eine rechtlich geschützte Funktion der Unterscheidung an. Schließlich wurde auch vertreten, dass in der Unterscheidungsfunktion lediglich eine „fruchtbare“ Variante der Herkunftsfunktion läge.<sup>22</sup> Herkunfts- und Unterscheidungsfunktion sollten also eng miteinander verknüpft sein. Das Gesetz selbst, also § 1 Nr. 1 WZG, sprach von Unterscheidung, aber nicht von Herkunft. Letztlich wurden beide Begriffe im Lichte des jeweils anderen ausgelegt und teilweise auch die Terminologie „Herkunftsunterscheidungsfunktion“<sup>23</sup> verwendet. Gemeint ist damit, dass die Marke der Unterscheidung der betrieblichen Herkunft eines Produkts dienen soll.<sup>24</sup>

Die Herkunftsfunktion wird auch als das zentrale Element des aktuellen Markenrechts angesehen.<sup>25</sup> Seit Einführung des MarkenG von 1995 wird jedoch verstärkt die zusätzliche Aufnahme der ökonomischer Markenfunktionen in den Schutzbereich des MarkenG diskutiert.<sup>26</sup> Die Leitfrage wird dabei wie folgt formuliert: Welche ökonomischen Markenfunktionen sind auch rechtlich anerkannt und durch das Markenrecht geschützt?<sup>27</sup> Dabei werden z.B. die Ga-

---

<sup>16</sup> Sack, GRUR 1972, 402, 404.

<sup>17</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 37, Rn 1.

<sup>18</sup> Fezer, Markenrecht, Einl, Rn 30 m.w.N.

<sup>19</sup> Henning-Bodewig/ Kur, Marke und Verbraucher, Band I, S. 228.

<sup>20</sup> Etwa Troller, Immaterialgüterrecht, Bd I, S. 205 ff.

<sup>21</sup> Sack, GRUR 1972, 402, 445 (404f); Vanzetti, Funktion und Rechtsnatur der Marke, GRURAusl 1965, 128, 185 (133).

<sup>22</sup> Sambuc, WRP 2000, 985.

<sup>23</sup> Siehe Kunz-Hallstein, in FS 100 Jahre Marken-Amt, S. 147 (159); von Gamm, GRUR 1994, 775, 777.

<sup>24</sup> Wolf, Die Schutzschränke des § 23 MarkenG, Rn 385.

<sup>25</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 37, Rn 11.

<sup>26</sup> Siehe z. B. Kunz-Hallstein (1994), S. 147 ff.; Lehmann/Schönfeld GRUR 1994, 481, 481 ff.; Tilmann, ZHR 158 (1994), 317 ff.; Mangini, GRURInt 1996, 462, S. 462 ff.; Sambuc, WRP 2000, 985.

<sup>27</sup> Vgl. Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 37, Rn 4; Kunz-Hallstein, FS 100 Jahre Markenamt, München 1994, S. 147, 151 f.; Lehmann/ Schönfeld, GRUR 1994, 481, 488; Sack, GRUR 1972, 402, 403; Sambuc, WRP 2000, 985.

rantie-, Vertrauens-, Werbe-, Kommunikations-, Eigenwert-, Marktabschottungs-, oder Amortisierungsfunktion angeführt.<sup>28</sup>

In der Betriebswirtschaftslehre bzw. dem Marketing als relevanter Teildisziplin kommt die Erkenntnis, dass Marken gewisse Funktionen erfüllen, ab Mitte der 60er Jahre auf.<sup>29</sup> Hier beschreiben sie die *Nutzenpotenziale*, die Marken für Hersteller und Nachfrager besitzen. Die Funktionen, die die Marke für Nachfrager oder Inhaber erfüllen sollen, können somit als die Ursache für den Einsatz von Marken interpretiert werden.<sup>30</sup>

Den in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur vertretenen Funktionspluralismus greift Fezer in seiner These von der „rechtlichen Multifunktionalität der Marke“ auf.<sup>31</sup> Danach sollen alle ökonomischen Funktionen der Marke auf dem Markt auch gesetzlichen Schutz erfahren.<sup>32</sup> Diese Position ist jedoch ebenso umstritten<sup>33</sup> wie das Verhältnis von Unterscheidungs- und Herkunftsfunktion sowie die Bedeutung letzterer für das aktuelle Markenrecht.<sup>34</sup>

Schließlich wird die Funktionenlehre insgesamt auch mit der Begründung abgelehnt, sie weise lediglich einen deskriptiven, abstrakten Gehalt auf. Für die konkrete Auslegung markenrechtlicher Vorschriften habe sie keine praktische Relevanz, da sie die Funktionen nicht mit einzelnen Tatbeständen verknüpfe.<sup>35</sup>

Die aufgezeigten Problembereiche werden zum Anlass genommen, sowohl die Diskussion um eine ökonomisch geprägte Funktionenlehre als auch deren dogmatische Bedeutung für das Markenrecht insgesamt kritisch zu beleuchten. Folgende Fragen werden behandelt:

1. Wie sind die Markenfunktionen aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht definiert, wie werden sie theoretisch abgeleitet und welche Aspekte decken die jeweiligen Funktionen ab? (Kap. 3.2.2 und 3.2.3)

---

<sup>28</sup> Vgl. Fezer, Markenrecht, Einl, Rn 39 ff; Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 37, Rn 2 ff.; Ingerl/ Rohnke, MarkenG, Einl Rn 66; Sambuc, WRP 2000, 985, 986.

<sup>29</sup> Als wichtigste Vertreter sind *Angehrn*, Handelsmarken und Markenartikelindustrie, aus dem Jahre 1969 und *Hansen*, Der Markenartikel, aus dem Jahre 1970 zu nennen. Für einen aktuellen Überblick vgl. Koppelman in Bruhn, Handbuch Markenartikel, S. 371ff.

<sup>30</sup> Caspar/ Hecker/ Sabel, Markenrelevanz in der Unternehmensführung - Messung, Erklärung und empirische Befunde für B2B-Märkte, S. 3.

<sup>31</sup> Fezer, GRUR 2003, 457, 464.

<sup>32</sup> Fezer, GRUR 2003, 457, 464. Als so genannte „ökonomische Markenfunktionen“ werden z.B. die Garantie-, Vertrauens-, Werbe-, Kommunikations-, Eigenwert-, Marktabschottungs-, oder Amortisierungsfunktion angeführt und auf ihre Relevanz für die Auslegung des MarkenG hin untersucht.

<sup>33</sup> Vgl. z.B. Sambuc, WRP 2000, 985, 987 f.

<sup>34</sup> Statt vieler Tilmann, ZHR 158 (1994), 371, 380. Ausführlicher dazu im Folgenden Kap. 3.4.

<sup>35</sup> Ingerl/ Rohnke (2003), Einl MarkenG, Rn 67. Mehr dazu in Kap. 3.5.

2. Inwiefern stimmen diese ökonomischen Markenfunktionen mit den aktuell in der juristischen Literatur diskutierten Funktionen überein? Den Autorinnen ist keine juristische Quelle bekannt, in der die Markenfunktionen aus ökonomischer Sicht stringent abgeleitet und als Grundlage zur Systematisierung genutzt werden. Zudem sind die die ökonomischen Markenfunktionen darstellenden meistens fachfremde Juristen. Beide Punkte lassen Inkongruenzen vermuten. (Kap. 3.3)
3. Welche Markenfunktionen, die sich aus dem Abgleich der „tatsächlich-ökonomischen“ mit den „juristisch-ökonomischen“ herausbilden, lassen sich auch im MarkenG wieder finden? (Kap. 3.4)
4. Welchen Einfluss hat die Funktionenlehre auf den Schutzbereich des MarkenG und wie ist sie insgesamt zu beurteilen? (Kap. 3.5)

### 3.2 Markenfunktionen im Marketing

Nach *Kaas* existieren in der Marketingforschung drei die Forschung prägende Paradigmen: Es sind dies das neo-institutionelle und das neo-klassische Paradigma, welche beide der Mikroökonomie und damit den Volkswirtschaften<sup>36</sup> zuzurechnen sind, sowie das neo-behavioristische Paradigma, welches zu den verhaltenswissenschaftlichen Ansätzen zählt.

Die Mikroökonomie untersucht das „Verhalten der einzelnen wirtschaftlichen Akteure (Wirtschaftssubjekte) und ... [die] Aggregation ihrer Handlungen bei unterschiedlichen institutionellen Rahmenbedingungen“<sup>37</sup>. Dabei besteht die größte Differenz zwischen den beiden volkswirtschaftlichen Paradigmen darin, dass der neo-klassische Ansatz von einem vollkommenen Informationsstand der Akteure und damit rationalem Verhalten ausgeht, während der neo-institutionelle Ansatz auf der Prämisse unvollkommener Informationen und nur beschränkter Rationalität basiert.<sup>38</sup> Der interdisziplinäre neo-behavioristische Ansatz, der fast allen Fragen der Konsumentenforschung zugrunde liegt, hingegen folgt dem Verhaltensmodell, dass Stimuli (z.B. eine Werbeanzeige) durch Rezipienten (z.B. einen potentiellen Käufer) aufgenommen werden, wobei „intervenierende Prozesse und Variablen (wie Informationsverarbeitung oder Einstellungen)“<sup>39</sup> wirken und dies zu Reaktionen (z. B. Kauf oder Nichtkauf) der Rezipienten führt.

---

<sup>36</sup> Vgl. zu den verschiedenen Theorien sowie der Möglichkeit eines theoriepluralistischen Vorgehens Franke in Backhaus, *Deutschsprachige Marketingforschung*, S. 190 und Kaas in Backhaus, *Deutschsprachige Marketingforschung*, S. 60ff.

<sup>37</sup> Kreps, *Mikroökonomische Theorie*, S.1.

<sup>38</sup> Kaas in: Backhaus, *Deutschsprachige Marketingforschung*, S. 63ff.

<sup>39</sup> Kaas in: Backhaus, *Deutschsprachige Marketingforschung*, S. 64.

In der Marketingliteratur werden die Markenfunktionen in einem theoriepluralistischen Vorgehen sowohl über den neo-institutionellen als auch über den neo-behavioristischen Ansatz abgeleitet. Dabei basiert die neo-institutionelle Ableitung primär auf den Überlegungen der Informationsökonomik und der Transaktionskostentheorie, während die neo-behavioristische Ableitung auf der Dissonanztheorie und dem Selbstkonzept beruht. Die Grundgedanken dieser Theorien werden in den Kap. 3.2.2 und 3.2.3 jeweils kurz dargestellt. Vgl. zu den verschiedenen Forschungsansätzen die folgende Tabelle:

Disziplin	Für die Marketingforschung relevante Paradigmen	Untersuchungsziel	Für die Ableitung der Markenfunktionen relevante Teiltheorien
Volkswirtschaften: <i>Mikroökonomie</i>	neo-klassisch	Entscheidung Einzelner bei <i>vollständigen</i> Informationen	-----
	neo-institutionell (Neue Institutionenökonomik)	Entscheidung Einzelner bei <i>unvollständiger</i> Informationen	Informationsökonomik Transaktionskostentheorie
Psychologie, Soziologie, Verhaltensbiologie u. a.: Verhaltenswissenschaften	neo-behavioristisch	Reaktionen von Individuen auf Stimuli	Dissonanztheorie Selbstkonzept

Tab. 1: Für die Marketingforschung und die Ableitung der ökonomischen Markenfunktionen relevante Paradigmen (eigene Darstellung in Anlehnung an Kaas in Backhaus, *Deutschsprachige Marketingforschung*, S. 55ff. und Kranz, *Die Relevanz der Unternehmensmarke*, S. 31ff.)

### 3.2.1 Trennung von Markenzielen und -funktionen

In der ökonomischen Literatur werden Markenfunktionen zum Teil für verschiedene Anspruchsgruppen beschrieben, nämlich unternehmens(hersteller- und händler-)bezogene<sup>40</sup>, nachfragerbezogene<sup>41</sup> sowie mitarbeiter- und shareholderbezogene Markenfunktionen<sup>42</sup>. Eine

<sup>40</sup> Für einen Überblick über die in der Literatur beschriebenen hersteller- und händlerorientierten Markenfunktionen vgl. Bruhn in: Bruhn, *Handbuch Markenartikel*, S. 28 f.

<sup>41</sup> Für einen Überblick über die in der Literatur beschriebenen nachfragerorientierten Markenfunktionen vgl. Backhaus/ Sabel in Backhaus/ Voeth, *Handbuch Industriegütermarketing*, S. 787.

<sup>42</sup> Für einen Überblick in der Literatur beschriebenen mitarbeiter- und shareholderorientierten Markenfunktionen vgl. Kranz, *Die Relevanz der Unternehmensmarke*, S. 31ff.

solche Trennung, die auch in der ökonomischen Literatur umstritten ist,<sup>43</sup> kennt die juristische Literatur nicht. Daher wird im Folgenden zunächst kurz der Unterschied zwischen Markenzielen und -funktionen erklärt.

Grundsätzlich wird ein Unternehmen dann Markenpolitik betreiben, wenn der Einsatz dem Unternehmensziel, das in der langfristigen Generierung von Gewinnen besteht, förderlich ist. Das Unternehmen verspricht sich vom Markeneinsatz also einen positiven, monetär messbaren Effekt bezogen auf das Unternehmensergebnis.<sup>44</sup> Da der Aufbau einer Marke mit hohen Investitionen verbunden ist,<sup>45</sup> lohnt sich der Einsatz für das Unternehmen nur dann, wenn aufgrund der Marke in einem höheren Maße Zusatzumsätze bzw. -gewinne erzielt werden. Diese positiven Effekte für das Unternehmen sind damit die *Markenziele*, die das jeweilige Unternehmen mit dem Einsatz von Markenpolitik erreichen will.

Diese Ziele werden allerdings nur erreicht, wenn Marken für den Nachfrager als Hauptrezipienten<sup>46</sup> „einen relevanten Faktor im Kaufentscheidungsprozess spielen, d.h. Einfluss auf das Kaufverhalten ausüben“<sup>47</sup>. Denn ohne die Existenz eines Beeinflussungspotenzials sind keine markenevozierten Käufe zu erwarten. Damit dies geschieht, braucht der Nachfrager einen Anreiz, die Marke in seinen Kaufüberlegungen mit einzubeziehen. Dieser Anreiz besteht darin, dass die Marke dem Nachfrager einen zusätzlichen Nutzen stiftet, indem sie für ihn gewisse Funktionen erfüllt, z.B. indem sie ihn in seiner Kaufentscheidung entlastet. Die Erfüllung der *Markenfunktionen* ist somit die *conditio sine qua non* für den Einsatz von Markenpolitik.

Die folgende Abbildung fasst die Überlegungen zur Trennung von Markenzielen und -funktionen zusammen:

---

<sup>43</sup> Vgl. Kranz, Die Relevanz der Unternehmensmarke, S. 35f.

<sup>44</sup> Caspar/ Hecker/ Sabel, Markenrelevanz in der Unternehmensführung, S. 2ff.

<sup>45</sup> Vgl. Kap. 4.4.

<sup>46</sup> Weitere Rezipienten der Marke können vor allem bei so genannten Unternehmensmarken z.B. auch Shareholder oder Mitarbeiter sein, vgl. Bierwirth, Die Führung der Unternehmensmarke, S. 30ff. Diese Rezipientengruppen sind allerdings weniger relevant, vgl. Stippel, absatzwirtschaft 1998, 14, 15.

<sup>47</sup> Caspar/ Hecker/ Sabel, Markenrelevanz in der Unternehmensführung, S. 4.

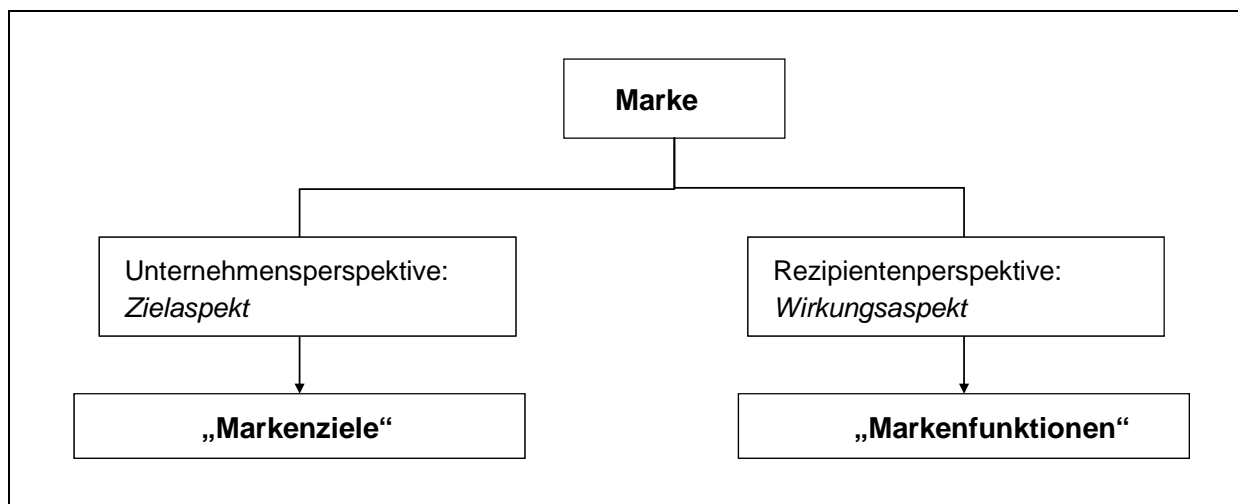


Abb. 1: Trennung von Markenzielen und Markenfunktionen, Quelle: Kranz, *Die Relevanz der Unternehmensmarke*, S. 36.

Wie bereits erwähnt, wird in der ökonomischen Literatur auch die Ansicht vertreten, die Markenziele als unternehmensbezogene Markenfunktionen zu definieren.<sup>48</sup> Dabei wird allerdings die Trennung zwischen Ziel und Wirkung vernachlässigt.<sup>49</sup> Hierauf beruht auch das erste interdisziplinäre Missverständnis, da in der juristischen Literatur diese beiden Ebenen vermischt werden.<sup>50</sup> So werden z.B. die Werbefunktion, die sich aus einer unternehmensbezogenen Markenzielsicht ergibt, und die Qualitätsfunktion, die sich aus der Nachfragerperspektive ableitet, gleichwertig nebeneinander gestellt.<sup>51</sup>

Da die juristische Sichtweise jedoch den Schutz des Markeninhabers fokussiert<sup>52</sup>, sollen auch die *Markenziele* kurz explizit dargestellt werden. Bei den in der Literatur genannten Markenziele, oftmals deklariert als unternehmensbezogene Markenfunktionen gegenüber den Nachfragern, fällt trotz verschiedener Benennungen auf, dass es sich im Wesentlichen um drei Markenziele handelt<sup>53</sup>:

<sup>48</sup> Vgl. z.B. Koppelmann in Bruhn, *Handbuch Markenartikel*, S. 371ff. oder Bruhn in Bruhn, *Handbuch Markenartikel*, S. 3ff.

<sup>49</sup> Vgl. Kranz, *Die Relevanz der Unternehmensmarke*, S. 34ff.

<sup>50</sup> Vgl. Kap. 3.3.

<sup>51</sup> Vgl. z. B. Nägele, *Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht*.

<sup>52</sup> Vgl. Kap. 2.

<sup>53</sup> Die Tabelle betrachtet nicht die Funktionen der Marke, die dem Inhaber Vorteile gegenüber dem Handel (verbesserte Verhandlungsposition oder bessere Akzeptanz) oder bei internen Planungsproblemen (z. B. stetigere Produktionsplanung) zur Verfügung stehen, da diese nicht den Schutzbereich des MarkenG tangieren. Vgl. z. B. Esch, *Strategie und Technik der Markenführung* S. 10ff.

Vertreter	Verbesserung der Einstellung (Bekanntheit/Differenzierung/ Positionierung/ Markenimage)	Absatzförderung/ Kundenbindung	Programmdifferenzierung
Thurm (1999)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Konkurrenzdifferenzierung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Absatzförderung</li> <li>• Kundenbindung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Programmdifferenzierung</li> </ul>
Esch (2001)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Differenzierung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Schutz vor Krisen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Plattform für neue Produkte</li> </ul>
Bruhn <sup>54</sup> (2004)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Awareness</li> <li>• Kommunikation</li> <li>• Profilierung ggü. Konkurrenz</li> <li>• Image</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Rendite</li> <li>• Absatzförderung</li> <li>• Stabilisierung</li> </ul>	
Koppelman (2004)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Awareness</li> <li>• Image und –konstanz</li> <li>• Konkurrenzprofilierung</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Programmdifferenzierung</li> </ul>

Tab. 2.: Vergleich der Aspekte der Markenziele bzw. unternehmensbezogenen Markenfunktionen bei ausgewählten Autoren

Es lassen sich mittelbare und unmittelbare Ziele unterscheiden. Das unmittelbare Ziel ist in einer *Verbesserung der Einstellung* der Nachfrager gegenüber der Marke zu sehen. Dabei wird Einstellung definiert als „die innere Bereitschaft (Prädisposition) eines Individuums [hier: eines Nachfragers, Anm.d.Verf.], auf bestimmte Stimuli der Umwelt [hier: der Marke, Anm.d.Verf.] konsistent positiv oder negativ zu reagieren“<sup>55</sup>. Eine bessere Prädisposition steigert die Chance auf den Kauf bzw. Wiederkauf der Leistung, die das Oberziel jedes unternehmerischen Handelns darstellen. Für die unmittelbaren Markenziele werden verschiedene Aspekte in der ökonomischen Literatur genannt. Im Weiteren sollen in Anlehnung an *Keller* drei Dimensionen der Einstellung angesprochen werden: Die Marke soll für den Nachfrager präsender (Ziel: Bekanntheit steigern), einzigartigartiger (Ziel: größere Differenzierung, klare Positionierung) und sympathischer (Ziel: positives Markenimage) als Konkurrenzangebote sein.<sup>56</sup> Die verbesserte Einstellung ist jedoch nur die Grundlage für das eigentlich intendierte Ziel einer Verhaltenssteuerung, nämlich Kauf und/oder Wiederkauf. Die mittelbaren Ziele der Markenpolitik lassen sich deshalb mit *Absatzförderung* und *Kundenbindung* beschreiben.<sup>57</sup> Sollte ein Unternehmen mehr als eine Marke in einem Markt anbieten, ist durch den Einsatz

<sup>54</sup> Zudem nennt Bruhn noch explizit eine Schutzfunktion gegenüber dem Wettbewerber durch das Markenrecht, vgl. Bruhn in Bruhn, Handbuch Markenführung, S. 29.

<sup>55</sup> Meffert, Marketing, S. 118.

<sup>56</sup> Vgl. hierzu den Brand Equity-Ansatz von Keller, Building String Customer-Based Brand Equity, S. 1ff.

<sup>57</sup> Vgl. z. B. Bruhn in Bruhn, Handbuch Markenartikel, S. 3ff.

von Markenpolitik zusätzlich eine *Programmdifferenzierung* möglich, die das Abgreifen unterschiedlicher Zahlungsbereitschaften durch die differenzierte Positionierung der Marken ermöglicht, wie dies z. B. bei *Henkel* im Waschmittelmarkt mit den Marken *Persil* und *Spee* der Fall ist.

Die Literatur, die sich mit den *Markenfunktionen* i.e.S., also den nachfragerbezogenen Markenfunktionen beschäftigt, ist umfangreicher: Die folgende Tabelle zeigt die verschiedenen Vertreter, die sich zu unterschiedlichen Zeiten mit den Markenfunktionen beschäftigt haben. Dabei erschließt sich bei einem Vergleich der in der Literatur genannten Aspekte, dass eine Zusammenführung der Aspekte auf wenige Kernfunktionen möglich und sinnvoll ist.<sup>58</sup> Diese drei Kernfunktionen werden im Folgenden theoretisch abgeleitet und ihre einzelnen Aspekte dargelegt.

Vertreter	Informationseffizienz	Risikoreduktion	Ideeller Nutzen
Berekoven (1978)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Erkennung</li> <li>• Unterscheidung</li> <li>• Wiedererkennung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Konstanz</li> </ul>	
Hätty (1989)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Identifikation</li> <li>• Individualisierung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Vertrauen/Sicherheit</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Nutzen</li> </ul>
Kapferer (1989)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Identifikation</li> <li>• Vereinfachung Auswahl</li> <li>• Produktmarkierung (Positionierung)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• (Qualitäts-) Garantie</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Personalisierung des Angebots</li> <li>• Erlebniswert</li> <li>• Selbstbestätigung</li> </ul>
Aaker (1992)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Identifikation</li> <li>• Informationsvermittlung</li> <li>• Komplexitätsreduktion/Entlastung</li> <li>• Entscheidungsunterstützung</li> <li>• Beschaffungsvereinfachung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Qualitätsgarantie</li> <li>• Risikoreduktion</li> <li>• Sicherheit und Vertrauen</li> <li>• Entscheidungsunterstützung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Zusatznutzen</li> <li>• Befriedigung bestimmter emotionaler Bedürfnisse von Entscheidern</li> </ul>
Bruhn (1994)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Orientierung</li> <li>• Identifikation/Information</li> <li>• Entlastung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Qualitätssicherung</li> <li>• Risikominderung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prestige (Exklusivitätssignal)</li> </ul>

<sup>58</sup> Caspar/ Hecker/ Sabel, Markenrelevanz in der Unternehmensführung, S. 11ff. Derselben Einteilung folgen auch Fischer/ Hieronimus/ Kranz, Markenrelevanz in der Unternehmensführung - Messung, Erklärung und empirische Befunde für B2C-Märkte; Kranz, Die Relevanz der Unternehmensmarke; Voeth/ Rabe in Bruhn, Handbuch Markenartikel; Backhaus/ Sabel in Backhaus/ Voeth, Handbuch Industriegütermarketing; Willroth, Markenkompetenz sowie Totz, Interaktionsorientierte Markenführung.



Vertreter	Informationseffizienz	Risikoreduktion	Ideeller Nutzen
Koppelman (2004)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Wiedererkennung (Orientierung)</li> <li>• Rationalisierung</li> <li>• Produktidentifikation</li> <li>• Wiederverkauf</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Risikoreduktion</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Emotionalisierung</li> <li>• Identifikation mit Produkt</li> <li>• Demonstration</li> </ul>
Rüschchen (1994)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sich „zurechtfinden“</li> <li>• „Auf bewährte Produkte“ „zurückgreifen“</li> <li>• Verfügbarkeit</li> <li>• „Stütze“ „bei Erstkäufen“</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• „auf Qualität“ „verlassen“</li> <li>• „Sicherheit der Erzeugnisse“</li> <li>• „Verbraucherschutz“</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• „Emotionale Funktionen“</li> <li>• „Lebensstil ausdrücken“</li> <li>• „Prestige verleihen“</li> <li>• „Faszination“</li> <li>• „Zusatznutzen“</li> </ul>
Thurm (2000)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Wiedererkennung (Orientierung)</li> <li>• Identifikation</li> <li>• Rationalisierung</li> <li>• Beschleunigung</li> <li>• Wiederkauf</li> <li>• Routinisierung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Schutz/Sicherheit</li> <li>• Garantie</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Demonstration</li> <li>• Emotionalisierung</li> </ul>
Kemper (2000)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Identifikation/ Differenzierung</li> <li>• Herkunft</li> <li>• Werbung/ Kommunikation</li> <li>• Entlastung (Ordnung/ Rationalisierung)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Garantie bzw. Vertrauen (auch Güte/Qualität)</li> </ul>	
Esch (2003)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Orientierung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Vertrauen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Emotionaler Anker</li> <li>• Vermitteln von Wertvorstellungen</li> <li>• Gruppenintegration</li> </ul>

Tab. 3.: Vergleich der Aspekte nachfragerbezogener Markenfunktionen bei verschiedenen Autoren (Quelle: in Anlehnung an Caspar/ Hecker/ Sabel, Markenrelevanz in der Unternehmensführung, S. 11).

### 3.2.2 Mikroökonomische Ableitung der Markenfunktionen

In der juristisch-ökonomischen Markenfunktionsliteratur finden sich immer wieder Verweise auf die Informationsökonomik.<sup>59</sup> Daher wird die Ableitung der Markenfunktionen zunächst innerhalb dieses Forschungsansatzes beschrieben.

Die Informationsökonomik als Teilgebiet der *Neuen Institutionenökonomik*<sup>60</sup> ist durch die Prämisse unvollkommener Informationen im Markt gekennzeichnet. Durch ihre **Signaleigenschaft** können Marken Informationen der informierten Marktseite, hier des Markeninhabers, an die schlechter informierte Seite der Nachfrager vermitteln.<sup>61</sup>

Die *Informationsökonomik* untersucht unter der Annahme von Informationskosten, welchen Einfluss verschiedene Informationskonstellationen auf diese haben.<sup>62</sup> Demnach handelt sich um transaktionsspezifische Betrachtungen; die einzelne Transaktion steht im Mittelpunkt der Überlegungen. Die Informationsökonomik geht dabei von einer eigenen Leistungskategorisierung aus<sup>63</sup>, wobei drei verschiedene Arten von gesuchten Leistungseigenschaften unterschieden werden. Es existieren Such-, Erfahrungs- und Vertrauenseigenschaften, die sich durch ihre Überprüfbarkeit differenzieren:

Informationsart	Eigenschaftsüberprüfung möglich		Beispiel
	VOR dem Kauf	NACH dem Kauf	
Sucheigenschaft	ja	ja	Fettgehalt einer Margarine
Erfahrungseigenschaft	nein	ja	Geschmack eines Bieres
Vertrauenseigenschaft	nein	nein	Diagnose eines Arztes

Tab. 4: Leistungskategorisierung der Informationsökonomik

Während Sucheigenschaften bereits vor dem Kauf überprüfbar sind und somit sichere Informationen darstellen, ist dies bei Erfahrungseigenschaften erst nach dem Kauf möglich. Ver-

<sup>59</sup> Vgl. z.B. Lehmann/ Schönfeld, GRUR 1994, 481 ff. (explizite Erwähnung); Beier/ Krieger GRURInt 1976, 125 ff. (impliziter Rückgriff ohne besondere Erwähnung); Tab. 1 in Kap. 3.2.

<sup>60</sup> Diese Einordnung ist in der Literatur nicht ganz unumstritten, wird aber mehrheitlich unterstützt, vgl. z.B. Picot, Ökonomische Theorien der Organisation, S. 143ff.

<sup>61</sup> Kranz, Die Relevanz der Unternehmensmarke, S. 30.

<sup>62</sup> Dörtelmann, Marke und Markenführung – eine institutionentheoretische Analyse, S. 60 und Kranz, Die Relevanz der Unternehmensmarke, S. 30.

<sup>63</sup> Weiber/ Adler, ZfbF 1995, S. 43ff.

trauenseigenschaften hingegen sind auch nach dem Kauf nicht sicher einschätzbar. Die Marke kann je nachdem, welche Eigenschaftsart bei einer Leistung hauptsächlich vorliegt, zwei verschiedene Funktionen erfüllen.

### **Risikoreduktion bei Vorliegen von Erfahrungs- und Vertrauenseigenschaften<sup>64</sup>**

Soll eine Leistung, die mehrheitlich aus Erfahrungs- und/oder Vertrauenseigenschaften besteht, beschafft werden, ist der Kauf mit einer gewissen Unsicherheit des Nachfragers verbunden. Je schlechter die Summe der Eigenschaften einer Leistung überprüfbar ist, desto größer ist dabei die Unsicherheit des Nachfragers im Kaufprozess. In diesem Fall kann das Signal Marke das mit der Unsicherheit verbundene *Risiko reduzieren*:

Die Unsicherheit beruht auf dem Fehlen bewertbarer, d.h. überprüfbarer Informationen zur Einschätzung der Leistung. Das Signal Marke kann als Surrogat dieser Informationen dienen. Voraussetzung dafür ist, dass das Signal glaubhaft ist. Ist die Markeninformation glaubhaft, nehmen die durch sie vermittelten Erfahrungs- und Vertrauenseigenschaften für den Nachfrager Suchcharakter an und senken so die Unsicherheit bzw. das Kaufrisiko.

Die notwendige Glaubhaftigkeit erreicht die Marke durch eine hohe **Reputation<sup>65</sup>**, für deren Aufbau der Markeninhaber investieren muß.<sup>66</sup> Informationsökonomisch stellen diese Investitionen eine Form der **Selbstbindung** dar: Denn die Investitionen (z. B. ein Werbespot) sind an die Marke gebunden und somit im neo-institutionellen Sinne als **spezifische Investition** zu bezeichnen. „Spezifisches Kapital verliert einen Teil seines Wertes oder seinen ganzen Wert, wenn das Unternehmen den Markt verlässt, da dieses Kapital in anderen Betätigungsfeldern nicht zu verwenden ist.“<sup>67</sup>

Die mit den Investitionen aufgebaute Reputation, die durch die wiederholte Vermittlung von Informationen gewährleistet wird, versichert dem Nachfrager u. a. eine gute und konstante Qualität. Das Versprechen ist für den Nachfrager glaubhaft, weil der Markeninhaber durch die Spezifität der Investitionen an seine Aussagen gebunden ist. Sollte er die von ihm gebildeten Erwartungen nicht erfüllen, muss er mit einer Bestrafung durch den Nachfrager und einem Verlust seiner Reputation rechnen<sup>68</sup>, deren Wiederaufbau ihn ungleich mehr kosten würde,<sup>69</sup>

---

<sup>64</sup> Vgl. Tab. 4.

<sup>65</sup> Albach, Vertrauen in der ökonomischen Theorie, S. 2ff.

<sup>66</sup> So fallen neben den Kosten der Markenmeldung weitere Kosten z. B. für das Markendesign, die Verkaufspräsentation und Werbung in verschiedenen Medien an, vgl. Kap. 4.4.

<sup>67</sup> Vgl. Schmidt/ Eßler in Dichtl/ Eggert, Marke und Markenartikel, S. 55. Die Investitionen sind also an das Investitionsobjekt – hier die Marke – gebunden.

<sup>68</sup> Die dargestellte Wirkungskette ist idealtypisch. Sie gilt z. B. nicht, wenn die Nachfrager nicht miteinander kommunizieren können, die Leistung so individuell ist, dass ein Vergleich nicht möglich ist oder die Wiederkauftrate einen so hohen Zeitraum umfasst, dass Nachfrager beim Wiederkauf einen Teil der Erfahrungen ver-

weshalb zu vermuten ist, dass er den Verlust vermeiden möchte. Diese Sanktionsmechanismen der Nachfrager können z. B. in Form von dem Verlust weiterer Einnahmen durch Kaufverzicht und schlechter Mund-zu-Mund-Propaganda entstehen. Die Investitionen in die Marke wirkt demnach glaubhaft wie eine „Geisel in den Händen der Wahrnehmenden und damit als Sicherheitskomponente in Transaktionsbeziehungen“<sup>70</sup>. *So kann die Marke das kaufbezogene Risiko reduzieren.*

### **Informationseffizienz bei Vorliegen von Sucheigenschaften<sup>71</sup>**

Soll eine Leistung, die mehrheitlich oder gänzlich aus Sucheigenschaften besteht, beschafft werden, spielt die Marke als Surrogat für unsichere Informationen keine große Rolle. In diesem Fall kann sie jedoch eine andere Funktion übernehmen. Die Bewertung des Signals Marke hat im Vergleich zur Recherche anderer überprüfbarer Informationen den Vorteil, dass sie als Informationssurrogat für die Schlüsselinformationen einer Leistung dient. Durch diesen zeitlichen Gewinn im Vergleich zum Rechercheaufwand für die Vielzahl an möglichen überprüfbaren Aspekten mindert die Marke die Informationskosten und somit den Transaktionsaufwand. *Die Informationsverarbeitung ist effizienter.*

### **3.2.3 Verhaltenswissenschaftliche Ableitung der Markenfunktionen**

Die beiden im vorigen Kapitel dargestellten Funktionen „Informationseffizienz“ und „Risiko-reduktion“ lassen sich nicht nur über den neo-institutionellen Ansatz der Mikroökonomie, sondern auch über das *neo-behavioristische* Paradigma der interdisziplinär angelegten Verhaltenswissenschaften, die menschliches Verhalten unter Zuhilfenahme psychologischer Erkenntnisse analysieren, ableiten.

### **Effizienz der kognitiven Informationsverarbeitung**

Die Verhaltenswissenschaften gehen davon aus, dass ein Individuum i. d. R. nicht alle zur Verfügung stehenden Informationen nutzen kann. Deshalb geht es bei der Informationsaufnahme und -verarbeitung selektiv vor, und versucht, den Aufwand derselben möglichst zu minimieren, weshalb auch vom „kognitiven Geizhals“ gesprochen wird.<sup>72</sup> Ein Nachfrager „ordnet“ einzelne Kognitionen im Gehirn derart an, dass bei Wiederaufrufen der Kognitionen

---

gessen haben und die Entscheidungssituation durch neue Anbieter am Marke gänzlich neu bewertet werden muss, vgl. Schmidt/ Eßler in Dichtl/ Eggert, Marke und Markenartikel, S. 52ff.

<sup>69</sup> Diese Kosten werden in der Informationsökonomik als „Exogenous costs“ bezeichnet. Vgl. Tunder, Der Transaktionswert der Hersteller-Handel-Beziehung, S. 172.

<sup>70</sup> Kaas in Backhaus, Deutschsprachige Marketingforschung, S. 545.

<sup>71</sup> Vgl. Tab. 4.

<sup>72</sup> Vgl. Kahnemann/ Slovic/ Tversky, Judgement under Uncertainty.

eine gebündelte Information für die Vielzahl an Einzeleindrücken steht. Ein solches effizienzsteigerndes Informationsbündel ist die Marke. Wegen ihrer Bündelungseigenschaft wird sie auch als „**chunk information**“<sup>73</sup> bezeichnet. Der Nachfrager speichert alle für ihn relevanten Assoziationen, die er z. B. in Bezug auf die Eigenschaften und Positionierung der Leistung hat, in der gebündelt bewerteten Information Marke. Nach *Esch* ist die Marke damit "Kulminationspunkt aller Informationen, die ein Konsument über ein bestimmtes Produkt speichert"<sup>74</sup>. So muss der Nachfrager bei der Alternativenselektion zur Kaufentscheidung eine Bewertung nicht auf der Ebene von Einzelinformationen durchführen, sondern kann auf der aggregierten Ebene des Informationsbündels Marke entscheiden<sup>75</sup> und so den Entscheidungsprozeß effizienter gestalten.

Durch diese Interpretation kann der Nachfrager dank der ökonomischen Markenfunktion „Informationseffizienz“:

- die Marke unter vielen Angeboten *schneller finden* (z. B. bei Internetanbietern) und sich so schneller *orientieren*,<sup>76</sup>
- die Marke schneller *wiedererkennen* (z. B. bei Zigaretten),<sup>77</sup>
- sich schneller mit anderen am Entscheidungsprozeß Beteiligten (z. B. beim Autokauf mit Partner und Familie) *beratschlagen*,<sup>78</sup>
- die *Herkunft* der Marke schneller erkennen.<sup>79</sup> Dieser Herkunftsaspekt bezieht sich dabei auf verschiedene Bezugsanker: So können z.B. der Hersteller (z. B. die Volkswagen AG beim Automobil Škoda Oktavia) oder das Herkunftsland (z. B. bei französischen Kosmetika oder deutschen Autos) als Bezugsanker gelten.

---

<sup>73</sup> Jacoby/ Szybillo/ Schach, Journal of Consumer Research 1977, S. 209ff.

<sup>74</sup> Esch/ Tomczak et al., Corporate Brand Management, S. 8.

<sup>75</sup> Caspar, Medienmarken, S. 110f.

<sup>76</sup> Hague/ Jackson, The power of Industrial brands, S. 57.

<sup>77</sup> Henning-Bodewig/ Kur, Marke und Verbraucher Bd. 1, S. 327.

<sup>78</sup> Merbold, Markenartikel 1995, 414, 414f.

<sup>79</sup> Damm in Backhaus/ Droege/ Weiber, Strategien für Investitionsgütermärkte, S. 39.

### Reduktion des wahrgenommenen Risikos

Auch verhaltenswissenschaftlich lässt sich die qualitäts-signalisierende Wirkung der Marke als risikoreduzierendes Instrument<sup>80</sup> nachweisen. In den Verhaltenswissenschaften bezieht sich die Funktion auf das „wahrgenommene Risiko“<sup>81</sup>, also das vom Nachfrager gefühlte Ausmaß an Risiko, das durchaus bei derselben Entscheidungssituation von zwei Käufern unterschiedlich hoch bewertet werden kann. Grundgedanke ist, dass ab einer gewissen Höhe des wahrgenommenen Risikos vom Nachfrager Risikoreduktionsstrategien ergriffen werden. Dabei kann die Marke in allen der in den Verhaltenswissenschaften diskutierten Strategien helfend eingreifen. Diese Strategien sind:

- Erhöhung der Nutzung von Informationsquellen (wie z. B. die Marke eine ist),
- spezifische Alternativenselektion (z.B. durch Einsatz der Marke als Entscheidungskriterium)

und

- Rückgriff auf vergangenes Verhalten (z.B. durch Besinnen auf die Teile der Markenassoziationen, die Erfahrungen widerspiegeln).<sup>82</sup>

Bezogen auf die letzte Risikoreduktionsstrategie bieten die Verhaltenswissenschaften mit der gleichgewichtsorientierten Theorie der „kognitiven Dissonanzen“ nach *Festinger* einen weiteren Erklärungsansatz.<sup>83</sup> Die wichtigste Strategie ist die Vermeidung der genannten Dissonanzen, definiert als unangenehm empfundene Zustände, die aus widersprüchlichen Erfahrungen und Einstellungen zu einem Gegenstand resultieren. Auch hier kann der Rückgriff auf eine bekannte und positiv bewertete Marke helfen.<sup>84</sup>

Die Marke ist dabei in der Lage, unterschiedliche Aspekte des (wahrgenommenen) Risikos abzudecken:

- Die Marke reduziert das *Risiko von finanziellen Einbußen* (z. B. bei der Wahl eines Reiseanbieters) bei gravierenden Qualitätsnachteilen, die eine Leistungsnutzung unmöglich machen.

---

<sup>80</sup> Domizlaff, Die Gewinnung des öffentlichen Vertrauens.

<sup>81</sup> Zum Begriff vgl. Boholm, *Journal of Risk Research* 1998, 135, 135 f. und zum Zusammenhang Marke und Risiko Bauer in Cox, *Risk Taking and Information Handling in Consumer Behavior*, S.23ff.

<sup>82</sup> Kranz, Die Relevanz der Unternehmensmarke, S. 61.

<sup>83</sup> Festinger, Theorie der kognitiven Dissonanz.

<sup>84</sup> Kranz, Die Relevanz der Unternehmensmarke, S. 61 ff.

- Die Marke schafft *Vertrauen in die Erfüllung von Qualitätsversprechen* (z. B. bei Zigaretten).
- Die Marke zeugt von *qualitativer Kontinuität* durch die Vorhersagbarkeit des Produktnutzens (z. B. bei Automobilen, deren Kauf eine längerfristige Nutzung implizieren).

### Stiftung eines ideellen Nutzens

Die letzte zu diskutierende Markenfunktion lässt sich als „Ideelle Nutzenfunktion“<sup>85</sup> bezeichnen.<sup>86</sup> Sie erklärt die Frage, warum sich viele Märkte finden lassen, „auf denen der Preisunterschied zwischen Markenartikeln und Produkten ohne Markennamen so groß ist, dass Qualitätsunterschiede und die Minderung des damit verbundenen Qualitätsrisikos [durch die Marke, Anm. d. V.] diesen nicht mehr erklären können“<sup>87</sup>, wie dies z. B. bei Automobilen, Uhren oder Sonnenbrillen der Fall ist.<sup>88</sup>

Diese Funktion basiert auf der Tatsache, dass Marken inzwischen nicht mehr nur für ein Qualitätsversprechen stehen, sondern auch ein gewisses „Image“ bzw. eine „Markenpersönlichkeit“<sup>89</sup>, also eine gewisse Positionierung (z. B. besonders sportlich, elegant, luxuriös, ökologisch, technisch, neophil, ästhetisch, etc.) hinsichtlich kaufrelevanter Dimensionen haben. Diese Positionierung ist Teil der Assoziationen, die ein Nachfrager mit der Marke hat.<sup>90</sup>

Verhaltenswissenschaftlich lässt sich die Funktion durch das so genannte *Selbstkonzept*<sup>91</sup> ableiten: Dessen Imagekongruenz-Hypothese besagt, dass eine Person ihr Verhalten an einer möglichst hohen Übereinstimmung zwischen Selbstbild (Einschätzung der Person von sich

---

<sup>85</sup> Backhaus/ Sabel in Backhaus/ Voeth, Handbuch Industriegütermarketing, S. 786.

<sup>86</sup> Vgl. zu den Gründen, warum sich diese Markenfunktion stringent nur aus der verhaltenswissenschaftlichen Disziplin ableiten lässt, Kranz, Die Relevanz der Unternehmensmarke, S. 68.

<sup>87</sup> Schmidt/ Eßler in Dichtl/ Eggert, Marke und Markenartikel, S. 61.

<sup>88</sup> Vgl. hierzu auch Fischer/ Hieronimus/ Kranz, Markenrelevanz in der Unternehmensführung, S. 20 ff.

<sup>89</sup> Vgl. zum Begriff Hieronimus, Persönlichkeitsorientiertes Markenmanagement, S. 86.

<sup>90</sup> Dies ist auch unter dem Gesichtspunkt der Intermarkenkonkurrenz in einem Markt sinnvoll: Da sich alle Marken eines Marktes die Möglichkeit des glaubhaften Qualitätsversprechens zu Eigen machen können, ist zusätzlich eine Differenzierung über eine gewisse Positionierung der Marke nötig. Beispiel hierfür ist der Markt für Zahnpasta. Im Jahr 1950 gab es in einem Verbrauchermarkt maximal 14 Zahncrememarken. Heute sind es bereits 93 Zahncremeprodukte und -marken in unterschiedlichsten Varianten.“ (Esch/ Wicke in Esch, Moderne Markenführung, S. 13).

<sup>91</sup> Das Selbstkonzept/ Selbstimage eines Menschen umfasst: „the totality of the individual’s thoughts and feelings having reference to himself as an object.“ (Rosenberg, Conceiving the Self, S. 9).

selbst) und Fremdbild (Einschätzung der Person durch relevante Andere) orientiert.<sup>92</sup> Die Positionierung einer Marke kann also nach Beurteilung des Rezipienten zu seinem realen oder erwünschten Selbstbild passen, was zu einem Kauf der Marke führen kann, da die Nutzung der Marke zur Darstellung des Selbstbildes beitragen kann. Daher ist die öffentliche Markennutzung auch Voraussetzung der Funktion. Der Mechanismus lässt sich plakativ illustrieren: So möchte z. B. ein marlboro-rauchender Harley-Davidson-Fahrer in camel-active-Lederjacke ein anderes Bild von sich erzeugen als ein cohiba-rauchender Porschefahrer im Boss-Anzug. Dabei existieren zwei mögliche Effekte: Die Marke kann

- durch einen Reputationstransfer von Markeneigenschaften auf den Verwender einen Beitrag zu dessen *Darstellung in der Öffentlichkeit* leisten (z. B. bei Kleidung oder bei Umweltschutzpapier) sowie
- durch einen nach innen gerichteten Effekt bei der *Selbstverwirklichung* des Verwenders helfen (z. B. bei Duschgels oder Eiscreme).<sup>93</sup>

### 3.2.4 Zwischenergebnis

Die neo-institutionelle Literatur definiert Marken als „**spezifische Investitionen**“ mit **Signaleigenschaft**, die neo-behavioristische als **Informationsbündel** bzw. „chunk information“. Das ökonomische Wesen der Marke basiert demnach auf zwei Säulen: Das Zeichen Marke hat einen informationsvermittelnden Charakter, dessen Glaubwürdigkeit auf hohen, gebundenen Investitionen basiert.

Die Markenfunktionen werden dabei für verschiedene Anspruchsgruppen betrachtet. Es wurde gezeigt, dass die unternehmensbezogenen Markenfunktionen präziser als Markenziele zu definieren sind. Sie geben die Motivation des Unternehmens an, Markenpolitik zu betreiben. Die Markenfunktionen i.e.S. hingegen geben die Motivation des Nachfragers an, die Marke als kaufentscheidenden oder mitentscheidenden Faktor in den Kaufprozess zu integrieren. Hier konnten drei Kernfunktionen identifiziert werden:

- Effizienz bei der Informationsverarbeitung,
- Reduktion des Kaufrisikos,
- Stiftung eines Ideellen Nutzens.

Da die Erfüllung der Markenfunktionen i.e.S. durch eine Marke letztlich durch die positive Beeinflussung des Nachfragers ebenfalls dem Interesse des Unternehmens dienlich ist, lässt

---

<sup>92</sup> Kranz, Die Relevanz der Unternehmensmarke, S. 70f.

<sup>93</sup> Fischer/ Hieronimus/ Kranz , Markenrelevanz in der Unternehmensführung , S. 11.



sich auch die „Erfüllung der nachfragerbezogenen Markenfunktionen“ als Markenziel des Unternehmens definieren.

Zusammenfassend lassen sich die Ziele des Markeninhabers demnach wie folgt zusammenfassen: Die mittelbaren Ziele bestehen in der Absatzförderung und der Kundenbindung sowie ggfs. der Programmdifferenzierung. Die unmittelbaren Ziele bestehen in der Verbesserung der Einstellung gegenüber der Marke und der Erfüllung der nachfragerbezogenen Markenfunktionen. Die beiden letztgenannten Ziele sind nicht unabhängig voneinander zu sehen, da z.B. die Schaffung von Bekanntheit die Grundlage zur Möglichkeit der Erfüllung der Informationseffizienzfunktion darstellt. Die hier verwendete beidseitige Betrachtung aus Rezipienten- und Inhabersicht ist aber sinnvoll, da in der juristischen Literatur die nachfragerbezogenen Markenfunktionen nur insoweit betrachtet werden, als sie auch dem Markeninhaber nützen.

### 3.3 Vergleich der Markenfunktionen in den beiden Disziplinen

Eine Gegenüberstellung der juristisch-ökonomischen und tatsächlich-ökonomischen Markenfunktionen findet durch einen Abgleich der Funktionsaspekte und Ihrer Zuordnung zu den Haupt- bzw. Kernfunktionen statt. Diese Betrachtung wird allerdings durch mehrere Teilprobleme erschwert:

In den betrachteten Artikeln und Büchern, die sich aus juristischer Sicht mit ökonomischen Markenfunktionen beschäftigen, wurde nur in seltensten Fällen ein Verweis auf wirtschaftswissenschaftliche Quellen gefunden wurde: So zitieren z. B. die Autoren *Heydt*, *Lehmann/Schönfeld*, *Sambuc* und *Wolf* keine einzige wirtschaftswissenschaftliche Quelle.<sup>94</sup> *Fezer* zitiert nur eine Quelle, nämlich *Stauss*, Dienstleistungsmarken, in Bruhn, Handbuch Markenartikel, 1994, S. 79-104.<sup>95</sup> In diesem Handbuch, das inzwischen in 2. Aufl. (2004) herausgegeben wurde, existiert allerdings auch ein Artikel, der sich explizit mit den ökonomischen Markenfunktionen beschäftigt, vom Autor aber nicht zitiert wird. Es handelt sich hierbei um den Beitrag von *Koppelman*, Funktionenorientierter Erklärungsansatz der Markenpolitik, in Bruhn, Handbuch Markenartikel, 1994, S. 219-238 sowie 2004, S. 371-390. Ebenso zitiert *Nägele* eine wirtschaftswissenschaftliche Quelle.<sup>96</sup> Allein die häufig zitierten *Henning-Bodewig/ Kur* haben eine interdisziplinäre Arbeit vorgelegt, die sich durch eine Vielzahl betriebs- und volkswirtschaftlicher Quellen auszeichnet.<sup>97</sup> Die Arbeit stammt allerdings aus dem Jahr 1988 und beinhaltet dementsprechend nicht die neueren Quellen, die die in Kap. 3.2.2 und 3.2.3 beschriebenen konsistenten Ableitungen dieser Funktionen beinhalten.

---

<sup>94</sup> Heydt, GRUR Int 1976, 339 ff.; Lehmann/ Schönfeld, GRUR 1994, 481; Sambuc, WRP 2000, 985 ff. und Wolf, Die Schutzschranke des § 23 MarkenG.

<sup>95</sup> Fezer, Markenrecht, Einl, Rn. 39.

<sup>96</sup> Nägele, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 111.

<sup>97</sup> Henning-Bodewig/ Kur, Marke und Verbraucher, Bd. I.

Die für den juristischen Diskurs zitierte wirtschaftswissenschaftliche Literatur scheint somit nicht Ergebnis einer systematischen Recherche zu sein und es verwundert daher nicht, dass nahezu alle grundlegenden ökonomischen Quellen zu Markenfunktionen fehlen.<sup>98</sup> Dies führt dazu, dass keine Deckungsgleichheit zwischen den juristisch-ökonomischen und den tatsächlich-ökonomischen Markenfunktionen besteht.

Die juristische Literatur legt des Weiteren – wenn überhaupt – nur die informationsökonomische Begründung im Sinne des neo-institutionellen Paradigmas<sup>99</sup> für die Existenz von Markenfunktionen zugrunde.<sup>100</sup> Diese Sichtweise lässt eine theoretisch fundierte Betrachtung aller Funktionsaspekte nicht zu, da sich die Funktion des Ideellen Nutzens ausschließlich über den neo-behavioristischen Ansatz konsistent ableiten lässt.<sup>101</sup>

Ein zusätzliches, gravierendes Problem besteht darin, dass innerhalb der juristischen Literatur eine „kaum zu durchdringende begriffliche Uneinigkeit“<sup>102</sup> herrscht. So existieren für die einzelnen Funktionen bis zu vier verschiedene Bezeichnungen. Die Autoren ordnen die einzelnen Funktionen völlig unterschiedlich zu ebenso differierenden Hauptfunktionen zu. *Nägele* z.B. stellt die Werbefunktion als der Identifizierungs- und Kommunikationsfunktion untergeordnet dar, während es bei *Wolf* genau umgekehrt ist.<sup>103</sup> Und die Vertrauens-, bzw. Garantie- oder Qualitätsfunktion wird meist als eigenständige Funktion dargestellt. *Beier/ Krieger* hingegen leiten sie aus der Herkunftsfunktion ab,<sup>104</sup> deren Stellung im Funktionsgebilde wiederum sehr umstritten ist.<sup>105</sup>

Aufgrund dieser Problemfülle wird dem folgenden Vergleich die Aufzählung der juristisch-ökonomischen Markenfunktionen von *Sambuc* zu Grunde gelegt, ohne auf dessen anschließende Wertung einzugehen.<sup>106</sup>

---

<sup>98</sup> Vgl. Tab. 4.

<sup>99</sup> Vgl. Kap. 3.2.

<sup>100</sup> Vgl. z.B. Lehmann/ Schönfeld, GRUR 1994, 481ff.

<sup>101</sup> Vgl. Kap. 3.2.2 und 3.2.3.

<sup>102</sup> Wolf, Die Schutzschränke des § 23 MarkenG, Rn. 409.

<sup>103</sup> Wolf, Die Schutzschränke des § 23 MarkenG, Rn 420 ff. und Nägele, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 114. Diese Differenzen werden im Folgenden ebenfalls knapp aufgezeigt.

<sup>104</sup> Beier/ Krieger, GRURInt 1976, 125, 127.

<sup>105</sup> Vgl. Kap. 3.4.

<sup>106</sup> Sambuc, WRP 2000, 985 ff.

### Unterscheidungsfunktion

Die Funktion beschreibt das Phänomen, dass dem Verbraucher durch die Marke eine *Unterscheidung* von Waren und Dienstleistungen ermöglicht wird.<sup>107</sup> Des Weiteren werden in der juristischen Literatur folgende Unter Aspekte der Funktion beschrieben: Die Marken gestattet unter anderem

- das Erkennen einer Leistung.<sup>108</sup>
- die Auswahl einer Leistung.<sup>109</sup>
- das Wiedererkennen einer Leistung.<sup>110</sup>
- die Identifizierung einer Leistung.<sup>111</sup> Dieser Aspekt wird zum Teil auch eigenständig als Identifizierungsfunktion beschrieben.
- der Individualisierung einer Leistung.<sup>112</sup>

Die bisher beschriebenen Aspekte dieser juristisch-ökonomischen Funktion sind deckungsgleich mit der unter 3.3.2 und 3.3.3 dargestellten ökonomischen Funktion der Informationseffizienz. Nur die Benennung ist zwischen den Disziplinen (aber auch innerhalb der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur) unterschiedlich.

### Herkunftsfunktion

Die ökonomische Informationseffizienzfunktion schließt einen weiteren, in wirtschaftswissenschaftlicher Hinsicht minderrelevanten Aspekt mit ein, der in der juristischen Literatur konträr diskutiert wird: Demnach gibt die Marke einen Hinweis auf die Herkunft einer Ware oder Dienstleistung von einem Unternehmen. Dieser Aspekt, der in der juristischen Literatur als eigenständige Herkunftsfunktion bezeichnet, wird in jüngeren Quellen zum großen Teil der Unterscheidungsfunktion zugeordnet,<sup>113</sup> von einigen Autoren aber auch weiterhin als die wichtigste Funktion der Marke aus juristischer Sicht beurteilt.<sup>114</sup> Dabei hat sich die juristische

---

<sup>107</sup> §3 Abs. 1 MarkenG, Nägele, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 105; Wolf, Die Schutzschranke des § 23 MarkenG, Rn. 415ff.; Sambuc, WRP 2000, 985, 985; Fezer, Markenrecht, Rn. 39; Sack, GRUR 1972, 402, 404; Beier/ Krieger, GRURInt 1976, 125, 125.

<sup>108</sup> Sambuc, WRP 2000, 985ff.

<sup>109</sup> Nägele, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 104 und Sambuc, WRP 2000, 985.

<sup>110</sup> Nägele, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 105.

<sup>111</sup> Beier/ Krieger, GRURInt 1976, 125, 125; Nägele, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 104; Fezer, Einl. MarkenG, Rn. 39; Baumbach/ Hefermehl, WZG, Einl. Rn. 10 und Sambuc, WRP 2000, 985.

<sup>112</sup> Heydt, GRUR Int 1976, 339 und 343 und Sambuc, WRP 2000, 985.

<sup>113</sup> Z.B. Nägele, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht; Wolf, Die Schutzschranke des § 23 MarkenG; Sambuc, WRP 2000.

<sup>114</sup> Vanzetti GRURInt 1999, 205, 205 ff.; Mangini, GRURInt 1996, 462 ff.

Interpretation der Funktion von einem mehr lokal geprägten Hinweis auf eine bestimmte Geschäftsstätte<sup>115</sup> zum Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen im Sinne eines für die Leistung verantwortlichen Markeninhabers<sup>116</sup> hin geändert.

Wenn auch die juristische Zuordnung nicht abschließend geklärt ist,<sup>117</sup> so ist aus ökonomischer Sicht eine Zuordnung der Herkunfts- zur Unterscheidungs- bzw. Informationseffizienzfunktion sinnvoll.

### **Warenunterscheidungs- bzw. Sortenfunktion**

Bei den der Unterscheidungsfunktion zugeordneten Aspekte werden in der juristischen Literatur zudem oft zwei Fälle unterschieden: die Unterscheidung vergleichbarer Leistungen a) *verschiedener* Unternehmen und b) *eines einzelnen* Unternehmens.<sup>118</sup> Der letztgenannte Aspekt wird z. T. auch als eigenständige Sorten- oder Warenunterscheidungsfunktion gewertet.<sup>119</sup>

Diese Trennung spielt aus Marketingsicht keine Rolle, da der Aspekt der Sortenunterscheidung von den Markeninhaberunternehmen ganz bewusst nicht an die Nachfrager kommuniziert wird. Denn der Markeninhaber will durch die Bereitstellung verschiedener Marken einer gleichartigen Leistung (z. B. *Henkel* mit den Waschmittelmarken *Persil*, *Spee* und *Weißer Riese*) verschiedene Käufersegmente des jeweiligen Marktes ansprechen und so sein Leistungsprogramm differenzieren will.<sup>120</sup> Es existiert allerdings in der juristischen Literatur kein Hinweis darauf, dass die Sortenfunktion auf das Markenziel Programmdifferenzierung rekurriert, da die zitierten Quellen wiederum ausschließlich rechtlicher Natur sind. Zudem kann der Sinn der juristischen Interpretation der Markenfunktion in Frage gestellt werden, denn für die Markenrezipienten ist sie durch die fehlende Kommunikation offensichtlich nicht von Nutzen und das Herstellerunternehmen kann seine Leistungen auch ohne Marke voneinander unterscheiden (z.B. durch verschiedene chemische Zusammensetzungen im Fall von Waschmittel).

---

<sup>115</sup> Beier/ Krieger, GRURInt 1976, 125, 126.

<sup>116</sup> Vanzetti, GRURInt 1999, 205, 205.

<sup>117</sup> Vgl. Kap. 3.5.

<sup>118</sup> Z.B. Wolf, Die Schutzschranke des § 23 MarkenG, Rn. 418 oder Heydt, GRURInt 1976, 339, 340 und 342.

<sup>119</sup> Wolf, Die Schutzschranke des § 23 MarkenG, Rn. 417; Heydt, GRURInt 1976, 339, 340f.; Sambuc, WRP 2000, 985, 985.

<sup>120</sup> Vgl. Kap. 3.2.1.

### Kommunikationsfunktion

Die Marke wird in dieser Funktion als „Signalcode für ein Produkt zur Kommunikation zwischen Akteuren im Marktgeschehen“<sup>121</sup> gesehen. *Fezer* spricht dabei von Unteraspekten wie der Identifizierung der Ware und ihrer Unterscheidbarkeit.<sup>122</sup> Bei dieser Argumentation wird nicht klar, wo der Unterschied zur Unterscheidungsfunktion, der auch identifizierende Merkmale zugeschrieben werden, und damit die Eigenständigkeit der Funktion liegt.<sup>123</sup> Demgegenüber steht für *Nägele* der „Aufbau einer Kommunikationsbeziehung am Markt“ im Vordergrund.<sup>124</sup> Dieser Aspekt wiederum lässt einen Hinweis auf die Möglichkeit der Bindung des Kunden an die Marke über den Aufbau einer Beziehung anklingen, die wie in Kap. 3.2.1 gezeigt, ebenfalls ein Markenziel darstellt. Ob dieser wirtschaftswissenschaftliche Aspekt hier tatsächlich gemeint ist, lässt sich wiederum aus der Literatur nicht schließen.

### Vertrauens- bzw. Garantie- oder Qualitätsfunktion<sup>125</sup>

Die Funktion beschreibt das Phänomen der „Erweckung von Verbraucherwartungen in eine mindestens gleichbleibend gute Qualität“<sup>126</sup> einer spezifischen Marke aber auch aller Marken „generell untereinander“.<sup>127</sup> *Beier/ Krieger* argumentieren, dass der Nachfrager „auf die gleich bleibende Qualität der Markenware vertrauen“ kann, „da der Hersteller es schon aus wirtschaftlichen Gründen vermeiden wird, den guten Ruf seiner Marke durch Qualitätsverschlechterung zu gefährden“.<sup>128</sup> So argumentiert auch *Nägele*, dessen Qualitätsfunktion „auf einer auf Wahrscheinlichkeitstheoretischen Überlegungen gestützten Verbrauchererwartungen“ beruht.<sup>129</sup> Bei dieser Funktion herrscht nicht nur relativ große Einigkeit hinsichtlich des

---

<sup>121</sup> Die in diesem Zusammenhang stets zitierte Aussage stammt von *Fezer* (Markenrecht, Einl, Rn. 39), der zwar eine Kommunikationsfunktion nennt, diese aber immer im Zusammenhang mit der Identifizierung erwähnt, die er von der Herkunftsfunktion, nicht aber von der Unterscheidungsfunktion trennt. Vgl. auch z. B. *Sambuc*, WRP 2000, 985, 986.

<sup>122</sup> Ebenda.

<sup>123</sup> Auch die zitierte wirtschaftswissenschaftliche Quelle (*Fezer*, Markenrecht, Einl, Rn. 39) zeigt keine Funktion auf. Vgl. *Stauss*, Dienstleistungsmarke, S. 85.

<sup>124</sup> *Nägele*, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 111.

<sup>125</sup> Zu einer Diskussion der verschiedenen Benennungen vgl. *Wolf*, Die Schutzschranke des § 23 MarkenG, Rn. 431.

<sup>126</sup> *Lehmann/Schönfeld*, GRUR 1994, 481, 487; *Sambuc*, WRP 2000, 985, 986; *Baumbach/ Hefermehl*, WZG, Einl. Rn 12; *Henning-Bodewig/ Kur*, Marke und Verbraucher, Band I, S. 235; *Sack*, GRUR 1972, 402, 445.

<sup>127</sup> *Nägele*, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 111.

<sup>128</sup> *Beier/ Krieger*, GRURInt 1976, 125, 127.

<sup>129</sup> *Nägele*, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 111, der in diesem Teil auch wirtschaftswissenschaftliche Literatur heranzieht.

Inhalts unter den juristischen Autoren, sie lässt sich auch eindeutig dem Markenziel „Erfüllung der nachfragerbezogenen Risikoreduktionsfunktion“ zuordnen.

### **Werbe- bzw. Suggestiv- oder Eigenwertfunktion**

Die Werbefunktion beschreibt „die Fähigkeit des Warenzeichens, eine selbstständige, von dem gekennzeichneten Produkt losgelöste Anziehungskraft auf den Betrachter auszuüben“<sup>130</sup>. Und *Beier/ Krieger* sowie *Heydt* definieren, dass durch die Marke die Aufmerksamkeit potenzieller Käufer auf die Leistung gelenkt werden soll. Dadurch soll neben Aufmerksamkeit eine Empfehlung oder Werbung für die Leistung entstehen.<sup>131</sup> Die zum Teil gleich oder ähnlich definierte Eigenwertfunktion beschreibt den Umstand, dass „manche Produkte nicht ihres Gebrauchsnutzens wegen, sondern vorwiegend oder ausschließlich um der auf ihnen befindlichen Marke willen gekauft“<sup>132</sup> werden.<sup>133</sup> *Sambuc* und *Beier/Krieger* sprechen zudem von der Möglichkeit der „Absatzförderung“ bzw. „Gewinnung, Erhaltung und Erweiterung des Kundenkreises“ durch die Attraktions- und Suggestionskraft der Marke.<sup>134</sup>

Auch wenn die juristische Definition nicht einheitlich ist, beschreibt die Funktion aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht in großen Teilen die Mechanismen und Aspekte, die der Funktion des Ideellen Nutzens zugeschrieben werden. *Sambuc* sowie *Beier/ Krieger* verbinden diese Funktion allerdings mit der Absatzförderung, die aber aus ökonomischer Sicht mit allen Funktionen unterstützt werden soll und zudem ein Markenziel des Markeninhabers darstellt. Dies ist ein weiteres Beispiel für die Vermischung der Markenwirkungsebenen.<sup>135</sup>

### **Marktabstottungs-, Vertriebs- oder Codierungsfunktion**

Diese juristisch-ökonomische Funktion beschreibt die Möglichkeit, durch die Marke Reimporte zu verhindern, indem der Markt durch die Marke abgeschottet werden kann.<sup>136</sup> Den zitierten Quellen nach basiert die juristisch-ökonomische Funktion auf Urteilen des *BGH* und des *EuGH*. So erstaunt es nicht, dass eine solche Funktion in der wirtschaftswissenschaftli-

---

<sup>130</sup> Wolf, Die Schutzschranke des § 23 MarkenG, Rn 421.

<sup>131</sup> *Beier/Krieger*, GRURInt 1976, 125, 128 und *Heydt*, GRUR Int 1976, 339, 341. Diese Definition überschneidet sich aber streng genommen mit der sog. Kommunikationsfunktion.

<sup>132</sup> *Sambuc*, WRP 2000, 985, 986 in Anlehnung an Henning-Bodewig-Kur, Marke und Verbraucher, Bd. 1, S. 50 ff.

<sup>133</sup> Die mit der Eigenwertfunktion ebenfalls verbundene Diskussion um den monetären Wert der Marke (z.B. im Zusammenhang mit Markenlizenzen, vgl. Wolf, Die Schutzschranke des § 23 MarkenG, Rn 422 f.), stellt eine Eigenschaft der Marke, nicht aber eine Funktion derselben dar.

<sup>134</sup> *Sambuc*, WRP 2000, 985, 986.

<sup>135</sup> Vgl. Kap. 3.2.1.

<sup>136</sup> *Sambuc*, WRP 2000, 985, 986 und Wolf, Die Schutzschranke des § 23 MarkenG, Rn. 425f.

chen Literatur nicht diskutiert wird. Hier stellt sich die Frage, ob die juristische Literatur eine Funktion der Marke oder des Markengesetzes beschreibt.<sup>137</sup> Eine Übereinstimmung zwischen den Disziplinen lässt sich hier nicht finden.

### **Amortisierungsfunktion**

Unter dem Begriff Amortisierungsfunktion wird ebenfalls der Schutz des Markeninhabers vor Parallelimporten angeführt.<sup>138</sup> Demnach stellt sich auch hier die Frage nach der Eigenständigkeit der Funktion. Als mittelbare Folge der Verhinderung von Parallelimporten aus Nicht-EU/EFTA-Staaten kann der Markeninhaber seine Produkte zwar besser absetzen und schließlich Forschungs- und Entwicklungskosten amortisieren<sup>139</sup>, jedoch muss hier hinsichtlich der ökonomischen Bedeutung der Funktion das Gleiche gelten wie bei der Marktabschottungsfunktion.

Von den aufgezeigten juristisch-ökonomischen Markenfunktionen lassen sich drei – nämlich die Unterscheidungs-, Vertrauens- und Eigenwertfunktion – den vorher beschriebenen tatsächlich-ökonomischen Funktionen zuordnen, die anderen Funktionen hingegen nicht. Zudem lässt sich die Herkunftsfunktion aus betriebswirtschaftlicher Sicht nur als Unteraspekt der Unterscheidungsfunktion einordnen

Der Abgleich der Disziplinen macht insgesamt deutlich, dass den juristisch-ökonomischen Markenfunktionen kein wirtschaftswissenschaftliches Konzept zugrunde liegt. Hinzu kommt das Fehlen einer begrifflichen und inhaltlichen Einheit in der rechtswissenschaftlichen Literatur, was bereits eine Strukturierung der Funktionen innerhalb dieser Disziplin stark erschwert. Schließlich spricht auch die Vermischung der nachfrager- und anbieterbezogenen Funktionen durch die Rechtswissenschaft gegen die Heranziehung juristischer Quellen zu wirtschaftlichen Zusammenhängen im Markenwesen.

Im Bereich der Markenfunktionen bewahrheitet sich also *Stützel's* These zum Fehlen eines interdisziplinären Vorgehens bewahrheitet:

*„Juristen wissen nicht, was Ökonomen, Ökonomen wissen nicht, was Juristen tun. Dies kennzeichnet zugleich die erste, gewissermaßen primitivste Art von Defekten, „Eigenbrötlerei und Abkapselung“. Ergebnis: Fehlurteile und Doppelarbeit.“<sup>140</sup>*

---

<sup>137</sup> Vgl. Kap. 3.5.

<sup>138</sup> Sambuc, WRP 2000, 985, 986.

<sup>139</sup> Ebenda.

<sup>140</sup> Stützel, Wirtschaftstheorie und Rechtspolitik, S. 109.

### 3.4 Rechtliche Bedeutung der tatsächlich-ökonomischen Funktionen

Nach dem Abgleich der beiden Disziplinen verbleiben auf interdisziplinärer Ebene folgende Funktionen:

- Herkunfts-/ Unterscheidungs- bzw. Informationseffizienzfunktion
- Qualitäts- bzw. Risikoreduktionsfunktion
- Eigenwertfunktion bzw. Funktion des Ideellen Nutzens

Nun stellt sich die Frage, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass das MarkenG diese Funktionen schützt, da sie nach der Funktionenlehre einen Einfluss auf den Schutzbereich des MarkenG haben sollen. Im Folgenden wird die Verknüpfung der Theorie mit dem aktuellen Recht gesucht.

#### 3.4.1 Herkunfts-/ Unterscheidungsfunktion

Wenn auch das MarkenG von 1995 als „Paradigmenwechsel“ in der Funktionenlehre beschrieben wird,<sup>141</sup> gilt die Herkunftsfunktion immer noch als wesentliche Markenfunktion.<sup>142</sup> *EuGH*<sup>143</sup> und *BGH*<sup>144</sup> haben auch in neueren Entscheidungen immer wieder betont, dass die Hauptfunktion der Marke in der Kennzeichnung der betrieblichen Herkunft bestehe. Die Marke soll insbesondere die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen gewährleisten.<sup>145</sup>

Aus dem Wortlaut des Gesetzes kann dies aber nicht hergeleitet werden. Wie seinerzeit § 1 WZG stellt § 3 Abs. 1 MarkenG für die Markenfähigkeit eines Zeichens auf dessen Eignung zur Unterscheidung und nicht auf die betriebliche Herkunft ab.<sup>146</sup> Der Begriff der „Herkunft“ wird an keiner Stelle des Gesetzes erwähnt, sondern nur speziell in der Gesetzesbegründung zu § 24.<sup>147</sup> Gleiches gilt für die zugrunde liegende EU-Richtlinie.<sup>148</sup> Stattdessen spricht das

---

<sup>141</sup> Fezer, Markenrecht, Einl MarkenG, Rn 35; ders., GRUR 2003, 457, 463; Tilmann, ZHR 1994 (158), 371, 389; Kunz-Hallstein in FS 100 Jahre Marken-Amt, S. 147, 165.

<sup>142</sup> BT-Drs. 12/6581, zu § 24, S. 82; Erwägungsgrund 10 der der Markenrechtsrichtlinie 89/104/EG vom 21. Dezember 1988, ABl. 1989 Nr. L 40/1; Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 37, Rn 11.

<sup>143</sup> *EuGH* GRUR 1998, 922, 924 – Canon; *EuGH* GRURInt 2002, 145, 146 – Bravo; *EuGH* MarkenR 2002, 394, 398 f. – Arsenal; *EuGH* GRURInt 2002, 47, 49 – Baby dry; *EuGH* GRURInt 2005, 231, 236 – Anheuser-Busch.

<sup>144</sup> *BGH* GRUR 2002, 1070, 1071 – Bar jeder Vernunft; *BGH* GRUR 2001, 413, 414 – SWATCH.

<sup>145</sup> *EuGH* GRUR 1998, 922, 924 – Canon; *BGH* GRUR 1999, 245, 246 – LIBERO; *BGH* GRUR 2000, 882 – Bücher für eine bessere Welt.

<sup>146</sup> Ingerl/ Rohnke, MarkenG, § 3, Rn 9.

<sup>147</sup> BT-Drs. 12/6581, zu § 24, S. 82.



aktuelle MarkenG in Text und Konzeption gerade gegen die Marke als Herkunftshinweis. So leiten sich die zentralen Tatbestandsmerkmale der Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG oder der Verwechslungsgefahr gemäß § 14 Abs. 2 MarkenG aus dem Begriff der Unterscheidung ab.

Zudem wurde im aktuellen Markenrecht die Bindung der Marke an einen bestimmten Geschäftsbetrieb ausdrücklich aufgegeben.<sup>149</sup> Gemäß § 7 Nr. 1 MarkenG kann nämlich auch jede natürliche Person eine Marke zur Eintragung anmelden lassen. Bereits das Erstreckungsgesetz von 1992<sup>150</sup> hatte das Erfordernis eines Geschäftsbetriebes auf Seiten des Markenanmelders abgeschafft. Folglich kann eine Marke auch nicht auf einen solchen Betrieb hinweisen.

Die damit zusammenhängende Abschaffung des sog. Akzessorietätsprinzips findet ihren Ausdruck in § 27 Abs. 1 MarkenG, der die freie Übertragbarkeit der Marke ermöglicht. Schließlich spricht auch die dingliche Lizenz i.S.v. § 30 MarkenG<sup>151</sup> gegen die Herkunftsfunktion. Die Möglichkeit der isolierten Übertragung und Lizenzierung von Marken lässt nämlich keine Rückschlüsse mehr auf die Herkunft der entsprechend gekennzeichneten Produkte zu. Zum einen kann der Markeninhaber wechseln, zum anderen können weitere Personen die Marke eines anderen für ihre eigenen Waren und Dienstleistungen verwenden.

Auch die tatsächliche Entwicklung des Markenwesens spricht gegen das Verständnis der Marke als Herkunftshinweis. Bereits im 19. Jahrhundert trat vor allem in der pharmazeutischen Industrie neben die Hausmarke, die aus dem Namen des Herstellers gebildet wurde, die Artikelmarke, mit der die Waren eines Unternehmens voneinander unterschieden werden konnte. Bei letzteren stand das Produkt und nicht dessen Anbieter als Kennzeichnungsobjekt im Vordergrund. Ein Arzneimittelhersteller kennzeichnete also die verschiedenen aus seinem Betrieb stammenden Medikamente nicht nur mit seinem Namen, sondern daneben auch mit einer spezifischen Produktbezeichnung, die etwa aus dem Wirkstoff bestand bzw. aus ihm hergeleitet wurde. Diese Entwicklung hat sich bis heute in allen Waren- und Dienstleistungssektoren fortgesetzt. Die Marke unterscheidet zum einen Waren aus einer Betriebsstätte, wenn man z.B. die Waschmittel *Persil*, *Spee* und *Weißer Riese* betrachtet, die alle vom *Henkel*-Konzern produziert und vertrieben werden und verschiedene Käufer-Segmente ansprechen, ohne dass sich die Produkte selbst in Qualität und Eigenschaften stark voneinander abheben. Hier kann sogar damit argumentiert werden, dass Henkel bewusst verschleiern möchte, dass auch das preisgünstige *Spee* aus seinem Hause stammt. Zum anderen steht die Differenzierung anhand der Produktmarke auch in Bezug auf konkurrierende Waren und Dienstleistungen

---

<sup>148</sup> Richtlinie 89/104/EG vom 21. Dezember 1988, ABl. 1989 Nr. L 40/1. Ausdrückliche Erwähnung der Herkunftsfunktion in Erwägungsgrund 10.

<sup>149</sup> Nochmal ausdrücklich BGH GRUR 2001, 242, 244 – Classe E.

<sup>150</sup> § 47 ErstrG.

<sup>151</sup> Entsprechend Art. 8 der Markenrechtsrichtlinie.

verschiedener Hersteller-Unternehmen im Vordergrund. So will sich *Procter & Gamble* mit seiner Waschmittelmarke *Ariel* in erster Linie von *Persil* unterscheiden und nicht von *Henkel*. Unter Verweis auf die genannten Aspekte argumentiert eine Reihe von Autoren<sup>152</sup> in überzeugender Weise für eine Ablösung der Herkunftsfunktion durch die Unterscheidungsfunktion sowohl in sachlicher als auch begrifflicher Hinsicht. Diese Erkenntnis ist auch nicht neu: *Kohler*<sup>153</sup> definiert bereits im 19. Jahrhundert die Marke als ein „bloße[s] Unterscheidungszeichen“.

Andere Markenrechtler und Gerichte erkennen die vorgebrachten Argumente zwar an, wenden sich aber letztlich doch nicht von dem Begriff „Herkunft“ und/ oder seiner markenrechtlichen Bedeutung ab:

So wird von *Nägele*<sup>154</sup> die Herkunftsfunktion nunmehr „insbesondere als Hinweis auf einen abstrakten Markeninhaber“ verstanden. Diese Interpretation ist nicht mehr vom Sinn des Begriffs „Herkunft“, der eine geographische Lokalisierung voraussetzt,<sup>155</sup> gedeckt. Zudem verlangen z.B. §§ 8 Abs. 2 Nr. 1 und 14 Abs. 2 MarkenG bei der Beurteilung von Unterscheidungskraft<sup>156</sup> bzw. Verwechslungsgefahr<sup>157</sup> keine abstrakte sondern eine konkrete Untersuchung des Zeichens und der fraglichen Produkte.

Der *EuGH* interpretiert die von ihm angeführte Gewährleistung von Ursprungsidentität dahingehend, dass der Markeninhaber die Verantwortung für das entsprechend gekennzeichnete Produkt übernehmen will.<sup>158</sup> Dabei reiche es aus, wenn er die Möglichkeit einer Qualitätskontrolle habe, z.B. durch konzernrechtliche oder vertriebs- bzw. lizenzvertragliche, also wirtschaftlichen, Verbindungen mit Herstellern und Händlern. Die Kontrolle müsse nicht tatsächlich ausgeübt werden.<sup>159</sup> Diese Auslegung ist ebenfalls nicht mehr mit dem Wortsinn von „Herkunft“ oder „Ursprung“ zu vereinbaren und wie die von *Nägele* auf einer zu abstrakten Ebene, die mit der konkreten Untersuchung von Verwechslungsgefahr nicht in Einklang zu

---

<sup>152</sup> Heydt, GRURInt 1976, 339; Krüger-Nieland, GRUR 1980, 425, 427 f.; Kunz-Hallstein, FS DPA 100 Jahre Markenamt, S. 147, 165 f.; Lehmann, GRURInt 1986, 6, 14; Meyer, GRURInt 1996, 592, 605; Oppenhoff, GRURInt 1973, 433; Tilmann, ZHR 158 (1994), 371.

<sup>153</sup> Kohler, Das Recht des Markenschutzes, 1884, S. 68, zitiert bei Lehmann, GRURInt 1986, 6, 14, Fußnote 148.

<sup>154</sup> Nägele, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 110.

<sup>155</sup> Nach Duden, Das Bedeutungswörterbuch, 3. Aufl., Mannheim u.a. 2002, versteht man unter „Herkunft“ den „Ursprung einer Sache, Bereich, wo etwas herkommt.“

<sup>156</sup> Ständige Rspr., z.B. BGH GRUR 2002, 64 – INDIVIDUELLE.

<sup>157</sup> Vgl. Ingerl/ Rohnke, MarkenG, § 14, Rn 255 ff.

<sup>158</sup> EuGH GRURInt 1990, 960, 961 f. – Hag II; EuGH GRURInt 1994, 614, 616 f. – Ideal Standard; EuGH GRUR 1998, 922, 924 – Canon.

<sup>159</sup> EuGH GRURInt 1994, 614, 616 f. – Ideal Standard.

bringen ist. Zudem umschreibt der *EuGH* mit dieser Auslegung eher die Qualitätsfunktion, die jedoch neben der Herkunftsfunktion geschützt sein soll.<sup>160</sup>

Auch *Mangini*<sup>161</sup> trägt zur Begriffsverwirrung bei, indem er unter der Überschrift „Die Marke: Niedergang der Herkunftsfunktion?“ nicht eben diese Funktion thematisiert, sondern über den Geltungsverlust der - gerade nicht unbedingt unternehmensbezogenen - Unterscheidungsfunktion spricht.

*Sambuc*<sup>162</sup> spricht sich einerseits für die Abkehr von der Herkunftsfunktion und ihrem Bezug zu einem bestimmten Betrieb aus, will dann aber andererseits die von ihm anerkannte Unterscheidungsfunktion der Marke nur in Bezug auf einen „unternehmensmäßigen Herkunftshinweis“ verstehen.<sup>163</sup> Dies mutet ebenso widersprüchlich an wie die Ausführungen von *Riehle*<sup>164</sup>, der einerseits die Unterscheidung nach der Produktherkunft als „für sich genommen [...] uninteressant“ hinsichtlich der Reichweite des Markenschutzes erachtet, dann aber die Herkunftsfunktion als dessen „Kernvoraussetzung“ herausstellt.

*Vanzetti*<sup>165</sup> legt zunächst dar, dass die Herkunftsfunktion mit einem gesetzlichen System der freien Übertragbarkeit von Marken unvereinbar sei. Sodann führt er aber aus, dass der Schutz der Marke vor Verwechslungsgefahr nur hinsichtlich der Herkunft der betroffenen Erzeugnisse bestehen könne.<sup>166</sup> Für Letzteres kann er jedoch keine Gesetzesargumente benennen. Für seine Verweise auf die Wirtschaftsrealität, wie z.B. die Hausmarke als betrieblicher Herkunftshinweis,<sup>167</sup> fehlt es in Anbetracht der tatsächlichen Vorherrschaft von Produktmarken zumindest an Allgemeingültigkeit. Letzteres ist aber erforderlich, wenn man in der Funktionenlehre als ein dem gesamten Markenrecht zugrunde liegendes Auslegungsmodell sieht. Aus dem gleichen Grund hilft diejenige Auffassung<sup>168</sup>, die in der klassischen Herkunftsfunktion mit ihrem Bezug zu einer bestimmten Betriebsstätte nur noch eine Teilfunktion der Unterscheidungsfunktion sieht, wenig weiter. Die genannten Kritikpunkte spielen eine wichtige

---

<sup>160</sup> Vgl. BT-Drs. 12/6581, zu § 24, S. 82.

<sup>161</sup> Mangini, GRURInt 1996, 462.

<sup>162</sup> Sambuc, WRP 2000, 985, 987.

<sup>163</sup> Sambuc, WRP 2000, 985, 987.

<sup>164</sup> Riehle, MarkenR 2001, 337, 338 f.

<sup>165</sup> Vanzetti, GRURInt 1999, 205.

<sup>166</sup> Vanzetti, GRURInt 1999, 205, 209.

<sup>167</sup> Vanzetti, GRURInt 1999, 205, 209.

<sup>168</sup> Nägele, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 105; Wolf, Die Schutzschranke des § 23 MarkenG, Rn 419 m.w.N.

Rolle bei der Beurteilung der Funktionenlehre als Ganzes und werden noch unter Kap 3.6 eingehend untersucht.

Es bleibt festzuhalten, dass diejenigen in Literatur und Rechtsprechung, die in der Marke hauptsächlich und immer noch einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft sehen wollen, weder Gesetz noch Wirtschaftswirklichkeit auf ihrer Seite haben. Die Versuche, den von den Gerichten immer noch verwendeten Begriff der „Herkunft“ neu zu interpretieren, sind mit dem Wortsinn bzw. mit dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht zu vereinbaren und stiften daher Verwirrung.<sup>169</sup> Alles spricht für eine endgültige Abkehr von dem begrifflichen und tatsächlichen Anachronismus „Herkunftsfunktion“, der eine Symbiose von Herstellungsort und Marke vorspiegelt. Ein solcher Abkopplungsprozess ist, wie bereits erläutert,<sup>170</sup> auch zwischen der Person des Herstellers und der Marke zu beobachten gewesen. Stattdessen muss bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale Unterscheidung, Unterscheidungskraft, Verwechslungsgefahr u.s.w. an die Differenzierung von Produkten angeknüpft werden.<sup>171</sup>

### 3.4.2 Qualitätsfunktion

Der Markeninhaber kann gemäß § 30 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG gegen den Lizenznehmer seine Markenrechte geltend machen, wenn letzterer hinsichtlich der Qualität seiner Produkte gegen den Lizenzvertrag verstößt. Die Vorschrift will vom Markeninhaber Gefahren für den Ruf und den Wert der Marke, die aus dem Vertrieb qualitätsminderer Waren und Dienstleistungen unter seiner Marke resultieren, schützen.<sup>172</sup> Als Maßstab wird etwa der Mangelbegriff des Kaufrechts (§ 434 BGB) heran gezogen, wenn auch letztlich die Bestimmungen des Lizenzvertrages hinsichtlich der Produktgüte entscheidend sind.<sup>173</sup> Für § 24 Abs. 2 MarkenG gilt Entsprechendes. Danach kann der Erschöpfungseinwand nicht gegenüber dem Markeninhaber geltend gemacht werden, wenn sich der „Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert“ hat. Der Begriff der Verschlechterung knüpft wiederum an die Qualität der fraglichen Waren an.<sup>174</sup> In der Gesetzesbegründung wird in den Erläuterungen zu § 24 MarkenG auch von dem Schutz der Qualitätsfunktion durch das MarkenG gesprochen.<sup>175</sup> Beide Vorschriften regeln das Verhältnis des Markeninhabers zu anderen Gewerbetreibenden

---

<sup>169</sup> Vgl. Krüger-Nieland, GRUR 1980, 425, 427.

<sup>170</sup> Kap. 4.3.1.

<sup>171</sup> Siehe dazu auch Ingerl/ Rohnke, MarkenG, § 14, Rn 241 ff.

<sup>172</sup> Ströbele/ Hacker, MarkenG, § 30, Rn 66.

<sup>173</sup> Ingerl/ Rohnke, MarkenG, § 30, Rn 71.

<sup>174</sup> Vgl. OLG Köln GRUR 1998, 54, 56 – Mercedes-Stern; OLG Hamburg GRUR 2001, 749, 751 – based on Steinway.

<sup>175</sup> BT-Drs. 12/6581, zu § 24, S. 82.

und nicht zu den Verbrauchern, mögen letztere auch die unmittelbaren Leidtragenden einer minderen Produktqualität sein. Doch entscheidend ist, dass sich die enttäuschten Erwartungen letztlich auf die Marke projizieren und der Inhaber dadurch abgestraft wird, dass seine Produkte unter der Marke auch nicht mehr gekauft werden.

Die Befürworter der Qualitätsfunktion beziehen diese jedoch ausschließlich auf den Verbraucher und konzentrieren sich damit ausschließlich auf die Nachfragerperspektive. In diesem Zusammenhang wird dann Qualität nicht als „Güte“ verstanden, sondern als (konstante) „Beschaffenheit“ oder „Summe aller spezifischen Eigenschaften eines Produkts“.<sup>176</sup> Die Ursache für die Schaffung diesen speziellen, güteunabhängigen Qualitätsbegriff der Funktionenlehre scheint darin zu liegen, dass im Verhältnis des Herstellers zum Konsument die Güte einer erworbenen Ware oder Dienstleistung in den Schutzbereich der Gewährleistungsvorschriften des BGB fallen. Das Markenrecht bezweckt dagegen aber keinen Verbraucher- sondern Inhaberschutz, wenn auch in Bezug auf die Qualität der Waren der Verbraucher mittelbar durch die Vorschriften § 24 Abs. 2 und § 30 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG geschützt wird. Es bleibt festzuhalten, dass die verbraucherorientierte Interpretation von Qualität in der Funktionenlehre nicht mit dem MarkenG in Einklang zu bringen ist.

### 3.4.3 Eigenwertfunktion

Die Werbefunktion wird ebenfalls in der Gesetzesbegründung zu § 24 MarkenG angeführt.<sup>177</sup> Als konkrete gesetzliche Grundlage dieser Funktion kann § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG herangezogen werden, der die Unterscheidungskraft und Wertschätzung der bekannten Marke außerhalb von Verwechslungsgefahr vor Ausnutzung und Beeinträchtigung schützt. Die Vorschrift setzt damit einen erfolgreichen Markenaufbau voraus, der darin besteht, dass die Nachfrager positive Assoziationen mit der Marke an sich verbinden. Dafür muss die Marke sich bis zu einem gewissen Grad von den mit ihr gekennzeichneten Produkten verselbständigt und einen eigenen Wert aufgebaut haben. Auch für die Eigenwertfunktion lassen sich also gesetzliche Anhaltspunkte finden.

### 3.4.4 Zwischenergebnis

Über das MarkenG lassen sich Unterscheidungs- und Eigenwertfunktion herleiten, die Qualitätsfunktion hingegen nicht. Die Theorie von der Multifunktionalität der Marke, also der gesetzliche Schutz aller ökonomischen, selbst der tatsächlich-ökonomischen, ist demnach abzulehnen.

---

<sup>176</sup> BGH GRUR 1966, 45 – Markenbenzin; BGH GRUR 1967, 100, 104 – Edeka-Schloss-Export; Fezer, Markenrecht, Einl, Rn 32; Wolf, Die Schutzschranke des § 23 MarkenG, Rn 431 m.w.N.

<sup>177</sup> BT-Drs. 12/6581, zu § 24, S. 82.

### 3.5 Dogmatische Einordnung und praktische Relevanz der Funktionenlehre

Die gezeigte punktuelle Verankerung einzelner Markenfunktionen im MarkenG kann die Funktionenlehre als allgemeingültiges Auslegungskonzept für das gesamte Markenrecht nicht rechtfertigen.<sup>178</sup>

Weder die Vorschriften des MarkenG noch die diesem zugrunde liegenden Bestimmungen der Ersten Markenrechtsrichtlinie<sup>179</sup> können als Grundlage für die Funktionenlehre bzw. die Einschränkung des Schutzbereiches des MarkenG heran gezogen werden. Ebenso wenig ergeben sich aus der Gemeinschaftsmarkenverordnung<sup>180</sup> solche Anhaltspunkte. Über positiv umgesetztes Markenrecht kann also die Funktionenlehre nicht hergeleitet werden,<sup>181</sup> wenn auch einzelne Funktionen in der Begründung zum MarkenG<sup>182</sup> bzw. in den Erwägungen der Richtlinie<sup>183</sup> namentlich erwähnt werden. Daraus kann jedoch nicht die Gültigkeit dieser bzw. aller diskutierten Funktionen bei der Anwendung und Auslegung *jeder* markenrechtlichen Vorschrift im Sinne einer allgemeingültigen Lehre hergeleitet werden, wie von den Vertretern der Funktionenlehre behauptet, zumal in der Gesetzesbegründung zum MarkenG die Funktionen der Herkunft, Qualität und Werbung nur im Rahmen der Erläuterungen zu § 24 MarkenG erwähnt werden und nicht in den allgemeinen Erwägungsgründen.<sup>184</sup>

Dies alles bedeutet aber nicht, dass die einzelnen Funktionen, wie z.B. die der Unterscheidung, für die Anwendung des Gesetzes überhaupt keine Rolle spielen. Gerade das Merkmal der Unterscheidungseignung eines Zeichens ist ausdrückliche Voraussetzung für die sog. abstrakte Markenfähigkeit i.S.v. § 3 Abs. 1 MarkenG. Jedoch muss man sich im Rahmen dieser Vorschrift vor einem Missverständnis hüten: Marken haben keine „übergesetzliche“ Unterscheidungsfunktion, sondern ein Zeichen kann dann zur Marke im juristischen Sinne werden, wenn es sich zur Unterscheidung eignet.<sup>185</sup>

Zudem gilt es Folgendes zu bedenken: Auch wenn das Merkmal der Unterscheidung eine zentrale Rolle für die Markenfähigkeit - auch der konkreten (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) - spielt, hilft es nicht bei der Auslegung aller Vorschriften des MarkenG weiter. So ist etwa für

---

<sup>178</sup> Ingerl/ Rohnke, MarkenG, § 14, Rn 241.

<sup>179</sup> Richtlinie Nr. 89/104/EG vom 21. Dezember 1988, ABl. 1989 Nr. 40/1.

<sup>180</sup> Verordnung Nr. 40/94/EG vom 20. Dezember 1993, ABl. 1994 Nr. L 11/1, geändert durch Verordnung vom 22.12.1994, ABl. Nr. L 3288/94.

<sup>181</sup> Meyer, GRURInt 1996, 592, 599, 605.

<sup>182</sup> BT-Drs. 12/6581.

<sup>183</sup> Richtlinie 89/104/EG vom 21. Dezember 1988, ABl. 1989 Nr. L 40/1.

<sup>184</sup> BT-Drs. 12/6581, zu § 24, S. 82.

<sup>185</sup> Vgl. Heydt, GRURInt 1976, 339, 340.

die Regelung über die EU-weite Erschöpfung nach § 24 MarkenG die Unterscheidungseignung des fraglichen Zeichens bzw. deren Beeinträchtigung ohne Relevanz. Mit Bezug zu dieser Vorschrift wird stattdessen die Marktabschottungsfunktion diskutiert.<sup>186</sup> Diese Funktion ist jedoch, wie bereits erläutert,<sup>187</sup> eine besondere Funktion der Vorschrift, die den EU-Binnenmarkt privilegieren soll, und nicht eine der Marke.

Ebenso wenig sind die anderen Funktionen universell einsetzbare Auslegungshilfen: Sieht man etwa in § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG ein Gesetzesargument für die sog. Werbefunktion (bzw. Eigenwertfunktion<sup>188</sup>) der Marke<sup>189</sup>, da hier die Wertschätzung einer bekannten Marke geschützt werde, spielt diese Erwägung z.B. für § 14 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG aber keine Rolle; denn diese Tatbestände schützen auch unbekannte Registermarken vor Verwechslungsgefahr.

Statt bei der Auslegung des MarkenG zu helfen, birgt das Konstrukt der Funktionenlehre die Gefahr eines „unzulässigen Zirkelschluss[es]“ in sich<sup>190</sup>: Wenn man nämlich tatsächliche oder angeblich „ökonomische“ Markenfunktionen feststellt, sie dann alle<sup>191</sup> oder eine Teilmenge davon als rechtlich geschützt qualifiziert und schließlich anhand dessen den Schutzbereich des MarkenG festlegt, so wird die Reichweite des Gesetzes abstrakt und ohne Bezug zum tatsächlichen Regelungsgehalt bestimmt. Die vorgelagerte Prüfung der Funktionen ist also problematisch, weil der Anwendungsbereich des MarkenG beliebig eingegrenzt bzw. ausgeweitet werden kann.<sup>192</sup> Die von Nägele<sup>193</sup> unter Zustimmung von Wolf<sup>194</sup> vorgeschlagene Alternativmethode, nämlich anhand *aller* festgestellten Markenfunktionen im Wirtschaftsverkehr den Schutzbereich des MarkenG bestimmen, ist da nicht minder anfällig für dogmatische Bedenken: Zum einen, wie bereits erläutert, aufgrund des bisherigen Fehlens einer konsistenten wirtschaftswissenschaftlichen Untermauerung der juristisch-ökonomischen Markenfunktionen. Zum anderen mangelt es dieser Methode erst recht an einem positiv-rechtlichen Bezugsanker, wenn man *alle* (vermeintlich) tatsächlichen Markenfunktionen zur Bestimmung des markenrechtlichen Schutzbereichs heranzieht.

---

<sup>186</sup> Sambuc, WRP 2000, 985, 986.

<sup>187</sup> Vgl. Kap. 3.3. bzgl. Marktabschottungsfunktion.

<sup>188</sup> Sambuc, WRP 2000, 985, 986.

<sup>189</sup> Wolf, Die Schutzschränke des § 23 MarkenG, Rn 428.

<sup>190</sup> Nägele, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 92.

<sup>191</sup> Fezer, MarkenG Einl, Rn 40.

<sup>192</sup> Wolf, Die Schutzschränke des § 23 MarkenG, Rn 383.

<sup>193</sup> Nägele, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 92.

<sup>194</sup> Wolf, Die Schutzschränke des § 23 MarkenG, Rn 383.

Darüber hinaus stehen auch die aufgezeigte Begriffsverwirrung sowie die unterschiedlichen Meinungen der Markenrechtler zu einzelnen Funktionen der Funktionenlehre als praktische Auslegungshilfe entgegen. Hinzu kommen hierbei insbesondere auch die divergierenden Auffassungen zum Verhältnis der Funktionen untereinander: Einerseits wird eine Gleichstellung aller Funktionen gefordert<sup>195</sup>, was auch in der Lehre von der Multifunktionalität der Marke<sup>196</sup> zum Ausdruck kommt; andererseits werden einzelne Funktionen in Haupt- und Nebenfunktionen unterteilt bzw. die Herkunftsfunktion unter besonderen Schutz gestellt<sup>197</sup> oder bestimmten Funktionen nur ein mittelbarer Schutz zuerkannt.<sup>198</sup>

Die Funktionenlehre ist zudem eine Besonderheit des Markenrechts. Anderen gewerblichen Schutzrechten ist sie fremd. Mit anderen Worten spielen die tatsächlichen Funktionen des Regelungsgegenstandes, wie z.B. die Erfindung im Patentrecht, bei der Auslegung der entsprechenden Gesetze keine Rolle.<sup>199</sup> Vielmehr steht die markenrechtliche Funktionenlehre einer sauberen Trennung zwischen dem Regelungsobjekt, der Marke, und dem Regelungszweck, nämlich Inhaberschutz, entgegen. Die tatsächliche Wirkung der Marke entfaltet sich nämlich unabhängig davon, ob und wie sie geschützt wird.<sup>200</sup>

Als Ursache für diese Sonderbehandlung von Marken vermuten *Ingerl/ Rohnke*<sup>201</sup>, dass der Schutzbereich des MarkenG, welches im Gegensatz zum Patent- und Urheberrechtsgesetz für die Zuerkennung der Ausschließlichkeitsrechte für den Markeninhaber keine besondere schöpferische Leistung bzw. ein bestimmtes Maß an Originalität<sup>202</sup> verlangt, anders eingeschränkt werden muss. Die Eintragung (§ 4 Nr. 1 MarkenG) eines unterscheidungskräftigen Zeichens (§ 3 Abs. 1 MarkenG) reicht nämlich aus, weil weder an die abstrakte<sup>203</sup> noch an die konkrete<sup>204</sup> Unterscheidungskraft hohe Anforderungen gestellt werden. Insbesondere die ausdrückliche Einführung sog. neuer Markenformen wie dreidimensionale Gestaltungen, Farben oder Hörzeichen durch das MarkenG von 1995 (dort § 3) sowie der bewusst offen gehaltene

---

<sup>195</sup> Nägele, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, S. 106 f., 127 f.; Wolf, Die Schutzschranke des § 23 MarkenG, Rn 446 ff.

<sup>196</sup> Fezer, Markenrecht, Einl, Rn 35.

<sup>197</sup> Vgl. RL 89/104/EG, Erwägungsgrund 10; BT-Drs. 12/6581, S. 82.

<sup>198</sup> Sack, GRUR 1972, 402, 445, 453.

<sup>199</sup> Ingerl/ Rohnke, MarkenG (1. Aufl., 1998), Einl, Rn 35.

<sup>200</sup> Heydt, GRURInt 1976, 339, 341.

<sup>201</sup> Ingerl/ Rohnke, MarkenG, (1. Aufl.), Einl, Rn 35.

<sup>202</sup> BGH GRUR 2000, 722, 723 – LOGO; BGH GRUR 2001, 1070, 1071 – Bar jeder Vernunft; BPatG GRUR 2002, 693, 694 – BerlinCard.

<sup>203</sup> Ingerl/ Rohnke, MarkenG, (2. Aufl.), § 3, Rn 9.

<sup>204</sup> Vgl. z.B. EuGH GRUR 1999, 723, 727 – Chiemsee; BGH GRUR 2002, 1070, 1071 – Bar jeder Vernunft.



Katalog der Zeichenformen haben den gegenständlichen Schutzbereich des MarkenG erheblich ausgeweitet.<sup>205</sup> Auch dies mag ein Grund für die Anführung der Funktionenlehre als Korrektiv und das Festhalten an der Herkunftsfunktion sein. *Kur*<sup>206</sup> führt als Ursache für die „Anfälligkeit“ des Markenrechts für die „Funktionendiskussion“ an, dass die Marke mit dem eigentlichen Schutzgegenstand, nämlich der unternehmerischen Leistung, die von der Marke symbolisiert wird, im Gegensatz zu anderen Immaterialgüterrechten auseinander fällt.

Unverständlich ist daher, dass trotz der vielen Gegenargumente auch der kritische Teil des Schrifttums an der Funktionenlehre festhält. Denn diese ist, wie gezeigt werden konnte, zur Bestimmung des Schutzbereiches des MarkenG weder dogmatisch haltbar noch einer konsistenten Auslegung dienlich. Es stellt sich die Frage, welcher Schutzgedanke statt der Funktionenlehre das aktuelle MarkenG durchzieht. Dies soll im Weiteren unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Marke im System der Immaterialgüterrechte untersucht werden.

## 4 Schutzzweck des Markengesetzes

Die Marke verleiht ihrem Inhaber ein exklusives und umfassendes<sup>207</sup> Recht an einem Kennzeichen, einem unkörperlichen Gegenstand; sie zählt zu den **Immaterialgüterrechten**.<sup>208</sup> Durch Immaterialgüterrechte werden unkörperliche Gegenstände einer Person in Form eines subjektiven, verkehrsfähigen<sup>209</sup> Rechts zugewiesen.<sup>210</sup> Als absolute Schutzrechte haben sie vor allem eine negative Schutzrichtung, d.h. Dritte können von der Benutzung des Gegenstands ausgeschlossen werden.<sup>211</sup> Ihr Schutzzinhalt wird im Einzelnen durch den Gesetzgeber festgelegt und kann, je nach geschütztem Gegenstand, erhebliche Unterschiede aufweisen. Im Immaterialgüterrecht gilt das Enumerationsprinzip<sup>212</sup>, d.h. geschützt werden geistige Güter

---

<sup>205</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 37, Rn 14.

<sup>206</sup> Kur in: Schricker/ Dreier/ Kur, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, S. 23, 27; vgl. auch Kap. 4.3.3.

<sup>207</sup> BGH GRUR 2000, 879, 881 – stüßy.

<sup>208</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 1, Rn 1.

<sup>209</sup> Im Unterschied zu den unveräußerlichen Persönlichkeitsrechten, Götting, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 9; siehe hierzu Kapitel 2.2.1.

<sup>210</sup> Creifelds Rechtswörterbuch, S. 694.

<sup>211</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 5, Rn 3; dabei ist es im Markenrecht nach wie vor umstritten, ob dem Inhaber ein positives Benutzungsrecht zukommt; die praktische Relevanz dieses Meinungsstreits ist allerdings zweifelhaft; dafür z.B. Fezer, Markenrecht, § 14, Rn 12 m.w.N.; dagegen Ingerl/ Rohnke, MarkenG, § 14 Rn 7.

<sup>212</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 4, Rn 3; vergleichbar mit dem *numerus clausus* des Sachenrechts.

nur, wenn der Gesetzgeber für sie ein Schutzrecht vorsieht (Patente, Urheberrechte, Marken usw.).

#### 4.1 Immaterialgüterrechtliche Theorien und Markenrecht

Uneinigkeit besteht nach wie vor in der Herleitung von Rechten an unkörperlichen Gegenständen, die in unterschiedlichen (rechts-) philosophischen und wirtschaftstheoretischen Anschauungen wurzelt. Ihre Entwicklung entstand vornehmlich im Zusammenhang mit der Herausbildung des **Urheberrechts** im 17. Jahrhundert und des **Patentrechts**.<sup>213</sup>

Bis dahin erschöpften sich die Rechte an geistigen Gegenständen in der Erteilung staatlicher Privilegien an den Verleger eines Geisteswerks, der Erteilung von Monopolen an Erfindungen sowie von Kollektivprivilegien im Markenwesen.<sup>214</sup> Die auf die Arbeitstheorie *John Lockes*<sup>215</sup> zurückgehende Theorie der Property Rights oder Idee des *Geistigen Eigentums*, wie sie in Deutschland beispielsweise von *Johann Stephan Pütter*<sup>216</sup> vertreten wurde, erkennt demgegenüber dem einzelnen ein natürliches, überpositives Recht an allen von ihm geschaffenen Gütern zu. Konsequenz dieser eigentumsrechtlichen Sichtweise ist eine starke Betonung der vermögensrechtlichen Befugnisse, das zu einem grundsätzlich unbefristeten Bestehen von Rechten an dem immateriellen Gut sowie letztlich einer größtmöglichen Ausdehnung der Rechte an geistigen Gegenständen führt. Den Gegenpol zur Lehre von den Property Rights bildet die von *Johann Caspar Bluntschli*<sup>217</sup> und von *Otto Gierke*<sup>218</sup> entwickelten *Theorie vom Persönlichkeitsrecht*, welche die persönlichen, ideellen Interessen des Schöpfers von Geisteswerken in den Vordergrund stellt. Die Herrschaft über das geistige Gut wird als Bestandteil der Persönlichkeitssphäre geschützt. Der vermittelnde Ansatz *Josef Kohlers*, die *Theorie vom Immaterialgüterrecht*,<sup>219</sup> erkennt schließlich persönlichkeitsrechtlichen und vermögensrechtliche Bestandteile immaterieller Güter gleichermaßen Bedeutung zu. Diese Theorie bildet die Grundlage des deutschen Urheberrechtsgesetzes von 1965, wengleich in ihrer monistischen

---

<sup>213</sup> In allen europäischen Ländern wurde im Zusammenhang mit dem ungenehmigten Nachdruck von Büchern seit dem ausgehenden 17. Jahrhundert die Diskussion über die Rechte des Autors eines Geisteswerks aufgeworfen.

<sup>214</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 2 Rn, 6 ff.; Rehbinder § 3 Rn 14 ff.

<sup>215</sup> Hiernach steht jedem Menschen ein natürliches Recht an *allen* von ihm geschaffenen Gütern zu, *Two Treatises on Government*, 1960, Ausgabe Cambridge 1967, S. 305 ff, zitiert bei Ann, GRURInt 2004, 597, 598.

<sup>216</sup> „Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts“ (1774), zitiert bei Rehbinder, Urheberrecht, § 3, Rn 22.

<sup>217</sup> Vgl. Rehbinder, „J.C. Bluntschlis Beitrag zur Theorie des Urheberrechts“, UFITA 123 (1993), 29 ff.

<sup>218</sup> Deutsches Privatrecht Bd. I, Titel 4 Abschnitt 3, Nachdruck in UFITA 125 (1994), S. 103, 109 ff.

<sup>219</sup> Kohler, Nachdruck in UFITA 123 (1993), 81ff.

Ausprägung, welche beide Teilbereiche zu einem einheitlichen Recht mit doppelter Funktion verklammert.<sup>220</sup>

Ungeachtet dieser Begriffsbestimmung muss jedoch letztlich als entscheidend angesehen werden, dass der Gesetzgeber in den Grenzen von Art. 14 GG (und bestehender internationaler Verpflichtungen) frei darin ist, Rechte zu begründen und auszugestalten.<sup>221</sup> So ist das Immaterialgüterrecht in einigen Bereichen dem Sacheigentum jedenfalls angenähert. Es ist z.B. anerkannt, dass Immaterialgüterrechte, soweit ihre vermögenswerten Bestandteile betroffen sind, unter den Schutz von Art. 14 GG fallen.<sup>222</sup> Zu bedenken ist aber, dass der Eigentumsbegriff des Grundgesetzes ein anderer, nämlich weiterer ist als der des BGB. Von diesem werden alle konkreten Rechtspositionen erfasst, soweit sie Vermögenswert haben.<sup>223</sup> Fällt eine Position unter den Schutzbereich des Art. 14 GG, sind Innehabung, Nutzung und Verfügung über den betreffenden Gegenstand geschützt.<sup>224</sup> Für das Markenrecht ist dieses vom BVerfG<sup>225</sup> ausdrücklich anerkannt. Auch wird eine Anwendung der Vorschriften über das Sacheigentum in Teilbereichen befürwortet.<sup>226</sup>

Die Eigenschaft eines gewerblich nutzbaren Gegenstands als Objekt bestimmter Rechte ist also letztlich das Ergebnis einer Zweckmäßigkeitseinschätzung durch den Gesetzgeber, der diesen Entschluss aufgrund bestimmter volkswirtschaftlicher Erwägungen trifft.<sup>227</sup> Was diesen Prozess im Markenrecht anbelangt, bestimmt die Sphäre des Tatsächlichen (das Markenwesen) die Entwicklung des Normativen (das Markenrecht) und umgekehrt.<sup>228</sup> Ein Beispiel hierfür bietet die Dienstleistungsmarke, die erst 1979 unter den Schutz des Warenzeichenrechts gestellt wurde und Eingang in die Warenklassen im Anhang zu § 15 Abs. 1 MarkenV gefunden hat, obwohl sie seit dem Ende der 50er Jahre faktisch eingesetzt wurde. Klassische Dienstleister, wie etwa die *Lufthansa*,<sup>229</sup> mussten sich bis dato mit der Eintragung in mög-

---

<sup>220</sup> Vgl. die „Baumtheorie“ Ulmers in Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 114.

<sup>221</sup> Heinemann, Immaterialgüterrecht, S. 4.

<sup>222</sup> Dreier/ Bauer – Wieland, GG, Art. 14, Rn 54.

<sup>223</sup> Jarass in Jarass/ Pieroth, GG, Art. 14, Rn 7, z.B. auch relativ wirkende Forderungen werden vom Schutzbereich des Art. 14, GG erfasst.

<sup>224</sup> Jarass in Jarass/ Pieroth, GG, Art. 14, Rn 6.

<sup>225</sup> BVerfG GRUR 1979, 773, 778 – Weinbergssrolle.

<sup>226</sup> Ingerl/ Rohnke, MarkenG, Einl, Rn 1.

<sup>227</sup> Mangini, GRURInt 1996, 462.

<sup>228</sup> Wadle, Geistiges Eigentum Bd. II, S. 341.

<sup>229</sup> Das Luftfahrtunternehmen ließ sich bereits 1956 für Warenklassen wie „Felle, Häute, Därme“, „Schusswaffen“ oder „Entwesungsmittel“ die Markenrechte sichern, vgl. Registernummer/Aktenzeichen 696543 beim Markenregister des DPMA, bevor sie 1979 die Marke „Lufthansa“ für ihr tatsächliches Geschäftsfeld des Transportwesens (Klasse 39) anmelden konnte (DPMA, <https://dpinfo.dpma.de>, Abruf am 14.04.2005).

lichst viele Warenzeichenklassen behelfen, um einen umfassenden Schutz ihrer Marke zu erreichen, da sie auf die eigentliche Tätigkeit, nämlich Transport von Personen und Gütern, nicht abstellen konnten.

Das Markenrecht bleibt demgegenüber unverkennbar und teilweise explizit<sup>230</sup> bei diesen theoretischen Erklärungsansätzen zur Herleitungen der Rechte an Immaterialgütern außen vor. Diese Sonderstellung erklärt sich zum einen aus der relativ späten „Entwicklung“ der Marke zum Immaterialgüterrecht<sup>231</sup>, zum anderen daraus, dass sich die Marke nur schwer in immaterialgüterrechtliche Erklärungsmodelle zwängen lässt. So lassen sich beispielsweise die verschiedenen Immaterialgüterrechte ihrer Struktur nach entweder einem partikulären Schutzsystem oder einem universellen Schutzsystem zuordnen.<sup>232</sup> Ersteres, dem beispielsweise das Patentrecht angehört, weist immer nur *einer* Person ein ausschließliches Recht an dem Gegenstand zu, selbst, wenn derselbe zufällig auch von einer anderen Person hervorgebracht wurde (z.B. Doppelerfindung).<sup>233</sup> Demgegenüber gewährt das Urheberrecht *jedem* (d.h. universell) ein Recht an dem Gegenstand allein aufgrund des Schaffensakts, selbst wenn auf diese Weise zweimal der gleiche Gegenstand geschützt wird.<sup>234</sup> Schutzsysteme wie das Patentrecht als eine strenge Form der Monopolisierung werden dementsprechend nur mit der wirtschaftspolitischen Erwägung des Gemeinwohls begründet, nicht mit der idealistischen Begründung des Leistungsschutzes.<sup>235</sup> Zwar spielte auch im Patentrecht der Gedanke des „geistigen Eigentums“ eine Rolle; die zur Rechtfertigung der Gewährung patentrechtlichen Schutzes entwickelten verschiedenen Theorien stellen jedoch allesamt auf den Gemeinwohlgedanken ab.<sup>236</sup> Das Markenrecht hingegen lässt sich weder stringent in das eine, noch das andere Modell einordnen. Selbst wenn von einem „Monopol“ an einem Kennzeichen gesprochen wird, weist doch die Marke ihrem Inhaber kein eigentliches (Kundschafts-) Monopol zu.<sup>237</sup> Aber auch die Kehrseite, dass jedes abstrakt markenfähige Kennzeichen als solches in den Genuss markenrechtlichen Schutzes kommt, trifft nicht zu. Diese Sonderstellung des Markenrechts erklärt

---

<sup>230</sup> Ann, GRURInt 2004, 597.

<sup>231</sup> Wie im Folgenden noch aufgezeigt werden wird, vgl. Kap. 4.2.2.

<sup>232</sup> Einordnung nach Kopff, GRUR Int. 1983, 351 ff.

<sup>233</sup> Dem anderen Erfinder verbleibt lediglich ein sog. Vorbenutzungsrecht, § 12 PatG.

<sup>234</sup> Vgl. die Problematik des sog. *blind rooms* bei der Softwareerstellung, welche den Befürwortern von Softwarepatenten eines ihrer wichtigsten Argumente liefert.

<sup>235</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 5, Rn 8.

<sup>236</sup> Busse, Einl PatG, Rn 55 ff.: die *Belohnungstheorie* will dem Erfinder seinen Einsatz als „Lehrer der Nation“ durch die Zuweisung der Verwertungsrechte (oder zumindest der Vergütung) vergelten. Nach der *Ansporntheorie* steht der technischen Fortschritt im Vordergrund, der durch die Aussicht auf einen Erlös gefördert wird, die *Offenbarungstheorie* schließlich gewährt dem Erfinder als Ausgleich für Zugänglichmachung an die Öffentlichkeit ein Ausschlussrecht an seiner Erfindung.

<sup>237</sup> Troller, Immaterialgüterrechte Bd. I, S. 106 ff.

sich zum einen aus seiner historischen Entwicklung, zum anderen aus der Besonderheit seines Schutzgegenstandes, auf die im Folgenden noch eingegangen wird.<sup>238</sup>

## 4.2 Entwicklung der Marke zum Immaterialgüterrecht

Ein Blick in die Geschichte des Immaterialgüterrechts hat deutlich gemacht, dass es sich bei der Marke nicht „um alten immaterialgüterrechtlichen Adel“<sup>239</sup> handelt.

Das Markenrecht entwickelte sich in seiner heutigen Bedeutung erst mit dem Aufbrechen des Zunftwesens und dem Einzug der Gewerbefreiheit in Deutschland durch die Gewerbeordnung von 1869. Mit der Industrialisierung und der damit einhergehenden Anonymisierung der Beziehung zwischen Hersteller und Konsument mussten neue Wege gefunden werden, dem Kunden die Ware persönlich nahe zu bringen.<sup>240</sup> Unter dem Markenschutzgesetz von 1874, das 20 Jahre lang galt, waren außer Bildzeichen nur solche Wortzeichen geschützt, die aus der Firma oder dem bürgerlichen Namen des Inhabers bestanden. Das Markenschutzgesetz sprach dem Kennzeicheninhaber erstmals Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche zu, während zuvor nur Schutz durch strafrechtliche Bestimmungen bestanden hatte.<sup>241</sup> Neuerungen brachte das Warenzeichengesetz von 1894, das zwar im Laufe seines Bestehens vielfach und zum Teil grundlegend novelliert wurde<sup>242</sup>, jedoch dem Grunde nach 100 Jahre Bestand hatte. Es stellte neben der förmlichen Marke kraft Eintragung auch die kraft Verkehrsgeltung („Ausstattung“) unter seinen Schutz und liberalisierte die eintragungsfähigen Formen der Wortmarken. Damit einher ging auch der faktisch verstärkte Einsatz von Produktmarken ohne Unternehmensbezug. Schließlich wurden mit der Aufgabe des Akzessorietätsprinzips im ErstreckungsG 1992 und der Umsetzung der Markenrichtlinie im neuen MarkenG 1994<sup>243</sup> die letzten großen Veränderungen im Kennzeichenrecht vollzogen. Das früh einsetzende Erkennen des wirtschaftlichen Potenzials der Marke und der Zuerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts hieran darf jedoch nicht über die Wurzeln der Kennzeichenrechte hinwegtäuschen, die zum einen im *Persönlichkeitsrecht*, zum anderen im Recht gegen unlauteren Wettbewerb (*Lauterkeitsrecht*)<sup>244</sup> liegen.

---

<sup>238</sup> Vgl. Kapitel 2.3.3.

<sup>239</sup> Bornkamm, GRUR 2005, 97, 98.

<sup>240</sup> Meffert/ Burmann, in: Meffert/Burmann/Koers, Markenmanagement, S. 20.

<sup>241</sup> Wadle, Geistiges Eigentum Bd. II, S. 388, Hacker, S. 11.

<sup>242</sup> Beispielsweise 1967: Einführung des Benutzungszwangs (heute § 26 MarkenG) oder 1979: Einführung der Dienstleistungsmarke (siehe Abschnitt 3.1).

<sup>243</sup> Dazu an verschiedenen Stellen dieses Arbeitspapiers, z.B. im folgenden Kapitel 2.2.1.

<sup>244</sup> § 3 UWG: Verbot *unlauteren* Wettbewerbs.

#### 4.2.1 Warenzeichenrecht als Persönlichkeitsrecht

Das *Reichsgericht*<sup>245</sup> und mit ihm die ältere Literatur<sup>246</sup> ordneten das Warenzeichenrecht den Persönlichkeitsrechten zu. Grund hierfür war das faktische Vorherrschen der nominativen Marke, wie beispielsweise *Siemens* (1847), die als Prototyp des Warenzeichens angesehen wurde. Immaterialgüterrechte und Persönlichkeitsrechte werden von der Lehre in einem antinomischen Verhältnis zueinander gesehen. Diese Auffassung geht auf eine Definition *Kohlers* zurück, der als wesentliches Abgrenzungskriterium von Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechten den Grad der Verkehrsfähigkeit und damit Veräußerlichkeit eines Rechts sah.<sup>247</sup> An dieser Unterscheidung wird bis heute festgehalten: Während Persönlichkeitsrechte wegen der untrennbaren Verknüpfung mit ihrem Rechtsträger höchstpersönlich sind und damit allenfalls Gegenstand schuldrechtliche Vereinbarungen sein können, sind Immaterialgüterrechte selbstständige, verkehrsfähige Rechte an geistigen Gütern, die Gegenstand dinglicher Lizenzen, übertragbar und vererblich sein können.<sup>248</sup>

Bereits das *Reichsgericht* nahm im Jahr 1927 ausdrücklich Abstand von der Ansicht, das Markenrecht als Persönlichkeitsrecht zu qualifizieren.<sup>249</sup> Heute ist die Einordnung der Marke als Immaterialgüterrecht unbestritten und ihrer Klassifizierung als Persönlichkeitsrecht eine Absage erteilt worden.<sup>250</sup> Marken sind vermögenswerte Wirtschaftsgüter (Überschrift Abschnitt 5 MarkenG: „Marken als Gegenstand des Vermögens“), sie sind übertragbar und vererblich (§ 27 MarkenG), können Gegenstand selbständiger Belastungen sein mit der Möglichkeit der Einräumung dinglicher Lizenzen (§ 29 MarkenG) und sind somit in hohem Maße verkehrsfähig. Die neuere Literatur<sup>251</sup> lehnt auch die Einschränkungen, die die Begründung zum MarkenG<sup>252</sup> aufgrund persönlichkeitsrechtlicher Erwägungen noch bei der Veräußerung der den Namen des Gemeinschuldners enthaltenen Marke durch den Insolvenzverwalter enthält,<sup>253</sup> ab.

---

<sup>245</sup> RGZ 18, 28, 35; RGZ 108, 8, 9 – Saccharin.

<sup>246</sup> Kohler, Warenzeichenrecht, S. 62 ff.

<sup>247</sup> Kohler, Autorrecht, S. 74

<sup>248</sup> Götting, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 9.

<sup>249</sup> RGZ 118, 76, 81 – Springendes Pferd.

<sup>250</sup> BGH GRUR 1960, 550, 552 – Promonta; GRUR 1966, 375, 376 – Meßmer-Tee II.

<sup>251</sup> Fezer, Markenrecht, § 29, Rn 23 und 30; Götting, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 117.

<sup>252</sup> Begründung zum MarkenG, BT-Drs. 12/6581 vom 14. Januar 1994, S. 86.

<sup>253</sup> In Anlehnung an die „Unausweichlichkeitstheorie“ im Firmenrecht, die den Einzelkaufmann schützt, der früher durch das Handelsrecht gezwungen wurde, seinen Namen als Firma einzusetzen, wird die Einwilligung des Gemeinschuldners gefordert.

#### 4.2.2 Wettbewerbrechtlicher Leistungsschutz

Zu Beginn der Entwicklung des freien Gewerbewesens in Deutschland im 19. Jahrhundert wurde diskutiert, ob über den Sonderrechtsschutz von Kennzeichen hinaus überhaupt ein objektives Lauterkeitsrecht existiere. Heute wird das Markenrecht als Ausschnitt des unlauteren Wettbewerbsrechts angesehen.<sup>254</sup> Das Wettbewerbsrecht dient vornehmlich dem Schutz gewerblichen Leistung in ihren verschiedensten Ausprägungen (eigenartige Erzeugnisse,<sup>255</sup> Ruf eines Unternehmens, Know-how). Anders als das Markenrecht verleiht das Recht des unlauteren Wettbewerbs keine absoluten Rechte an immateriellen Gütern, sondern schützt die gewerbliche Leistung durch spezielle Schutztatbestände, begründet also relative Rechte. Das Verhältnis des Markenrechts zu anderen Rechtsnormen regelt § 2 MarkenG, wonach die Anwendung anderer Vorschriften zum Schutz „dieser“, d.h. nach dem MarkenG geschützter, Kennzeichen nicht ausgeschlossen ist. Der *BGH* vertritt insofern eine Vorrangthese: erfüllt ein Kennzeichen die Voraussetzungen des §§ 3, 4 MarkenG nicht, kann ihm auch über das UWG (oder § 823 Abs. 1 BGB) kein Schutz zukommen.<sup>256</sup> Bedeutung erlangt das Wettbewerbsrecht hier aber vor allem über den sog. ergänzenden Leistungsschutz, wie er in der Neufassung des § 4 Nr. 9 UWG zum Ausdruck kommt. Ausgehend vom Prinzip der Nachahmungsfreiheit im Wettbewerb als Grundlage unserer Wirtschaftsordnung, greift lauterkeitsrechtlicher Schutz nur ein, wenn bei der Verwertung einer fremden Leistung Umstände hinzutreten, die als wettbewerbswidrig einzuordnen sind. Neben den Erzeugnissen des Unternehmens, die unter bestimmten Umständen<sup>257</sup> vor Nachahmung geschützt sind, steht auch der Ruf des Unternehmens als Ausprägung der Unternehmerleistung unter dem Schutz des Wettbewerbsrecht, der vor Ausbeutung geschützt ist. An dieser Stelle besteht die größte Nähe zum Markenrecht. Während über § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG die Nachahmung bekannter Marken im Warenähnlichkeits- und (über den Wortlaut hinaus) -nichtähnlichkeitsbereich<sup>258</sup> (Schutz vor Rufausbeutung und Verwässerung) durch das markenrechtliche Kollisionsrecht geschützt wird, erstreckt sich der Schutz des Lauterkeitsrechts auf den Ruf der durch die Marke symbolisierten Ware, indem eine Verwechslungsgefahr in sonstiger Weise hervorgerufen wird. Der im Wettbewerbsrecht geltende Wahrheitsgrundsatz soll *das Publikum* vor Täuschung und Irreführung bewahren, etwa durch unwahre Angaben über eigene oder fremde Waren, Leistungen und geschäftliche Verhältnisse, das Unterschieben einer anderen Ware anstelle der

---

<sup>254</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 5, Rn 23; Henning-Bodewig, in: Schrickler/ Dreier, Die Neuordnung des Markenrechts in Europa, S. 185 ff.; hier sei nur kurz auf das Verhältnis der beiden Rechtsgebiete eingegangen, die Thematik wird in einem weiteren Arbeitspapier noch eingehender dargestellt werden.

<sup>255</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 50, Rn 4.

<sup>256</sup> BGH GRUR 1999, 161 – MAC DOG; Bornkamm, GRUR 2005, 97, 98.

<sup>257</sup> vgl. hierzu Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 50, Rn 1 ff.

<sup>258</sup> BGH GRUR 2004, 235 ff. – Davidoff II, auf die Vorabentscheidung des EuGH GRUR 2003, 240 ff. – Davidoff/Gofkind.

gewünschten, die Überdimensionierung von Warenbehältern etc.<sup>259</sup> Deutlich wird hierbei die unterschiedliche Schutzrichtung beider Rechtsgebiete. Während das Markenrecht klar auf den Schutz des Markeninhabers zielt<sup>260</sup>, schützt das Wettbewerbsrecht nicht nur die Mitbewerber in ihren Leistungsergebnissen, sondern auch die Abnehmer, wie § 1 UWG ausdrücklich feststellt.<sup>261</sup> Festzuhalten ist, dass in beiden Rechtsgebieten ähnliche Gegenstände geschützt werden, jedoch aus unterschiedlicher Perspektive: die Marke als ein subjektives Recht, während der Interessenschutz des Wettbewerbsrechts schlicht objektivrechtlicher Natur ist.<sup>262</sup>

### 4.3 Besonderheiten der Marke im Schutzsystem des Immaterialgüterrechts

Bereits bei der Darstellung der immaterialgüterrechtlichen Theorien<sup>263</sup> wurde im Ansatz deutlich, dass die Begründung für die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten wegen ihrer unterschiedlichen Schutzrichtung nicht für alle Schutzgegenstände identisch sein kann. Ausgehend von der immaterialgüterrechtlichen Sichtweise, die vermögensrechtliche und persönlichkeitsrechtliche Elemente verbindet, lässt sich für die Marke Folgendes feststellen:

#### 4.3.1 Personaler Bezug der Marke im aktuellen Markenrecht

Wie bereits veranschaulicht (3.2.1), wird die Marke nicht mehr als Persönlichkeitsrecht qualifiziert. Diese Wertung deckt sich mit den Erwartungen, die der Verbraucher an die Marke knüpft. Werbeaussagen wie die des Unternehmers *Claus Hipp* in Bezug auf die Qualität der gleichnamigen Babynahrung, „Hierfür stehe ich mit meinem Namen“, haben im Konsumgüterbereich eher Seltenheitswert – und sind gerade deshalb werbewirksam. Vor allem im klassischen Markenartikelbereich geht der Konsument regelmäßig nicht davon aus, dass der Unternehmensinhaber persönlich die Kontrolle über die Herstellung des Produkts übernimmt, sondern hat eher die diffuse Vorstellung, dass das Unternehmen als anonymes Ganzes den Bezugsanker für Haftung und Verantwortung bildet. Der fehlende persönlichkeitsrechtliche Bezug der Marke zu ihrem Inhaber verdeutlicht bereits eine gewisse Sonderstellung des Markenrechts im System der Immaterialgüterrechte:

Für den Urheber ist demgegenüber der Schutz der Beziehungen zu *seinem* Geisteswerk, dem er für alle erkennbar den Stempel seiner Individualität aufgedrückt hat, von erheblicher Bedeutung. Der Schutz der persönlichen Bindung wird vor allem durch die Anerkennung seiner

---

<sup>259</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 50, Rn 16.

<sup>260</sup> Vgl. Kap. 2.

<sup>261</sup> Henning-Bodewig, in: Schricker/Dreier, Die Neuordnung des Markenrechts in Europa, S. 184.

<sup>262</sup> Fezer, Markenrecht, Einl, Rn. 24.

<sup>263</sup> Vgl. Kap. 4.1.



Urheberschaft und Urheberrechte bewirkt. Sie kommt in zahlreichen Vorschriften zum Ausdruck, wie dem Namensnennungsrecht (§ 13 UrhG) oder dem Entstellungsverbot (§ 14 UrhG). Im Erfinderrechte begegnet die Bestimmung des Anknüpfungspunkts für einen Schutz der Persönlichkeit schon größeren Schwierigkeiten, denn der Erfindungsgedanke ist keine die Einmaligkeit des individuellen Geistes ausdrückende Schöpfung. Die Individualität findet jedoch einen gewissen Ausdruck in dem Merkmal der „Neuheit“,<sup>264</sup> und so ist das Recht auf die Erfinderehre als Bestandteil des Erfinderrechts anerkannt, z.B. durch das Recht auf Erfindernennung bei der Anmeldung einer Erfindung (§ 37 PatG) und bei Veröffentlichung der Erfindung (§ 63 Abs. 1 PatG).

Genauso wenig, wie man vor allem das Urheberrecht oder das Patentrecht heute noch als (reines) Persönlichkeitsrecht qualifizieren würde, kann man andererseits dem Kennzeichenrecht nicht jeglichen persönlichkeitsbezogenen Bestandteil absprechen, vor allem, soweit es um Nominativmarken geht. Dennoch ist die Marke nach der Entwicklung, die sie durchlaufen hat, von der Person des Unternehmers, der sie einsetzt, unabhängig.<sup>265</sup> Bereits in den 70er Jahren lag die Anzahl der nominativen, also einen Namen beinhaltenden Marken nur noch bei 10%,<sup>266</sup> heute dürfte er eher noch geringer sein. Deswegen lassen sich aus diesem Sonderfall keine allgemeingültigen Schlüsse ziehen.

Zwar ist die Marke Kommunikations- und damit Vertrauen stiftendes Mittel, z.T. sogar wird ihre wichtigste (reale) Funktion hierin gesehen.<sup>267</sup> Kommunikation setzt mindestens zwei Beteiligte voraus; im Fall der Marke stehen sich Anbieter und Kunde gegenüber. Insofern steht faktisch auch um eine Beziehung zwischen zwei Subjekten im Fokus der Marke. Beim *rechtlichen* Schutz der Marke tritt die persönliche Komponente aber derart zurück, dass sie nicht mehr als eigenständiger Faktor berücksichtigt werden kann. Der personale Bezug ist vielmehr durch den Ruf der Marke als solcher ersetzt worden, zu der der Verbraucher eine Beziehung aufbaut, wie beispielsweise am Werbeslogan der Firma *Henkel* „A brand like a friend“ deutlich wird. Auch die vermehrte Verwendung künstlicher Persönlichkeiten wie *ROBERT T-ONLINE*, soll durch Anthromorphisation den verloren gegangenen menschlichen Bezug ersetzen, wenn nicht sogar das ganze Produkt „vermenschlichen“, wie etwa die sprechenden Schokotaler der Marke *M&M*.<sup>268</sup>

Auch die (theoretisch) zeitlich unbegrenzte Gewährung von Markenschutz zeigt, dass dem persönlichen Bezug des Inhabers zur Marke keinerlei Bedeutung, wie z.B. im Urheberrecht zukommt. Während im Urheberrecht als wichtiges Argument für die zeitliche Begrenzung des

---

<sup>264</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 5, Rn 1.

<sup>265</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 4, Rn 14 f.

<sup>266</sup> Heydt, GRURInt 1976, 339, 342.

<sup>267</sup> Vgl. Wadle, Geistiges Eigentum II, S. 361 (zu den Markenfunktionen vgl. Kap. 3).

<sup>268</sup> Hieronimus, Persönlichkeitsorientiertes Markenmanagement, S. 86.

Schutzes der Verlust der persönlichkeitsrechtlichen Bindungen des Schöpfers zu seinem Werk (vor allem mit dessen Tod) angeführt<sup>269</sup>, fehlt es dem Markeninhaber von vornherein an einem solchem „Band“. Die unbegrenzte Dauer des Markenrechts wird damit begründet, dass dem Inhaber, solange er die für den Schutz der Marke relevante Unternehmerleistung<sup>270</sup> erbringt, auch Schutz zuteil werden muss.<sup>271</sup>

#### 4.3.2 Innovationsschutz durch die Marke?

Immaterialgüterrechte stehen regelmäßig im Dienste der Innovation. Die Tatsache, dass auch in dieser Hinsicht dem Markenrecht eine Sonderstellung zukommt, korrespondiert eng mit den im vorhergehenden Kapitel beschriebenen Besonderheiten der Marke. Der Schutz persönlichkeitsrechtlicher Befugnisse im Immaterialgüterrecht hängt u.a. damit zusammen, dass der Hebel des Gesetzes dort ansetzt, wo etwas Neues geschaffen wird, das sich vom Bisherigen in einem gewissen Grad absetzen muss (objektive Eigenart).<sup>272</sup> Dieser Schritt hin zu etwas Neuem, sei er erfinderisch oder kreativ, ist der Ausdruck der geistig-persönlichen Leistung desjenigen, der diese Innovation hervorbringt. So drückt sich im Urheberrecht der zu schützende Maßstab in einer Mindestanforderung an die *Gestaltungshöhe* eines Werks aus (§ 2 Abs. 2 UrhG) und der Schutz durch das Patentrecht wird nur bei Vorliegen einer gewissen *Erfindungshöhe* (§§ 1, 4 PatG) gewährt, d.h. die Erfindung darf sich nicht für einen Fachmann in nahe liegender Weise aus dem Stand der Technik ergeben. Im Kennzeichenrecht dagegen erschöpft sich die Voraussetzung der objektiven Eigenart in der *Unterscheidungskraft*, die ein Kennzeichen aufweisen muss (§ 3 Abs. 1 MarkenG). Das gewählte Zeichen ist zudem häufig nicht frei geschaffen, sondern bereits im geistigen Gemeingut (z.B. der Sprache) vorhanden. Die Wahl des Zeichens wird letztlich nur begrenzt durch ein eventuell bestehendes Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit.<sup>273</sup> Die Kreierung der Marke, also das Brandcoining als solches, ist zwar im Einzelfall ein höchst kreativer Vorgang, aber nicht Voraussetzung für die Erlangung markenrechtlichen Schutzes. Diesen Aspekt schützen andere Instrumente, wie der Designschutz oder das Urheberrecht. Die Gewährung markenrechtlichen Schutzes ist demnach unabhängig von dem Gedanken der Innovationsstimulierung.

---

<sup>269</sup> Rehbinder, Urheberrecht, § 8, Rn 87.

<sup>270</sup> Vgl. Kap. 4.4.

<sup>271</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 5, Rn 19.

<sup>272</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 5, Rn 1.

<sup>273</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 5, Rn 1; § 4, Rn. 14.

### 4.3.3 Marke als Leistungssymbol

Die Bedeutung der Marke erschließt sich erst bei der Betrachtung ihres eigentlichen Schutzgegenstands. Dieser stellt sich im Verhältnis zu den übrigen Immaterialgüterrechten wie folgt dar:

Im Urheber- und Patentrecht besteht der Anknüpfungspunkt für die Gewährung eines exklusiven Rechts in der Umsetzung der neuen Idee, wie sie in einem Geisteswerk oder einer technischen Lehre verkörpert ist. Es wird also an das Leistungsergebnis angeknüpft. Der Schutzgegenstand des Markenrechts stellt demgegenüber auf ein Kennzeichen ab, welches nur stellvertretend das *Symbol* der eigentlichen Leistung ist.<sup>274</sup> Erst der notwendige Zusammenhang von Marke und Ware bzw. Dienstleistung verdeutlicht den Sinn des markenrechtlichen Regelungsgegenstands. Die Marke ist kein Selbstzweck; Bedeutung kommt ihr erst durch die Menschen zu, die sie für einen Gegenstand einsetzen und die, die sie in Bezug auf ein Objekt wahrnehmen.<sup>275</sup> Eine Marke schützt somit die Einheit von Zeichen und Ware,<sup>276</sup> sie erlangt erst im Zusammenhang mit dem gekennzeichneten Gegenstand ihre Eigenschaft als Wirtschaftsgut.<sup>277</sup> Das Recht an der Marke wird dem Inhaber nicht zur allgemeinen wirtschaftlichen Verwendung, sondern nur zu einem bestimmten Zweck zugewiesen, nämlich zur Identifizierung seiner Waren. Insofern ist die Marke *akzessorisch*: im Gegensatz zu den anderen Immaterialgüterrechten decken sich im Markenrecht nicht rechtlicher geschützter Gegenstand und Leistung, um derentwillen sie geschützt wird.<sup>278</sup>

Knüpft man daher an das hinter der Marke stehende Produkt an, ist jedoch auch dafür nicht *Bedingung* der Erlangung markenrechtlichen Schutzes, dass es sich um ein innovatives Erzeugnis handelt. Zwar stellt das Markenrecht (auch) ein Instrument zur Vermarktung innovativer Produkte zur Verfügung, es kommt darauf aber nicht begriffsnotwendig an. Zudem steht es (innerhalb der oben aufgezeigten Grenzen des Wettbewerbsrechts<sup>279</sup> und vorausgesetzt es besteht kein sonstiger Schutz, etwa durch ein Patent) jedem frei, nach dem Prinzip der Nachahmungsfreiheit die Produkte eines Konkurrenten zu imitieren. Diese Tatsachen dürfen dabei nicht zu der Annahme führen, die Marke habe im Verhältnis zu anderen Immaterialgüterrechten einen niedrigeren Rang.<sup>280</sup> Indem sie den Hersteller an die Einhaltung von Qualitätsstan-

---

<sup>274</sup> Hubmann/ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 4, Rn 2.

<sup>275</sup> Wadle, Geistiges Eigentum Bd. II, S. 339.

<sup>276</sup> Troller, Immaterialgüterrechte Bd. I, S. 207: Einheit beider Komponenten als "Bewusstseinsphänomen".

<sup>277</sup> Troller, Immaterialgüterrechte Bd. I, S. 51.

<sup>278</sup> Kur, in: Schrickler/ Beier/ Kur, Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, S. 23, 27.

<sup>279</sup> Vgl. Kap. 4.2.2.

<sup>280</sup> So der EuGH noch in der Rechtssache Sirena, EuGH GRURInt 1971, 279, 280 – Sirena.

dards bindet,<sup>281</sup> fördert sie den wirtschaftlichen Fortschritt. Dieses Ziel ist demjenigen anderer Immaterialgüterrechte gleichrangig.<sup>282</sup>

Werden die dem Schutz der einzelnen Immaterialgüterrechte zugrunde liegenden ökonomischen Erwägungen des Gesetzgebers herangezogen, lässt sich folgendes feststellen: Dem Urheberrecht liegt die Prämisse zugrunde, dass es als Anreiz zur Erschaffung neuer geistiger Werke dient. Für das Patentrecht lässt sich dasselbe im Hinblick auf das Hervorbringen neuer wissenschaftlich-technischer Erfindungen sagen. Eigentliche Zielsetzung des Kennzeichenschutzes ist es hingegen nicht, ein Bedürfnis der Allgemeinheit an ausreichenden Wortschöpfungen, Bildern oder sonstigen Kennzeichenformen zu bedienen, mag dieses auch im Einzelfall Reflex des Markenschutzes sein.<sup>283</sup> „Meta-Schutzzweck“ des Markenrechts ist vielmehr die Sicherung eines geordneten Ablaufs des wirtschaftlichen Wettbewerbs, indem seinen Teilnehmern ausreichende Mittel zur Identifikation auf dem Markt zur Verfügung gestellt werden. Sie verfolgt also letztlich dasselbe Ziel wie das Recht des unlauteren Wettbewerbs, nur mit dem speziellen subjektiven Mittel des Markenschutzes. Die Marke ist daher auch das Schutzrecht, welches der ökonomischen Analyse am nächsten steht.<sup>284</sup> Nach seiner Struktur und seiner Zielsetzung ist das Markenrecht daher marktorientiert anzuwenden, d.h. an seiner „Wettbewerbsverträglichkeit“ zu messen.<sup>285</sup>

Diese spezifische Sicht der Marke spiegelt sich in der gesamten markenrechtlichen Gesetzgebung wider. Der Schutz gilt nicht der Markierung selbst, sondern der vom Kennzeichen symbolisierten Leistung, also einem außerhalb des Zeichens liegenden Wert. Der Schutz reicht daher auch nur soweit, wie die Marke als Hinweis auf die verknüpfte unternehmerische Leistung verstanden wird.<sup>286</sup> Dieses *Bestimmtheitsgebot* hat zur Folge, dass eine Marke nicht abstrakt beansprucht werden kann, sondern immer nur im Zusammenhang mit einer konkret bezeichneten Ware oder Dienstleistung. Betrachtet man etwa die in § 14 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG verankerten Ausschließlichkeitsrechte des Markeninhabers, so kann er diese nur geltend machen, wenn der Verletzer das streitgegenständliche Zeichen für identische bzw. ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet. Bei Registermarken muss dementsprechend gemäß § 32 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG bei der Anmeldung zur Eintragung ein Verzeichnis der zu markierenden Produkte eingereicht werden. Bei Marken kraft Benutzung sind diejenigen Waren und Dienstleistungen für die Kollisionsprüfung entscheidend, für die Verkehrsgeltung

---

<sup>281</sup> Vgl. Kap. 3.2. und 3.4.2.

<sup>282</sup> Generalanwalt Jacobs im Schlussantrag der Rechtssache Hag II, EuGH GRURInt 1990, 909.

<sup>283</sup> Landes/ Posner, *The Structure of Intellectual Property Law*, S. 171.

<sup>284</sup> Landes/ Posner, , *The Structure of Intellectual Property Law*, S. 166.

<sup>285</sup> Meister, WRP 2005, 290, 318.

<sup>286</sup> Wadle, *Geistiges Eigentum* Bd. II, S. 351; Vanzetti, GRURAusl 1965, 128, 129, geht sogar so weit, das Zeichen als eine bloße Eigenschaft des Schutzgegenstands aufzufassen.

oder notorische Bekanntheit besteht.<sup>287</sup> Ebenso illustrieren die Tatbestände des § 8 Abs. 2 MarkenG den allgegenwärtigen Bezug der Marke zu den durch sie gekennzeichneten Produkten.

#### 4.4 Schutzzweck des Markenrechts im Bereich des investiven Immaterialgüterrechtsschutz

Wie aufgezeigt, ist die Interessenlage bei Unternehmerleistungen eine andere als die bei innovativen und kreativen Leistungen des Individuums. Leistungen, die selbst nicht die Anforderungen an eine geistige Schöpfung erfüllen, kommt in der Rechtsordnung teilweise über die sog. *Leistungsschutzrechte* Schutz zu. Regelungen in diesem Bereich existieren für die Leistungen des Tonträger- (§§ 85, 86 UrhG) und Datenbankherstellers (§§ 87a – 87e UrhG), der Sendeunternehmen (§ 87 UrhG) und der Filmproduzenten (§§ 88-94 UrhG). Bei allen liegt der Schwerpunkt auf der *gewerblichen, kaufmännisch-organisatorischen Leistung*, nicht auf der *unmittelbaren* Bereitstellung eines immateriellen Gegenstandes zwecks Befriedigung eines geistigen Bedürfnisses durch die Allgemeinheit.<sup>288</sup> Mit dem Markenrecht ist diesen gemeinsam, dass derartige Leistungen in erster Linie gegen eine Ausbeutung durch einen Konkurrenten geschützt werden müssen. Es geht also um den Schutz der *Investition* in die Marke, dies gilt für Investitionen in den Markenaufbau, das Markenimage und im weiteren Sinne in die Qualität der unter der Marke vertriebenen Produkte.<sup>289</sup>

Wie bereits dargestellt, basiert das immaterialgüterrechtliche System im Bereich der „klassischen Immaterialgüterrechte“, wie im Patentrecht, auf der Überlegung, dass es zu einer Optimierung der Innovationsrate führt.<sup>290</sup> Eine Steigerung der Innovationen – so die Theorie weiter – bedeutet die gesamtwirtschaftliche Steigerung der Wohlfahrt.<sup>291</sup> Zur Beschreibung der Stellung der Immaterialgüterrechte im Wirtschaftssystem werden üblicherweise verschiedene Marktstufen voneinander getrennt. An oberster Stelle steht die Innovationsebene, es folgt die Produktionsebene und schließlich die Konsumebene (Vermarktung des Neuen).<sup>292</sup> Das übergeordnete Ziel der „klassischen“ Immaterialgüterrechte ist die Herstellung der Funktionsfä-

---

<sup>287</sup> Ingerl/ Rohnke, MarkenG, § 14, Rn 426.

<sup>288</sup> Rehbinder, Urheberrecht, § 7, Rn 71.

<sup>289</sup> Heinemann, Immaterialgüterrecht, S. 19. So beliefen sich z.B. die Kosten für den Aufbau der Marke „e.on“ auf ca. 22,5 Millionen Euro in einem Zeitraum von weniger als zwei Jahren (siehe Fischer/ Hieronimus/ Kranz, Markenrelevanz in der Unternehmensführung, 2002, S.7).

<sup>290</sup> Tatsächlich ist der empirische Beweis für diese Theorie nicht erbracht, vgl. Machlup, GRURInt 1961, 524, 537.

<sup>291</sup> Lehmann, GRURInt 1983, 356, 357.

<sup>292</sup> Sog. „Mehrebenenansatz“ von C. C. v. Weizsäcker, zitiert bei Heinemann, Immaterialgüterrecht, S. 14.

higkeit von Innovationsmärkten.<sup>293</sup> Durch die Beschränkungen auf der untergeordneten (Produktions-) Stufe wird die Tätigkeit auf der übergeordneten (Innovations-) Ebene künstlich verstärkt. Hierin liegt die traditionelle Rechtfertigung für Ausschließlichkeitsrechte im Sinne der Monopol- oder Ansporntheorie.<sup>294</sup> Auf der Innovationsebene kommt der Marke, wie gesehen, jedoch keine Bedeutung zu. Die Wirkung der Marke entfaltet sich auf der Konsumebene, wo sie dem Hersteller ein Mittel zur Vermarktung seiner Produkte bietet. Eine Rechtfertigung für die Zuweisung von Ausschließlichkeitsrechten und ihren Erträgen auf einer dem Innovationsmarkt nachgeordneten Ebenen wird ausschließlich in einer Ermöglichung der Amortisation getätigter Investitionen gesehen sowie darin, einen funktionierenden Wettbewerb zu sichern.<sup>295</sup> Für den Schutzbereich des Markenrechts ist also der Investitionsgedanke maßgeblich, der anderen Immaterialgüterrechten demgegenüber fremd ist.<sup>296</sup>

Auch *Fezer* spricht sich nachhaltig für einen Investitionsschutz im Markenrecht aus, nach denen die unternehmerischen Investitionen in die Marke den Schutzbereich bestimmen sollen.<sup>297</sup> Für diesen Ansatz sprechen weitere Gesichtspunkte, die bereits im geltenden Markenrecht verankert sind: Zum einen der Schutz der bekannten Marke gemäß § 4 Nr. 2 MarkenG, durch die der Markeninhaber für sein erfolgreiches Agieren am Markt unter einem bestimmten Zeichen belohnt wird. Zum anderen wird durch den Benutzungszwang in §§ 25, 26 MarkenG sichergestellt, dass die Marke „zum Einsatz“ kommt und Investitionen in sie getätigt werden. Schließlich wird durch den theoretisch zeitlich unbegrenzten Schutz der Marke zum Ausdruck gebracht, dass die Marke solange sie genutzt und damit in sie investiert wird auch zum schützenswerten Vermögen zählt.

#### 4.5 Zwischenergebnis

Das Markenrecht hat den Wandel vom Persönlichkeits- zum Immaterialgüterrecht vollständig vollzogen; persönlichkeitsrechtliche Bestandteile im modernen Markenrecht sind allenfalls noch als Relikte zu finden. Die Marke hat insofern eine Sonderstellung im System der durch eine Verknüpfung von persönlichkeitsrechtlichen und vermögensrechtlichen Bestandteilen geprägten Immaterialgüterrechte; ihre übergeordneten Zielsetzung entspricht eher der des Wettbewerbsrechts.

---

<sup>293</sup> Hilty, Zusammenfassung Vortrag, GRURInt 2004, 607, Kirchner, GRURInt 2004, 603, 605.

<sup>294</sup> Kirchner, GRURInt 2004, 603, 604; Hilty, Zusammenfassung Vortrag, GRURInt 2004, 607, 608; Lehmann, GRURInt 1983, 353 ff.

<sup>295</sup> Hilty, Zusammenfassung Vortrag, GRURInt 2004, 607, 608.

<sup>296</sup> Beispielsweise dem Patentrecht, Busse, Einl PatG, Rn. 66.

<sup>297</sup> Fezer, GRUR 2003, 457, 464.

Der mit der Marke maßgeblich bewirkte *Schutz von Investitionen* muss dazu führen, dass bei der Anwendung des Markenrechts stets die Wettbewerbsverträglichkeit des Schutzrechts als Leitmotiv und Grenze herangezogen wird. Das Markenrecht ist marktorientiert auszulegen.

## 5 Fazit

Der Vergleich der Markenfunktionen aus juristischer und betriebswirtschaftlicher Sicht hat eine Reihe von Missverständnissen zwischen den Disziplinen aufgedeckt. Neben ihrer fehlenden tatsächlich-ökonomischen Fundierung müssen auch die methodischen Mängel der markenrechtlichen Funktionenlehre also solche kritisiert werden.

Die Defizite der Funktionenlehre und die Entfernung von der Inhaber geprägten Schutzrichtung des MarkenG verlangen eine Neuorientierung im Markenrecht. An die Stelle der vom Gesetz losgelösten Funktionenlehre sollte eine konkret-individuelle Auslegung der einzelnen markenrechtlichen Vorschriften treten. Gerade die sog. Herkunftsfunktion eignet sich nicht als Korrektiv für offen formulierte Tatbestände und lenkt von einer normzweckorientierten Interpretation ab. Dabei stellt sich auch nicht die Frage nach der Funktion des Schutzgegenstands, der Marke, sondern nach der Funktion der einzelnen Norm.

Die Klassifizierung der Marke als Immaterialgüterrecht ist unbestritten. Allerdings wird die Marke im Gegensatz zu den anderen Immaterialgütern nicht ihrer selbst wegen geschützt wird, sondern als Symbol für die dahinter stehende unternehmerische Leistung. Dies ist bei der Bestimmung des übergeordneten Gesetzeszwecks des Markengesetzes zu beachten, der jedoch nicht den Anspruch erhebt, an die Stelle der Funktionenlehre zu treten. Vielmehr geht es um den Zweck des Gesetzes und dessen Einordnung in das Immaterialgüterrecht.

Der Gedanke des Investitionsschutzes deckt sich auch mit den wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen zur Marke. So konnte gezeigt werden, dass die Marke im neo-institutionellen Sinn als spezifische Investition zu sehen ist.<sup>298</sup>

Wenn auch Investitionsschutz bei den anderen Immaterialgüterrechten im Gegensatz zum Innovationsschutz allenfalls eine untergeordnete Rolle spielt, steht er beim inhaberorientierten Markenschutz wegen seines wettbewerbsrechtlichen Charakters im Vordergrund.

Zur weiteren Erklärung des Investitionsschutzes als Zweck des Markenrechts sowie aufgrund der aktuellen Entwicklung neuer Geschäftsmodelle im Online-Bereich, müssen nicht nur die ökonomischen, sondern auch die technischen Vorgaben des neuen Mediums Internet berücksichtigt werden, um die Eckpfeiler eines innovationstauglichen Markenrechts zu bestimmen. Gerade das bisherige, zumeist kritiklose Abstellen auf den „pseudo-ökonomischen“ Funkti-

---

<sup>298</sup> Vgl. Kap. 3.2.4.

onspluralismus verdeutlichen den interdisziplinären Handlungsbedarf, wobei der Investitionsschutz als Schutzzweck des MarkenG einen „tatsächlich“ interdisziplinären Ansatzpunkt darstellt.



## Literaturverzeichnis

- Aaker, David (1992): Management des Markenwerts, Frankfurt a. M.
- Albach, Horst (1980): Vertrauen in der ökonomischen Theorie, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswirtschaft, 136. Jg., S. 2 ff.
- Angehrn, Otto (1960): Handelsmarken und Markenartikelindustrie, Freiburg.
- Ann, Christoph (2004): Die idealistische Wurzel des Schutzes geistiger Leistungen, in: GRURInt 2004, S. 597 ff.
- Backhaus, Klaus/ Sabel, Tatjana (2004): Markenrelevanz auf Industriegütermärkten, in: Backhaus, Klaus/Voeth, Markus (Hrsg.): Handbuch Industriegütermarketing, Wiesbaden, S. 779 ff.
- Bauer, Raymond (1967): Consumer Behavior as Risk Taking, in: Cox, Donald (Hrsg.): Risk Taking and Information Handling in Consumer Behavior, Boston, USA, S. 23 ff.
- Baumbach, Adolf/ Hefermehl, Wolfgang (1985): Warenzeichenrecht, 12. Aufl., München.
- Beier, Friedrich-Karl/ Krieger, Ulrich (1976): Wirtschaftliche Bedeutung, Funktionen und Zweck der Marke (68) - Bericht erstattet im Namen der Landesgruppe der Bundesrepublik, in: GRURInt 1976, S. 125 ff.
- Berekoven, Ludwig (1978): Zum Verständnis und Selbstverständnis des Markenartikels, in: o.V. (Hrsg.): Markenartikel heute, Wiesbaden, S. 35 ff.
- Bierwirth, Andreas (2003): Die Führung der Unternehmensmarke - Ein Ansatz zum zielgruppenorientierten Corporate Branding, Frankfurt a. M.
- Boholm, Asa (1998): Comparative studies of risk perception: a review of twenty years of research, in: Journal of Risk Research 1998, April, 1. Jg., H. 2, S. 135 ff.
- Bornkamm, Joachim (2005): Markenrecht und wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz – Zur Vorrangthese der Rechtsprechung, in: GRUR 2005, S. 97 ff.
- Bruhn, Manfred (2004): Begriffsabgrenzungen und Erscheinungsformen von Marken, in: Bruhn, Manfred (Hrsg.): Handbuch Markenführung, 2. Aufl. Bd. I, Wiesbaden, S. 3 ff.

- Bruhn, Manfred/ Gesellschaft zur Erforschung des Markenwesens (GEM) (2003): Was ist eine Marke? – Aktualisierung der Markendefinition, Gräfeling.
- Burmann, Christoph/ Blinda, Lars/ Nitschke, Axel (2003): Konzeptionelle Grundlagen des identitätsbasierten Markenmanagements, Arbeitspapier des Lehrstuhls für innovatives Markenmanagement der Universität Bremen, Nr. 1, Bremen.
- Busse, Rudolf/ Keukenschrijver, Alfred (2003), Patentgesetz, 6. Aufl., Berlin.
- Caspar, Mirco (2004): Erfolgreiche Führung von Medienmarken - Strategien für Positionierung, Markentransfers und Branding, München.
- Caspar, Mirco/ Hecker, Achim/ Sabel, Tatjana (2002): Markenrelevanz in der Unternehmensführung - Messung, Erklärung und empirische Befunde für B2B-Märkte, MCM/McKinsey-Reihe zur Markenpolitik, Arbeitspapier Nr. 4, Münster.
- Creifeld, Karl (Begr.)/ Weber, Klaus (Hrsg.) (2002): Rechtswörterbuch, 17. Aufl., München.
- Damm, Carlhans (1993): Marke, Markt, Marketing, in: Droege, Walter /Backhaus, Klaus/Weiber, Rolf (Hrsg.): Strategien für Investitionsgütermärkte – Antworten auf neue Herausforderungen, S. 344 ff.
- Dörtelmann, Thomas (1997): Marke und Markenführung: eine institutionentheoretische Analyse, Bochum.
- Domizlaff, Hans (1951): Die Gewinnung öffentlichen Vertrauens. Ein Lehrbuch der Markentechnik, 2. Aufl., Hamburg.
- Dreier, Horst/Bauer, Hartmut (1996): Grundgesetz, Tübingen.
- Dudenverlag (2002): Duden - Das Bedeutungswörterbuch, 3. Aufl., Mannheim u. a.
- Esch, Franz-Rudolf (2003): Strategie und Technik der Markenführung, München.
- Esch, Franz-Rudolf /Tomczak Torsten/ Kernstock, Joachim / Langner, Torsten (2004): Corporate Brand Management, Wiesbaden.
- Esch, Franz-Rudolf/Wicke, Andreas (2001): Herausforderungen und Aufgaben des Markenmanagements, in: Esch, Franz-Rudolf (Hrsg.): Moderne Markenführung - Grundlagen - Innovative Ansätze – Praktische Umsetzungen, 3. Aufl., Wiesbaden, S. 3 ff.
- Festinger, Leon (1977): Theorie der kognitiven Dissonanz, Bern.
- Fezer, Karl-Heinz (2003): Entwicklungslinien und Prinzipien des Markenrechts in Europa – Auf dem Weg zur Marke als einem immaterialrechtlichen Kommunikationszeichen, GRUR 2003, S. 457 ff.

- Fezer, Karl-Heinz (2001): Markenrecht, 3. Aufl., München.
- Fischer, Marc/ Hieronimus, Fabian/ Kranz, Marcel (2002): Markenrelevanz in der Unternehmensführung - Die Bedeutung von Marken in unterschiedlichen Branchen und Konsumgütermärkten, MCM/McKinsey-Reihe zur Markenpolitik, Arbeitspapier Nr. 1, Münster.
- Franke, Nikolaus (2000): Marketingwissenschaft: eine empirische Positionsbestimmung, in: Backhaus, Klaus (Hrsg.): Deutschsprachige Marketingforschung - Bestandsaufnahme und Perspektiven, S. 409 ff.
- Gamm, Otto-Friedrich Frhr. von (1994), Schwerpunkte des neuen Markenrechts - Referat anlässlich der GRUR-Jahrestagung am 3. 6. 1994, GRUR 1994, S. 775 ff.
- Gierke, Otto (1895): Deutsches Privatrecht Bd. I: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Nachdruck 3. Titel des 4. Kapitels mit der Überschrift „Persönlichkeitsrechte“, S. 748 ff., in: UFITA 125 (1994), S. 103 ff.
- Götting, Horst-Peter (1995), Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, München.
- Hacker, Franz (2003): Die ältere Geschichte des Markenrechts als Prozess einer systematischen Standortfindung, in: NJW-Sonderheft „100 Jahre Markenverband – Marken im Wettbewerb“, München, S. 11 ff.
- Hätty, Holger (1989): Der Markentransfer, Heidelberg.
- Hague, Paul/ Jackson, Peter (1994): The Power of Industrial Brands: an Effective Route to Competitive Advantage, Maidenhead.
- Hansen, Peter (1970): Der Markenartikel. Analyse seiner Entwicklung und Stellung im Rahmen des Markenwesens, Berlin.
- Heinemann, Andreas (2002): Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung – Eine grundlagenorientierte Untersuchung zum Kartellrecht des geistigen Eigentums, Tübingen.
- Henning-Bodewig, Frauke/ Kur, Annette (1988): Marke und Verbraucher, Bd. I, Grundlagen, Weinheim.
- Henning-Bodewig, Frauke (1997) in: Schrickler, Gerhard/Beier, Karl-Friedrich, Die Neuordnung des Markenrechts in Europa, Baden-Baden.
- Heydt, Ludwig (1976), Zur Funktion der Marke, GRURInt 1976, S. 339 ff.

- Hieronimus, Fabian (2003): Persönlichkeitsorientiertes Markenmanagement - eine empirische Untersuchung zur Messung, Wahrnehmung und Wirkung der Markenpersönlichkeit, Frankfurt a.M.
- Hilty (2004): Zusammenfassung des Vortrags „Innovationsschutz und Investitionsschutz für immaterielle Güter“ von Prof. Dr. Reto M. Hilty, zit. bei v. Bassewitz/Katharina, Kramer/Birgit, Prinz zu Waldeck und Pyrmont/Wolrad (2004), in: GRURInt 2004, S. 607 ff.
- Hubmann, Heinrich / Götting, Horst-Peter (2002): Gewerblicher Rechtsschutz, 7. Auflage, München.
- Ingerl, Reinhard/ Rohnke, Christian (2003): Markengesetz, 2. Aufl., München.
- Ingerl, Reinhard/ Rohnke, Christian (1998): Markengesetz, München.
- Jacoby, Jacob/ Szybillo, George/ Busato-Schach, Jacqueline (1977): Information Aquisition Behavior in Brand Choice Situation, Journal of Consumer Research 1977, 3. Jg., March, S. 209 ff.
- Jarass Hans D./ Pieroth, Bodo (2004), Grundgesetz, 7. Aufl., München.
- Kaas, Klaus-Peter (2000): Alternative Konzepte der Theorieverankerung, in: Backhaus, Klaus (Hrsg.): Deutschsprachige Marketingforschung - Bestandsaufnahme und Perspektiven, S. 55 ff.
- Kahnemann, Daniel/ Slovic, Paul/ Tversky, Amos (1982): Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases, Cambridge, UK.
- Kapferer, Jean-Noel (1992) : La Marque: moteur de la competitivite des entreprises et de la croissance de l'economie, Paris.
- Kemper, Anne-Christin (2000): Strategische Markenpolitik im Investitionsgüterbereich, Köln.
- Keller Kevin Lane (2001): Building Customer Based Brand Equity: A Blueprint for Creating Strong Brands, MSI Report 01-107.
- Kirchner, Christian (2004): Innovationsschutz und Investitionsschutz für immaterielle Güter, in: GRURInt 2004, S. 603 ff.
- Kohler, Josef (1887): Das Immaterialgüterrecht und seine Gegner, in: Buschs Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts 47, S. 169 ff., Nachdruck in: UFITA 123 (1993), S. 81 ff.
- Kohler, Josef (1880), Autorrecht, in: Jherings Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatsrechts; Bd. 18.

- Kohler, Josef (1910): Warenzeichenrecht, Mannheim.
- Kopff, Andrzej (1983), Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht, in: GRURInt 1983, S. 351 ff.
- Koppelmann, Udo (2004): Funktionenorientierter Erklärungsansatz der Markenpolitik, in: Bruhn, Manfred (Hrsg.): Handbuch Markenführung, Bd. I, Wiesbaden, S. 371 ff.
- Kranz, Marcel (2004): Die Relevanz der Unternehmensmarke, Schriften zu Marketing und Management Nr. 48, Frankfurt a.M.
- Kreps, David (1994): Mikroökonomische Theorie, Landsberg/Lech.
- Kunz-Hallstein, Hans Peter (1994): Die Funktionen der Marke nach europäischem und künftigen deutschen Markenrecht, in DPA (Hrsg.), 100 Jahre Marken-Amt, Festschrift, München, S. 147 ff.
- Kur, Annette (2001): Funktionswandel von Schutzrechten: Ursachen und Konsequenzen der inhaltlichen Annäherung und Überlagerung von Schutzrechtstypen, in: Schricker, Gerhard/Beier, Karl-Friedrich/Kur, Annette (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Baden-Baden, S. 23 ff.
- Krüger/Nieland (1980): Neue Beurteilungsmaßstäbe für die Verwechslungsgefahr im Warenzeichenrecht?, GRUR 1980, S. 425 ff.
- Landes, William M./Posner, Richard A. (2003): The Structure of Intellectual Property Law, S. 167 ff., Cambridge und London.
- Lehmann, Michael (1983): Eigentum, geistiges Eigentum, gewerbliche Schutzrechte – Property Rights als Wettbewerbsbeschränkungen zur Förderung des Wettbewerbs, in: GRURInt 1983, S. 357 ff.
- Lehmann, Michael (1986): Die wettbewerbswidrige Ausnutzung und Beeinträchtigung des guten Rufs bekannter Marken, Namen und Herkunftsangaben - Die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland, GRURInt 1986, S. 6 ff.
- Lehmann, M./ Schönfeld, Th. (1994): Die neue europäische und deutsche Marke: Positive Handlungsrechte im Dienste der Informationsökonomie, GRUR 1994, S. 481 ff.
- Machlup, Fritz (1961): Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts – 3. Teil, GRURInt 1961, S. 524 ff.
- Mangini, Vito (1996): Die Marke: Niedergang der Herkunftstradition, GRURInt 1996, S. 462 ff.

- Meffert, Heribert (2000): Marketing, Grundlagen marktorientierter Unternehmensführung, 9. Aufl., Wiesbaden.
- Meffert, Heribert/ Burmann, Christoph (2002): Wandel in der Markenführung – vom instrumentellen zum identitätsorientierten Markenverständnis, in: Meffert, Heribert/Burmann, Christoph/Koers, Martin (Hrsg.): Markenmanagement: Grundlagen der identitätsorientierten Markenführung, Wiesbaden, S. 17 ff.
- Meister, Herbert E. (2005): Methodik im Markenrecht oder erste Bausteine einer Europäischen Rechtslehre, in: WRP 2005, S. 290 ff.
- Mellerowicz, Konrad (1963): Markenartikel - Die ökonomischen Gesetze ihrer Preisbildung und Preisbindung, 2. Aufl., München und Berlin.
- Merbold, Claus (1995): Die Investitionsgüter-Marke, in: Markenartikel, H. 9, S. 414 ff.
- Meyer, Andreas (1996): Das deutsche und französische Markenrecht nach der Umsetzung der Ersten Markenrichtlinie (RL 89/104/EWG), GRURInt 1996, S. 592 ff.
- Nägele, Thomas (1999): Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht, Baden-Baden.
- Picot, Arnold (1990): Ökonomische Theorie der Organisation – Ein Überblick über neuere Ansätze und deren betriebswirtschaftliche Anwendungspotentiale, in: Oerdelheide, Dieter/ Rudolph, Bernd (Hrsg.): Betriebswirtschaftslehre und ökonomische Theorie, Frankfurt a. M., S. 143 ff.
- Rehbinder, Manfred (2002): Urheberrecht, München.
- Rehbinder, Manfred (1993): J.C. Bluntschlis Beitrag zur Theorie des Urheberrechts“, in: UFITA 123 (1993), S. 29 ff.
- Riehle, Gerhard (2001): Funktion der Marke und europäisches Markenrecht: Versuch einer dualen Deutung, MarkenR 2001, S. 337 ff.
- Rosenberg, Morris (1979): Conceiving the Self, New York.
- Rüsch Gerhard (1994): Ziele und Funktionen des Markenartikels, in Bruhn, M. (Hrsg.): Handbuch Markenartikel, Bd. I, Stuttgart, S. 121 ff.
- Sack, Rolf (1972): Die rechtlichen Funktionen des Warenzeichens, in: GRUR 1972, S. 402 ff.
- Sambuc, Thomas (2000): Was soll das Markenrecht? – Ein Beitrag zur Funktionenlehre, in: WRP 2000, S. 985 ff.
- Schenk, Hans Otto (1970): Die leidige Markenwaren-Terminologie, zitiert nach Kelz Andreas, Die Weltmarke, Idstein, 1989, S. 20.

- Schmidt, Ingo/Eßler, Stefan (1992): Die Rolle des Markenartikels im marktwirtschaftlichen System, in: Dichtl, Erwin/Eggers, Walter (Hrsg.): Marke und Markenartikel als Instrumente des Wettbewerbs, München, S. 47 ff.
- Stippel, Peter (1998): Kunde schlägt Shareholder, in: absatzwirtschaft, H. 4, S. 14 f.
- Stützel, Wolfgang (1978): Wirtschaftstheorie und Rechtspolitik, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, S. 107 ff.
- Thurm, Manuela (1999): Markenführung: Sondierungen - Methodologische Disposition - Konzeptioneller Grundriss, München.
- Tilmann, Winfried (1994): Das neue Markenrecht und die Herkunftsfunktion, ZHR 158 (1994), S. 371 ff.
- Totz, Carsten (2005): Interaktionsorientierte Markenführung – Bedeutung internetbasierter Kundeninteraktion für die Markenführung, im Druck.
- Troller, Alois (1983): Immaterialgüterrecht, Band I, 3. Aufl., Basel/ Frankfurt.
- Tunder, Ralf (2000): Der Transaktionswert in der Hersteller-Handler-Beziehung - Hintergründe, Konzeptualisierung und Implikationen auf Basis der Neuen Institutionenökonomik, Wiesbaden.
- Ulmer, Eugen (1980): Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin.
- Vanzetti, Adriano (1965): Funktion und Rechtsnatur der Marke –1. Teil, GRURAusl 1965, S. 128 ff.
- Voeth, Markus/Rabe, Christina (2004): Industriegütermarken, in: Bruhn, Manfred (Hrsg.): Handbuch Markenführung, Bd. I, Wiesbaden, S. 75 ff.
- Wadle, Elmar (2003), Geistiges Eigentum, Bausteine zur Rechtsgeschichte Bd. II, München.
- Weiber, Rolf/Adler, Jost (1995): Informationsökonomisch begründete Typologiesierung von Kaufprozessen, ZfbF Sonderheft 35, S. 61 ff.
- Willrodt, Karsten (2004): Markenkompetenz - Konzeption und empirische Analyse im Industriegüterbereich, Wiesbaden.
- Wolf, Christian (2003): Die Schutzschranke des § 23 MarkenG, Köln.

## **Arbeitsberichte des Kompetenzzentrums Internetökonomie und Hybridität**

Grob, H. L. (Hrsg.), Internetökonomie und Hybridität - Konzeption eines Kompetenzzentrums im Forschungsverbund Internetökonomie, Nr. 1.

Brocke, J. vom, Hybride Systeme - Begriffsbestimmung und Forschungsperspektiven für die Wirtschaftsinformatik, Nr. 2.

Holznagel, D., Krone, D., Jungfleisch, C., Von den Landesmedienanstalten zur Ländermedienanstalt - Schlussfolgerungen aus einem internationalen Vergleich der Medienaufsicht, Nr. 3.

Zimmerlich, A., Aufderheide, D., Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht durch die Internetökonomie, Nr. 4.

Ahlert, D., Evanschitzky, H., Erfolgsfaktoren des Multi-Channel-Managements, Nr. 5.

Freund, A., Kuhn, T., Usability-Analysen von Wissensmanagementsystemen, Nr. 6.

Bröcher, J., Domain-Names und das Prioritätsprinzip im Kennzeichenrecht - Nochmals shell.de & Co., Nr. 7.

Trauten, A., Zur Effizienz von Wertpapieremissionen über Internetplattformen, Nr. 8.

Aufderheide, D., Hybridformen in der Internetökonomie - Gegenstand und Methode eines rechtswissenschaftlichen und institutionenökonomischen Forschungsprogramms, Nr. 9.

Grob, H. L., Brocke, J. vom, Hermans, J., Wissensplattformen zur Koordination verteilter Forschungs- und Entwicklungsprozesse – Ergebnisse einer Marktstudie, Nr. 10.

Becker, J., Brelage, C., Falk, T., Thygs, M., Hybrid Information Systems - Position the Web Information Systems Artefact, Nr 11.

Brocke, J. vom, Hermans, J., Kontextkonstruktion in Wissensmanagementsystemen – Ordnungsrahmen und Ergebnisse einer Marktstudie, Nr. 12

Holznagel, B.; Jungfleisch, C., Die Verwirklichung von Zuschauerrechten im Rundfunk - Regulierungskonzepte zwischen Theorie und Praxis, Nr. 13.