

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 18/2016

Vom Warenzeichen zum Markeneigentum. Ein polanyischer Erklärungsversuch

*Alexander Peukert**

Erschienen in: Wolfgang Büscher u.a. (Hrsg.), Marktkommunikation zwischen Geistigem Eigentum und Verbraucherschutz. Festschrift für Karl-Heinz Fezer zum 70. Geburtstag, 2016, 405-426.

Zitiervorschlag: Peukert, Vom Warenzeichen zum Markeneigentum. Ein polanyischer Erklärungsversuch, Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 18/2016, Rn.

Zusammenfassung: Die Entwicklung des europäischen und deutschen Markenrechts in den letzten Jahrzehnten lässt sich auf die Kurzformel „vom Warenzeichen zum Markeneigentum“ bringen. An die Stelle einer lauterkeitsrechtlich fundierten Gewährleistung unverfälschten Wettbewerbs ist ein abstraktes, fungibles Eigentum an allen potentiell unterscheidungskräftigen Zeichen getreten. Im Beitrag wird dieser Paradigmenwechsel in Anlehnung an Thesen des 1944 erschienenen, wirtschaftssoziologischen Klassikers „The Great Transformation. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen“ von Karl Polanyi gedeutet. In einem ersten Schritt wird erläutert, inwieweit Polanyis Ausgangsthese, wonach in einer Marktwirtschaft alle In- und Outputfaktoren kommodifiziert werden müssen, auf Marken und andere Kennzeichen übertragbar ist. Sodann wird Polanyis zentrale Erkenntnis, dass die Kommodifizierung von Arbeit und Boden, aber eben auch von Zeichen als Kommunikationselementen kontingent, sogar fiktional und insgesamt alles andere als unproblematisch ist, für eine Kritik des gegenwärtigen Markenrechts fruchtbar gemacht. Und in der Tat ist auch in diesem Bereich eine Entbettung des Marktes aus der Gesellschaft zu beobachten: Die Markenkommunikation wird gegenüber nicht-marktlicher Kommunikation abgeschirmt, z.B. vor Markenparodien und -kritik. Dies löst nach Polanyi Gegenbewegungen aus, die im Markenrecht bereits so stark geworden sind, dass es nicht einmal mehr ausgeschlossen erscheint, dass sie das Markenrecht auf seinen Ausgangspunkt zurückwerfen: auf das Recht gegen unlauteren Wettbewerb.

* Prof. Dr. iur., Goethe University Frankfurt am Main.

I. Einleitung

- 1 In seiner Habilitationsschrift formuliert Karl-Heinz Fezer eine allgemeine Theorie des subjektiven Privatrechts, dem eine „freiheitsoptimierende Funktion“ für den Einzelnen zukomme.¹ Hierauf aufbauend entwickelt der Jubilar in seinem markenrechtlichen Oeuvre eine historisch und theoretisch umfassende Erklärung des Paradigmenwechsels, der sich auf die Kurzformel „vom Warenzeichen zum Markeneigentum“² bringen lässt und in folgenden Änderungen des Markenrechts zum Ausdruck kommt: erstens der freien Übertragbarkeit und generellen Entkopplung des Markenrechts von einem Geschäftsbetrieb, zweitens der Anerkennung „aller Zeichen“ als potentiell schutzfähiger Markenformen, drittens der Erstreckung des Anwendungsbereichs des Markenrechts auf referierende Benutzungen wie vergleichende Werbung, Markenmerchandising, -satire und -kritik sowie viertens der Ausweitung des sachlichen Schutzbereichs auf alle wirtschaftlich relevanten Funktionen einer Marke.³
- 2 Ich habe mich an anderer Stelle kritisch zur Anerkennung eines nicht mehr durch die Herkunftsfunktion konturierten Ausschließlichkeitsrechts an Produktzeichen geäußert.⁴ Doch soll diese primär rechtsdogmatische Diskussion hier nicht fortgeführt werden. Stattdessen möchte ich im Folgenden der Frage nachgehen, warum sich der genannte Strukturwandel in relativ kurzer Zeit vollziehen konnte. Hierbei handelt es sich um eine deskriptive, historisch-sozialwissenschaftliche Außenperspektive auf das Markenrecht, die auch in Karl-Heinz Fezers Werk einen wichtigen Platz einnimmt.⁵ Zugleich hat die bisherige internationale Diskussion allenfalls erste Ansätze zur Erklärung des skizzierten Paradigmenwechsels hervorgebracht. Lionel Bently zeigt in einer Studie zum britischen Markenrecht, dass allein eine Eigentumsrhetorik jedenfalls nicht ausschlaggebend gewesen sein kann, da in Großbritannien bereits in den 1860er Jahren der damals freilich erfolglose Versuch unternommen worden war, den Schutz von

¹ Vgl. Fezer, Teilhabe und Verantwortung, 1986, insbes. S. 362-365.

² Fezer, Grundprinzipien und Entwicklungslinien im europäischen und internationalen Markenrecht, WRP 1998, 1, 12; zusammenfassend Fezer, MarkenG, 4. Aufl., 2009, Einl C Rn. 8-10 sowie Einl D, § 14 Rn. 144; zum US-Markenrecht in diesem Sinne Desai, From Trademarks to Brands, Florida Law Review 64 (2012), 981, 1011 ff. m.w.N.

³ Vgl. Fezer, Einl D Rn. 18.

⁴ Siehe Peukert, Die Gemeinfreiheit, 2012, S. 95 ff.; aus der US-Literatur Dogan/Lemley, A Search-Costs Theory of Limiting Doctrines in Trademark Law, The Trademark Reporter 97 (2007), 1223 ff.

⁵ Zur Bedeutung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse für die juristische Theorie Fezer, Einl D Rn. 20; vgl. auch ders., Markenschutz als dynamisches Kommunikationssystem, in: Deichsel/Meyer (Hrsg.), Jahrbuch Markentechnik, 2006/2007, S. 429 ff.; allgemein ders., Teilhabe und Verantwortung, S. 363 (Rezeptionsfunktion des subjektiven Rechts).

Warenzeichen nicht mehr in Betrugs- und Irreführungstatbeständen des Common Law zu fundieren, sondern als „property right“ zu rekonfigurieren.⁶ Barton Beebe verweist in Anlehnung an *Baudrillard* auf das Bedürfnis der Menschen nach sozialer Differenzierung anhand von Zeichen, erläutert aber nicht näher, warum Gesetzgeber und Gerichte auf dieses Verlangen gerade durch die Anerkennung frei fungibler, exklusiver Markenrechte reagierten.⁷

- 3 Im Folgenden soll der Paradigmenwechsel im Markenrecht⁸ in Anlehnung an Thesen des 1944 erschienenen, wirtschaftssoziologischen Klassikers „The Great Transformation. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen“ von *Karl Polanyi* gedeutet und in einen größeren wirtschaftssoziologischen Kontext gestellt werden. In seinem Hauptwerk schildert *Polanyi* die Entstehung einer sich idealiter selbstregulierenden Marktwirtschaft und der diese konstituierenden Kommodifizierungsprozesse im Vereinigten Königreich in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Er zeigt, durch welche politischen und rechtlichen Maßnahmen Arbeit und Boden zu frei handelbaren Waren wurden. Da die Mobilisierung aller Produktionsfaktoren für den Markt indes das menschliche Zusammenleben und die natürlichen Lebensgrundlagen bedroht habe, seien Gegenbewegungen entstanden, deren Forderungen sich bereits Ende des 19. Jahrhunderts im Arbeits- und Sozialrecht sowie später im Umweltschutzrecht niederschlugen. *Polanyis* These andauernder Konflikte um das richtige Maß der Einbettung der Marktwirtschaft in die Gesellschaft wird in der gegenwärtigen Wirtschafts- und zunehmend auch der Rechtssoziologie intensiv diskutiert. Dabei werden die rasante weltweite Verbreitung marktwirtschaftlicher Ideen und Strukturen nach dem Zusammenbruch des Ostblocks sowie die später einsetzende Anti-Globalisierungsbewegung als transnationale Neuaufgaben derjenigen Phänomene betrachtet, die *Polanyi* für den Nationalstaat des 19. Jahrhunderts herausarbeitete.⁹

⁶ *Bently*, From communication to thing: historical aspects of the conceptualisation of trade marks as property, in: Dinwoodie/Janis (Hrsg.), Trademark Law and Unfair Competition Law Volume I: Themes and Theories, 2014, S. 118, 149 („... what are the real causes of the expansionist tendencies in trademark law?“).

⁷ *Beebe*, The Semiotic Analysis of Trademark Law, UCLA Law Review 51 (2004), 621, 703 f. (ästhetische und politische Frage).

⁸ Ausgeblendet bleiben im Folgenden andere Kennzeichenrechte wie insbesondere geschäftliche Bezeichnungen und geografische Herkunftsangaben. Allerdings gelten die im Folgenden erörterten Kommodifizierungstendenzen für diese Kennzeichen im Wesentlichen ebenfalls.

⁹ Vgl. z.B. *Stiglitz*, Foreword, in: K. Polanyi, Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time, 2001, vii ff.; *Beckert*, The Great Transformation of Embeddedness: K. Polanyi and the New Economic Sociology, in: Hann/Hart (Hrsg.), Market and society: The Great Transformation urn:nbn:de:hebis:30:3-393667

- 4 In der Soziologie, der US-amerikanischen und jüngst auch der deutschen Rechtswissenschaft gibt es überdies erste Ansätze, diese Betrachtungsweise auf den von *Polanyi* 1944 noch nicht berücksichtigten Faktor Information, die Informationsgesellschaft und die Auseinandersetzungen um das Immaterialgüterrecht zu übertragen. Doch beschränken sich diese Arbeiten auf den Schutz von Innovationen, Kreativität und sonstigen Leistungen durch das Patent- und Urheberrecht.¹⁰ Für das Markenrecht und seine Umwidmung in ein diesen Immaterialgüterrechten immer ähnlicher werdendes Ausschließlichkeitsrecht an der Marke als solcher liegt hingegen – soweit ersichtlich – noch kein Versuch einer *polanyischen* Deutung vor.

I. Die Notwendigkeit der Kommodifizierung aller In- und Outputfaktoren

1. *Polanyi zur Kommodifizierung von Arbeit und Boden*

- 5 Einerseits kann sich ein solches Unterfangen auf die gegenwärtige Marken- und Verbrauchersozio­logie stützen, die ebenfalls maßgeblich auf *Karl Polanyi* rekurriert.¹¹ Andererseits scheint sich *Polanyis* Kommodifizierungstheorie für die Erklärung des Markenrechts weniger zu eignen als für die Deutung der Expansion des Innovationsschutzes in Gestalt insbesondere des Patent- und Urheberrechts. *Polanyis* Ausgangspunkt sind nämlich „komplizierte“ Maschinen wie Dampf- oder Webmaschinen. Sie seien teuer und

„können nur dann ohne Verlust betrieben werden, wenn der Absatz der Waren weitgehend gesichert ist und wenn die Produktion nicht aus Mangel an den für die Arbeit der Maschinen erforderlichen Primärprodukten unterbrochen wird. Für den Kaufmann bedeutet dies, dass alle beteiligten Faktoren

Today, 2009, S. 38. („Few economic sociologists would disagree with the statement ‘We are all Polanyians now.’“); Dale, *Karl Polanyi. The Limits of the Market*, 2010, S. 2 ff.; *Frerichs*, in: *From Economy to Society? Perspectives on Transnational Risk Regulation*, 2013, S. 25 ff.; aus rechtstheoretisch-soziologischer Perspektive insbes. *Amstutz*, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht*, 2001, S. 16 ff., 327; *Joerges/Falke* (Hrsg.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, 2011; ferner die Beiträge in der Sonderausgabe des *Journal of Law and Society* 40 (1), 2013, *Towards an Economic Sociology of Law*.

¹⁰ Zur Expansion des Urheberrechts siehe *Peukert*, *Die Expansion des Urheberrechts - eine polanyische Perspektive*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Deutsches UrhG*, 2015, S. 305 ff. m.w.N.; ferner *Godt*, *Regulative Einbettung der Immaterialgüterrechte*, *ZGE/IPJ* 6 (2014), 279, 289 f. (Karl Polanyi könne der Immaterialgüterrechtstheorie Orientierung bieten).

¹¹ Vgl. *Hellmann*, *Soziologie der Marke*, 2003, S. 190 ff.; *Karpik*, *Mehr Wert. Die Ökonomie des Einzigartigen*, 2007, S. 133 ff.

käuflich sein müssen, das heißt, dass sie jedermann in den benötigten Mengen zur Verfügung stehen müssen, der in der Lage ist, dafür zu bezahlen. Solange diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, wird die Produktion mit Hilfe von spezialisierten Maschinen zu riskant sowohl vom Standpunkt des Kaufmanns, der sein Geld investiert, als auch der Gesellschaft als solcher, deren Einkommen, Arbeitsplätze und Versorgung nunmehr von der fortlaufenden Produktion abhängig sind.“¹²

- 6 Eine arbeitsteilige, technologiebasierte Wirtschaft wird sich demnach nur etablieren, wenn alle Produktionsfaktoren kommodifiziert und käuflich sind.¹³ Doch nicht nur der für eine komplexe Industrieproduktion erforderliche Input (insbesondere Arbeit und Boden) muss auf Märkten frei handelbar sein, sondern ebenso der Output, den der Unternehmer erzeugt. Überhaupt müssen

„alle Einkommen ... aus diesen Verkäufen entstehen. ... Es darf nichts geben, das die Bildung von Märkten behindert, auch darf keine Einkommensbildung zugelassen werden, die nicht durch Verkäufe entsteht.“¹⁴

- 7 Aus der Sicht des einzelnen Marktteilnehmers bedeutet dies, dass

„jegliches Einkommen ... vom Verkauf von irgendetwas herrühren [muss], und was auch immer die tatsächliche Einkommensquelle einer Person sein mag, so muss sie doch das Ergebnis eines Verkaufs sein.“¹⁵ „In einem solchen System können wir nicht existieren, es sei denn, wir kaufen Waren auf dem Markt mit Hilfe von Einkommen, die aus dem Verkauf anderer Waren auf dem Markt resultieren.“¹⁶

- 8 Diese Zusammenhänge gelten auch in der postindustriellen Wissenswirtschaft, die freilich immer weniger auf Grundstücken und Maschinen beruht, als vielmehr auf technischen Erfindungen, kreativen und sonstigen immateriellen Leistungen wie Werken

¹² Polanyi, *The Great Transformation*. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen, 1995, S. 69.

¹³ Polanyi, *Great Transformation*, S. 111.

¹⁴ Polanyi, *Great Transformation*, S. 103; Hellmann, *Soziologie der Marke*, S. 203 („alles, was als Leistung zum Verkauf steht, muss den Besitzer wechseln können, ohne dass dem persönliche Anteilnahme im Wege steht“).

¹⁵ Polanyi, *Great Transformation*, S. 70.

¹⁶ Polanyi, *Great Transformation*, S. 89; ders., Über den Glauben an den ökonomischen Determinismus [1947], in: Cangiani/Polanyi-Levitt/Thomasberger (Hrsg.), *Polanyi. Chronik der großen Transformation*, 2005, S. 325, 327.

(Software!), Designs, Film- und Tonträgern, Datenbanken usw. Wie die Produktionsfaktoren Arbeit und Boden müssen auch diese In- und Outputs handelbar und zu diesem Zwecke eigentumsmäßig zugeordnet sein. Denn nur in kommodifizierter Form lässt sich ihre Herstellung und Verbreitung sowie die Vergütung der hierzu erforderlichen Investitionen/Leistungen in Übereinstimmung mit der gültigen Wirtschaftsordnung, und das heißt eben *marktkonform*, abwickeln.¹⁷

2. Die Kommodifizierung des Warenzeichens

a) Das als Herkunftshinweis dienende Warenzeichen

- 9 Fraglich aber ist, ob sich dieser Gedankengang auch auf das Markenrecht übertragen lässt. Zwar besteht ein Zusammenhang zwischen den Kommodifizierungstendenzen, die *Polanyi* im 19. Jahrhundert ausmacht, und der Entstehung des modernen Warenzeichenrechts. Zutreffend betont *Karl-Heinz Fezer* die Bedeutung der „Konstituierung einer Privatrechtsgesellschaft von Marktbürgern“ in Gestalt insbesondere der Einführung der allgemeinen Gewerbefreiheit 1869 für die deutschen Warenzeichengesetze 1874/1894, die die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundentscheidungen des Liberalismus konsequent umsetzten.¹⁸ Auch wurden in Rechtsprechung und Literatur bereits in den 1920er Jahren Stimmen laut, wonach die Investitionen (Input) in die Werbekraft eines bekannten Warenzeichens wie „Odol“ (Output) unabhängig von Verwechslungsgefahren Schutz vor Trittbrettfahrern genießen müssten, und dieses Ausschließlichkeitsrecht am Zeichen frei fungibel auszugestalten sei.¹⁹ Denn schon damals galt: „The mark actually sells the goods.“²⁰

¹⁷ *Peukert*, FS 50 Jahre UrhG, S. 305 ff.

¹⁸ *Fezer*, Entwicklungslinien und Prinzipien des Markenrechts in Europa - Auf dem Weg zur Marke als einem immaterialgüterrechtlichen Kommunikationszeichen, GRUR 2003, 457, 460; *Henning-Bodewig/Kur*, Marke und Verbraucher. Funktionen der Marke in der Marktwirtschaft, Band I, Grundlagen, 1988, S. 212 ff., 218 (die Tendenz gehe dahin, die Marke zu einem selbständigen, möglichst frei verwertbaren Vermögensgut auszubauen).

¹⁹ Siehe LG Elberfeld, 14.09.1924, 13 O 89/24 – Odol, GRUR 1924, 204 f.; *Isay*, Die Selbständigkeit des Rechts an der Marke, GRUR 1929, 23, 24 ff.; *Heydt*, Wider die herrschende Lehre vom Erfordernis der warenzeichenmäßigen Benutzung, GRUR 1976, 7, 11.

²⁰ *Schechter*, The Rational Basis of Trademark Protection, Harvard Law Review 40 (1927), 813, 819, unter Berufung auf die Odol-Entscheidung des LG Elberfeld, das damit Stichwortgeber für den Schutz bekannter Marken im US-Recht und darüber hinaus wurde; vgl. dazu *Beebe*, The Suppressed Misappropriation Origins of Trademark Antidilution Law: the Landgericht Elberfeld's Odol Opinion and Frank Schechter's 'The Rational Basis of Trademark Protection', in: Dreyfuss/Ginsburg (Hrsg.), Intellectual Property at the Edge. The Contested Contours of IP, 2014, S. 59 ff.; aus markensoziologischer Sicht *Karpik*, S. 195 („Die Marke wird zur Realität, das Produkt zum Zeichen. Der Wettbewerb findet zwischen Vuitton, Gucci, Dior ... statt, nicht zwischen ihren Produkten. Schon gar nicht zwischen ihren Preisen.“).

- 10 Zwar gewährte die Rechtsprechung berühmten Marken auf der Basis des § 1 UWG 1909 einen weitgehenden Schutz davor, dass Dritte den Ruf und das Ansehen der Marke für den Absatz ihrer ggf. auch ungleichartigen Waren ausnutzten.²¹ Im Warenzeichenrecht aber blieb es bis in das späte 20. Jahrhundert dabei, dass das Warenzeichen nicht um seiner selbst willen geschützt, sondern als ein dem Produkt und den Bemühungen um seinen Absatz gewissermaßen nachgeordnetes, dienendes Instrument betrachtet wurde. Seine warenzeichenmäßige Benutzung wurde im übergeordneten Interesse der Markttransparenz und des lautereren Wettbewerbs reguliert. Schutz genossen lediglich die Herkunfts- und hierzu akzessorisch die Qualitätsfunktion des Warenzeichens.²² Auf referierende Benutzungen wie etwa eine Postkarte mit dem Slogan „Bild Dir keine Meinung“ war das Warenzeichengesetz schon nicht anwendbar.²³ Als bloßes „Zubehör zu einem bestimmten Geschäftsbetrieb“ war das Warenzeichenrecht schließlich streng akzessorisch ausgestaltet, also insbesondere nicht losgelöst vom betreffenden Herkunftsbetrieb übertragbar.²⁴
- 11 Dieses traditionelle Verständnis lässt sich mit *Polanyis* Kommodifizierungstheorie nicht erläutern. Denn das Warenzeichen war nicht als abstrakter, frei handelbarer Produktionsfaktor wie die Erfindung oder das urheberrechtlich schutzfähige Werk ausgestaltet.²⁵ Sein Schutz flankierte vielmehr lediglich das Marktgeschehen, das durch auch historisch vorausliegende Weichenstellungen (Kommodifizierung der Arbeit und des Bodens, Gewerbefreiheit) institutionalisiert worden war.²⁶

²¹ Fezer, § 14 Rn. 824 m.w.N.

²² Aus der zeitgenössischen Literatur *Beier/Krieger*, Wirtschaftliche Bedeutung, Funktionen und Zweck der Marke, GRUR Int. 1976, 125; ferner *Fezer*, Einl D Rn. 8-9; rechtsvergleichend *Vanzetti*, Die Funktion der Marke in einem System der freien Übertragbarkeit, GRUR Int. 1999, 205; zum britischen Markenrecht *Richardson*, Trade Marks and Language, Sydney Law Review 26 (2004), 193, 203 ff.

²³ KG, 20.08.1996, 5 U 4311/96 – Alles wird teurer, GRUR 1997, 295 f.; OLG Hamburg, 04.06.1998, 3 U 246/97 – Bild Dir keine Meinung, ZUM-RD 1999, 90, 93; ferner RegE MarkenG, 14.01.1994, BT-Drucks. 12/6581, 61.

²⁴ RG, 18.06.1920, II 486/19, RGZ 100, 3, 6; *Fezer*, § 3 Rn. 183 f.; siehe aber *Henning-Bodewig/Kur*, Marke und Verbraucher I, S. 43 (die Praxis setze sich über das Akzessorietätsprinzip hinweg).

²⁵ Vgl. EuGH, 18.02.1971 – C-40/70 – Sirena, Slg. 1971, 69 Rn. 7 (Warenzeichenrecht weniger schutzwürdig als andere gewerbliche Schutzrechte); Schlussanträge GA *Dutheillet de Lamothe*, 21.1.1971 – C-40/70 – Sirena, Slg. 1971, 86, 88 (die Investitionen in die Werbung rechtfertigten keine Gleichstellung des Warenzeichenrechts mit dem Patentrecht).

²⁶ BVerfG, 22.05.1979, 1 BvL 9/75 – Weinbergsrolle, GRUR 1979, 773, 778 (der Grund des Schutzes liege vorrangig in der Erleichterung der gewerblichen Tätigkeit beim Wettbewerb).

b) Das abstrakte und fungible Markeneigentum

- 12 Die lauterkeitsrechtliche Prägung des deutschen Warenzeichenrechts änderte sich erst nach dem ökonomischen und politisch-ideologischen Zusammenbruch des Ostblocks in den späten 1980er und frühen 1990er Jahren. Unter dem Eindruck des daraufhin herrschenden „Washington Consensus“²⁷ setzte eine zweite Liberalisierungs- und Kommodifizierungswelle ein, die insbesondere auf die marktkonforme Regulierung immaterieller In- und Outputfaktoren gerichtet war. Hierzu zählt auch die Marke, die sich, wie sogleich zu zeigen sein wird, in mehrerer Hinsicht rechtlich verselbständigte. Das frei fungible, von einem Produkt und seiner Herkunft weitgehend entkoppelte Markenrecht gilt dabei als genauso schutzwürdig wie andere Rechte des „geistigen Eigentums“.²⁸
- 13 Um diesen Paradigmenwechsel mit *Polanyis* These einer geradezu zwangsläufigen Kommodifizierung aller Produktionsfaktoren in einer Marktwirtschaft plausibel zu machen, müssten die Investitionen zur Schaffung einer möglichst bekannten Marke und der von der Marke daraufhin repräsentierte Goodwill für sich betrachtet einen Produktionsfaktor (Input) bzw. ein Produkt (Output) darstellen, die jeweils zur handelbaren „Ware“ werden müssen, um marktkonform erzeugt und verbreitet werden zu können. Dazu müssten Marken als solche ein Bedürfnis der Verbraucher befriedigen, so dass diese einen zusätzlichen Preis zu zahlen bereit sind, was wiederum voraussetzt, dass das entsprechende Gut dem Produzenten exklusiv zugeordnet ist.
- 14 Und in der Tat ist in der Marketingliteratur und der Verbraucher- und Markensoziologie seit langem allgemein anerkannt und empirisch validiert, dass es ein spezifisch auf die Marke als solche gerichtetes Bedürfnis der Verbraucher und der Produzenten gibt, das der Marke zugleich einen abstrakten Vermögenswert verschafft. Als Auslöser gilt – ganz in Übereinstimmung mit der *polanyischen* These vom Impuls, der von „komplexen Maschinen“ ausgeht – die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts auftretende

²⁷ Vgl. *Williamson*, What Washington Means by Policy Reform, 1990, <<http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=486Speeches and Papers>> (zul. besucht am 27.07.2015).

²⁸ *Fezer*, Einl C Rn. 4 ff.; *ders.*, GRUR 2003, 457, 464; *Kur*, Well-Known Marks, Highly Renowned Marks and Marks Having a (High) Reputation. What's It All About?, IIC 1992, 218, 220 f. Zum US-Recht entsprechend *Beebe*, UCLA Law Review 51 (2004), 621, 657 f., 677 ff. In der Wirtschaftssoziologie ist umstritten, ob es sich hierbei um eine bloße Verstärkung vorhandener Tendenzen oder um einen völligen Bruch handelt; vgl. *Karpik*, S. 274.

industrielle Massenproduktion von Waren, die nicht mehr vom Hersteller selbst, sondern über den institutionellen Handel an Verbraucher vertrieben wurden.²⁹ Unternehmer wie *Karl August Lingner* erfanden daraufhin im letzten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts Produktmarken wie „Odol“, die zwar nichts über die Herkunft des Erzeugnisses aussagten, sich aber hervorragend für einprägsame Werbung in den Massenmedien eigneten.³⁰ Zugleich erging sich zumindest „der vornehme Herr“ bereits Ende des 19. Jahrhunderts in „demonstrativem Konsum“, der selbst in einer urbanisierten Gesellschaft Prestige verspricht, vorausgesetzt, er kommt in einer Weise zum Ausdruck, die „auch der flüchtigste Passant entziffern kann“.³¹ Dieses repräsentative, Status und Kompetenz signalisierende Verhalten, das erwiesenermaßen mit der Bereitschaft zur Zahlung höherer Preise bei gleicher oder sogar schlechterer Leistung einhergeht, hat sich nach dem 2. Weltkrieg auf immer größere Teile der Bevölkerung ausgedehnt. Bekleidung und selbst ein Auto kann sich fast jeder leisten. Nur welche „Marke“ es sein soll (sic!) – das ist entscheidend!³²

- 15 Parallel zu diesem Bedürfnis der Verbraucher nach distinguierenden Zeichen sind die Unternehmen in einer Überflussgesellschaft darauf angewiesen, Nachfrage durch Werbung und eingängige Marken überhaupt erst zu erzeugen. In den USA trat dieser Umstand bereits kurz nach dem 2. Weltkrieg hervor.³³ In Westeuropa wurde die Verbrauchernachfrage erst in den späten 1960er Jahren „zum entscheidenden Engpassfaktor“, den das Marketing durch „systematische Bedarfs- bzw. Verhaltensbeeinflussung der Nachfrager“ überwinden soll.³⁴ Zu diesen Marketingmaßnahmen zählen seit

²⁹ *Isay*, GRUR 1929, 23, 25; *Hellmann*, Soziologie der Marke, S. 46 ff.

³⁰ *Hellmann*, Soziologie der Marke, S. 51 ff.; *Heydt*, GRUR 1976, 7, 14 f.; *Bently*, in: *Dinwoodie/Janis*, S. 118, 149 m.w.N.

³¹ *Veblen*, Theorie der feinen Leute, 2007 [1899], S. 79 ff., zitiert nach *Neckel u.a.* (Hrsg.), *Sternstunden der Soziologie*, 2010, S. 429, 433, 439.

³² *Henning-Bodewig/Kur*, Marke und Verbraucher I, S. 14-18; *Hellmann*, Soziologie der Marke, S. 365, 377 ff. m.w.N. Aus der zeitgenössischen Literatur *Helm*, Der „unechte Reklamegegenstand“ – Verwendung fremder Kennzeichnungen insbesondere fremder Unternehmenskennzeichen als Werbeaufdruck, GRUR 1981, 630 ff.

³³ *Klassisch Galbraith*, Gesellschaft im Überfluss, 1963 [1958], S. 137 ff.; *Hellmann*, Soziologie der Marke, S. 77 ff. Die ersten Anti-Dilution-Gesetze in den US-Bundesstaaten wurden bereits in den 1940er Jahren erlassen; vgl. *Bradford*, Emotion, Dilution, and the Trademark Consumer, *Berkeley Technology Law Journal* 23 (2008), 1227 mit Fn. 10.

³⁴ *Bruhn*, Marketing, 12. Aufl., 2014, S. 16; *Meffert/Burmann/Kirchgeorg*, Marketing, 12. Aufl., 2014, S. 10 ff.; aus der zeitgenössischen juristischen Literatur *Loewenheim*, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, 1970, S. 63 (im Konsumgütermarkt sei suggestive Werbung dominant); *Fezer*, Der Benutzungszwang im Markenrecht, 1974, S. 81 („Werbe- oder Suggestivfunktion“); *Beier/Krieger*, GRUR Int. 1976, 125.

den 1970er Jahren auch neuartige Formen des Markenauftritts wie zugleich vermehrte Versuche, sich unautorisiert an berühmte Marken anzuhängen.³⁵

- 16 Der Gebrauchswert einer Marke als solcher besteht mithin für Verbraucher darin, sich in der Konsumgesellschaft positionieren zu können, und für Unternehmen darin, das Verbraucherverhalten strategisch beeinflussen zu können.³⁶ Der Input, der erforderlich ist, um ein solches Zeichen als Produktionsoutput zu erzeugen, besteht nicht nur in den Aufwendungen für ein hochqualitatives Produkt, sondern auch und gerade in Investitionen in das Marketing.³⁷ Letztere sind in einer spätindustriellen Überflussgesellschaft wie erläutert unvermeidlich, sie lassen sich nach *Karl Polanyi* aber nur dann marktkonform refinanzieren, wenn der Output zu einem Tauschwert handelbar ist. Ein solcher Handel kann die Marke als solche (Übertragung oder Lizenzierung des Markenrechts) oder ihren Mehrwert beim Produktabsatz betreffen. Das maximale Einkommen und damit auch ein maximaler Anreiz, in die Produktion unterscheidungskräftiger Marken zu investieren, lassen sich jedoch aus beiden Geschäften nur erzielen, wenn der Berechtigte die Verwendung der Marke vollständig kontrollieren kann. Andernfalls entgleitet ihm und dem potentiellen Erwerber die Herrschaft über den Nutzen, den eine Marke vermittelt. Und genau diesem Zweck dienen die vier eingangs aufgezählten rechtlichen Änderungen des Markenschutzes im späten 20. Jahrhundert:
- 17 Erstens wurde der in der Marke als solcher verkörperte Gebrauchswert in den 1990er Jahren durch gesetzgeberische Maßnahmen vollständig von einem dazugehörigen Geschäftsbetrieb entkoppelt und hierdurch zu einem selbstständigen Vermögensgegenstand.³⁸ Ausdrückliches Ziel war es, nicht produzierende Holding- und Marketinggesellschaften in die Lage zu versetzen, Marken zu erwerben und „die Vermarktung von Marken oder Symbolen (*„character merchandising“*)“ als solche zu legalisieren.³⁹ Völlig konsequent weist *Karl-Heinz Fezer* die hiergegen aus traditioneller Perspektive

³⁵ Vgl. BGH, 28.01.1977, I ZR 109/75 – Gebäudefassade, GRUR 1977, 614, mit Anm. Fezer; BGH, 09.12.1982, I ZR 133/80 – Rolls-Royce, GRUR 1983, 247; BGH, 29.11.1984, I ZR 158/82 – Dimple, GRUR 1985, 550.

³⁶ Zur Verbrauchersicht vgl. *Loewenheim*, S. 276.

³⁷ *Isay*, GRUR 1929, 23, 26; *Beebe*, UCLA Law Review 51 (2004), 621, 643.

³⁸ §§ 27-31 MarkenG, Art. 16-24 GMV.

³⁹ RegE ErstreckungsG, 30.10.1991, BT-Drs. 12/1399, S. 68; RegE MarkenG, 14.01.1994, BT-Drs. 12/6581, S. 56; ErwGrd. 11 GMV; *Fezer*, § 3 Rn. 185-190.

geäußerte Kritik zurück. Denn „der freie Rechtserwerb einer Marke ist ... im Interesse eines Angebots an ... Marketingstrategien geboten“.⁴⁰

- 18 Der zweite Schritt zur vollständigen Kommodifizierung des Produktionsfaktors Marke bestand darin, den Kreis der zulässigen Markenformen mit Rücksicht auf innovative Marketingpraktiken zu öffnen. Nachdem Wort- und Dienstleistungsmarken in Deutschland durch punktuelle gesetzgeberische Maßnahmen 1894 bzw. 1979 zugelassen worden waren,⁴¹ wurde eine verbleibende Zurückhaltung der markenrechtlichen Praxis, etwa im Hinblick auf konturlose Farbmarken oder dreidimensionale Marken, durch eine Generalklausel überwunden, nach der „alle Zeichen“ markenfähig sind, soweit sie abstrakte Unterscheidungskraft aufweisen und sich grafisch darstellen lassen.⁴² Die sich gegenwärtig aus dem Erfordernis der grafischen Darstellbarkeit noch ergebenden Hürden – man denke an ein Motorengeräusch als Hörmarke – sollen nach der laufenden EU-Markenrechtsreform ebenfalls entfallen.⁴³
- 19 All diese Kreationen der Marketingabteilungen können ihren Zweck für Herstellerunternehmen und markenaffine Konsumenten nur erfüllen, wenn ihre Benutzung möglichst umfassend der Kontrolle des Rechtsinhabers unterliegt.⁴⁴ Nur dann kann die Nachfrage produzentenseitig strategisch gesteuert, auf die besondere Signalleistung der Marke konsumentenseitig vertraut und all dies marktkonform durch entgeltliche Geschäfte abgewickelt werden.⁴⁵ Diesem systemischen Ziel lassen sich die beiden verbleibenden Strukturänderungen zuordnen, die der EUGH in seiner Rechtsprechung vollzogen hat.

⁴⁰ Fezer, § 3 Rn. 199; kritisch etwa noch *Tilmann*, Das neue Markenrecht und die Herkunftsfunktion, ZHR 158 (1994), 371, 380, 388; *Vanzetti*, GRUR Int. 1999, 205, 210.

⁴¹ Fezer, § 3 Rn. 27, 505.

⁴² §§ 3 Abs. 1, 8 Abs. 1 MarkenG; Art. 2 MRRL; Art. 4 GMV; Art. 15 Abs. 1 TRIPS. Weitere Beispiele zulässiger Markenformen bei Fezer, § 3 Rn. 504-636.

⁴³ Vgl. Art. 15 Abs. 1 S. 4 TRIPS sowie Änderungsvorschläge 3 und 24, Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments v. 25.02.2014 im Gesetzgebungsverfahren zur Änderung der Gemeinschaftsmarkenverordnung Nr. 2013/88(COD); vgl. auch Fezer, § 3 Rn. 388.

⁴⁴ Zu diesem Gesichtspunkt vgl. EuGH, 17.10.1990 – C-10/89 – CNL-SUCAL (Hag II), Slg. 1990, I-3711 Rn. 13; GA *Jacobs*, Schlussanträge Rn. 17 f., 24, zu EuGH, C-10/89 – CNL-SUCAL (Hag II), Slg. 1990, I-3711 und dazu Fezer, Das Markenrecht im Aufwind des Europäischen Binnenmarkts, in: Wild/Schulte-Franzheim/Lorenz-Wolf, Festschrift für Alfred-Carl Gaedertz zum 70. Geburtstag, 1992, S. 153, 154 („markante Tendenzwende“ im europäischen Markenrecht); ferner EuGH, 12.11.2002, C-206/01 – Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273 Rn. 58.

⁴⁵ Vgl. zum Gebot, die Besonderheit der Marke zu erhalten, *Karpik*, S. 193; ferner *Beebe*, UCLA Law Review 51 (2004), 621, 702.

- 20 Zum einen wurde der Anwendungsbereich des Markenrechts auf sog. referierende Benutzungen des geschützten Zeichens erweitert. Jedenfalls der Schutz der bekannten Marke erstreckt sich nicht mehr nur auf die klassisch markenmäßigen Benutzungen der Marke „als Marke“ für die eigenen Produkte des Nutzers, sondern auch auf kommerzielle Kommunikation über die fremde Marke in vergleichender Werbung oder in ornamentaler, kritisch-satirischer oder sonst berichtender Weise.⁴⁶ Es genügt, dass die angesprochenen Verkehrskreise die angegriffene kommerzielle Kommunikation und die bekannte Marke gedanklich verknüpfen, auch wenn keinerlei Verwechslungsgefahr besteht.⁴⁷ Nach *Karl-Heinz Fezer* hat das frühere Erfordernis der markenmäßigen Benutzung keine dogmatische Bedeutung mehr. Es hat sich aufgelöst in den Vorbehalt, dass eine Interessenbeeinträchtigung „des Markeninhabers als des Markensouveräns ... a priori nicht in Betracht kommt, weil die rechtserheblichen Markenfunktionen von der Art der Benutzung des Zeichens durch den Dritten nicht berührt werden“.⁴⁸
- 21 Ein derartiger Fall erscheint aufgrund einer weiteren Weichenstellung des EUGH aber grundsätzlich ausgeschlossen. Denn „der Markenschutz besteht für alle ökonomischen Funktionen der Marke“:⁴⁹ Der Ruf einer bekannten Marke wird als solcher vor Verwässerung, Verunglimpfung und eindeutiger Ausnutzung durch Imagetransfer geschützt, und zwar gerade auch dann, wenn allen Verkehrsteilnehmern klar ist, dass keine Verbindung zwischen den beteiligten Unternehmen besteht.⁵⁰ In Fällen von Doppelidentität sind darüber hinaus sämtliche, selbst noch unbenutzte Marken nicht nur im Hinblick auf ihre klassische Herkunftsfunktion geschützt, sondern auch im Hinblick auf „ihre anderen Funktionen wie u.a. die Gewährleistung der Qualität dieser Ware

⁴⁶ *Kur*, Confusion Over Use? - Die Benutzung „als Marke“ im Lichte der EuGH-Rechtsprechung, GRUR Int. 2008, 1, 2 ff. m.w.N.; *Büscher*, in: *Büscher/Dittmer/Schiwy*, Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, 3. Aufl., 2015, § 14 MarkenG Rn. 158 f. Enger im Hinblick auf den Schutz nicht bekannter Marken im Ähnlichkeitsbereich BGH, 14.01.2010, I ZR 92/08 – DDR-Logo, GRUR 2010, 838; BGH, 14.01.2010, I ZR 82/08 – CCCP, BeckRS 2010, 16047.

⁴⁷ EuGH, 23.10.2003, C-408/01 – Adidas-Salomon, GRUR 2004, 58 Rn. 39; BGH, 03.02.2005, I ZR 159/02 – Lila Postkarte, GRUR 2005, 583, 584; OLG Frankfurt a.M., 10.03.2011, 6 U 56/10 – Blechschilder, GRUR-RR 2011, 170, 171, jeweils m.w.N.

⁴⁸ *Fezer*, § 14 Rn. 74 f.; in diesem Sinne EuGH, 18.06.2009, C-487/07 – L'Oréal u.a./Bellure u.a., Slg. 2009, I-5185 Rn. 61; zustimmend *Büscher*, in: *Büscher/Dittmer/Schiwy*, § 14 MarkenG Rn. 120 (markenfunktionaler Benutzungsbegriff); *Ströbele/Hacker*, Markengesetz, 11. Aufl., 2015, § 14 Rn. 88 (funktionsverletzende Benutzung).

⁴⁹ *Fezer*, Einl D Rn. 19.

⁵⁰ EuGH, 04.11.1997, C-337/95 – Parfums Christian Dior, Slg. 1997, I-6013 Rn. 43; EuGH, 18.06.2009, C-487/07 – L'Oréal u.a./Bellure, Slg. 2009 I-5185 Rn. 38 ff.; EUGH, 22.09.2011, C-323/09 – Interflora, Slg. 2011 I-8625 Rn. 73 f. Zur Soziologie von Luxus- und Megamarken *Karpik*, S. 190 ff.

oder Dienstleistung oder die Kommunikations-, Investitions- oder Werbefunktionen.“⁵¹ Durch den Schutz der „Werbefunktion“ soll sichergestellt werden, dass die „Möglichkeit, die Marke als Element der Verkaufsförderung oder Instrument der Handelsstrategie einzusetzen“, nicht beeinträchtigt wird.⁵² Auch im Kontext anderer Geschäftsmethoden als klassischer Werbung dürfen Dritte es dem Markeninhaber durch doppelt identische Benutzungen nicht „wesentlich erschwer[en], seine Marke zum Erwerb oder zur Wahrung eines Rufs einzusetzen“.⁵³ Die vom EUGH bisher noch nicht näher ausbuchstabierte „Kommunikationsfunktion“ soll dem Markeninhaber offenbar ganz generell die Deutungshoheit über den kommunikativen Inhalt der Marke sichern. Eine Marke soll vom Verkehr nur entsprechend der Marketingstrategie des Rechtsinhabers wahrgenommen werden.⁵⁴ Zu den vom EUGH nicht abschließend aufgezählten, rechtlich relevanten Markenfunktionen zählt ferner die Steuerung des Vertriebs durch erstmaliges Inverkehrbringen in der EU/dem EWR.⁵⁵ In der Gesamtschau hat der Unionsgesetzgeber nach Auffassung des EUGH damit „berücksichtigt, dass eine Marke häufig neben einem Hinweis auf die Herkunft der Waren oder Dienstleistungen ein Instrument der Geschäftsstrategie darstellt, das u.a. zu Werbezwecken oder zum Erwerb eines Rufs eingesetzt wird, um den Verbraucher zu binden“.⁵⁶

- 22 Ein solcher, von Herkunftsvorstellungen und Verwechslungsgefahren entkoppelter, abstrakter Schutz der Marke hat handfeste praktische Konsequenzen. Namen und Logos von Fußballvereinen oder untergegangenen Staaten lassen sich seither als solche exklusiv auf dem Merchandisingmarkt versilbern.⁵⁷ Auch nach eingetretener Erschöpfung des Markenrechts ist es rechtsverletzend, eine bekannte Marke in einer für ihre

⁵¹ EuGH, 18.06.2009, C-487/07 – L'Oréal u.a./Bellure u.a., Slg. 2009 I-5185 Rn. 58; EUGH, 06.02.2014, C-65/12 – Leidseplein Beheer, Slg. 2014, 00000 Rn. 30; Fezer, Markenschutzfähigkeit der Kommunikationszeichen (§§ 3 und 8 MarkenG) und Kommunikationsschutz der Marken (§§ 14 und 23 MarkenG) - Die funktionale Kennzeichenrechtstheorie als Perspektive des „L'Oréal“-Urteils des EuGH, WRP 2010, 165, 178 („Sternstunde“); Büscher, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, § 14 MarkenG Rn. 124; monografisch Paulus, Markenfunktionen und referierende Benutzung, 2014, S. 117 ff.; a.A. noch GA Jacobs, Schlussanträge Rn. 42 zu EuGH, C-337/95 – Parfums Christian Dior, Slg. 1997, I-6013.

⁵² EUGH, 23.03.2010, C- 236/08-238/08 – Google France und Google Inc./Louis Vuitton, Slg. 2010 I-2417 Rn. 92.

⁵³ EUGH, 22.09.2011, C-323/09 – Interflora, Slg. 2011 I-8625 Rn. 61 f. (Investitionsfunktion); Völker/Elskamp, Die neuen Markenfunktionen des EuGH, WRP 2010, 64, 70; skeptisch noch immer Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Aufl., 2010, § 14 Rn. 304.

⁵⁴ Fezer, Einl D Rn. 10 f., 28; Schreiner, Die Dienstleistungsmarke, 1983, S. 448 ff.; Völker/Elskamp, WRP 2010, 64, 69 f. Restriktivere Lesart bei Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 301 (Beeinträchtigung der Unmittelbarkeit absatzneutraler Informationen).

⁵⁵ Fezer, Einl D Rn. 13-15.

⁵⁶ EUGH, 22.09.2011 – C-323/09 – Interflora, Slg. 2011, I-8625 Rn. 39 a.E.

⁵⁷ Zum Merchandising im Fußballbereich GA Colomer Schlussanträge Rn. 73 ff., zu EuGH, C-206/01 – Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273; ferner OLG Hamburg, 29.07.1999, 3 U 23/99 – urn:nbn:de:hebis:30:3-393667

luxuriöse Ausstrahlung schädlichen Umgebung, etwa einem „schäbigen Geschäft in einem Rotlichtbezirk“ zu präsentieren.⁵⁸ Imitate von Markenprodukten dürfen nicht im Wege des explizit differenzierenden Vergleichs mit dem Original offeriert werden.⁵⁹ Scherzartikel, die eine bekannte Marke mit sexuellen Konnotationen verballhornen, muss der Rechtsinhaber anders als in den 1980er Jahren nicht mehr hinnehmen – er könnte schließlich selbst daran interessiert sein, ein solches Geschäft zu machen.⁶⁰ Eine ähnliche Entwicklung ist für ernst gemeinte Markenkritik zu beobachten. Während der BGH 1984 nichts gegen den Vertrieb eines Kalenders mit einem zu „Mordoro“ abgewandelten Marlboro-Plakat einzuwenden hatte, untersagte das OLG Hamburg 1997 den Vertrieb von T-Shirts, auf denen eine zum Totenkopf abgewandelte „Shell-Muschel“ zu sehen war, obgleich beide Anspruchsgegner auf die tödlichen Wirkungen des betreffenden Produkts bzw. Unternehmens hinweisen wollten.⁶¹ Auch andere derbe Kritik an Unternehmen und sog. Fake-Werbung, bei der Werbespots in einen anderen, insbesondere politischen Kontext gestellt werden, haben zu unterbleiben, wenn sie im geschäftlichen Verkehr und damit kennzeichenrechtsverletzend geschehen.⁶²

- 23 Selbst im Hinblick auf Verhaltensweisen, die wie das Verwenden berühmter Marken als Vorspann für den eigenen Produktabsatz bereits früher auf der Basis des UWG

Schalke 04, ZUM-RD 1999, 536, 537 f. (markenverletzende Aufmachung eines Buches über Schalke 04). Zum DDR-Merchandising BGH, 14.01.2010, I ZR 92/08 – DDR-Logo, GRUR 2010, 838; OLG Hamburg, 26.05.2005, 5 U 147/05 – Junge Pioniere, NJOZ 2005, 3678, 3680; OLG Hamburg, 05.01.2006, 5 W 2/06 – Trabi 03, GRUR-RR 2006, 224 f. Zu Kult-Autos OLG Frankfurt a.M., 10.03.2011, 6 U 56/10 – Blechschilder, GRUR-RR 2011, 170, 171 f.

⁵⁸ GA *Jacobs* Schlussanträge Rn. 51 f., zu EuGH, C-337/95 – Parfums Christian Dior, Slg. 1997, I-6013; EuGH, 04.11.1997, C-337/95 – Parfums Christian Dior, Slg. 1997, I-6013 Rn. 45-47.

⁵⁹ EUGH, 22.09.2011, C-323/09 – Interflora, Slg. 2011 I-8625 Rn. 90 (Adwords); EuGH, 18.06.2009, C-487/07 – L'Oréal u.a./Bellure u.a., Slg. 2009 I-5185 Rn. 46 (minderwertige Imitationen von Luxusparfums); *Büscher*, in: *Büscher/Dittmer/Schiwy*, § 14 MarkenG Rn. 134.

⁶⁰ BGH, 10.02.1994, I ZR 79/92 – Mars macht mobil, GRUR 1994, 808, 809 ff.; BGH, 19.10.1994, I ZR 130/92 – Es tut NIVEA als das erste mal, GRUR 1995, 57; BVerfG, 27.05.1994, 1 BvR 916/94, NJW 1994, 3342 f.; a.A. noch OLG Frankfurt/M., 17.12.1981, 6 U 49/81 – Lusthansa, GRUR 1982, 319 ff.; BGH 03.06.1986, VI ZR 102/85 – Bumms mal wieder, GRUR 1986, 759, 761 mit abl. Anmerkung *Bollack/Friehe*, a.a.O., 763 („Die Diskussion um den erweiterten Markenschutz hat mit dieser Entscheidung erst begonnen.“).

⁶¹ Vgl. BGH, 17.04.1984, VI ZR 246/82 – Mordoro, GRUR 1984, 684, 685 (Unternehmenspersönlichkeitsrecht und Recht am Gewerbebetrieb) mit OLG Hamburg, 06.11.1997, 3 U 222/96 – Shell-Totenkopf, ZUM-RD 1998, 121, 123 f. (§ 1 UWG 1909). Siehe ferner OLG Hamburg, 04.07.2002, 3 U 27/01 – die tagesschau, GRUR-RR 2002, 389 (Verletzung des Werktitelrechts durch Titel einer satirischen Kolumne).

⁶² LG Hamburg, 27.10.1999, 315 O 423/99 – Deutsche Pest, GRUR 2000, 514 ff. (Kritik an den Leistungen des damaligen Staatsunternehmens „Deutsche Post“); LG Köln, 25.09.2012, 33 O 719/11 – Scheiß RTL, BeckRS 2012, 21321 (Auseinandersetzung mit der deutschen Fernsehlandschaft und deren Auswüchsen); *Sosnitza*, Fake-Werbung, GRUR 2010, 106, 111 f.

untersagt worden waren,⁶³ stellt die Anerkennung eines abstrakten Markeneigentums mehr als eine bloße Förmlichkeit dar. Denn der Wechsel vom Lauterkeitsrecht in das Immaterialgüterrecht bedeutet zumindest im Prinzip, dass an die Stelle einer einzel-fallbezogenen Interessenabwägung zur Beurteilung eines Verhaltensunrechts ein ex ante definierter und als solcher fungibler Schutzbereich tritt, den der Rechtsinhaber nach seinem Belieben ausschöpfen kann.⁶⁴ Ferner führt erst der dogmatische Para-digmenwechsel vom Lauterkeitsrecht zum Immaterialgüterrecht dazu, dass das Mar-kenrecht in all seinen Facetten in den Genuss des verfassungs- und völkerrechtlichen Eigentumsschutzes kommt.⁶⁵ Nach *Karl-Heinz Fezer* impliziert dies im Zweifel einen „Vorrang der markt- und markenbezogenen Interessen des Rechtsinhabers“.⁶⁶

II. Die Kontingenz und Fiktionalität des Markeneigentums und ihre Folgen

24 Bis zu diesem Punkt scheint *Karl Polanyis* These von der notwendigen Kommodifizie-rung aller In- und Outputfaktoren in einer Marktwirtschaft lediglich eine Reformulierung *Karl-Heinz Fezers* Lehre vom Funktionseigentum des Markensouveräns bzw. der or-thodoxen Property-Rights-Theorie zu sein. Denn auch sie liefern eine Erklärung dafür, weshalb jede marketingtechnisch sinnvolle Handlungsoption bzw. Investition dem Rechtsinhaber exklusiv vorzubehalten ist.⁶⁷ Indes ist die Beschreibung von Vermarkt-lichungsprozessen nur der erste Schritt in der *polanyischen* Analyse der „großen Transformation“. Zentral ist vielmehr die Erkenntnis, dass das Zur-Ware-Werden von Arbeit und Boden gerade nicht unausweichlich, sondern kontingent, sogar fiktional und insgesamt alles andere als unproblematisch war.

⁶³ Oben Fn. 35.

⁶⁴ Zu diesem Unterschied vgl. *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 880 ff.; anders *Fezer*, Die Marke als Immaterialgut - Funktionsschutz, kommerzielle Kommunikation und Markttranspa-renz, MarkenR 2010, 453 f. (Markenrecht als flexibles Funktionseigentum); zu Abwägungsvorbehalten ferner unten IV.

⁶⁵ Siehe BVerfG, 22.05.1979, 1 BvL 9/75 – Weinbergsrolle, GRUR 1979, 773, 778; Art. 17 II Charta der Grundrechte der EU. Zum „spezifischen Gegenstand“ des Markenrechts, der gegenüber den EU-Grundfreiheiten immun ist, vgl. EuGH, 03.07.1974, 192/73 – Van Zuylen Freres (Hag I), Slg. 1975, 731 (Leitsatz 1); EuGH, 31.10.1974, 16/74 – Centrafarm, Slg. 1974, 1183 Rn. 8 (jeweils Schutz vor miss-bräuchlicher Verwendung des Warenzeichens); EuGH, 17.10.1990, C-10/89 – CNL-SUCAL (Hag II), Slg. 1990, I-3711 Rn. 14 (Präzisierung des spezifischen Gegenstands durch die geschützten Funktio-nen des Warenzeichens); EuGH, 16.11.2004, C-245/02 – Anheuser-Busch, Slg. 2004, I-10989 Rn. 67 ff. (funktionale Lesart der Art. 15 f. TRIPS).

⁶⁶ *Fezer*, § 14 Rn. 47.

⁶⁷ Siehe *Fezer*, Einl C Rn. 16 f.; zur Property-Rights-Theorie insbes. *Lehmann/Schönfeld*, Die neue europäische und deutsche Marke: Positive Handlungsrechte im Dienste der Informationsökono-mie, GRUR 1994, 481, 486, 489.

1. Kontingenz der Kommodifizierung

25 *Polanyi* betont immer wieder, dass die Kommodifizierung aller Produktionsfaktoren gerade nicht als natürliche Folge eines selbstregulierenden Marktes missverstanden werden darf. Denn

„[d]er Markt war ... das Resultat einer bewussten und oft gewaltsamen Intervention von Seiten der Regierung, die der Gesellschaft die Marktorganisation aus nichtökonomischen Gründen aufzwang.“⁶⁸

26 Die Implementierung des Marktes erfolgte durch das Recht, namentlich durch Gesetze, die feudalistische Privilegien und Strukturen beseitigten, die Gewerbe- und allgemeine Vertragsfreiheit einführten und das fungible Eigentum an Grund und Boden anerkannten.⁶⁹ Für *Polanyi* stellt die Eigentumsfrage „den rechtlichen Aspekt des Kapitalismus“ dar.⁷⁰

„Während der tatsächliche Inhalt von Eigentumsrechten durch die Gesetzgebung neu definiert werden könnte, so ist die Gewissheit ihrer formellen Kontinuität für das Funktionieren des Marktsystems unerlässlich.“⁷¹

27 Denn wie erläutert können die Marktteilnehmer marktkonforme Einkünfte nur im Austausch für die Begründung oder Übertragung subjektiver Rechte (insbesondere Forderungen und Ausschließlichkeitsrechte) erzielen.

28 Auch die geschilderten Strukturveränderungen im europäischen und deutschen Markenrecht sind – an sich eine triviale Erkenntnis – bewusst als kontingente Maßnahmen herbeigeführt worden. Einen Beleg hierfür liefert die wegweisende Entscheidung des EuGH in Sachen Arsenal/Reed. Der F.C. Arsenal hatte seinen Namen und seine Embleme 1989 als Marken eingetragen und war fortan auf dieser Grundlage gegen nicht lizenzierte Fanartikelhändler wie Herrn Reed vorgegangen. Bei seiner Entscheidung zugunsten von Arsenal war dem EuGH vollkommen bewusst, dass er damit eine wichtige Weichenstellung für die Kommerzialisierung des gesamten Fußballs traf.⁷²

⁶⁸ *Polanyi*, Great Transformation, S. 330 f., ferner S. 192 („Nichts war natürlich an der Praxis des *Laissez-faire* ...“); Dale, S. 208.

⁶⁹ *Polanyi*, Great Transformation, S. 60, 246.

⁷⁰ *Polanyi*, Great Transformation, S. 233.

⁷¹ *Polanyi*, Great Transformation, S. 311.

⁷² Vgl. EuGH, 12.11.2002 – C-206/01 – Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273 Rn. 13-15 und GA Colomer, Schlussanträge Rn. 73, zu EuGH, C-206/01 – Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273.
urn:nbn:de:hebis:30:3-393667

29 *Polanyi* kritisiert nun, dass die eigentlich auf der Hand liegende Erkenntnis, dass es auch anders hätte kommen können, von einem unglaublich wirkmächtigen, naturalistischen Fehlschluss verdeckt wird. Demnach könne „Wirtschaft“ nur „Marktwirtschaft“ bedeuten, welche wiederum zwangsläufig auf fungiblen Eigentumstiteln an allen Produktionsfaktoren beruhe.⁷³ Dieser Vorwurf wird auch gegen die Anerkennung aller ökonomisch (sic!) relevanten Funktionen der Marke als zugleich rechtlich geschützter Funktionen erhoben.⁷⁴

2. Die Fiktionalität der Kommodifizierung

30 Doch kratzt selbst diese Erkenntnis nach *Polanyi* nur an der Oberfläche dessen, was die Kommodifizierung der jedenfalls im 19. Jahrhundert grundlegenden Produktionsfaktoren Arbeit und Boden auszeichnet. Es ist gewissermaßen alles noch viel schlimmer. Arbeit und Boden sind nämlich gar nicht für den Markt produziert worden. Vielmehr sind die menschliche Arbeitskraft und die natürliche Umwelt vorgegeben. Werden sie durch rechtliche Interventionen zum frei fungiblen Tauschobjekt, werden „fiktive Waren“ erzeugt.⁷⁵ Die Erkenntnis der Fiktionalität dieser Kommodifizierung und ihrer Folgen bildet den Kern der *polanyischen* Deutung der „großen Transformation“.

31 Fraglich ist, ob die Anerkennung eines frei fungiblen Immaterialgüterrechts an der Marke als solcher ebenfalls eine Fiktion im *polanyischen* Sinne darstellt. Dazu dürfte die Marke nicht von einem Produzenten zum Zwecke der Vermarktung „als Ware“ hergestellt worden sein.

32 Auf den ersten Blick erscheint diese Frage geradezu abwegig. Nach überkommener Vorstellung haben Warenzeichen schon gar keine selbständige Bedeutung, sondern sind untrennbar an das Produkt und seine geschäftliche Herkunft geknüpft, die ebenfalls für den Markt geschaffen wurden. Die aufgeworfene Frage stellt sich also überhaupt erst für das vor ca. 15 Jahren anerkannte, abstrakte Eigentum an der Marke als

⁷³ *Polanyi*, *The Livelihood of Man*, 1977, S. 5 ff. („*economic fallacy*“), 19 ff. (zwei Bedeutungen von „ökonomisch“).

⁷⁴ *Peukert*, *Die Gemeinfreiheit*, S. 105; differenzierend auch *Fezer*, *Einl D Rn. 4*; vgl. aber auch *ders.*, *GRUR* 2003, 457, 463 (die Abgrenzung der rechtlich geschützten Funktionen einerseits von den wirtschaftlichen Funktionen der Marke andererseits sei „anachronistisch“).

⁷⁵ *Polanyi*, *Great Transformation*, S. 107 f.

solcher. Und auch dieser Begriff deckt sich nicht zufällig fast vollständig mit dem Terminus „Markt“. Marken werden zu keinem anderen Zweck als zum Produktabsatz entworfen.

- 33 Allerdings gilt das nicht ausnahmslos. Manche, zum Teil besonders wertvolle Marken, wurden nicht zur Kennzeichnung vermarkteter Produkte und erst recht nicht als solche zur Vermarktung geschaffen.⁷⁶ Wiederum sind es die Namen und Embleme von Fußballclubs, die zuerst in den Sinn kommen. Sie waren jahrzehntelang Kennzeichen von Vereinen, die zu Zwecken des gemeinsamen Sports gegründet und betrieben wurden. Später wurden sie auch von Fans verwendet, die damit ihre Anhängerschaft zum Verein bekannten. Erst in den 1990er Jahren entwickelte sich der professionelle Fußball durch gezielte Interventionen zu einer „Unterhaltungsindustrie“, die unter den nunmehr eingetragenen Marken der Top-Vereine alle möglichen Merchandisingartikel vertreibt.⁷⁷ Aus einem Treuebekenntnis wurde eine Marke, mit der Verbraucher heutzutage zumindest auch signalisieren, dass sie sich das Original-T-Shirt der aktuellen Saison leisten können. Auch viele andere, ursprünglich nur kulturell-politisch konnotierte Zeichen sind zu Marken geworden und haben auf diesem Wege eine Zweitbedeutung als Produktkennzeichen erlangt. Hierzu zählen etwa politische Zeichen aus der ehemaligen DDR, Bildnisse historischer Persönlichkeiten und Kunstwerke.⁷⁸
- 34 Die Fiktionalität des abstrakten Markeneigentums beschränkt sich indes nicht auf solche vorbestehende, kulturelle Zeichen, die zu Produktkennzeichen umgedeutet werden. Vielmehr beruht *jeder* Markenschutz, und zwar auch derjenige, der sich auf extra zu diesem Zweck kreierte Zeichen wie „Google“ bezieht, auf einer Fiktion im Sinne von *Karl Polanyi*. Dazu muss man sich vergegenwärtigen, dass die Immaterialgüterrechte unter Einschluss des Markenrechts keine als solche existierenden Güter wie Grund-

⁷⁶ Assaf, Der Markenschutz und seine kulturelle Bedeutung – Ein Vergleich des deutschen mit dem U.S.-amerikanischen Recht, GRUR Int. 2009, 1, 2 f.; *Senftleben*, Free Signs and free use: How to offer room for freedom of expression within the trademark system, in: Geiger (Hrsg.), Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property, 2015, S. 354, 357 ff.

⁷⁷ Eingehend GA *Colomer*, Schlussanträge Rn. 73 ff., zu EuGH, C-206/01 – Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273.

⁷⁸ BGH, 14.01.2010, I ZR 92/08 – DDR-Logo, GRUR 2010, 838; OLG Hamburg, 26.05.2005, 5 U 147/05 – Junge Pioniere, NJOZ 2005, 3678, 3680; OLG Hamburg, 05.01.2006, 5 W 2/06 – Trabi 03, GRUR-RR 2006, 224 f.; BGH, 31.03.2010, I ZB 62/09 – Marlene-Dietrich-Bildnis II, GRUR 2010, 825; BGH, 24.11.2011, I ZR 175/09 – Medusa, GRUR 2012, 618; einschränkend BPatG, 28.10.2014, 27 W (pat) 536/14 – Hakuna Matata, BeckRS 2014, 20864 (Hakuna Matata bedeute in Suaheli und der Jugendsprache, der andere möge sich keine Sorgen machen, und vermittele als bloßes Motto keinen betrieblichen Herkunftshinweis).

stücke oder bewegliche Sachen (potentielle Waren) zuordnen, sondern Handlungsmöglichkeiten. Das Markenrecht untersagt Dritten, unter Einsatz eigener (!) Ressourcen unerlaubt bestimmte Zeichen zu benutzen, etwa in der Werbung. Dieses unternehmerische Verhalten ist ebenso wenig wie die abhängige Lohnarbeit für den Markt geschaffen, sondern bildet letztlich einen Aspekt des Lebens desjenigen, der fremde Markenrechte beachten muss. Die Fiktion besteht also in der Konstruktion eines eigentumsfähigen immateriellen Gutes, wo es tatsächlich um die Untersagung bestimmter geschäftlicher Handlungen geht.

- 35 Darüber hinaus ist die Marke wie das künstlerische Werk ein „Mitteilungsgut“.⁷⁹ „Die Marke ... kommuniziert“ eine Aussage.⁸⁰ Kommunikation aber ist kein einseitiger, sondern ein mehrseitiger, ein sozialer Vorgang. Was eine Marke mitteilt, kann vom Rechtsinhaber zwar beeinflusst werden, hängt letztlich jedoch vom Verständnis des Verkehrs ab, dessen Auffassung folgerichtig über die Schutzfähigkeit und den Schutzbereich einer Marke entscheidet.⁸¹ Das Markenimage geht aus einer sozialen Praxis hervor, an der Konsumenten in aktiver Rolle maßgeblich beteiligt sind.⁸² Hingewiesen sei hier lediglich auf die Bedeutung von Mund-zu-Mund-Propaganda, auf Verbraucherforen im Internet und auf Markenfanclubs.⁸³ All diese, für das Markenimage konstitutiven sozialen Praktiken werden vom Markeninhaber allenfalls induziert, nicht aber geschaffen. Gleichwohl gewährt ihm das Markenrecht ein ausschließliches Recht am Ergebnis des sozialen Prozesses. Dass die Marke nicht von einem Produzenten für den Produktabsatz erzeugt wird, verdeutlichen ferner die Fallgruppen der sog. „*post sale confusion*“ und der referierenden Benutzung. Denn diese Konstellationen betreffen unabhängige

⁷⁹ Zum Urheberrecht vgl. *Peukert*, FS 50 Jahre UrhG, S. 305, 314 f. m.w.N.

⁸⁰ *Fezer*, Einl D Rn. 29 f. (Hervorh. im Original); *Hellmann*, Soziologie der Marke, S. 431 f. (Kommunikation durch Marken, Marke als Kommunikation); *Richardson*, Sydney Law Review 26 (2004), 193, 196 („... trade marks tell stories“), 211 (trade marks „as a kind of language of their own“); *Siegert*, Werbung und Konsum: Marken als zweiseitiger, zweidimensionaler Kommunikationsprozess, in: Jäckel (Hrsg.), Ambivalenzen des Konsums und der werblichen Kommunikation, 2007, S. 109, 121 (die Marke werde zum sozialen Akteur).

⁸¹ *Henning-Bodewig/Kur*, Marke und Verbraucher I, S. 273 f. (Konsequenzen aus diesem Befund würden „erstaunlicherweise ... nur sehr selten gezogen“).

⁸² *Loewenheim*, S. 273-275; *Hellmann*, Soziologie der Marke, S. 386 f. m.w.N.; *Ströbele/Hacker*, § 14 Rn. 193; *Senftleben*, in: Geiger, Research Handbook Human Rights, S. 354, 362 m.w.N.; *Coombe*, The Cultural Life of Intellectual Properties: Authorship, Appropriation and the Law, 1998, S. 57; *Tan*, The Semiotics of Alpha Brands: Encoding/Decoding/Recoding/Transcoding of Louis Vuitton and Implications for Trademark Laws, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* 32 (2013), 225, 229 ff. m.w.N. aus der kultur- und medienwissenschaftlichen Literatur; *Siegert*, in: Jäckel, S. 109 ff.

⁸³ *Völker/Elskamp*, WRP 2010, 64, 69 f.; *Hellmann*, Zur Historie und Soziologie des Markenwesens, in: Jäckel (Hrsg.), Ambivalenzen des Konsums und der werblichen Kommunikation, 2007, S. 53, 67.

Vorstellungen von Konsumenten über die Marke und die Produktherkunft bzw. Kommunikation *über* die Marke, die der Markeninhaber jeweils gerade nicht hervorgebracht hat – und doch kontrollieren kann.⁸⁴ Wenn man auf all das mit *Baudrillard* erwidert, die sich über Konsum identifizierende und integrierende Konsumgesellschaft samt ihrer Mitglieder sei insgesamt von Marktteilnehmern und also doch für den Markt erzeugt worden,⁸⁵ so ist dies nur eine maximal zugespitzte Bestätigung der Fiktionsthese: der Markt schafft sich mithilfe des Rechts die ihm gemäße Gesellschaft.

3. Die Folge: Entbettung der Mark(t)/(en)wirtschaft

- 36 Die Figur der Warenfiktion bildet *Karl Polanyis* Ausgangspunkt für eine fulminante Kritik der Utopie einer Marktwirtschaft als eines sich über den Preismechanismus vollständig selbstregulierenden Wirtschaftssystems. Indem Arbeit und Boden zu frei handelbaren Waren erklärt worden seien, seien das menschliche Leben und die natürliche Umwelt aus früheren sozialen Zusammenhängen herausgelöst worden. Für die Menschen und die Umwelt habe die marktradikale Laissez-faire-Politik des frühen 19. Jahrhunderts katastrophale Auswirkungen gehabt.⁸⁶ Letztlich bedrohe die Warenfiktion und die hierdurch aus der Gesellschaft herausgelöste („entbettete“) Marktwirtschaft den Bestand der Gesellschaft und ihrer natürlichen Grundlagen.⁸⁷
- 37 Auch diese kritische Pointe lässt sich auf die Entstehung des abstrakten Markeneigentums übertragen. Erstens löst diese Rechtsentwicklung die Markenkommunikation aus ihrer traditionellen, dem Produktwettbewerb nachgeordneten Funktion, was zu Wettbewerbsbeschränkungen führen kann. So wurde in den Fällen *Arsenal/Reed*, *L’Oreal/Bellure* und *Opel/Autec* nicht wie sonst üblich um die Befugnis zur Benutzung einer Produktbezeichnung gestritten, sondern jedenfalls im Ergebnis um die Kontrolle ganzer Produktmärkte. Während die Märkte für Sportmerchandisingartikel und Parfüm

⁸⁴ Zur *post sale confusion* vgl. EuGH, 12.11.2002, C-206/01 – Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273 Rn. 57; *Ingerl/Rohnke*, § 14 Rn. 421 – 429 m.w.N.; zum US-Recht *Desai*, Florida Law Review 64 (2012), 981, 1026. Zu referierenden Benutzungen oben Fn. 46-48.

⁸⁵ *Baudrillard*, Die Konsumgesellschaft. Ihre Mythen, ihre Strukturen, 2015 (1970), S. 109, 114-116, 135.

⁸⁶ Siehe auch *Osterhammel*, Die Verwandlung der Welt. Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts, 2011, S. 264 („Die Industrialisierung brachte der arbeitenden Bevölkerung in den Städten Englands während der ersten fünf oder sechs Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts Not, Verelendung, kulturelle Verwahrlosung und eine Verminderung der körperlichen Wohlfahrt.“).

⁸⁷ *Polanyi*, Great Transformation, S. 108; *Thomasberger*, The Belief in Economic Determinism, Neoliberalism, and the Significance of Polanyi’s Contribution in the Twenty-First Century, International Journal of Political Economy 41 (4), 2012, 16 ff.

mithilfe des expandierten Markenrechts den Sportvereinen bzw. Markenparfümherstellern vorbehalten wurden, müssen KfZ-Hersteller die Konkurrenz nicht lizenzierter Spielzeug- und Modellhersteller unverändert hinnehmen.⁸⁸ Abgesehen von der Unvorhersehbarkeit dieser Ergebnisse macht gerade die ökonomische Analyse des Markenrechts geltend, dass unbefristete Exklusivrechte an Produkten einer Wettbewerbswirtschaft fremd sind.⁸⁹

38 Der zweite Herauslösungseffekt der Anerkennung des abstrakten Markeneigentums ist allgemeinerer Natur. Er betrifft die Entbettung der kommerziellen Kommunikation mit und über Marken aus der übrigen, gesamtgesellschaftlichen Kommunikation. Insofern ist erneut auf die Umwidmung ursprünglich kultureller Zeichen wie den Emblemen von Sportvereinen oder den Hoheitszeichen der ehemaligen DDR zu verweisen, die auf Merchandisingartikeln wie T-Shirts usw. vermarktet werden. Die Marketing- und Markenrechtswissenschaft bewertet solche Kommerzialisierungen positiv, da sie dem betreffenden Zeichen einen neuen Bedeutungsgehalt – eben als Produktkennzeichen – hinzufügen und damit die Sprache insgesamt bereichern.⁹⁰ Die Gegenmeinung sieht den Fortbestand des ursprünglich nicht kommerzialisierten Sports bzw. der Kultur durch die Kommodifizierung gerade ihrer aussagekräftigsten Zeichen insgesamt bedroht.⁹¹ Die Kritiker machen ferner geltend, die Expansion des Markenrechts erlaube es dem Rechtsinhaber, die kommerzielle Markenkommunikation im Einzelnen zu steuern und also die Deutungshoheit über die soziale Erzeugung eines Markenimages zu

⁸⁸ Zum Sportartikelmerchandising vgl. EuGH, 12.11.2002, C-206/01 – Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273 Rn. 60; GA Colomer, Schlussanträge Rn. 85. zu EuGH, C-206/01 – Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273. Zum Parfümmarkt *Landes/Posner*, Trademark Law: An Economic Perspective, Journal of Law and Economics 30 (1987), 265, 308 f. (dürfe nicht artikuliert werden, dass ein Duft riecht wie ein Markenparfüm, werde der Wettbewerb auf dem betreffenden Produktmarkt eingeschränkt). Zum Markt für Spielzeugmodelle BGH, 14.01.2010, I ZR 88/08 – Opel Blitz II, GRUR 2010, 726 Rn. 30 (jahrzehntelange Üblichkeit detailgetreuer Nachbildungen begründe ein berechtigtes Interesse der Beklagten); *Ströbele/Hacker*, § 14 Rn. 189; *Kur*, GRUR Int. 2008, 1, 6 ff.

⁸⁹ *Landes/Posner*, J. Law Econ. 30 (1987), 265, 308 f. Zur Auswirkung auf die Preise für Merchandising-Artikel EuGH, 12.11.2002, C-206/01 – Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273 Rn. 18.

⁹⁰ Vgl. *Richardson*, Sydney Law Review 26 (2004), 193, 213, und als Beispiele EuGH, 27.11.2003, C/283/01 – Shield Mark, Slg. 2003, I-14313 (neun Töne aus „Für Elise“ von Beethoven als Hörmarke); BGH, 24.04.2008, I ZB 21/06 – Marlene-Dietrich-Bildnis, GRUR 2008, 1093, 1095 f.

⁹¹ Zur wachsenden Verschuldung der Fußballvereine vgl. GA Colomer Schlussanträge Rn. 79, zu EuGH, C-206/01 – Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273. Zum Markenschutz kultureller Zeichen wie „Nike“ kritisch *Assaf*, GRUR Int. 2009, 1, 3 ff.; *Senftleben*, in: Geiger, Research Handbook Human Rights, S. 354, 371 (das Profitieren vom positive Image eines kulturellen Zeichens sei ein unfairer Wettbewerbsvorteil); ferner bereits *Loewenheim*, S. 277 f. (zweispältiger Gesamteindruck); *Henning-Bodewig/Kur*, Marke und Verbraucher I, S. 275 (die Förderung einer Imageprofilierung dürfe nicht nur aus der Perspektive des Markeninhabers beurteilt werden, sondern es seien auch Folgewirkungen auf Verbraucher zu berücksichtigen).

gewinnen.⁹² Würden antithematische, etwa scherzhafte und deutlich kritische Äußerungen mit und über bekannte Marken verboten, schütze und bekräftige dies den „metallischen Schein“ der Marke und die magischen Versprechungen eines apolitischen „Lebens als Konsum“.⁹³

- 39 Während die normative Bewertung der Marken- und Konsumgesellschaft also umstritten ist, sind sich Befürworter und Kritiker doch immerhin insoweit einig, dass sie die hervorragende Bedeutung von Marken für das Wirtschaftsleben und die Gesellschaft im Allgemeinen anerkennen. Die Kommunikation zwischen Unternehmen und Verbrauchern sowie zwischen Verbrauchern mit und über Marken durchdringt immer größere Bereiche des Sozialen, das sich wiederum ganz generell durch Kommunikation auszeichnet.⁹⁴ Teilweise wird dem Konsum von Markenprodukten bereits der Status des zentralen Zeichencodes, der maßgeblichen Sprache der heutigen Gesellschaft zugebilligt, der für ihre Stabilisierung und Reproduktion Sorge.⁹⁵ Das Markenrecht reagiert auf diesen Bedeutungszuwachs nun anders als das Patent- und Urheberrecht in Fällen von Erfindungen und Werken, an deren zustimmungsfreier Nutzung die Allgemeinheit ein gesteigertes Interesse hat, nicht mit einer Abschwächung des Schutzbereichs, sondern mit seiner Verstärkung. Je bekannter eine Marke und je höher ihr Prestige, desto weiter reicht der Markenschutz.⁹⁶ Die Markeninhaber würden am liebsten jede Kommunikation mit Bezug auf die geschützte Marke kontrollieren.⁹⁷ Solche extremen Ansprüche lassen erwarten, dass sich Gegenbewegungen bilden und sich die Konflikte um das richtige Maß des Markenschutzes und damit die Einbettung der Marken- in die Gesamtkommunikation zuspitzen.

⁹² Vgl. *Siebert*, in: Jäckel, S. 109, 113; *Schulten/Mertens/Horx*, Social Branding – Alles bleibt anders, in: dies. (Hrsg.), Social Branding, 2012, S. 467 ff.

⁹³ *Assaf*, GRUR Int. 2009, 1, 3; *dies.*, Der Zauber der Marke: ein anthropologischer Blick auf das Markenrecht – zugleich ein Vergleich mit dem US-amerikanischen Recht, GRUR Int. 2015, 426, 429 ff.; *Richardson*, Sydney Law Review 26 (2004), 193, 215 f. Allgemein zur Kritik des Konsumismus *Bauman*, Leben als Konsum, 2009, S. 153 ff.; *Hirschle*, Die Entstehung des transzendenten Kapitalismus, 2012, S. 97 f. m.w.N.; *Baudrillard*, S. 119 f.

⁹⁴ Siehe *Hellmann*, Soziologie der Marke, S. 169 unter Berufung auf Luhmann und Simmel; *Hirschle*, S. 13.

⁹⁵ Vgl. *Baudrillard*, S. 116, 135; *Hirschle*, S. 14.

⁹⁶ Siehe einerseits *Schechter*, Harvard Law Review 40 (1927), 813, 825 und andererseits § 24 Abs. 1 Nr. 2 PatG sowie BVerfG, 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149, 151 f. – Germania 3; BGH, 20.03.2003, I ZR 117/00 – Gies-Adler, BGHZ 154, 260.

⁹⁷ GA *Maduro*, Schlussanträge Rn. 108, zu EuGH, C–236/08-238/08 – Google France und Google Inc./Louis Vuitton, Slg. 2010 I-2417.

III. Gegenbewegungen

- 40 *Karl Polanyi* beschreibt entsprechende Konflikte im Hinblick auf die fiktiven Waren Arbeit und Boden. Insoweit verfolgten die Arbeiter- und Umweltschutzbewegungen im 19. und 20. Jahrhundert das Ziel, den problematischen Effekten einer ansonsten unreglementierten Kommodifizierung der Arbeit und des Bodens entgegenzuwirken und für eine sozialverträgliche Einbettung der Marktwirtschaft in die Gesellschaft zu sorgen.⁹⁸ Ihre Forderungen haben sich im Arbeits- und Umweltschutzrecht niedergeschlagen.⁹⁹ Ähnliche „Selbstschutzmechanismen“ der Gesellschaft lassen sich nun auch im Bereich der Markenkommunikation und des Markenrechts beobachten:
- 41 Eine Gegenbewegung geht von den Konkurrenten der Markeninhaber bzw. generell von den unternehmerischen Marktteilnehmern aus, deren geschäftliche Handlungen dem Markenrecht unterliegen. Sie wenden sich gegen die potentiell wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen des abstrakten Markeneigentums. Ein diesbezügliches Problemfeld betrifft die hohe Anzahl von registrierten, aber nicht benutzten Gemeinschaftsmarken. Während *Hermann Isay* den „Warenzeichenhamster“ 1929 noch für ein Phantasiegebilde hielt,¹⁰⁰ anerkennt die Studie des Münchener Max-Planck-Instituts zum europäischen Markenrecht, dass massenhafte Markenregistrierungen den Erwerb unterscheidungskräftiger Zeichen und damit den Markteintritt erschweren können.¹⁰¹ Diese Bedenken haben sich in der laufenden Revision des EU-Markenrechts dergestalt niedergeschlagen, dass künftig für jede beanspruchte Waren- oder Dienstleistungsklasse eine gesonderte Klassengebühr zu entrichten sein soll, während die Grundgebühr derzeit automatisch drei Produktklassen abdeckt.¹⁰²
- 42 Aus wettbewerbspolitischer Sicht nicht minder problematisch erschiene die Annahme, in Fällen von Doppelidentität ausnahmslos und automatisch ein Verbot der Benutzung im geschäftlichen Verkehr auszusprechen. Denn das hieße in letzter Konsequenz das

⁹⁸ *Polanyi*, *Great Transformation*, S. 182 ff., 224 ff. (Arbeit), 243 ff. (Boden).

⁹⁹ Allgemein zur zentralen Rolle des Rechts bei der Regulierung der Einbettung der Wirtschaft *Block*, *Karl Polanyi and the writing of The Great Transformation, Theory and Society* 2003, 275 ff.; *Amstutz*, S. 16 ff., 327.

¹⁰⁰ *Isay*, GRUR 1929, 23, 34.

¹⁰¹ Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, *Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*, 2011, abrufbar unter <http://www.ip.mpg.de/fileadmin/user_upload/mpi_final_report.pdf> (zul. besucht am 27.07.2015), Rn. 1.39.

¹⁰² Vgl. Regel 4 GebührenVO HABM 2869/95 mit Art. 26 Abs. 2 Buchst. b UnionsmarkenVO gem. Änderungsvorschlag 31 der legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments v. 25.2.2014 im Gesetzgebungsverfahren 2013/88(COD).

Ende von vergleichender Werbung, von Produktbesprechungen oder neuartigen Formen kommerzieller Kommunikation wie Adwords, selbst wenn diese Verhaltensweisen ggf. keinerlei Verwechslungsgefahren auslösen. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur vermeidet diese wettbewerbsfeindliche Konsequenz, indem sie sowohl den Tatbestand der Doppelidentität als auch den Schutz der bekannten Marke unter einen generellen Abwägungsvorbehalt stellt. Auf diese Weise konnten lautere vergleichende Werbung, die ornamentale Verwendung von Zeichen auf Spielzeugmodellen und der nicht herkunftstäuschende Einsatz von Marken in der Adword-Werbung für rechtmäßig erklärt werden.¹⁰³

- 43 Die zweite Gegenbewegung verfolgt zumindest auch nichtwirtschaftliche Motive. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass das „offizielle“ Markenimage in humorvoller und/oder kritischer Weise gebrochen und auf diese Weise eine alternative Deutung der Marke eröffnet wird. Die Erscheinungsformen derartiger Kommunikationsakte sind vielfältig. Sie reichen von der Ästhetisierung der Konsumgesellschaft in der Pop-Kunst über in den 1970er Jahren aufkommende Verballhornungen bekannter Marken durch sog. Scherzartikel, politisch-künstlerische Äußerungen mit veränderten und zugleich kritisierten Werbeaussagen bis hin zu antithematischer Fake-Werbung im Internet.¹⁰⁴ Aus *polanyischer* Perspektive versuchen die Akteure in diesen Fällen, die fiktive Marken- und Werbewelt mit der Realität zu konfrontieren und zu verknüpfen. Sie sorgen damit für eine Einbettung der ansonsten weithin abgeschirmten Markenkommunikation in die übrige gesellschaftliche Kommunikation.

¹⁰³ Zu Spielzeugmodellen siehe EuGH, 25.01.2007, C-48/05 - Adam Opel, Slg. 2007 I-1017 Rn. 24 f.; BGH, 14.01.2010, I ZR 88/08 - Opel Blitz II, GRUR 2010, 726, 17 ff.; a.A. *Ingerl/Rohnke*, § 14 Rn. 349. Zu Google Adwords EUGH, 23.03.2010, C-236/08-238/08 – Google France und Google Inc./Louis Vuitton, Slg. 2010, I-2417 Rn. 95-98; EUGH, 22.09.2011, C-323/09 – Interflora, Slg. 2011 I-8625 Rn. 64 (fairer Wettbewerb). Allgemein zur erforderlichen Abwägung GA *Maduro*, Schlussanträge Rn. 102 ff., zu EUGH, C-236/08-238/08 – Google France und Google Inc./Louis Vuitton, Slg. 2010 I-2417; *Fezer*, WRP 2010, 165, 179; *Kur*, Trade Marks Function, Don't They? CJEU Jurisprudence and Unfair Competition Principles, IIC 2014, 434, 445; *Steinbeck*, Die Funktionenlehre und ihre Auswirkungen auf die Schranken des Markenrechts, WRP 2015, 1 ff.

¹⁰⁴ Zur Pop-Art GA *Colomer*, Schlussanträge Rn. 63, zu EuGH, C-206/01 – Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273. Zu sog. Scherzartikeln OLG Frankfurt a.M., 17.12.1981, 6 U 49/81 – Lusthansa, GRUR 1982, 319; BGH 03.06.1986, VI ZR 102/85 – Bumms mal wieder, GRUR 1986, 759; BGH, 10.02.1994, I ZR 79/92 – Mars macht mobil, GRUR 1994, 808. Zu politischer Anti-Werbung BGH, 17.04.1984, VI ZR 246/82 – Mordoro, GRUR 1984, 684; OLG Hamburg, 06.11.1997, 3 U 222/96 - Shell-Totenkopf, ZUM-RD 1998, 121, 123; OLG Köln, 31.03.2000, 6 U 152/99 – Kampagne gegen die Jagd, NJWE-WettbR 2000, 242. Zu politischer Kunst mit Marken Gerichtshof 's-Gravenhage (LG Den Haag), 04.05.2011, KG ZA 11-294 - Joensen v. Louis Vuitton Malletier S.A., <<http://www.media-report.nl/wp-content/uploads/2011/05/english-translation-plesner-vs-louis-vuitton-judgement-4-may-2011.pdf>> (zul. besucht am 27.07.2015). Zu sog. Fake-Werbung *Sosnitza*, GRUR 2010, 106 ff.

- 44 Das Markenrecht nimmt auf das Interesse, die kommerzielle Markenkommunikation nicht vollständig von nichtwirtschaftlichen Kontexten zu entkoppeln, durchaus Rücksicht. So sind Zeichen nicht als Marke schutzfähig, die Hoheitszeichen enthalten oder sonst gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßen.¹⁰⁵ Ferner lässt das Markenrecht die gesamte Kommunikation außerhalb des geschäftlichen Verkehrs unberührt, wobei der Effekt dieser Begrenzung allerdings nicht überschätzt werden darf. Denn abgesehen davon, dass die geschäftlichen Interessen an einer ungestörten Markenkommunikation auch gegenüber rein politischen, redaktionellen oder sonst nicht geschäftlichen Äußerungen deliktischen Schutz genießen,¹⁰⁶ erscheint es prinzipiell problematisch, die antithematische Befassung mit Marken ganz aus dem Marktgeschehen herauszuverweisen. Eine Markenkritik oder -parodie erlangt ihre volle Wirksamkeit letztlich nur dann, wenn sie der Marke auf dem Markt begegnet, also namentlich auf typischen Merchandisingprodukten wie T-Shirts und Postkarten vertrieben wird.¹⁰⁷ Im Übrigen macht die Gegenbewegung ja gerade geltend, dass der Markt kein abgeschottetes Eigenleben führen soll, sondern auf dem Markt gegen den Markt agitiert und über den Markt gelacht werden darf.
- 45 Dieses Einbettungsbestreben wird von der Rechtsprechung durch eine grundrechtskonforme Auslegung des Markenrechts gewährleistet. Demnach kann die Benutzung einer (bekannten) Marke im geschäftlichen Verkehr unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als Ausdruck künstlerischen Schaffens oder als Meinungsbeitrag zum gesellschaftlichen Diskurs zu bewerten und folglich zulässig sein. Anders ist es, wenn sich das angegriffene Verhalten als ausschließlich kommerziell motivierte Ausnutzung der bekannten Marke für den eigenen Produktabsatz darstellt.¹⁰⁸ Doch herrscht hier große Rechtsunsicherheit.¹⁰⁹ Teilweise lassen die Gerichte auch scharfe, imageschädigende Kritik und durchaus kommerziell motivierte Merchandising-„Kunst“

¹⁰⁵ § 8 Abs. 2 Nr. 5-9 MarkenG; Art. 7 Abs. 1 Buchst. f, h, i GMV; Art. 3 Abs. 1 Buchst. f, h, Abs. 2 Buchst. a-c MRRL; weitergehend *Senftleben*, in: Geiger, Research Handbook Human Rights, S. 354, S. 372 (absolutes Schutzhindernis für kulturelle Zeichen).

¹⁰⁶ Vgl. OLG Hamburg, 12. 9. 1997, 3 U 202-97 – Pack den Tiger in die Bürgerschaft, NJW-RR 1998, 552; KG, 10.11.2009, 5 U 120/09 – Testsieger, GRUR-RR 2010, 79; *Sosnitza*, GRUR 2010, 106, 111 (Fake-Werbung könne gegen § 824 BGB verstoßen).

¹⁰⁷ Siehe OLG Hamburg, 06.11.1997, 3 U 222/96 – Shell-Totenkopf, ZUM-RD 1998, 121, 123; OLG Hamburg, 04.06.1998, 3 U 246/97 – Bild Dir keine Meinung, ZUM-RD 1999, 90, 94; *Assaf*, GRUR Int. 2009, 1, 12.

¹⁰⁸ Allgemein *Büscher*, in: *Büscher/Dittmer/Schiwy*, § 14 MarkenG, Rn. 562; öOGH, 22.09.2009, 17Ob15/09v – Styriagra, MR 2009, 374 ff.

¹⁰⁹ Zu den Auswirkungen *Richardson*, Sydney Law Review 26 (2004), 193, 219 f.; *Senftleben*, in: Geiger, Research Handbook Human Rights, S. 354, 371.

zu,¹¹⁰ teilweise verlangen sie von den Akteuren, deutlichen Abstand zu den betroffenen Marken zu halten und sich auf „leise Ironie“ zu beschränken.¹¹¹ Schmähungen und das Hervorrufen sexueller Assoziationen werden von der Rechtspraxis ungeachtet der hiermit kundgetanen Meinung in aller Regel missbilligt.¹¹²

- 46 Auch die Literatur ist sich nur insoweit einig, dass das Markeneigentum mit kollidierenden Kommunikationsgrundrechten in Einklang zu bringen ist. Wie im Hinblick auf wettbewerbliche Konfliktfelder herrscht jedoch Streit, ob dieser Ausgleich durch eine tatbestandsmäßige Einschränkung der Funktionenlehre, eine Ausweitung des Schranken catalogs oder eine grundlegende lauterkeitsrechtliche Rekonfigurierung des Markenrechts zu bewerkstelligen ist – oder ob all das „gehupft wie gesprungen“ sei.¹¹³ Festzuhalten ist jedenfalls, dass die vermeintlich harten Kanten des ausschließlichen Markenrechts verschwimmen, sobald sein Anwendungsbereich über das klassische Verbot von Verwechslungsgefahren hinausreicht. Diese Auflösungserscheinungen sind Ausdruck der unausweichlichen Konflikte, die jede selbstreferentielle Kommodifizierung auslöst.

¹¹⁰ Zur Meinungsfreiheit BGH, 17.04.1984, VI ZR 246/82 – Mordoro, GRUR 1984, 684, 685 f. (tödliche Folgen des Zigarettenkonsums); KG, 20.08.1996, 5 U 4311/96 – Alles wird teurer, GRUR 1997, 295, 297 (einseitige Kritik an Preispolitik eines ehemaligen Monopolisten); OLG Hamburg, 04.06.1998, 3 U 246/97 – Bild Dir keine Meinung, ZUM-RD 1999, 90, 94; OLG Hamburg, 01.04.1999, 3 U 213/98 – fick for fun, ZUM-RD 1999, 275; OLG Köln, 31.03.2000, 6 U 152/99 – Kampagne gegen die Jagd, NJWE-WettbR 2000, 242 f. (auf das klägerische Emblem urinierendes Männchen). Zur Kunstfreiheit BGH, 03.02.2005, I ZR 159/02 – Lila Postkarte, GRUR 2005, 583, 584 f.; OLG Hamburg, 15.01.2006, 5 W 1/06 – Bildmarke AOL, GRUR-RR 2006, 231; LG Düsseldorf, 28.02.2007, 2a O 150/06 – Borussia Mönchengladbach, GRUR-RR 2007, 201 f. (Gemälde einer Stadionsituation mit Vereinseemblemen nicht markenverletzend).

¹¹¹ Vgl. BGH, 02.04.2015, I ZR 59/13 – Springender Pudel (Markenparodie rechtfertigt nicht die Eintragung des humorvollen Zeichens als Marke); OLG Hamburg, 06.11.1997, 3 U 222/96 – Shell-Totenkopf, ZUM-RD 1998, 121, 123 f.; OLG Hamburg, 29.07.1999, 3 U 23/99 – Schalke 04, ZUM-RD 1999, 536, 537 f. (Buch über Schalke 04 darf Vereinslogos nicht zu prominent hervorheben); OLG Hamburg, 05.01.2006, 5 W 2/06 – Trabi 03, GRUR-RR 2006, 224 f. (Abi-T-Shirt darf nicht die Wortfolge Trabi, sondern allenfalls TrAbi verwenden); OLG Hamburg 09.08.2010, 5 W 84/10 – IPOD/eiPott, GRUR-RR 2010, 382 (Vertrieb von Eierbechern mit dem Begriff „eiPott“ und der Abbildung eines angebissenen Eies keine humorvolle oder parodistische Auseinandersetzung mit Apple und seinen Produkten). Siehe ferner BGH, 01.10.2009, I ZR 134/07 – Gib mal Zeitung, GRUR 2010, 161 Rn. 16 ff. (leise Ironie auch in Konkurrentenwerbung zulässig).

¹¹² Vgl. LG Hamburg, 27.10.1999, 315 O 423/99 – Deutsche Pest, GRUR 2000, 514 ff.; LG Köln, 25.09.2012, 33 O 719/11 – Scheiß RTL, BeckRS 2012, 21321; kritisch Assaf, GRUR Int. 2015, 426, 429 ff.

¹¹³ So die Einschätzung von Fezer, GRUR 2003, 457, 465. Siehe ferner Kur, IIC 2014, 434, 442 ff.; Steinbeck, WRP 2015, 1 ff.; Änderungsvorschlag 29 der legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments v. 25.2.2014 im Gesetzgebungsverfahren 2013/88(COD); Senftleben u.a., Recommendation on Measures to Safeguard Freedom of Expression and Undistorted Competition in EU Trade Mark Law, EIPR 2015, 337 ff.

IV. Ausblick

- 47 Vergleichbare Konflikte zwischen den Verfechtern eines utopischen Wirtschaftsliberalismus und ihren nicht minder von Utopien beseelten Gegnern, kurz der Aufstieg und Fall der Marktwirtschaft im 19. und frühen 20. Jahrhundert, bilden nach *Karl Polanyi* eine, wenn nicht die Ursache der humanitären Katastrophen des 1. und 2. Weltkriegs.¹¹⁴ Er setzte seine Hoffnung auf die Vision einer nicht marktlich und doch freiheitlich strukturierten Industriegesellschaft, in der die Wirtschaft statt einer führenden wieder eine akzessorische Rolle im Interesse elementarer Erfordernisse eines geordneten gesellschaftlichen Lebens einnimmt.¹¹⁵
- 48 Nun gibt die Anerkennung eines abstrakten Markeneigentums kaum Anlass zur Formulierung von Schreckensszenarien.¹¹⁶ Wo das Markenrecht nicht bereits für eine Berücksichtigung gegenläufiger Interessen sorgt, bilden sich jenseits des Marktes soziale Bewegungen, die beispielsweise gegen die Kommerzialisierung des Fußballs aufbegehren.¹¹⁷ Gleichwohl muss sich das Markenrecht darauf einstellen, immer wieder auf auch rechtlich fundierte Gegenbewegungen zu stoßen, je weiter es sich von seinen Wurzeln entfernt. Es erscheint nicht einmal ausgeschlossen, dass diese Gegenbewegungen das Markenrecht auf seinen Ausgangspunkt zurückwerfen: auf das Recht gegen unlauteren Wettbewerb.¹¹⁸

¹¹⁴ *Polanyi*, *Great Transformation*, S. 54 f., 270 ff.

¹¹⁵ *Polanyi*, *Great Transformation*, S. 329 („Freiheit in einer komplexen Gesellschaft“). Ähnlich *Fezer*, *Verantwortete Marktwirtschaft*, JZ 1990, 657 ff.

¹¹⁶ Im Kontext des digitalen Urheberrechts werden hingegen durchaus dunkle Orwell-Huxley-Szenarien diskutiert; vgl. *Lessig*, *Code: Version 2.0*, 2. Aufl. 2006, S. xv; *Naughton*, *From Gutenberg to Zuckerberg*, 2012, S. 291; *Morozov*, *The Net Delusion*, 2011.

¹¹⁷ Zuerst wohl „FC United of Manchester“, <http://www.fc-utd.co.uk/>, zuletzt in Deutschland „Hamburger Fußball-Club Falke“, www.hfc-falke.de/ und dazu *Trotier*, *Gestatten, der neue HSV*, *Zeit Online*, 13.05.2015, <http://www.zeit.de/2015/18/hsv-fans-verein-hfc-falke/komplettansicht>. Zu Anti-Konsum-Bewegungen ferner *Hellmann*, *Fetische des Konsums*, 2011, S. 245 ff. m.w.N.

¹¹⁸ Zu den Abwägungsvorbehalten in Fällen von Doppelidentität und bei bekannten Marken oben Fn. 103, 108-112.