

Dr. Siegfried Broß
Dr. h.c. Universitas Islam Indonesia - UII - Yogyakarta
Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D.
Richter am Bundesgerichtshof a. D.
Honorarprofessor an der Universität Freiburg im Breisgau
Ehrenvorsitzender der Deutschen Sektion der Internationalen
Juristenkommission e.V. und der Juristischen Studiengesellschaft
Karlsruhe
Ehrenmitglied des Internationalen Beratungskomitees und
Ehrenvorsitzender des Think Tank Africast von CAFRAD

Marke und Schutz des Eigentums – Überlegungen zur Einschränkung von Marken unter Gemeinwohlaspekten

Vortrag bei dem Markenforum des Markenverband e.V.

in München am 23. November 2018

I. Einführung

1. Das Thema des heutigen Vortrages betrifft eine überaus reizvolle Problemstellung. Das liegt vor allem daran, dass es regelmäßig in den rechtlichen Grundlagen an einer Legaldefinition fehlt. So formuliert etwa die Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007 (Abl. Nr. C 303 S. 1) in Art. 17 Abs. 1 S. 1 schlicht, "jede Person hat das Recht, ihr rechtmäßig erworbenes Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben." Ähnlich ist in Art. 1 Abs. 1 S. 1 des Zusatzprotokolls zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 20. März 1952 niedergelegt,

dass jede natürliche oder juristische Person ein Recht auf Achtung ihres Eigentums hat. Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1) bestimmt dem entsprechend in Art. 14 Abs. 1 S. 1 "Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet."

2. Im Hinblick auf diese Offenheit des Rechtsinstituts "Eigentum" stellen sich nahe liegend verschiedene Fragen. Wenn – wie vorstehend deutlich geworden – die Verfassungen zur näheren Beschreibung des Inhalts des Eigentums schweigen, ist zunächst die Frage zu erörtern und zu beantworten, welche individuellen Positionen der Gesetzgeber aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgabe "Schutz des Eigentums" als Eigentum zu definieren hat und sie folglich rechtlich unter Schutz stellt. Daran anschließend und eng damit zusammenhängend muss bedacht und in die Überlegungen für die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers einbezogen werden, ob sich hierfür in der jeweiligen Verfassung Vorgaben oder anderweitig Anhaltspunkte finden. Erst wenn dieser Hintergrund aufbereitet und ausgeleuchtet ist, kann man sich seriös der Frage zuwenden, ob und mit welcher Intensität auf ein so definiertes Eigentum von vornherein für die Anerkennung oder danach für spätere Einschränkungen von staatlicher Seite eingewirkt werden darf. Insoweit ist der Entzug des Eigentums sicher der stärkste Eingriff, der allgemein sehr engen Voraussetzungen unterliegt und in der

rechtsstaatlichen Demokratie nur gegen eine angemessene Entschädigung zulässig ist (vgl. hierzu etwa Art. 14 Abs. 3 GG).

3. Da die Marke im Wirtschaftsverkehr nicht nur national, sondern infolge der Globalisierung der Wirtschaftsbeziehungen weltweit von erheblicher politischer und wirtschaftlicher Bedeutung ist, bedarf die rechtliche Betrachtung einer Abstraktion von nationalen verfassungsrechtlichen Besonderheiten und Befindlichkeiten. Es gilt, die verbindenden Grundgedanken, die allen modernen rechtsstaatlichen Demokratien eigen ist, zu identifizieren. Das ist legitim, weil sich die Wirtschaftsbeziehungen, wie sie in den internationalen Abkommen ihren Niederschlag gefunden haben, hieran überwiegend ausrichten. Das gilt vor allem in dem Umfang, in dem allgemein Menschen- und Grundrechte anerkannt sind. Das folgt nicht zuletzt aus Art. 17 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948. Dort ist in Abs. 1 ein interessanter Aspekt angesprochen. Danach hat jeder Mensch allein oder in der Gemeinschaft mit anderen (ein) Recht auf Eigentum.

Im Hinblick auf die bestehenden internationalen Abkommen und

Regelwerke, die Frau Cheng Tan vorhergehend dargestellt und erörtert hat, sind einige Hinweise vor allem wegen aktueller Entwicklungen in Europa und weltweit hinsichtlich der Freihandelsabkommen geboten:

Bei Eingehen einer Verbindung von Staaten zur Erledigung einer die Staaten übergreifenden Aufgabe wie z.B. der Überwachung des internationalen Flugverkehrs durch EuroControl, die Einrichtung von Europa-Schulen bei Gründung internationaler Vereinigungen wie auch der Europäischen Patentorganisation wird regelmäßig übersehen, dass die Internationalisierung von staatlichen Aufgaben und Verbindungen nicht dazu legitimiert oder gar als "Blankoscheck" benutzt werden darf, den Menschen- und Grundrechtsschutz zu vernachlässigen. Die vertragschließenden Staaten haben – so auch bei der Gestaltung von Handels- und Wirtschaftsverträgen – die weiter wirkende und nicht abdingbare Pflicht, den Menschen- und Grundrechtsschutz der ihnen anvertrauten Menschen bei Übertritt in eine solche internationale Organisation sicherzustellen oder die Möglichkeit von Zugriffen durch ausländische Staaten im Rahmen einer solchen vertraglichen und institutionellen Verbindung nur entsprechend den mit dem Schutz des Eigentums verbundenen Gewährleistungen zu eröffnen.

Es stellt sich deshalb erst auf einer späteren Prüfungsstufe die Frage, welche Ausgestaltung des Eigentums und die Möglichkeiten des Staates auf einen Zugriff in solchen Verträgen gefunden haben. Es könnte aufgrund der vorstehenden Überlegungen schon fehlsam sein, welche rechtliche Position dem Eigentum als solchem zugewiesen wird (Einzelheiten hierzu finden sich mit zahlreichen Nachweisen bei Broß, Überlegungen zu den Grundlagen von Staatenverbindungen, Festschrift für Herbert Landau, Tübingen 2016, S. 29 ff.; ders., Wenn rechtsstaatlich-demokratische Ordnungsrahmen stören oder hinderlich sind – Überlegungen zur Entstehung von Parallelwelten, Festschrift für Wolfgang Krüger, München 2017, S. 533 ff.; Broß/Lamping, Das Störpotenzial des rechtsstaatlich-demokratischen Ordnungsrahmens am Beispiel der europäischen Patentgerichtsbarkeit, GRURInt. 2018, 907 ff.).

Zum „richtigen“ Verständnis der nachfolgenden Ausführungen ist es deshalb erforderlich, sich von der traditionellen und normiert überkommenen Sicht und Einordnung der Marke zu lösen und sich auf eine höhere Ebene über dem bekannten Markenrecht im engeren Sinn zu begeben. Diese ausgreifende Sicht hat zur Folge, daß der „Zugriff“ auf die Marke auf höhere Schranken stößt und auch die

Voraussetzungen für die Gewährung einer Marke nicht an beliebige Kriterien geknüpft werden dürfen.

II. Einzelheiten

Im folgenden wird die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Bundesrepublik Deutschland zu Grunde, soweit sich ihr allgemein gültige Aussagen entnehmen lassen, die für die hier zu behandelnde Eigentumsproblematik über Deutschland hinaus als allgemein anerkannte Grundlage angesehen werden darf.

1. Man kann zunächst von einer Entscheidung im Jahr 1966 ausgehen. In BVerfGE 20, 351 < 355 f.> formuliert das Bundesverfassungsgericht die Ausgangslage wie folgt:

"Da es keinen "absoluten" Begriff des Eigentums gibt, ist es Sache des Gesetzgebers, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Er orientiert sich dabei an den gesellschaftlichen Anschauungen seiner Zeit. Der an das Grundgesetz gebundene Gesetzgeber hat außerdem die grundlegenden Wertentscheidungen und Rechtsprinzipien der Verfassung zu beachten (BVerfGE 14,263 <277 f.>; 18,121<

132>). Nur mit dem sich hieraus ergebenden Inhalt ist das Eigentum verfassungsrechtlich gewährleistet. Die Gesamtheit der in den gesetzlichen Normen sichtbar werdenden Beschränkungen des Eigentums lässt sich in dem Begriff der Sozialpflichtigkeit zusammenfassen; sie zieht der umfassenden Gebrauchs- und Verfügungsbefugnis des Eigentümers im Interesse des gemeinen Wohls allgemein geltende Grenzen. "

Diese Sozialbindung des Eigentums ist in Art. 14 Abs. 2 GG verfassungsgemäß abgestützt. Dem entspricht auch Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK, wenn dort festgehalten wird, dass der Schutz des Eigentums nicht das Recht des Staates beeinträchtigt, diejenigen Gesetze anzuwenden, die er für die Regelung des Eigentums im Einklang mit dem allgemeinen Interesse..... für erforderlich hält. Auch Art. 17 Abs. 1 Grundrechte-Charta ermächtigt den Gesetzgeber zu gesetzlichen Regelungen für die Nutzung des Eigentums, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.

Allerdings wäre es verfehlt, sich aufgrund dieser Sozialbindung des Eigentums sofort der Frage zuzuwenden, welche Voraussetzungen der Gesetzgeber in Bezug auf den Schutzzumfang einer Marke oder vorgelagert für die Zuerkennung als Eigentum schaffen darf. Vielmehr

bedarf es der weiteren Aufhellung des Rechtsinstituts "Eigentum" im Zusammenhang mit der Stellung des Individuums in einer rechtsstaatlichen Demokratie.

2. So ist das Privateigentum herkömmlich – wie sich aus den genannten Grundlagenbestimmungen ergibt – sowohl als Rechtsinstitut in einem Staatswesen wie auch in seiner konkreten Gestalt in der Hand des einzelnen Eigentümers gewährleistet. Das Eigentum ist ein elementares Grundrecht, das in einem inneren Zusammenhang mit der Garantie der persönlichen Freiheit steht. Ihm kommt im Gesamtgefüge der Menschen- und Grundrechte, wie sie in den einzelnen Staaten wie auch nach der EMRK und der Grundrechte-Charta eingeräumt sind, die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts "Eigentum" einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen. Die Garantie des Eigentums als Rechtseinrichtung dient deshalb der Sicherung dieses Grundrechts. Das Grundrecht des einzelnen Individuums setzt nach allem das Rechtsinstitut "Eigentum" voraus. Dieses Rechtsinstitut wäre nicht wirksam und seiner Bedeutung und seinem Gehalt entsprechend gewährleistet, wenn der Gesetzgeber an die Stelle des Privateigentums etwas setzen könnte, was den Namen

"Eigentum" nicht mehr verdient. (Einzelheiten hierzu in BVerfGE 24,367 <389>).

Es besteht zwar für den Gesetzgeber für die Bestimmung des Inhalts des Eigentums nach den genannten Bestimmungen ein verhältnismäßig weit gespannter Gestaltungsbereich. Soweit etwa wie nach Art. 14 Abs. 2 GG dem Eigentümer das Gebot sozialgerechter Nutzung auferlegt ist, ist das nicht von substantieller Bedeutung; denn es handelt sich bei solchen Vorgaben in erster Linie um eine Richtschnur für den Gesetzgeber, bei der Regelung des Eigentums das Wohl der Allgemeinheit zu beachten. Es liegt hierin die Absage an eine Eigentumsordnung, in der das Individualinteresse den unbedingten Vorrang vor den Interessen der Gemeinschaft hat. (Einzelheiten hierzu in BVerfGE 21,73 <83>).

3. Allerdings bedarf der Beachtung, dass das durch die Rechtsordnung gewährleistete Eigentum auch in seiner personenhaften Bezogenheit gesehen werden muss – als ein Freiheitsraum für eigenverantwortliche Betätigung, wie das Bundesverfassungsgericht hervorhebt (BVerfGE 24,367 <400>). Die Eigentumsgarantie ist nicht zunächst Sach-, sondern eine Rechtsträgergarantie. Das Grundrecht gewährt vor allem die

Befugnis, jede ungerechtfertigte Einwirkung auf den Bestand der geschützten Güter abzuwehren.

Es gilt nunmehr, das Umfeld, dem die Marke zuzurechnen ist, näher zu ermitteln. Hierfür eignet sich in besonderem Maße die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Urheberrecht, im besonderen zur wirtschaftlichen Verwertung eines in den Verkehr gebrachten Werkes. Hierdurch sind nicht die künstlerische Tätigkeit und die geistige Schöpfung betroffen, sondern es geht in erster Linie um die wirtschaftliche Verwertung der geistigen Leistung. In diesem Zusammenhang ist der Eigentumsgarantie die Funktion zugewiesen, dem Träger des Grundrechts durch Zubilligung und Sicherung von Herrschafts-, Nutzungs- und Verfügungsrechten einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu gewährleisten und ihm damit die Entfaltung und eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen. Hierin kommt der Bezug zur Garantie der persönlichen Freiheit zum Ausdruck. Ferner bewahrt die Eigentumsgarantie den konkreten, vor allem den durch Arbeit und Leistung erworbenen Bestand an vermögenswerten Gütern vor ungerechtfertigten Eingriffen durch die öffentliche Gewalt (im einzelnen hierzu BVerfGE 31,229 <239>).

Vor diesem Hintergrund erlangen die vermögenswerten Befugnisse des Urhebers an seinem Werk zentrale Bedeutung. Sie müssen ebenfalls dem Schutz der Eigentumsgarantie unterstellt werden, damit das "schöpferische Werk" nicht seines Gehalts entleert wird und so seine Substanz einbüßt. Das Bundesverfassungsgericht formuliert diesen Zusammenhang dahin, dass die unlösbare Verbindung von persönlich-geistiger Schöpfung mit ihrer wirtschaftlichen Auswertbarkeit sowie die besondere Natur und Gestaltung dieses Vermögensrechts gebührend berücksichtigt wird. Nicht entschieden hat das Bundesverfassungsgericht mangels Vorliegens der sachlichen Voraussetzungen die an und für sich nächst liegende Frage, was zu gelten hat, wenn die wirtschaftliche Auswertung des Werkes durch ein Gesetz derart beschränkt würde, dass die freie künstlerische Betätigung praktisch nicht mehr möglich wäre (Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG). (Einzelheiten in BVerfGE 31,229 <239 f.>).

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass nicht jede nur denkbare Verwertungsmöglichkeit verfassungsrechtlich gesichert ist. Die Institutsgarantie "Eigentum" gewährleistet lediglich einen Grundbestand von Normen, der gegeben sein muss, um eine rechtlich geschützte Position als "Privateigentum" bezeichnen zu können. Es obliegt dem Gesetzgeber, in der Ausgestaltung des Urheberrechts im Rahmen der

ihm vom Verfassungsgeber übertragenen Gestaltungsfreiheit sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und der sozialen Bedeutung der rechtlich geschützten Position entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen (Einzelheiten hierzu in BVerfGE 31,229 <241>).

4. Weiteren Aufschluss für den Schutz der Marke lässt sich aus einer früheren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1979 gewinnen. Im damaligen Verfahren ging es um die Neuregelung von Lagebezeichnungen im Weingesetz (BVerfGE 51, 193). Im Ausgangsrechtsstreit stand inmitten, dass der als geographische Herkunftsangabe zulässige Name einer Lage, die kleiner als 5 ha ist, auch dann nicht in die Weinbergsrolle eingetragen werden darf, wenn dieser durch ein Warenzeichen (nach dem nunmehr geltenden Recht die Marke) geschützt ist. In diesem Zusammenhang stellt das Bundesverfassungsgericht in Leitsatz 3 kurz und bündig fest, dass das schutzfähige Warenzeichen eine durch Art. 14 Abs.1 S. 1 GG gewährleistete Rechtsposition ist.

Möchte man aus diesem Erkenntnis Gesichtspunkte gewinnen, die für die Beurteilung des Eigentumsschutzes der Marke herangezogen werden können, bedarf es zunächst der Definition des Warenzeichens

(nach der damaligen Rechtslage) im Gegensatz zum Urheberrecht. Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu aus (aaO, S. 216):

"Das eingetragene Warenzeichen verleiht dem Inhaber die alleinige Befugnis, Waren der angemeldeten Art oder ihre Verpackung oder Umhüllung mit dem Warenzeichen zu versehen, die so bezeichneten Waren in Verkehr zu bringen sowie auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen das Zeichen anzubringen... Seinem Zweck nach hat das Warenzeichen eine dreifache Funktion: Es kennzeichnet die Herkunft einer Ware aus einem bestimmten Gewerbebetrieb, um sie von denen anderer zu unterscheiden (Herkunftsfunktion); es bekundet eine bestimmte Beschaffenheit der Ware (Garantiefunktion) und wirbt für den Inhaber und seine Ware (Werbefunktion)."

Das Bundesverfassungsgericht stimmt auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 32,103 <113>) zu, dass das Zeichen ein mit dem Unternehmen verbundenes Vermögensrecht ist, dass nicht eine Personen –, sondern eine Sachbeziehung zum Inhalt hat (BVerfGE 51, S. 216). Des weiteren mißt das Bundesverfassungsgericht dem rechtmäßig eingetragenen Warenzeichen ein subjektives Recht bei, das

dem Geschäftsinhaber eine absolute, gegenüber jedermann wirkende Rechtsposition verleiht. Das Ausschließungsrecht mit der Befugnis, anderen die Benutzung des Zeichens zu verbieten, ist nicht nur ein Rechtsreflex des gesetzlichen Verbotes, sondern ein selbstständiges, dem Inhaber zustehendes Recht (aaO, S. 217).

Im Folgenden nimmt das Bundesverfassungsgericht eine Abgrenzung des Warenzeichens gegenüber dem Urheberrecht vor. Es hebt in diesem Zusammenhang vor allem hervor (aaO, S. 217):

"Die verfassungsrechtliche Gewährleistung findet (für das Urheberrecht) ihre Rechtfertigung darin, dass der Künstler durch eine persönliche Leistung schutzwürdige Werte geschaffen hat. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gebietet in einem solchen Fall als Institutsgarantie die Zuordnung der wirtschaftlichen Verwertungsbefugnisse an den Werkschöpfer. Dagegen liegt dem Schutz des Warenzeichens eine andere Erwägung zu Grunde. Im Rahmen der Begrenzung einer schrankenlosen Gewerbefreiheit soll das Warenzeichen der durchsichtigen Gestaltung der unternehmerischen Leistung dienen und damit im Wettbewerb eine ausgleichende Wirkung entfalten. Im Warenzeichen wird ein Geschäftswert zulasten des freien Wettbewerbs monopolisiert und

dem Inhaber der ausschließlichen Verwertung zuerkannt. Der Schutzgrund liegt vorrangig in der Erleichterung der gewerblichen Tätigkeit im Wettbewerb. Das Warenzeichen weist dem Inhaber nicht nur die alleinige Verfügung über den Inhalt des Zeichens zu, sondern ist – von seiner Funktion her gesehen – ein wichtiges Instrument im Bereich seiner wirtschaftlichen Betätigung und damit für den Bestand und die Erhaltung des betrieblichen Vermögens."

Den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz können allerdings nur solche Warenzeichen beanspruchen, die schutzfähig, rechtmäßig eingetragen und aufrechterhalten wurden (aaO, S. 218). Durch die Neuregelung des Rechts der geographischen Bezeichnungen im Weingesetz 1971 durften solche rechtmäßig eingeräumten Warenzeichen nicht mehr verwendet werden. Der Sache nach liegt hierin ein vollständiger Entzug des Warenzeichens. Insoweit handelt es sich weder um eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung noch um eine Enteignung. Die gesetzliche Neuregelung steht mit der Gewährleistung des Eigentums nicht in Einklang. Dieses schützt als Bestandsgarantie die konkrete Befugnis in der Hand des einzelnen Berechtigten.

Wegen des Bezugs der Marke zu einem Wirtschaftsbetrieb ist die abschließende Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts zu erwähnen (aaO, S. 221 f.):

"Es ist die Frage, ob der Gewerbebetrieb als solcher die konstituierenden Merkmale des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs aufweist. Eigentumsrechtlich gesehen ist das Unternehmen die tatsächliche – nicht aber die rechtliche – Zusammenfassung der zu seinem Vermögen gehörenden Sachen und Rechte, die an sich schon vor verfassungswidrigen Eingriffen geschützt sind. Nach allgemeiner Auffassung werden dagegen bloße Chancen und tatsächliche Gegebenheiten nicht dem geschützten Bestand zugerechnet. Ob gleichwohl ein zusätzlicher verfassungsrechtlicher Schutz des Gewerbebetriebes als solchem geboten ist, bedarf jedoch im vorliegenden Fall im Hinblick auf die vorstehenden Erwägungen keiner abschließenden Entscheidung."

III. Überlegungen zur Einschränkung von Marken unter Gemeinwohlaspekten

1. Einführung

a. Was die Einschränkung von Marken – im Rahmen des Themas unter Gemeinwohlaspekten – betrifft, sind eingangs verschiedene Gesichtspunkte in Erwägung zu ziehen. Eine Einschränkung können die Gesetzgeber auf nationaler Ebene und im Rahmen von Abkommen auf der internationalen Ebene in zwei Stadien in Bezug auf eine Marke überlegen: Zunächst können die Voraussetzungen für die Registrierung einer Marke entsprechend gefasst werden. Ist eine Marke registriert und deshalb während der damit zuerkannten Geltungsdauer mit Bestandsschutz versehen, kann eine rechtsstaatlich unbedenkliche Lösung auch dahingehend erwogen werden, dass nach Ablauf der Geltungsdauer und vor einer möglichen Verlängerung erneut in vollem Umfang geprüft wird, in welchem – nunmehr eingeschränkten – Umfang die Marke registriert werden kann oder eine Verlängerung abzulehnen ist (vgl. hierzu nur den Atomausstieg). Während der Geltungsdauer der registrierten Marke – etwa wie in Deutschland zehn Jahre – ist der Zugriff auf die Marke durch eine Einschränkung jedenfalls anders zu beurteilen.

In diesem Zusammenhang bedarf es des Hinweises, dass "Ewigkeitsmarken" (vergleiche hierzu nur die frühere Problematik der Erbbegräbnisse) unter dem Gesichtspunkt von Gemeinwohlbelangen

rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätzen widersprechen. Eine gleichsam unabsehbare automatische Verlängerung – wenn nur die festgesetzte Gebühr entrichtet wird – wird dem nicht gerecht.

Es bedarf sonach der Überlegung, welche Voraussetzungen für die Registrierung einer Marke von den Gesetzgebern legitim formuliert und welche möglicherweise – vermutlich aufgrund qualitativ höherer Schranken – während der Geltungsdauer der registrierten Marke vorgesehen werden dürfen. Für die letztere Konstellation ist daran zu denken, dass üblicherweise für die Einschränkung oder den Entzug einer öffentlich-rechtlichen Gestattung auf Grund des Rechtsstaatsprinzips Auslauf- oder Übergangsfristen vorgesehen werden. Diese haben sich etwa nach der "Restlaufzeit" wie im Falle von Kernenergieanlagen oder aber nach betriebswirtschaftlichen Kalkulationen für die "Pflege" einer Marke und die hierfür aufgewendeten finanziellen Mittel zu richten.

- b. Im Hinblick auf die mit einer registrierten Marke verbundenen Schutzwirkungen der Eigentumsgarantie (entsprechend dem eingetragenen Warenzeichen, aber auch entsprechend den Grundstrukturen des Urheberrechts) ist für die materiellen Voraussetzungen für Einschränkungen der Marke unter

Gemeinwohlaspekten auf Überlegungen zu vergleichbaren Fragestellungen im Urheber- und dem vormals geltenden Warenzeichenrecht zurückzugreifen. In diesem Zusammenhang gewinnt der Umstand besonderes Gewicht, dass die Marke ihre zentrale Bedeutung gegenüber der Öffentlichkeit im Wirtschaftsverkehr erlangt und deshalb der Kontakt mit den potenziellen Kunden und Abnehmern des mit der Marke versehenen Produkts letztlich für die Beurteilung entscheidend sein muss. Die "persönliche" Beziehung zwischen dem Berechtigten und seiner Marke tritt dem gegenüber mangels Außenwirkung zurück.

Allerdings ist auf einen Aspekt hinzuweisen, der für die Zusammenstellung des Abwägungsmaterials für die Entscheidung, ob und in welchem Umfang Einschränkungen der Marke getroffen werden dürfen, nicht gebührend berücksichtigt wird. Der Befund, dass die Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr auf der Verbraucherseite selbstbestimmte Persönlichkeiten sind und dem gemäß in eigener Verantwortung mit Bindungen, die sich ihrerseits aus der Sozialgebundenheit des Individuums ergeben, ihre Lebensumstände gestalten dürfen und müssen, kommt zunehmend zu kurz. Hierauf ist nachfolgend noch näher einzugehen.

c. Zunächst ist der Rahmen abzustecken, innerhalb dessen die Gesetzgeber das "Eigentum" konturieren und ausprägen dürfen. Hierzu ergibt sich z.B. aus Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG für den Gesetzgeber die Aufgabe, Inhalt und Schranken des Eigentums mit dem Freiheitsraum des Einzelnen im Bereich der Eigentumsordnung und die Belange der Allgemeinheit in einen gerechten Ausgleich zu bringen. Er muss dabei das Wohl der Allgemeinheit beachten und die Befugnisse und Pflichten des Eigentümers am Sozialstaatsprinzip orientieren. Das Abwägungsmaterial, das für diese Entscheidung für eine sachgerechte Beurteilung Voraussetzung ist, muss bereichsspezifisch zusammengestellt werden. Es ist keinesfalls angängig, hier schematisch nach einheitlichen Kriterien vorzugehen. So kann etwa das Eigentum an Grund und Boden nicht hinsichtlich seiner Ausgestaltung mit der des geistigen Eigentums gleichgesetzt werden. (Hierzu etwa BVerfGE 25, 112 <117>). Daher müssen gesetzliche Einschränkungen des Eigentums vom geregelten Sachbereich her geboten und anschließend in ihrer Ausgestaltung selbst sachgerecht sein.

Das führt direkt zur Beachtung der Grundsätze der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit. Maßgeblich ist hierfür, dass die Beschränkung einer Marke unter Gemeinwohlaspekten nicht dem herkömmlichen Bereich des Wettbewerbs im Wirtschaftsverkehr zuzurechnen ist.

Vielmehr geht es hierbei um die staatliche Fürsorge für die Volksgesundheit. Der Staat nimmt hier eine im Sozialstaatsprinzip wurzelnde originäre Staatsaufgaben wahr. Es fehlt also an dem Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei gleichrangigen und gleichwertigen Konkurrenten. Im Bereich der Gefahrenabwehr darauf die öffentliche Gewalt aber nur zu den erforderlichen Mitteln und das nur im verhältnismäßig Ausmaß greifen.

Die Einschränkungen des Eigentums und der darauf fußenden Befugnisse dürfen nicht weiter gehen, als es der Schutzzweck gebietet, dem die Regelung dient. Es geht also darum, bei der gesetzlichen Definition des Gegenstands des Eigentums die Belange der Gemeinschaft und die Individualinteressen des Eigentümers wegen der Sozialbindung des Privateigentums in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. Eine Einschränkung des Eigentums ist deshalb mit Rücksicht auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung nur in dem Umfang zulässig, in dem das Wohl der Allgemeinheit dies erfordert. (Hierzu z.B. BVerfGE 25,117 < 118>).

Dies ist gefestigte Meinung des Bundesverfassungsgerichts, wie sich aus einer späteren Entscheidung in BVerfGE 72,66 <78> – Flughafen Salzburg - ergibt. In dieser Entscheidung findet sich – wenn auch etwas

versteckt – ein weiterer wichtiger Hinweis für die Zusammenstellung des Abwägungsmaterials: Die Gewährleistung des Eigentums erfordert die Erhaltung der Substanz des Eigentums (wie auch die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes). Daraus folgt zwingend, dass das Eigentum nicht so konturiert und ausgeprägt werden darf, dass sich hinter dem "Eigentum" der Sache nach lediglich eine "leere Hülse" verbirgt.

- d. Des weiteren ist zu bedenken, dass die Gewährleistung des Eigentums auch den Anspruch des Inhabers einer Marke auf eine angemessene wirtschaftliche Verwertung des mit der Marke verbundenen Produkts umfasst (vgl. hierzu z.B. BVerfGE 77, 263 <271> und BVerfGE 81, 12 <18> zum Urheberrecht). In dem bestehenden "Interessengeflecht" hat der Gesetzgeber einen gerechten Ausgleich zu schaffen (BVerfGE 81,12 <18>).

Zusammenfassend ist auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1988 hinzuweisen. Es ging wiederum um die Neuregelung der Lagenbezeichnung im Weingesetz. Im Gegensatz zu der eingangs vorgestellten im 51. Band stand hier der Ausstattungsschutz nach § 25 WarenzeichenG in Streit. Das Bundesverfassungsgericht entschied dahin, dass der

Ausstattungsschutz eine durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistete Rechtsposition vermittelt (BVerfGE 78,58). Im einzelnen führt es hierzu aus (aaO, S. 73 ff.):

"Die Eigentumsgarantie soll dem Träger des Grundrechts einen Freiraum im vermögensrechtlichen Bereich sichern und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens ermöglichen (BVerfGE 68,193 < 222> m.w.N.). Das gilt nicht nur für den privaten Bereich des Einzelnen, sondern auch für seine wirtschaftliche Betätigung (BVerfGE 51, 193 <218>).

Die (vorliegend umstrittene) Regelung des Weingesetzes über die Eintragung geographischer Lagenamen in die Weinbergsrolle führt dazu, dass durch § 25 WZG geschützte Ausstattungen nicht mehr verwendet werden können..... (Auf diese Weise) wird ein bestehendes Ausstattungsrecht dem Berechtigten der Sache nach entschädigungslos entzogen.

Ein solcher Rechtsentzug kann weder als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG gerechtfertigt werden noch sind die Voraussetzungen einer Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG gegeben. Es handelt sich

vielmehr um einen Eingriff in das geschützte Recht, der mit der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG unvereinbar ist (vgl. BVerfGE 51,193 <220>).

Der Eingriff wird nicht dadurch verfassungsrechtlich legitimiert, dass der Rechtsentzug die Folge einer vom Gesetzgeber für geboten erachteten Neuregelung des Weinbezeichnungsrechts ist, die als solche verfassungsmäßig ist. Denn die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Eigentums schützt als Bestandsgarantie die konkrete Befugnis in der Hand des einzelnen Berechtigten (BVerfGE 51,193 <220> m.w.N.). Der Gesetzgeber kann allerdings, wenn sich eine Reform des geltenden Rechts als notwendig erweist, vor der Entscheidung stehen, bisher eingeräumte rechtliche Befugnisse zu beseitigen oder zu beschränken (BVerfGE 45,297 <331 f.>). Das Bedürfnis nach Rechtseinheit im Zuge einer Neuregelung kann dabei jedoch nicht den ersatzlosen Entzug von Rechten rechtfertigen (vgl. BVerfGE 31,275 <292>)."

2. Bereichsspezifische Zusammenstellung des Abwägungsmaterials -
hier: Gemeinwohlaspekte

- a. Für die Zusammenstellung des Abwägungsmaterials sind verschiedene Ausgangspunkte zu beachten: Zunächst ist zu überlegen, ob es sich um die Voraussetzungen für die Zuerkennung einer Marke geht oder ob sich die Frage stellt, ob und in welchem Umfang eine anerkannte und etablierten Marke während ihrer Schutzdauer eingeschränkt werden darf. Des weiteren ist darauf Bedacht zu nehmen, in welchem Bereich des Geschäfts- und Wirtschaftsverkehrs eine Marke ihre Wirkung entfaltet.

Für beide Konstellationen gilt allerdings als Grundsatz, dass es nicht um den Ausgleich widerstreitender Grundrechtspositionen geht, also Markeninhaber gegen Adressat der "Signalwirkung" der Marke, sondern es ist allein die Problemstellung, wie der staatliche Gesetzgeber die Marke im Hinblick auf die Gewährleistung des Privateigentums konturieren darf. Hierbei kommt die Verpflichtung des Staates zum Schutz der ihm anvertrauten Menschen in allen ihren Facetten zum Tragen – letztlich als eine Ausprägung des Schutzes der Würde des Menschen gemäß Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes – in Verbindung mit den staatlichen Verpflichtungen aus dem Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1 des Grundgesetzes.

Aus diesem Grunde ist zu bedenken, dass die institutionelle, d.h. die Staatsorganisationsebene, nicht aufgrund und unter Berufung auf individuelle Grundrechtspositionen überwunden werden kann. Vielmehr ist zur Gewährleistung der rechtsstaatlichen Demokratie und des Sozialstaatsprinzips die "Einordnung" der individuellen Grundrechtspositionen demgemäß vorzunehmen. Das allerdings ist kein Problem der praktischen Konkordanz, die herkömmlich bei dem Aufeinandertreffen von Grundrechtspositionen diskutiert wird; denn es geht allein und ausschließlich um die staatliche Fürsorge für die Volksgesundheit und damit um Gefahrenabwehr.

b. Auf der darunter liegenden – der von mir als Mikroebene bezeichneten – Ebene gewinnt man für die Frage der Einschränkung von Marken die einschlägigen Anknüpfungspunkte, wenn man von der dreifachen Funktion der Marke ausgeht: Herkunfts-, Garantie- und Werbefunktion. Die herkömmlich im Markenrecht als Nebenfunktionen angesehenen Garantie- und Werbefunktionen erhalten hier im Bereich der Gefahrenabwehr eine andere Funktion und eine gehobene Bedeutung. Im Mittelpunkt der Gefahrenabwehr steht die Abwehr der Gefahren durch den Genuss von Tabak generell und deshalb nicht der einzelne Hersteller. Dabei kommt der Garantie- und Werbefunktion die maßgebliche Bedeutung zu, weil sie im Geschäfts- und

Wirtschaftsverkehr gleichsam die Brücke zu den angesprochenen und für den Erwerb eines Produkts zu gewinnenden Adressaten bildet.

Die Gemeinwohlsaspekte zielen darauf ab, tatsächliche und im Alltag nachzuweisende Gefahren zu unterbinden oder befürchtete Gefahren abzuwehren. Anders als im herkömmlichen Bereich der Gefahrenabwehr – klassisch als Polizeirecht bezeichnet – wird im Geschäfts- und Wirtschaftsverkehr das Gefährdungspotenzial nicht allein vom "Urheber" geschaffen; vielmehr bedarf es einer autonomen Willensentscheidung eines Dritten. Diese soll durch die Garantie- und Werbefunktion der Marke positiv beeinflusst, gesteuert und schließlich zu einer positiven Kaufentscheidung der mit einer Marke versehenen Produkte gelenkt werden.

Wegen des Eigentumsschutzes einer Marke – sei es auf Erteilung oder danach – dürfen Beschränkungen deshalb nicht weiter reichen, als es für die Bewältigung der Gefahrenlage erforderlich ist. Es ist vor allem nicht angängig, Beschränkungen für die Erteilung einer Marke oder danach für eine so wirkende "Teilrücknahme" so vorzunehmen, dass gleichsam nur eine substanzlose Hülle verbleibt. Es kommen hier die Grundsätze der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit bei der

Gefahrenabwehr für die Auswahl der einzusetzenden Mittel zur Anwendung. Diese dürfen nach den allgemein anerkannten Grundsätzen für eine Gefahrenabwehr nur in dem erforderlichen und verhältnismäßigen Grad eingesetzt werden, um das rechts- und sozialstaatliche legitime Ziel zu erreichen.

- c. Wenn man in diesen Abwägungsprozess wieder die Garantie- und Werbefunktion der Marke nebst der autonomen Entscheidungsfreiheit der angesprochenen Verkehrskreise einbezieht, ergeben sich folgende Gesichtspunkte: Es geht bei den Gemeinwohlsaspekten zunächst um die Verhinderung von Irreführung und Täuschung im Geschäftsverkehr. Des weiteren muss transparent werden, was der wahre Gehalt eines Produkts ist und welche Risiken mit seinem Verbrauch oder seiner Verwendung verbunden sein können oder nachweisbar verbunden sind. Die hierfür erforderlichen Hinweise müssen für den potentiellen Verbraucher in der Laiensphäre leicht fassbar und verständlich sein. Überdies muss im Hinblick auf die wirtschaftlich sehr beachtlichen und sich als Nachfrager stetig ausweitenden Kinder und Jugendliche auch vor diesem Hintergrund ein Hinweis "altersgerecht" sein.

Diesem Aspekt ist nicht nur für die Vergangenheit – den massiven Eingriffen bei der Marke für Tabakerzeugnisse – die gebotene

Aufmerksamkeit zu schenken, sondern auch in die Zukunft gerichtete für inzwischen ins Visier genommene weitere gesetzgeberische Betätigungsfelder wie Zucker und Alkohol. Da es um Gefahrenabwehr für die Volksgesundheit geht, die angesprochenen Adressaten und im Alltag vertraute Verkehrskreise sind, muss dem unter Beachtung der Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit wegen der Mündigkeit der interessierten Nachfrager angemessen Rechnung getragen werden und damit dem verfassungsmäßigen Schutz der Produzenten eine gerecht werdende Konturierung des Wirtschaftsverhältnisses gefunden werden.

Die Gestaltung einer Marke etwa ähnlich der Aufmerksamkeitswerbung mit Schockbildern ist schon im Erteilungsverfahren zu berücksichtigen und zu unterbinden.

IV. Zusammenfassung und Ergebnis

1. Zusammenfassend und als Ergebnis der vorstehenden Überlegungen kann man festhalten, dass die Beschränkungen einer Marke unter Gemeinwohlsaspekten sowohl bei Erteilung als auch später während der Schutzdauer nicht mit Hinweisen so umgesetzt werden dürfen, dass die Marke in ihrem Erscheinungsbild hinter die ausgedrückten

Beschränkungen zurücktritt und ihre drei Funktionen der Herkunft, der Garantie und der Werbung nicht mehr zum Tragen kommen können und damit in der Sache der Eigentumsschutz ins Leere geht. Insoweit steht nicht nur die Frage der Verhältnismäßigkeit inmitten, sondern auch die Frage der Erforderlichkeit. Die widerstreitenden Interessen zwischen Produzent und von staatlicher Seite definiertem Gemeinwohl werden letztlich auch dadurch geprägt, dass dem von staatlicher Seite wahrgenommenem Gemeinwohl selbst bestimmte Teilnehmer am Geschäfts- und Wirtschaftsverkehr gegenüberstehen. Hierdurch werden der Erforderlichkeit gesetzgeberischer Maßnahmen Grenzen gezogen.

2. Abschließend ist zu der jüngsten WTO- Entscheidung zum plain packaging gegen entsprechende Gesetze in Australien folgendes anzumerken:

Die vorstehenden Ausführungen sollten deutlich machen, dass man bei der Beurteilung von Beschränkungen von Marken unter Gemeinwohlaspekten gedanklich nicht auf der Ebene unterhalb des Verfassungsrechts ansetzen darf, weil dadurch dem Normgeber oder den vertragschließenden Subjekten im Völkerrechtsverkehr Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet werden, die im Streitfall von vornherein nicht übersehbaren Auslegungs- und Ermessensspielräumen

für die den Streit entscheidenden Einrichtungen den Weg bahnen. Diesbezügliche Konstruktionen führen zu den umfangreichsten Entscheidungen wie vorliegend. Demgegenüber gewährleistet der Denkansatz von der (oberen) Verfassungsebene her klare normative Ausprägungen bei Reduktion von Komplexität. Das dient zudem der Rechtssicherheit und fördert den Rechtsfrieden. Zugleich wird der Vertrauensschutz in den Bestand der Marke angehoben.

Es ist auch zu erwägen, dass dieser Denkansatz in die Zukunft gerichtet ist. Inzwischen werden auch der Verbrauch von Zucker und der Genuss von Alkohol von deren Gegnern in den Blick genommen. Betrachtet man die Problematik von der Verfassungsebene mit nicht abdingbaren Anforderungen an normative Ausgestaltungen, die sich an der Substanz des Eigentums zu orientieren haben und nicht erst in einem späteren Stadium der Rechtsanwendung aufgrund komplizierter, nicht recht zu durchschauender Abwägungsvorgänge in tatsächlicher Hinsicht, liegt der Vorzug des vorgestellten Ansatzes auf der Hand.