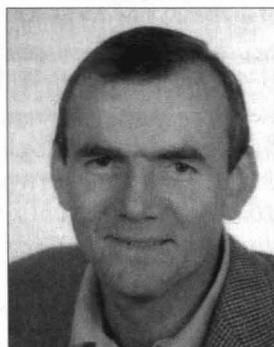




GERNOT R. REITER

Dipl.-Ing. Dr.techn.; Jahrgang 1968; Studium Wirtschaftsingenieurwesen-Maschinenbau; nach einjähriger Industrietätigkeit seit 1994 Universitätsassistent am IWB der TU Graz; Dissertation über die Implementierung von Dienstleistungsmarketing; Lehrbeauftragter für Controlling und Marketing an der TU Graz sowie am WIFI Steiermark.



GUNTER NITSCHKE

Dr.iur. Univ.-Prof., Jahrgang 1944; Jus Studium an der Universität Graz; Bachelor Degree an der Washington State University; seit 1982 Dozent und seit 1987 Univ.-Prof. am Institut für Handels- und Wertpapierrecht der Universität Graz; Mitherausgeber der Großen Ausgabe des Handelsgesetzbuches sowie der Taschenbuchausgabe des HGB; Forschungsschwerpunkte im Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht und Urheberrecht.

Im vereinigten Europa ist der Weg in die Dienstleistungsgesellschaft bereits eingeschlagen. Angesichts dessen entwickelt sich für viele Führungskräfte das spezifische Wissen zum erfolgreichen Management von Dienstleistungen zur unternehmerischen Überlebensfrage. Dem betriebswirtschaftlichen Phänomen der Marke als elementarem Marketinginstrument immaterieller Leistungen kommt in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung zu.

DAS PHÄNOMEN DIENSTLEISTUNGSMARKE

STRATEGISCHER ERFOLGSFAKTOR UND RECHTLICHE SCHUTZMÖGLICHKEITEN

Im Dienstleistungsbereich, wo im allgemeinen kein materielles, greifbares, fühlbares oder auch speicherbares Produkt vorliegt und Dienstleistungen damit erst im Prozeß der Leistungserstellung erfahrbar werden (zum Zeitpunkt der Nachfrageentscheidung liegen bestenfalls Leistungsversprechen vor), stellen sich Faktoren wie Image, Name, Renommee, Vertrauenscharakter und Seriosität eines Unternehmens als zentrale Postulate für einen nachhaltigen wirtschaftlichen Erfolg dar.

Gerade diese Erfolgsfaktoren können durch eine Marke aufgebaut bzw. aufrecht erhalten werden. Eine bedeutende Form des strategischen Aufbaus eines „competitive advantage“ gegenüber Mitbewerbern im Dienstleistungsbereich stellt daher die Nutzung von Markierungsvorteilen dar.

Der vorliegende Artikel erläutert einerseits die hohe betriebswirtschaftliche Bedeutung der Dienstleistungsmarke und untersucht andererseits die Möglichkeiten des rechtlichen Schutzes dieses für Dienstleistungsunternehmen so wichtigen Marketinginstrumentes. Besondere praktische Relevanz erhält der Schutz von Dienstleistungsmarken dadurch, daß aufgrund der – im Vergleich zu Sachleistungen – großteils hohen Immaterialität und damit verbundenen leichten Imitierbarkeit der Leistung, der Markenschutz im

Wettbewerb oft die einzige Möglichkeit darstellt, innovative Dienstleistungsangebote langfristig als Wettbewerbsvorteil einsetzen zu können.

DIE BETRIEBSWIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG DER DIENSTLEISTUNGSMARKE

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht lassen sich drei grundlegende Markenfunktionen anführen:

- Der Dienstleistungsmarke kommt **Unterscheidungsfunktion** zur Abgrenzung gegenüber anonymen Dienstleistungen sowie zur Differenzierung mehrerer Dienstleistungen eines Unternehmens zu. Diese Unterscheidungsfunktion – als wichtigste Funktion der Sachgüter – wird im Dienstleistungsbereich durch eine Kommunikations- und Erklärungsfunktion ergänzt, da Dienstleistungen aufgrund ihrer Immaterialität i. d. R. stark erklärungsbedürftig sind. Als Beispiel aus dem Dienstleistungsbereich kann die Firma Weight Watchers genannt werden, die sich durch ihre internationale Registrierung von unseriösen Schlankmacherfirmen oder selbsternannten Diätspezialisten klar distanzieren will.



- Die Dienstleistungsmarke ist **Garant für gleichbleibende und hervorragende Qualität und Güte**, wie bspw. die österreichische Fluglinie AUSTRIAN AIRLINES. Aufgrund des bei Dienstleistungen meist hohen wahrgenommenen „Kaufrisikos“ erscheint für Kunden die Markierung als Kompetenznachweis von zentraler Bedeutung.

AUSTRIAN AIRLINES

- Vor allem aber stellt die Dienstleistungsmarke selbst ein **wichtiges Werbemittel** dar. So kann ihr bspw. die Aufgabe zukommen, Dienstleistungen in Analogie zum Sachleistungsmarketing statussymbolfähig zu machen. Damit wird einer bestimmten Dienstleistungsnehmerschicht die Möglichkeit geboten, sich einer speziellen Gesellschaftsschicht zugehörig zu fühlen. In diesem Zusammenhang könnten etwa die Cluburlaube des Club Méditerranée genannt werden.

Club Med

Damit stellt die Dienstleistungsmarke, die in Verbraucher- und Abnehmerkreisen bekannt ist und eine hohe Wertschätzung genießt, ein beträchtliches wirtschaftliches Potential von Dienstleistungsunternehmen dar. Zudem hat die strategische Bedeutung von Marken aufgrund der allgemeinen Globalisierung des Wettbewerbs in der jüngeren Vergangenheit kontinuierlich zugenommen. Investitionen in Marken erscheinen damit heute mitunter wichtiger als Investitionen in Sachanlagen.

Wer aber ist nun Markenträger im Dienstleistungsbereich? Im Unterschied zu Sachleistungen sind Dienstleistungen nicht greifbar, daher erscheint die Identität von Dienstleistungsunternehmen und Marke strategisch sinnvoll, da einzelne Dienstleistungen in der Re-

gel kaum den Rang einer echten Marke gewinnen werden können. Dies beweist auch die betriebliche Praxis. Zwar werden „Caterpillar“ synonym für „Lade- oder Planier-raupe“ und „Flex“ für „Gerät zum Schneiden harter Materialien mit der Trennscheibe“ verwendet, doch fehlt es an entsprechenden Beispielen aus dem Dienstleistungssektor.

Die hervorragende betriebswirtschaftliche Bedeutung der angeführten Markenfunktionen sowie die Tatsache, daß Marken zur Kennzeichnung immaterieller Güter aufgrund der meist hohen Intangibilität der Leistung im Vergleich zu Sachleistungsmarken i. a. schwerer aufzubauen sind, rechtfertigen es, Dienstleistungsmarken auch rechtlich schützen zu lassen. Bei der Suche nach einer geeigneten Dienstleistungsmarke sind damit außer wirtschafts- bzw. marketingpolitischen Überlegungen primär auch rechtliche Rahmenbedingungen zu berücksichtigen.

DER SCHUTZ DER DIENSTLEISTUNGSMARKE NACH ÖSTERREICHISCHEM RECHT

Das Recht der Unternehmenskennzeichen gehört zu den wichtigsten Bereichen des Immaterialgüterrechts und überragt in der Praxis andere zweifellos wichtige Bereiche wie das Urheberrecht oder auch das Patentrecht. Die Basis des Markenschutzes bildet primär das MSchG (österreichisches Markenschutzgesetz) sowie § 9 UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb). Diese Aufspaltung des Markenschutzes ist eine Eigenart der österreichischen Rechtsordnung, und damit erscheint es kaum verwunderlich, daß diese Zweigleisigkeit in der juristischen Praxis zu erheblichen Problemen geführt hat.

DIE REGISTRIERTE DIENSTLEISTUNGSMARKE

Gemäß § 1 Abs. 1 MSchG werden unter dem Begriff „Marke“ die besonderen Zeichen verstanden, die dazu dienen, zum Handelsverkehr

bestimmte Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von gleichartigen Waren und Dienstleistungen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Der Begriff Handelsverkehr bedingt dabei die entgeltliche Umsetzung.

Diese **rechtliche Unterscheidungsfunktion** der Dienstleistungsmarke dient dem einheitlichen Schutz vor Verwechslung. Das Markenrecht verschafft dem Inhaber das ausschließliche Recht, dieses Zeichen zur Kennzeichnung seiner Dienstleistungen zu verwenden. Damit kann er jeden anderen die kennzeichenmäßige Verwendung dieses oder eines verwechslungsfähigen ähnlichen Zeichens für gleichartige Dienstleistungen untersagen. Verwechslungsgefahr liegt nach österreichischem Recht dann vor, wenn der Gebrauch eines Zeichens geeignet ist, einen Irrtum über die Zuordnung der Dienstleistungen zu einem bestimmten Unternehmen hervorzurufen.

Die Unterscheidungsfunktion ist als die einzige rechtlich geschützte Funktion anzusehen, eines eigenständigen Schutzes der betriebswirtschaftlichen Garantie- und Werbefunktion bedarf es jedoch in der Praxis auch gar nicht, da sie großteils in abgeleiteter Form vom Schutz der Unterscheidungsfunktion miterfaßt sind.

Der Erwerb der Markenrechte erfordert nach § 2 MSchG die Eintragung der Marke in das Markenregister des österreichischen Patentamtes (sog. Registerprinzip, die Marke genießt ab diesem Zeitpunkt Formalschutz).

Zudem müssen gemäß § 3 MSchG die gekennzeichneten Dienstleistungen aus dem Unternehmen des Markenanmelders hervorgehen, nicht zum Hauptzweck eines Unternehmens gehörende Tätigkeiten können damit markenrechtlich auch nicht geschützt werden! Eine Rechtsnorm, die das Merchandising durch außenstehende Dritte in Österreich legalisiert. In jüngster Zeit hat allerdings der OGH die Verwendung einer bekannten Marke für branchenfremde

Produkte als „schmarotzerisches Ausbeuten“ qualifiziert und nach § 1 UWG untersagt. So hat der OGH die Verwendung des Emblems der englischen Fußballnationalmannschaft für Sportbekleidung verboten, weil er darin eine Ausbeutung des auf der Leistung des Markeninhabers beruhenden Bekanntheitsgrades gesehen hat.



Durch die Registrierung einer Marke erhält der Inhaber nun einerseits das **Nutzungsrecht**, bestimmte Dienstleistungen mit der Marke zu kennzeichnen, andererseits das **Abwehrrecht**, jeden anderen vom bestimmungsgemäßen Gebrauch auszuschließen (oder zumindest Anspruch auf eine angemessene Vergütung zu erlangen).

Die Tatsache, daß bei Verwendung eines als Marke geschützten Unternehmens- bzw. Dienstleistungszeichens durch einen Dritten ein Unterlassungsanspruch besteht, kann jedoch nicht als Erfolgsgarantie für ein daraus entstehendes Gerichtsverfahren angesehen werden. Denn die Frage, ob der registrierten Marke tatsächlich der wettbewerbsrechtliche Schutz zukommt, wird vom Prozeßrichter selbständig und ohne Bindung an die Entscheidung des Patentamtes geprüft. Bspw. sprach der OGH kürzlich der eingetragenen Marke der Austria-Telecommunication GmbH im Zuge einer Unterlassungsklage aufgrund mangelnder Kennzeichnungskraft und einer nicht nachzuweisenden Verkehrsgeltung den wettbewerbsrechtlichen Schutz zur Gänze ab.



MARKENVERLETZUNGEN NACH ÖSTERREICHISCHEM RECHT

Ein Kennzeichenrecht wie das Markenrecht wird dann verletzt, wenn ein anderes Zeichen (Marke, Name, Firma, Titel,...) kennzeichenmäßig in einer Weise gebraucht wird, die geeignet ist, im geschäftlichen Verkehr Verwechslungen hervorzurufen.

Ähnlich – und damit verwechselbar – sind Dienstleistungszeichen nach der aktuellen österreichischen Rechtsprechung immer dann, wenn der Eindruck entsteht, bestimmte Dienstleistungen stammten aus dem Unternehmen des Markeninhabers oder aus einem mit ihm wirtschaftlich oder organisatorisch verbundenen Unternehmen.

Im Zuge der Globalisierung gewinnt die Verwechslungsgefahr aufgrund der Kollision ausländischer Unternehmensbezeichnungen mit älteren inländischen Zeichenrechten an Praxisrelevanz. Bspw. wurde im Zuge der gerichtlichen Entscheidung zwischen dem TÜV Österreich und dem TÜV Bayern vom OGH ausgeführt, daß einem ausländischen Unternehmen nicht zugemutet werden könne, wegen der Gefahr der Verwechslung mit einem – im Inland prioritätsälteren – Unternehmen seine Firma zu ändern. Es muß aber alles Erforderliche und Zumutbare tun, um die durch die Gleichheit der Firma hervorgerufene Verwechslungsgefahr weitgehend einzudämmen. Der TÜV Bayern wird damit zumindest auf seine Herkunft aus einem anderen Staat hinweisen müssen.

TÜV

TECHNISCHER ÜBERWACHUNGS-VEREIN ÖSTERREICH

TÜV

Die abstrakte Verwechslungsgefahr ist der tatsächlichen Verwechslung nach dem Gesetz gleichgestellt. Dies bedeutet, daß die bloße Gefahr einer Verwechslung genügt, um die Ähnlichkeit zu bejahen. Bei Marken und Ausstattung-

gen, die sich bloß auf bestimmte Arten von Dienstleistungen (und nicht auf das gesamte Unternehmen) beziehen, entsteht eine Kennzeichenverletzung nur bei Dienstleistungsähnlichkeit sowie -gleichartigkeit. Denn gemäß § 10 MSchG schließt das Markenrecht nicht aus, daß ein anderer Unternehmer das gleiche Zeichen zur Kennzeichnung nicht gleichartiger Dienstleistungen gebraucht. Außerhalb des Gleichartigkeitsbereiches ist damit die Verwendung desselben Zeichens durch einen Dritten nicht untersagt.

In Zusammenhang mit Markenverletzungen muß zudem der urheberrechtliche Aspekt des Schutzes grafisch gestalteter Dienstleistungsmarken erwähnt werden. Werke im Sinne des UrhG sind eigentümliche geistige Schöpfungen unter anderem auf dem Gebiet der bildenden Kunst (§ 1 UrhG). Ihre Schutzfähigkeit hängt i. a. davon ab, ob ihnen individuelle Eigenart zukommt, auf reiner routinemäßiger Fertigkeit beruhende Werbegrafiken des geschäftlichen Alltagslebens sind nach der aktuellen Rechtsprechung jedoch ohne entsprechende Werkhöhe und genießen damit keinen urheberrechtlichen Schutz. Wenn allerdings einer Bildmarke der urheberrechtliche Schutz als „Werk der bildenden Künste“ gemäß § 3 UrhG zukommt, ist diese Marke vor unbefugter Verwendung durch Dritte geschützt, ohne daß es des Formalaktes der Registrierung bedürfte. Denn „Werke der bildenden Künste“, die die für den Urheberschutz erforderliche Individualität aufweisen, sind schon mit ihrer Schaffung geschützt.

Die Markenverletzungstatbestände sind i. a. nicht eindeutig umrissen, der Gesetzeswortlaut läßt im Wirtschaftsleben Markenverletzungen oft nur schwer von rechtmäßigen Handlungen unterscheiden. Zudem behandelt das Zivilrecht vorsätzliche Markenschädigungen nicht strenger als lediglich fahrlässig begangene. Ein Umstand, der vor allem die Markenpiraterie begünstigt.

RECHTSANSPRÜCHE BEI MARKENVERLETZUNGEN

Die gesetzlichen Vorschriften des Markenschutzes halten für Verletzungen geschützter Marken zivil- und strafrechtliche Sanktionen bereit. Das MSchG in der gültigen Fassung regelt den strafrechtlichen Schutz der Marke in den §§ 51ff als Privatanklagedelikt.

Ein umfassender zivilrechtlicher Schutz wurde erst 1923 durch die Bestimmungen des UWG geschaffen. Im Rahmen der zivilrechtlichen Verfolgung kann der Verletzer auf Unterlassung, Schadenersatz, Rechnungslegung, Herausgabe der Bereicherung, Zahlung eines angemessenen Entgelts, Beseitigung sowie Urteilsveröffentlichung in Anspruch genommen werden.

§ 9 UWG - MARKENSCHUTZ OHNE REGISTRIERUNG

Weder die Ablehnung einer Registrierung noch die rechtskräftige Löschung einer Marke bzw. die Tatsache, daß nie eine Registrierung stattgefunden hat, bedeuten, daß ein Kennzeichen schlicht ungeschützt wäre. Denn § 9 UWG schützt nicht nur registrierte Marken, sondern gemäß Abs. 3 auch die besondere Bezeichnung eines Unternehmens. Eine Marke, der Unterscheidungskraft zukommt, wird daher kraft Registrierung, ein sonstiges Zeichen hingegen nur unter der Voraussetzung geschützt, daß es in den beteiligten Verkehrskreisen Verkehrsgeltung besitzt. § 9 UWG gibt somit dem befugten Verwender eines Unternehmenskennzeichens einen Anspruch auf Unterlassung gegen jeden unbefugten Benützer eines verwechslungsfähigen Kennzeichens.

VERWÄSSERUNGSSCHUTZ FÜR BERÜHMTE MARKEN

Eine Ausnahme zu den o. a. Regelungen stellen die berühmten Marken dar, die aufgrund einer überragenden Verkehrsgeltung eine besondere Kennzeichnungs- und Werbekraft besitzen und auch dann zu schützen sind, wenn keine Ver-

wechslungsgefahr vorliegt. Man spricht in diesem Zusammenhang vom „Verwässerungsschutz“, damit die auf der Einmaligkeit beruhende Kennzeichnungs- und Werbekraft berühmter Marken nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß durch anderweitige Assoziationen die Vorstellung des Publikums über den Gegenstand der Kennzeichnung verblaßt. Es existiert jedoch in Österreich kein Legaltatbestand, der einen besonderen Schutz gegen die Verwässerungsgefahr vorsieht. Als Rechtsgrundlagen werden in diesem Zusammenhang die Normen des Wettbewerbsrechtes herangezogen.

DER INTERNATIONALE SCHUTZ DER DIENSTLEI- STUNGSMARKE

Der Sinn der internationalen (Dienstleistungs-)Marken ist darin zu sehen, die besondere wirtschaftliche Leistung, die in Marken zum Ausdruck kommt, nicht nur national, sondern auch international und vor allem europaweit zu schützen, um so nationale „Visitenkarten“ über die Grenzen hinweg zu fördern und etablieren zu können. International betrachtet ergibt sich nun folgende rechtliche Situation bezüglich der territorialen Möglichkeiten des Markenschutzes:

- Erstens existieren Marken auf nationaler Ebene, die bei den nationalen Behörden registriert werden. Die einzelstaatlichen Normen sind zwar teilweise vereinheitlicht, die Markenrechte bleiben jedoch aufgrund der territorialen Geltung auf den nationalen Bereich beschränkt.
- Zweitens existiert seit 1.1.1996 beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt in Alicante für Unternehmen aus Mitgliedstaaten und außerhalb der EU(!) die Möglichkeit zur Anmeldung einer **innerhalb des gesamten EU-Bereiches gültigen** Gemeinschaftsmarke.
- Drittens existieren für den internationalen Bereich außerhalb der EU internationale Verträge, wie das Madrider Abkommen (MMA), die Pariser Verbandsübereinkunft

oder das TRIPS-Abkommen zur Regelung markenrechtlicher Belange beim Handel mit Drittstaaten. Marken, die in einem Mitgliedsstaat des MMA ordnungsgemäß registriert sind und deren Schutz durch Eintragung als IR-Marke beim internationalen Büro in Genf auch auf andere Staaten erstreckt ist, werden durch das ® gekennzeichnet.

Diese unterschiedlichen Systeme des Markenschutzes sind dabei als zueinander parallele Systeme zu verstehen (Grundsatz der Koexistenz), abhängig davon, wie weitreichend der jeweilige Schutz einer Marke registriert werden soll, wobei es in der Praxis – vor allem zwischen nationalen Marken und Gemeinschaftsmarken – aufgrund zeitbedingter Prioritäten zu erheblichen markenrechtlichen Kollisionen kommen kann.

SCHLUSSBEMERKUNG

Im Dienstleistungsbereich ist der Nachfrager nicht in der Lage, anhand von Farbe, Geschmack oder auch Produktdesign das Angebot zu beurteilen und seine Kaufentscheidung danach auszurichten. Nicht zu Unrecht spricht man daher vom „Vertrauensgutcharakter“ einer Dienstleistung. Eine gezielte Markenpolitik im Dienstleistungsbereich kann dazu einen wertvollen Beitrag leisten und somit strategische Wettbewerbsvorteile langfristig sichern helfen.

LITERATUR:

- [1] Berry, L.; Parasuraman, A.: Service-Marketing, New York 1992
- [2] Kucsko, G.: Österreichisches und europäisches Wettbewerbs-, Marken-, Muster- und Patentrecht, 4. Aufl., Wien 1995
- [3] Meyer, A.; Tostmann, T.: Die nur erlebbare Markenpersönlichkeit, Harvard Business Manager (1995) 4, S. 9-15
- [4] Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Wien
- [5] Reiter, G. R.: Die Implementierung von Dienstleistungsmarketing, Dissertation, Graz 1997