



OGH Beschluss vom 22.09.2009, 17 Ob 15/09v ó VIAGRA/STYRIAGRA

- 1. Wird eine bekannte Marke in humorvoll verfremdeter Weise zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen verwendet, so kann die Unlauterkeit der Ruf- oder Aufmerksamkeitsausbeutung aus grundrechtlichen Erwägungen zu verneinen sein, wenn das beanstandete Verhalten als Ausdruck künstlerischen Schaffens oder als Beitrag zum gesellschaftlichen Diskurs zu werten ist (Markenparodie oder Markensatire).**
- 2. Das gilt jedoch nicht, wenn die Nutzung der Marke bei realistischer Betrachtung in erster Linie dazu dient, deren Bekanntheit für den Absatz eigener Waren oder Dienstleistungen auszunutzen.**

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Präsidentin Hon.-Prof. Dr. Griss als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei P***** Inc., ***** , vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Richard M***** , vertreten durch Dr. Reinhard Schanda, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung, Beseitigung, Rechnungslegung, Auskunft, Zahlung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 26.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien vom 2. April 2009, GZ 5 R 21/09h-11, mit welchem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 18. Dezember 2008, GZ 39 Cg 114/08w-7, abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst: Dem außerordentlichen Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben. Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsrekurses endgültig selbst zu tragen. Die Klägerin hat die Kosten der Revisionsrekursbeantwortung vorläufig selbst zu tragen.

Begründung:

Die Klägerin ist Inhaberin zweier Gemeinschaftswortmarken "VIAGRA", und zwar für pharmazeutische und veterinärmedizinische Präparate und Substanzen (Priorität 19. April 1996) und für eine Reihe anderer Waren, darunter Backwaren, Konditorwaren und Samenkörner (Priorität 24. Mai 2007). Sie vertreibt unter dieser Marke weltweit ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel zur Behandlung erektiler Dysfunktion; dieses ist charakteristisch blau gefärbt und wird daher auch als "die blaue Pille" bzw "the little blue pill" bezeichnet. Die Beklagte hat sich damit einen bedeutenden Marktanteil in den USA und Europa gesichert; die Marke ist in den angesprochenen Kreisen in hohem Maße bekannt.

Der Beklagte verkauft in einem Geschäft in der Weststeiermark Kürbiskernöl sowie Kürbiskerne, die zum Teil mit Zuckerguss in verschiedenen Farben überzogen sind. Weiters betreibt er eine Website, auf der er seine Produkte vorstellt und über einen Onlineshop europaweit vermarktet.

Eine der Kürbiskernvariationen ist mit blauem Zuckerguss überzogen. Der Beklagte bietet sie im Verkaufslokal und auf der Website unter der Bezeichnung "Styriagra" an. Er verfügt dafür seit dem 9. Jänner 2008 über die österreichische Wort-Bild-Marke "Styriagra" für Konditorwaren und Sämereien. Die Kerne sind in durchsichtigen Plastiksäckchen verpackt.

Auf seiner Website wirbt der Beklagte unter der Überschrift "Kürbismedizin" mit der gesundheitsfördernden Wirkung von Kürbiskernen; dabei weist er auch darauf hin, dass

Kürbiskerne in der Volksmedizin als wirksames Mittel bei Harnwegserkrankungen gelten und ihnen eine luststeigernde Wirkung nachgesagt werde. Die Klägerin beantragt, dem Beklagten zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr Lebensmittel, insbesondere Produkte zur Potenz- und/oder Luststeigerung, insbesondere Kürbiskerne, insbesondere blau gefärbte Kürbiskerne, unter Verwendung des Zeichens "VIAGRA" und/oder damit verwechselbar ähnlichen Kennzeichen, insbesondere dem Zeichen "STYRIAGRA", insbesondere in Form der für ihn registrierten Marke, insbesondere Kürbiskerne wie in der Abbildung ./W, im Gebiet der Europäischen Gemeinschaft herzustellen, in Verkehr zu bringen, anzubieten, zu bewerben, aus dem Gebiet von Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft auszuführen und/oder zu den genannten Zwecken zu besitzen.

Der Beklagte habe sein Produkt unter der Bezeichnung "Styriagra" ganz bewusst an das Arzneimittel Viagra angelehnt und verkaufe es mit dem Hinweis auf eine luststeigernde Wirkung von Kürbiskernen. Damit nutze und schädige er die Wertschätzung und Unterscheidungskraft der bekannten Marke "VIAGRA". Die Klägerin habe daher einen Unterlassungsanspruch nach § 10 Abs 1 und 2 MSchG und Art 9 Abs 1 lit b und c GMV sowie, weil Rufausbeutung auch eine unlautere Geschäftspraktik sei, nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG. Ein konkretes Vorbringen zur Verwechslungsgefahr erstattete die Klägerin in erster Instanz nicht.

Eine Äußerung des Beklagten, in der er insbesondere die *exceptio pecuniam non habendi* erhob, wies das Erstgericht als verspätet zurück.

Den Sicherungsantrag wies das *Erstgericht* ab. Die Klägerin genieße zwar den erweiterten Schutz der bekannten Marke. Der Vertrieb der Kürbiskerne unter der Bezeichnung "Styriagra" schädige aber nicht die Wertschätzung oder Unterscheidungskraft der Marke "VIAGRA". Auch eine Rufausbeutung liege nicht vor: Der Beklagte habe sich zwar an die Marke angelehnt, dies sei aber ein nicht böse gemeinter Scherz gewesen. Der Beklagte habe damit nicht unlauter gehandelt.

Das *Rekursgericht* erließ die beantragte einstweilige Verfügung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Die Marke "VIAGRA" sei bekannt iSv § 10 Abs 2 MSchG. Eine nach dieser Bestimmung unzulässige Rufausbeutung liege vor, wenn der gute Ruf, das positive Image einer Marke, das für den Markeninhaber einen selbstständigen wirtschaftlichen Wert habe, gleichsam "angezapft" und zum eigenen Nutzen des Verletzers kommerziell verwertet werde. Dies treffe bei den Kürbiskernen des Beklagten zu. Die Klägerin habe nachgewiesen, dass das Wort "Styriagra" von einem beachtlichen Prozentsatz der Befragten (15 %) mit der Marke der Klägerin in Verbindung gebracht werde. Zwar müsse bei Ansprüchen nach § 10 Abs 2 MSchG auch Unlauterkeit vorliegen. Rufausbeutung indiziere aber grundsätzlich die Rechtswidrigkeit; diese entfalle nur dann, wenn der Beklagte besondere Umstände geltend mache, die sein Verhalten rechtfertigen. Dem Beklagten sei es nicht gelungen nachzuweisen, dass er bei der Gestaltung und Bezeichnung seines Produkts nicht unlauter gehandelt habe. Seine in der Rekursbeantwortung erhobene Behauptung, er habe die Marke aus einer Verbindung der Worte "Styria" und "Agrar" geschaffen, sei wenig überzeugend. Eine erhebliche Rechtsfrage iSv § 528 Abs 1 ZPO liege nicht vor, weil die Frage, ob eine Rufausbeutung anzunehmen sei, von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Seinen außerordentlichen Revisionsrekurs stützt der Beklagte auf das Vorliegen einer auch bei bekannten Marken zulässigen Markenparodie. Die Klägerin hält dem entgegen, dass der Beklagte ausschließlich zu kommerziellen Zwecken gehandelt und dabei die Bekanntheit und den guten Ruf ihrer Marke ausgenutzt habe; eine Markenparodie liege (daher) nicht vor.

Der *außerordentliche Revisionsrekurs* ist *zulässig*, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Markenparodie fehlt; er ist aber *nicht berechtigt*.

1. Die Vorinstanzen haben richtig erkannt, dass der Beklagte ein einer bekannten Marke ähnliches Zeichen kennzeichenmäßig genutzt hat.

1.1. Nach Art 9 Abs 1 lit c GMV (Art 5 Abs 2 MarkenRL) kann der Markeninhaber Dritten verbieten, "ein mit der Gemeinschaftsmarke identisches oder ihr ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die nicht denen ähnlich sind, für die die Gemeinschaftsmarke eingetragen ist, wenn diese in der Gemeinschaft bekannt ist und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Gemeinschaftsmarke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt". Das gilt aufgrund eines Größenschlusses auch dann, wenn der Dritte das Zeichen für Waren oder Dienstleistungen benutzt, die mit den Waren oder Dienstleistungen, die von der eingetragenen Marke erfasst werden, identisch oder ihnen ähnlich sind (EuGH C-292/00 = Slg 2003, I-389 - Zino Davidoff II; RIS-Justiz RS0120364).

1.2. Voraussetzung für den besonderen Schutz nach Art 9 Abs 1 lit c GMV (Art 5 Abs 2 MarkenRL) ist zunächst, dass die Marke einem bedeutenden Teil des Publikums bekannt ist (EuGH C-375/97 = Slg 1999 I-5421 - General Motors/Yplon [Chevy]; 4 Ob 36/04d = ÖB1 2004/55 [Gamerith] - Firn; RIS-Justiz RS0118988). Dabei sind nicht feste Prozentsätze maßgebend. Vielmehr sind alle relevanten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere der Marktanteil der Marke, die Intensität, die geographische Ausdehnung und die Dauer ihrer Benutzung sowie der Umfang der Investitionen, die das Unternehmen zu ihrer Förderung getätigt hat (EuGH C-375/97 = Slg 1999 I-5421 - General Motors/Yplon [Chevy]; 4 Ob 36/04d - Firn).

1.3. Weiters setzt der Schutz der bekannten Marke zwar keine Verwechslungsgefahr voraus, wohl aber eine solche Ähnlichkeit, dass das Publikum die Zeichen gedanklich miteinander verknüpft (EuGH C-408/01 = Slg 2003, I-12537 - Adidas-Salomon und Adidas Benelux, zuletzt etwa C-487/07 - L'Oréal mW). Die einander gegenüberstehenden Zeichen müssen einander gleich oder ähnlich sein, weil es typischerweise nur dadurch zu einer Rufausbeutung, Rufbeeinträchtigung oder Verwässerung der bekannten Marke kommen kann (4 Ob 122/05b = SZ 2005/173 - Red Dragon; RIS-Justiz RS0120364).

1.4. Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass die Gemeinschaftsmarke der Klägerin das Tatbestandsmerkmal der "Bekanntheit in der Gemeinschaft" erfüllt. Weiters sind die Zeichen einander so ähnlich, dass das Publikum zwischen ihnen - wegen der Bekanntheit der Klagsmarke - eine gedankliche Verbindung herstellen wird. "Styriagra" versteht der Durchschnittsverbraucher ohne jeden Zweifel als Anspielung auf "VIAGRA". Dies gilt nicht nur für das konkret so bezeichnete Produkt; vielmehr würde der Durchschnittsverbraucher wegen der überragenden Bekanntheit der Marke "VIAGRA" auch bei anderen Lebensmitteln eine solche gedankliche Verbindung herstellen. Ob und gegebenenfalls bei welchen Produkten darüber hinaus Verwechslungsgefahr besteht, ist für Ansprüche nach Art 9 Abs 1 lit c GMV unerheblich.

2. Eine bekannte Marke ist zwar nach Art 9 Abs 1 lit c GMV (Art 5 Abs 2 MarkenRL) nur gegen eine unlautere Beeinträchtigung oder Ausnutzung der Unterscheidungskraft oder Wertschätzung geschützt (4 Ob 36/04d - Firn; 4 Ob 122/05b - Red Dragon; RIS-Justiz RS0118990, RS0115930); das bloße Bestehen einer gedanklichen Verknüpfung reicht dafür nicht aus (C-252/07 - Intel Corporation, Rz 31 f; C-487/07 - L'Oréal Rz 37). Bei Verwendung eines identischen oder ähnlichen Zeichens liegt es allerdings wegen der bei bekannten Marken offenkundigen Möglichkeit einer Rufausnutzung nahe, unlautere Motive zu vermuten (4 Ob 122/05b - Red Dragon; RIS-Justiz RS0120365). Das trifft nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere dann zu, wenn ein Dritter versucht, "sich durch die Verwendung eines Zeichens, das einer bekannten Marke ähnlich ist, in den Bereich der Sogwirkung dieser Marke

zu begeben, um von ihrer Anziehungskraft, ihrem Ruf und ihrem Ansehen zu profitieren, und ohne jede finanzielle Gegenleistung und ohne dafür eigene Anstrengungen machen zu müssen, die wirtschaftlichen Anstrengungen des Markeninhabers zur Schaffung und Aufrechterhaltung des Images dieser Marke auszunutzen" (C-487/07 - L'Oréal, Rz 49).

Gleiches muss für auch das Ausnutzen nicht der Wertschätzung, sondern der Unterscheidungskraft einer bekannten Marke gelten: Verwendet ein Dritter die bekannte Marke, um dadurch das Interesse des Publikums auf sein Produkt zu lenken, so profitiert er von der Bekanntheit dieser Marke, ohne dafür eigene Anstrengungen machen zu müssen; er hängt sich an die Bekanntheit der fremden Marke an, um den Absatz seiner eigenen Waren oder Dienstleistungen zu fördern. Im vorliegenden Fall besteht kein Zweifel, dass der Beklagte die hohe Bekanntheit der Marke "VIAGRA" ausnutzt, um Interesse auf sein eigenes Produkt zu lenken. Darin liegt nach der oben dargestellten Rechtsprechung ein unlauteres Ausnutzen (zumindest) der Unterscheidungskraft dieser Marke.

3. Die Revision hält dem entgegen, dass das Verhalten des Beklagten wegen des Vorliegens einer Markenparodie nicht unlauter sei. Damit dringt sie aber nicht durch.

3.1. Der Beklagte stützt sich auf eine Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) zum Verhältnis zwischen Markenschutz und Kunstfreiheit (I ZR 159/02 = WRP 2005, 896 - Lila-Postkarte). Strittig war dort eine in lila gehaltene Postkarte gewesen, auf der - in Anspielung auf eine Werbelinie der Klägerin - folgender Text abgedruckt war: "Über allen Wipfeln ist Ruh, irgendwo blökt eine Kuh. Muh! Rainer Maria Milka". Ausgangspunkt für die Erwägungen des BGH war die Annahme, dass die Postkarte eine künstlerische Aussage sei, die grundsätzlich in den Schutzbereich der verfassungsrechtlich geschützten Kunstfreiheit falle. In einem solchen Fall hänge die Unlauterkeit iSv § 14 Abs 2 Nr 3d MarkenG (Art 5 Abs 2 MarkenRL) von der Abwägung zweier grundrechtlich geschützter Positionen ab, nämlich des Eigentumsrechts des Markeninhabers und der Kunst- und allenfalls der Meinungsäußerungsfreiheit des Verletzers. Dabei ziehe die Kunstfreiheit vor, wenn

- ó die Marken des Klägers nicht herabgesetzt oder verunglimpft werden,
- ó der Beklagte die Marke nicht ausschließlich zum Zweck benutze, ein sonst unverkäufliches eigenes Produkt auf den Markt zu bringen, und
- ó eine gewisse satirische Auseinandersetzung mit den Marken oder Werbemethoden des Klägers vorhanden ist.

3.2. Die Entscheidung wurde in der deutschen Lehre überwiegend gebilligt (Born, Zur Zulässigkeit einer humorvollen Markenparodie, GRUR 2006, 192; Mahr, Die Zulässigkeit von Markenparodien, WRP 2006, 1083; Koch, Lafontaine und Maddie, WRP 2009, 10 [15]); ergänzend wurde ausgeführt, dass bei einer Markensatire - also einer ironisch-kritischen, nicht bloß klamaukhafte Auseinandersetzung mit der Marke - auch die Meinungsäußerungsfreiheit zu beachten sei (Mahr, WRP 2006, 1086). Diese Erwägungen sind grundsätzlich auch für die Auslegung von Art 9 Abs 1 lit c GMV heranzuziehen. Auch hier kann die durch eine Aufmerksamkeitsausbeutung indizierte Unlauterkeit einer Markennutzung ausnahmsweise zu verneinen sein, wenn das beanstandete Verhalten (auch) als Teil des kulturellen oder gesellschaftlichen Diskurses anzusehen ist und so in den Schutzbereich der grundrechtlich abgesicherten Kunst- oder Meinungsäußerungsfreiheit fällt. Allerdings ist auch in einem solchen Fall eine Abwägung mit dem ebenfalls grundrechtlich abgesicherten Markenrecht des Klägers vorzunehmen.

3.3. Diese Abwägung wird umso eher zu Gunsten des Beklagten ausfallen, je eindeutiger die Nutzung der Marke der Kunst oder Meinungsäußerung zugeordnet werden kann und je weniger kommerzielle Motive im Vordergrund stehen. Bei der vom BGH beurteilten Postkarte war das zweifellos der Fall: Der Text der Postkarte knüpfte in parodistischer Weise an ein bekanntes Gedicht an, wobei die Abweichungen, der fiktive Verfasser und die Farbe der Postkarte durchaus raffiniert auf die Marke der Klägerin anspielten. Auch wenn die

Beklagte diese Anspielung für den Absatz ihrer Postkarte ausnutzte, stand jedenfalls die künstlerisch-ironische Auseinandersetzung mit der Werbelinie der Klägerin im Vordergrund. Dies sprach in hohem Maße für die Verneinung der Unlauterkeit.

3.4. Im vorliegenden Fall verhält es sich anders. Die Bezeichnung "Styriagra" mag eine humorvolle Anspielung auf die bekannte Marke der Klägerin sein; ein Ausdruck künstlerischen Schaffens ist sie aber mit Sicherheit nicht. Wenn überhaupt, kann daher nur das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit berührt sein. Hier könnte die strittige Bezeichnung als ironische Auseinandersetzung mit der rein chemischen Wirkung des Produkts der Klägerin verstanden werden, der die ausschließlich natürliche Kraft aus steirischen Kürbiskernen gegenübergestellt wird. Zweifellos im Vordergrund steht jedoch der Versuch des Beklagten, durch die Anlehnung an eine bekannte Marke Aufmerksamkeit für sein eigenes Produkt zu erregen. Dass die Anlehnung witzig ist, verstärkt zwar diese von der Rechtsordnung verpönte Wirkung, kann sie aber nicht rechtfertigen. Selbst wenn man daher die Wortschöpfung des Beklagten (auch) als Beitrag zum gesellschaftlichen Diskurs über das Verhältnis zwischen natürlichen und künstlichen Mitteln zur Potenzsteigerung deuten wollte, überwiegt doch das Interesse der Klägerin am Schutz ihrer Marke. Im Ergebnis ist daher an der Unlauterkeit der Markennutzung festzuhalten.

4. Aufgrund dieser Erwägungen muss der Revisionsrekurs des Beklagten scheitern.

Allgemein gilt: Wird eine bekannte Marke in humorvoll verfremdeter Weise zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen verwendet, so kann die Unlauterkeit der Ruf- oder Aufmerksamkeitsausbeutung aus grundrechtlichen Erwägungen zu verneinen sein, wenn das beanstandete Verhalten als Ausdruck künstlerischen Schaffens oder als Beitrag zum gesellschaftlichen Diskurs zu werten ist (Markenparodie oder Markensatire). Das gilt jedoch nicht, wenn die Nutzung der Marke bei realistischer Betrachtung in erster Linie dazu dient, deren Bekanntheit für den Absatz eigener Waren oder Dienstleistungen auszunutzen.

5. Die Entscheidung über die Kosten der Klägerin gründet sich auf § 393 Abs 1 EO, jene über die Kosten des Beklagten auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 40, 50 ZPO.

Anmerkung*

I. Das Problem

ŠStyriagra ó die blaue Knabberei aus Kürbis!ō lautete noch vor einiger Zeit der Werbe- und Schlachtruf für das šreine Naturproduktō. Ein findiger Unternehmer aus der Westeiermark vertrieb sein Knabbergebäck unter der Bezeichnung šSTYRIAGRAō, die er sich auch als Wortbildmarke registrieren ließ:



* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

Der Name setzte sich aus 'Styria' (für Steiermark) und 'Agra' wie 'Agrar' zusammen. Blau wäre die einzige Farbe gewesen, so der später Beklagte, die er noch für keine seiner Kürbiskern-Kreationen verwendet hatte. Die Herstellerfirma von Viagra, die amerikanische Pfizer Inc., erachtete eine Klagsführung gegen den steirischen Kürbiskernproduzenten für notwendig, um dem Treiben ein Ende zu bereiten. Das OGH Wien wies die beantragte einstweilige Verfügung ab, da die 'Anlehnung' nicht als böse gemeinter Scherz aufzufassen wäre. Das OLG Wien gab dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung jedoch statt. Demzufolge hatte das Höchstgericht nun, soweit ersichtlich, erstmals ausführlich Gelegenheit, sich zu Rechtsfragen im Markenparodien zu äußern.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der OGH bestätigte das Unterlassungsgebot. Die bekannte Gemeinschaftsmarke der Klägerin wäre nach Art 9 Abs 1 lit c GMV gegen eine unlautere Beeinträchtigung oder Ausnutzung der Unterscheidungskraft oder Wertschätzung geschützt. Bei Verwendung eines identischen oder ähnlichen Zeichens einer bekannten Marke läge stets eine Rufausnutzung nahe, und es wären unlautere Motive zu vermuten. Die Höchststrichter hielten zum Bedeutungsgehalt von 'Styriagra' zwar fest, die beteiligten Verkehrskreise in Österreich verstünden den Begriff als augenzwinkernden Hinweis auf 'steirisches Viagra' handelte, was zumindest Steirer, die zu Recht stolz auf ihr Kürbiskernöl und ihre Kürbiskerne waren, lustig finden könnten. Allerdings wäre die Wortschöpfung kein Ausdruck künstlerischen Schaffens, sondern bediente sich der Beklagte in unlauterer Weise durch die Anlehnung an die bekannte Marke der Klägerin, Aufmerksamkeit für sein Produkt zu erzielen. Wörtlich: *'Dass die Anlehnung witzig ist, verstärkt zwar diese von der Rechtsordnung verpönte Wirkung, kann sie aber nicht rechtfertigen.'*

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Die vorliegende Provisorialentscheidung hinterlässt einen bitteren Nachgeschmack, wenn sich der aufmerksame Leser einmal die blauen Karamelkürbiskerne auf der Zunge zergehen lässt. Der unmittelbar dem Text der Entscheidung entnommene 2. Leitsatz lässt so gut wie keinen Spielraum für die Parodie von bekannten Marken, wenn man der insoweit restriktiven Auffassung des Höchstgerichts folgen will.

Zuzustimmen ist dem 17. Senat zunächst darin, dass die Wortkreation 'Styriagra' für sich genommen kein eigentümliche geistige Schöpfung (iS des § 1 UrhG) darstellt. Eine Interessenabwägung¹ zwischen der verfassungsrechtlich geschützten Kunstfreiheit nach Art 17a StGG und der ebenso grundrechtlich geschützten Eigentumsposition nach Art 5 StGG findet demnach nicht statt.²

Gleichwohl, und auch darin ist grundsätzlich dem Höchstgericht zu folgen, bedarf der konkrete Fall einer Interessenabwägung zwischen der Meinungsfreiheit nach Art 10 MRK und den verbrieften Markenrechten der Klägerin. Dies ist auch im Gemeinschaftsrecht anerkannt.³

Der zu diesem Themenkreis unlängst entschiedene Fall um die Domain 'aquapol-unzufriedene.at' ist mit dem vorliegenden Sachverhalt nicht zu vergleichen. Darin hat das

1 Ausführlich dazu *Kucsko-Stadlmayer in Kucsko*, urheber.recht (2008), Vor §§ 41 ff UrhG Pkt. 5 mwN.

2 Vgl. auch *Pregartner*, Der Bildnisschutz und das Grundrecht auf Freiheit der Kunst in *Zacharias* (Hrsg), Die Dynamik des Medienrechts (2001), 129, 141 zu den Begriffen der Karikatur, Satire und Parodie.

3 EuGH 25.3.2004, C-71/02, *Große Konkursversteigerung II / Karner-Fall*, wbl 2004/101, 226 = *ecolex* 2004, 663 = *ÖBl-LS* 2004/68, 116 = *ÖBl* 2004/43, 165 = *ZIK* 2004/222, 174 = *ZER* 2005/77, 33; 20.11.2001, C-414/99, *Zino Davidoff*, *ecolex* 2002/46, 107 = wbl 2002/38, 71 = *ZER* 2002/271, 59 = *ÖBl-LS* 2002/77, 68.

Höchstgericht⁴ zugunsten der Meinungsfreiheit entschieden unter Heranziehung der Ausnahmebestimmung des § 10 Abs 3 Z 4 MSchG, wonach die Nutzung einer Marke als notwendige Bestimmungsangabe vom Markenschutz ausgenommen ist; diese Einschränkung des Markenrechts kommt damit im Ergebnis einer zulässigen Namensnennung gleich. Der Sachverhalt um *šStyriagrao* weicht davon ab, da der Beklagte die angelehnte Bezeichnung nicht (primär) zur kritischen Auseinandersetzung mit den Produkten der Klägerin, sondern zur Vermarktung seiner eigenen Produkte benützt. Gleichwohl fehlen auch nunmehr entschiedenen Fall Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte die Produktbezeichnung für eine absichtliche sittenwidrige bzw. unlautere Schädigung der Klägerin missbrauchte.

Der OGH behandelt den vorliegenden Fall unter dem Aspekt der *šMarkenparodie* und hält fest, dass die eingangs skizzierten Interessenabwägungen *šumso* eher zu Gunsten des Beklagten ausfallen, je eindeutiger die Nutzung der Marke der Kunst oder Meinungsäußerung zugeordnet werden kann und je weniger kommerzielle Motive im Vordergrund stehen. In Deutschland besteht dazu bereits eine gefestigte Rsp⁵, etwa zu *šLusthansa* und *šBMW ó Bums* mal wieder. Böswillige, herabwürdigende Parodien, wie etwa *šMordoro* und *šDeutsche Pest* wurden als unzulässig beurteilt. Freundlich-witzige Verwendungen von bekannten Marken seien jedoch nicht unlauter.⁶

Der OGH billigt zwar grundsätzlich diese Rsp, die eine Abwägung zwischen der Meinungsäußerungsfreiheit einerseits und Markenrecht andererseits erfordert. Im vorliegenden Fall stehen aber für die Höchstrichter bei der durchaus als humorvoll zu wertenden Anspielung auf *šViagra* die kommerziellen Motive der Bezeichnung *šStyriagrao* eindeutig im Vordergrund. Das bedeutet, dass immer dann eine unlautere Rufausbeutung vorläge, wenn ein Anbieter von Waren oder Dienstleistungen die Attraktivität seiner Werbung zu steigern versuchte, indem er Marken Dritter parodierte. Denn es stehe nicht die Meinungsäußerung, sondern das eigene kommerzielle Interesse im Vordergrund. Dies gelte umso mehr, wenn er sich der Marke eines direkten Mitbewerbers bediene.

Die dt Rsp untersagte entgegen dem ersten Anschein parodistische oder satirische Verwendungen auch mit kommerziellem Charakter zunächst nicht. Weder in der *BMW*- noch in der *Lusthansa*-Entscheidung avancierte die Gewinnerzielungsabsicht der Parodisten zu einem maßgeblichen Beurteilungskriterium. Die Wortschöpfung *šStyriagrao* verdient mE keinen verfassungsrechtlichen (iS des Art 17a StGG) Schutz;⁷ ein in der Verballhornung des Namens liegender Scherz kann indessen nicht zu einem relevanten Eingriff in den geschäftlichen Schutzbereich führen, nur weil er vermarktet wird. Die Kommerzialität von Parodien schadet grundsätzlich nicht.⁸ Die Begründung des OGH im konkreten Fall stellt zu wenig auf den transformativen Charakter einer Übernahme des parodierten Kennzeichens ab. Es muss dem Parodisten jedenfalls möglich sein, das Original beim Betrachter in Erinnerung zu rufen, ohne dadurch automatisch eine Markenverletzung zu begehen.⁹ Eine vergleichbare sensible Bewertung sollte daher mE auch für die bei der bekannten Marke gebotene Prüfung der Verwechslungsgefahr maßgeblich sein. Der Einfluss des kommerziellen Charakters auf die Bewertung einer Benutzung ist tatsächlich sehr gering. Die meisten Parodien beinhalten zumindest auch kommerzielle Elemente, was innerhalb eines marktwirtschaftlichen Umfeldes geradezu wünschenswert ist. Andernfalls fehlte es schon an der für einen Eingriff

4 OGH 24.2.2009, 17 Ob 2/09g *ó aquapol-unzufriedene.at*, EvBl-LS 2009/111, 682 = jusIT 2009/39, 89 (*Thiele*) = MR 2009, 132 = wbl 2009/160, 361; *Pichler*, Kritisierende Domains zulässig, *ecolex* 2009, 689.

5 Instruktiv *Born*, Zur Zulässigkeit einer humorvollen Markenparodie, GRUR 2006, 192; vgl. auch *Mahr*, Die Zulässigkeit von Markenparodien, WRP 2006, 1083; *Becker*, Parodie und Kommerz (2004).

6 BGH 3.2.2005, I ZR 159/02 *ó Lila-Postkarte*, WRP 2005, 896.

7 Vgl. OGH 22.4.1997, 4 Ob 96/97i *ó Ramtha*, *ecolex* 1997, 681 (*Schanda*) = ÖBl 1998, 53 = MR 2000, 30 (*Walter*).

8 So ausdrücklich BGH 27.5.1986, VI ZR 102/85 *ó BMW/Bums Mal Wieder*, NJW 1986, 2951.

9 Vgl. bereits *Thiele*, Was darf die Satire im Internet? online seit Dezember 2002 unter <http://www.rechtsprobleme.at/doks/Meinungsausserungsdomains.pdf> (14.1.2010).

erforderlichen markenmäßigen Benutzung des parodierten Zeichens. Damit wird aber die Unterscheidung von kommerzieller und nicht-kommerzieller Verwendung für die Frage der Verletzung durch eine Markenparodie nicht mehr entscheidend. Diese Auffassung trägt auch dem modernen verfassungsrechtlichen Schutz der *commercial speech* nach Art 10 MRK besser Rechnung.¹⁰ Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Kommerzialität einer Parodie dieser erst dann schaden kann, wenn sie im Bestreben erstellt wurde, einen Mitbewerber und/oder dessen Produkte anzugreifen, um so den eigenen Absatz von Waren steigern zu können. Bloße Vermarktungsinteressen für die Parodie reichen mE für ihre Untersagung nach Art 9 Abs 1 lit c GMV bzw. § 10 Abs 2 MSchG indes nicht mehr aus. Die Grenze für zulässige parodistische Nutzungen ist dort zu ziehen, wo mittels Markenparodie der unmittelbare Wettbewerb zwischen Originalzeicheninhaber und Kollisionszeicheninhaber unsachlich beeinflusst wird. Es ist nicht verfassungsrechtlich betrachtet nicht zulässig, allein im kommerziellen Gehalt einer parodistischen Verwendung eine widerlegliche Vermutung dafür zu erblicken, welche die jeweilige parodistische Nutzung unlauter werden lässt.

Ausblick: Auf der zugehörigen Website unter <http://www.styriagra.com> ist derzeit Ruh' *Styriagra* wird dem Vernehmen nach bis zur endgültigen Entscheidung der Gerichte im Hauptverfahren weiter produziert und verkauft, allerdings nicht mehr beworben.

IV. Zusammenfassung

Österreichische Gerichte stellen an eine rechtlich unbedenkliche Markenparodie sehr hohe Anforderungen. Bloß humoristische Andeutungen reichen nicht hin, wenn der Parodist die Originalmarke auch dazu verwendet, den Absatz seiner eigenen Produkte zu steigern.

¹⁰ Statt vieler VfGH 11.12.2008, G 43/07, JUS Vf/3947 = EvBl 2009/34 = RdU 2009/85, 136 (*Köhler*) = ecollex 2009, 449 = ZfVB 2009/1353/1356/1384.