

Reinhard Schanda

MERCHANDISING – LEISTUNGSSCHUTZ STATT MARKENSCHUTZ

Der OGH hat vor kurzem zwei Entscheidungen¹⁾ gefällt, die für das Merchandising sehr bedeutsam sind. Dieser Beitrag versucht das dogmatische Fundament dieser Entscheidungen und deren Konsequenzen für den Schutz bekannter Marken zu beleuchten.

1. „Football Association“

Im Urteil v 17. 9. 1996²⁾ hat der OGH den (österr) Beklagten in Stattgebung einer Klage der englischen Football Association Limited verboten, das als Marke geschützte *Emblem* der englischen Fußballvereinigung auf Textilien zu verwenden. Dies, obwohl im Verfahren *nicht* festgestellt werden konnte, daß der englische Fußballverband einen *Geschäftsbetrieb* zur Herstellung oder zum Vertrieb der fraglichen Textilien hat.

Die Beklagten hatten eingewandt, daß die Klägerin kein Unternehmen iS des § 3 MSchG habe.³⁾ Auf ihre Marke konnte sich die Klägerin also nicht (unmittelbar) stützen. Dennoch habe – so der OGH – die Klägerin „durch [ihre] *Leistungen*“ im Fußball [ihrem] *Emblem* jene *Attraktivität* verschafft, die dazu führt, daß es, auf Kleidungsstücken angebracht, den Absatz der Textilien [fördere]“. Mit dem *Emblem* werde das *Image* der Klägerin als eines leistungsstarken Fußballverbandes auf die damit versehenen Waren *übertragen* und deren *Anziehungskraft* für bestimmte Verkehrskreise begründet. Die Klägerin habe also ihren *Ruf* durch sportliche Leistungen begründet, „die ohne *Mühe* und *Kosten* undenkbar“ seien, auf diese *Leistungen* gehe die *Popularität* des *Emblems* zurück.

Der OGH sprach aus, daß diese Leistungen iS des § 1 UWG *schmarotzerisch ausgebeutet* werden, „wenn das *Emblem* auf Waren angebracht wird, um deren Absatz zu fördern“.⁵⁾ Ein solches Verhalten sei sittenwidrig, weil „die Benutzung eines derartigen *Werbessymbols* doch *üblicherweise nur gegen Entgelt*, im Wege einer Lizenz, gestattet“ werde. Da die Beklagten Sportbekleidung mit dem *Emblem* des Klägers vertrieben haben, hätten sie „die auf den *Leistungen* des Klägers beruhende *Popularität* des *Emblems* schmarotzerisch ausgebeutet, indem sie dadurch, daß

sie die Zustimmung des Klägers nicht eingeholt haben, *Lizenzgebühr erspart*“ hätten.

2. „Schürzenjäger“

Die E v 29. 10. 1996⁶⁾ bestätigt das vorgenannte Erkenntnis. Hier hatten die Beklagten Fleisch- und Wurstprodukte unter der Bezeichnung „Schürzenjäger“ vertrieben. Die Klägerin, der die Musikergruppe „Zillertaler Schürzenjäger“ sämtliche mit ihrer Tätigkeit verbundenen Urheberrechte, Leistungsschutzrechte und Rechte am Bild und Namen zur Verwertung übertragen hatte, machte gegen die Marke der Beklagten „Schürzenjäger“ die bessere Priorität ihrer Marken „Schürzenjäger“ und „Zillertaler Schürzenjäger“ geltend.

Die Marken der Klägerin umfaßten allerdings nicht die Herstellung und den Vertrieb von Lebensmitteln, insbesondere auch nicht jenen von Fleisch- und Wurstwaren. Ein (unmittelbarer) markenrechtlicher Unterlassungsanspruch bestand also mangels *Warengleichartigkeit* nicht.⁷⁾

Besondere Umstände der Sittenwidrigkeit iS des § 1 UWG ergäben sich laut OGH im vorliegenden Fall „aus der schmarotzerischen Ausbeutung der vom Rechtsinhaber mit erheblichen *Kosten* und *Mühen* geschaffenen *Popularität* des *Werbessymbols* ‚Schürzenjäger‘, dessen Benutzung *in der Regel nur aufgrund einer Lizenzgewährung* gestattet“ sei. „Der *Bekanntheitsgrad* und die *Attraktivität* dieses Zeichens beruhe auf besonderen *Leistungen* im Bereich der Musikunterhaltung, die nicht ohne *Mühe* und *Kosten*

1) OGH 4 Ob 2206/96g und 4 Ob 2200/96z.

2) 4 Ob 2206/96g ecolex 1997, 107 mit Anm Kucsko = ÖBI 1997, 83.

3) Aus Anlaß dieses Vorbringens prüfte der OGH die Konformität dieser österr Bestimmungen mit der EG-Markenrichtlinie (89/104/EWG idF 92/10/EWG und 94/1/EWG). Er erachtet die Vorschrift des § 3 MSchG als richtlinienkonform. Auf diese Frage soll hier jedoch nicht weiter eingegangen werden.

4) Hervorhebungen vom Verfasser.

5) Hervorhebungen vom Verfasser.

6) 4 Ob 2200/96z ÖBI 1997, 72.

7) Der OGH stellte in diesem Zusammenhang auch fest, daß die EG-MarkenRL den Schutz „bekannter Marken“ nur fakultativ vorsehe. Die Frage, ob „berühmte Marken“ nach öMSchG branchenübergreifenden Schutz genießen, wollte der OGH auch diesmal nicht (jedenfalls nicht ausdrücklich) beantworten. Vgl dazu auch *Koppensteiner, Wettbewerbsrecht*, Bd 2, 211 bei FN 159.

denkbar [seien], und [führe] dazu, daß es, auf Verkaufsartikeln angebracht, deren Absatz [fördere].“

Der OGH stützt sich in seiner Begründung bei der Formulierung der Voraussetzungen für solchen „wettbewerblichen Leistungsschutz“ vor allem auf Kur⁸⁾ und *Baumbach/Hefermehl*.⁹⁾

3. Das Phänomen des Merchandising

Die hier vom OGH entschiedenen Fälle sind für einen ständig wachsenden Geschäftszweig von großer Bedeutung: für den des *Merchandising*. Dabei werden bekannte Figuren, Namen oder Symbole zur Förderung des Absatzes *branchenfremder* Waren oder Dienstleistungen verwendet.¹⁰⁾ Auf die ungewisse rechtliche Absicherung des Merchandising hatte kürzlich auch *Ciresa*¹¹⁾ anlässlich der E des OGH „Spanische Reitschule“¹²⁾ hingewiesen.

Merkmal solcher Zeichenverwendung beim Merchandising ist, daß die verwendeten Kennzeichen nicht als Herkunftsangaben gebraucht werden. Ganz im Gegenteil: Merchandising bezweckt einen *Image-transfer* zugunsten von Produkten, die dem Nachfrager keine oder eine kaum ausgeprägte Identifikationsmöglichkeit bieten und mit denen er idR gerade keine bestimmte Herkunftsvorstellung verbindet.¹³⁾

4. Die Grenzen des (unmittelbaren) Markenschutzes

Die beiden oben referierten OGH-E vervollständigen nunmehr jene möglichen Sachverhaltsvarianten, die dazu führen, daß Merchandising sich idR nicht auf (unmittelbaren) Markenschutz berufen kann:

a) Der „Markeninhaber“ verfügt über *keinen Geschäftsbetrieb*, aus dem die Waren bzw Dienstleistungen, für die die Marke registriert ist, hervorgehen können, also über kein Unternehmen iS des § 3 MSchG.¹⁴⁾

b) Das Waren- und Dienstleistungsverzeichnis des „Markeninhabers“ umfaßt die vom „Markenverletzer“ vertriebenen Waren bzw angebotenen Dienstleistungen nicht, es liegt also *keine Warengleichartigkeit* vor.¹⁵⁾

c) Das Zeichen wird vom „Markenverletzer“ *nicht markenmäßig*, also nicht zur Kennzeichnung seiner Waren bzw Dienstleistungen (dh zur Individualisierung derselben) *gebraucht*.¹⁶⁾

5. Die Lösungsansätze der bisherigen Rsp zur Sittenwidrigkeit der Nachahmung

Die Rsp zur Nachahmung hat seit jeher darauf hingewiesen, daß das Nachbilden sonderrechtlich (also zB markenrechtlich) nicht geschützter Leistungen „an sich“ nicht sittenwidrig sei. Es müßten vielmehr besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung als sittenwidrig iS des § 1 UWG erscheinen lassen.¹⁷⁾

Nach den Leitsätzen der öRsp handelt sittenwidrig, wer ohne eigene Leistung und ohne eigenen

ins Gewicht fallenden Schaffensvorgang das ungeschützte Arbeitsergebnis eines anderen ganz oder doch in erheblichen Teilen glatt übernimmt, um so dem Geschädigten mit dessen eigener *mühevoller* und *kostspieliger* Leistung Konkurrenz zu machen.¹⁸⁾

Eine solche „*schmarotzerische Ausbeutung*“ sei dann gegeben, wenn eine *bewußte* Nachahmung¹⁹⁾ vorliegt und dadurch die *Gefahr von Verwechslungen*²⁰⁾ herbeigeführt werde und eine andersartige Gestaltung zumutbar gewesen²¹⁾ wäre (sog „*vermeidbare Herkunftstäuschung*“). Soweit dies möglich und zumutbar ist, müsse der Nachahmende einen entsprechenden Abstand vom Vorbild wahren. Voraussetzung für die Annahme der Verwechslungsgefahr sei eine gewisse „*wettbewerbliche Eigenart*“ des nachgeahmten Produkts und dessen „*Verkehrsbekanntheit*“.²²⁾

Auch die dRsp hat solche Nachahmung ähnlich beurteilt: Um die Nachahmung fremder, sonderrechtlich nicht geschützter Erzeugnisse wettbewerbswidrig zu machen, müßten stets *besondere, über die bloße Nachahmung hinausgehende (und die Wettbewerbswidrigkeit begründende) Umstände* hinzutreten.²³⁾ Die „Anlehnung an fremde Kennzeichen zur Empfehlung der eigenen Ware“²⁴⁾ könnte dann sittenwidrig iS des § 1 dUWG werden, wenn eine *vermeidbare Herkunftstäuschung* vorliege.²⁵⁾ Auch die *zielbewußte Annäherung* an verkehrsbekannt Merkmale einer fremden Waren- oder Unternehmensbezeichnung könne wettbewerbswidrig sein, wenn dadurch der *gute Ruf*, den eine Kennzeichnung für fremde Ware hat, für die eigene Ware als Werbemittel ausgenutzt wird.²⁶⁾

8) Der wettbewerbliche Leistungsschutz, GRUR 1990, 1; vgl dazu gleich unten.

9) Wettbewerbsrecht¹⁹, 606 f, RZ 439 f zu § 1 dUWG.

10) Zu denken ist etwa an T-Shirts mit der Wiedergabe bekannter branchenfremder (zB Tabak)Marken.

11) *Ciresa*, Die „Spanische Reitschule“ – höchstgerichtlicher Todesstoß für das Merchandising? RdW 1996, 193; *ders*, Anm zu OGH 5. 12. 1995 – Spanische Reitschule – ÖBl 1996, 139 (141).

12) OGH 5. 12. 1995 – Spanische Reitschule – ÖBl 1996, 139.

13) So zutreffend *Ciresa*, RdW 1996, 193. Zur Herkunftsfunktion vgl jedoch unten.

14) So der Sachverhalt in OGH 17. 9. 1996, 4 Ob 2206/96 g – Football Association – *ecolex* 1997, 107 = ÖBl 1997, 83.

15) So der Sachverhalt in OGH 29. 10. 1996, 4 Ob 2200/96 z – Schürzenjäger – ÖBl 1997, 72.

16) So der Sachverhalt in OGH 5. 12. 1995 – Spanische Reitschule – ÖBl 1996, 139 mit Anm *Ciresa*.

17) Vgl *Kucsko*, Wettbewerbs-, Marken-, Muster- und Patentrecht¹ (1995), 32 mwN; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht², Bd 2, 205 f; so zB auch OGH 3. 12. 1991 – Cartes Classiques – ÖBl 1991, 213. OGH 25. 2. 1992 – Pralldreher – ÖBl 1992, 109; OGH 23. 2. 1993 – Programmzeitschrift – MR 1993, 72.

18) Vgl *Kucsko*, Wettbewerbs-, Marken-, Muster- und Patentrecht¹ (1995), 32 mit Verweis auf OGH 19. 5. 1987 – Dentsoft-Computerprogramm – ÖBl 1996, 95.

19) Nachweise bei *Wilschek*, UWG⁶ (1994) E 776–784 zu § 1.

20) Nachweise bei *Wilschek*, UWG⁶ (1994) E 785–804 zu § 1.

21) Nachweise bei *Wilschek*, UWG⁶ (1994) E 805–821 zu § 1.

22) So *Kucsko*, Wettbewerbs-, Marken-, Muster- und Patentrecht¹ (1995), 32. Ebenso etwa OGH 3. 12. 1991 – Cartes Classiques – ÖBl 1991, 213; weitere Nachweise bei *Wilschek*, UWG⁶ (1994) E 773 und 822 ff zu § 1.

23) So *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht¹⁹, § 1 UWG Rz 440, 559 a.

24) So die Kategoriebildung bei *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht¹⁹, § 1 UWG vor Rz 559 a.

25) *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht¹⁹, § 1 UWG Rz 560 mwN.

26) *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht¹⁹, § 1 UWG Rz 561 mwN.

6. Die Kritik an der bisherigen Rsp

Sowohl nach der bisherigen österr als auch nach der deutschen Rsp mußte also zur eigentlichen Nachahmung eine *zusätzliche Unlauterkeit* hinzutreten. Sie wurde etwa dann angenommen, wenn der Verletzer entweder „zielbewußt“ (oder auch „zur Förderung des eigenen geschäftlichen Erfolges“) gehandelt hat, oder wenn der Gegenstand der Nachahmung aufgrund seiner „wettbewerblichen Eigenart“ so bekannt ist, daß sich Verwechslungen ergeben könnten.²⁷⁾

Kur²⁸⁾ hat nun – zutreffend – darauf hingewiesen, daß beide Argumente nicht schlüssig erscheinen: Wenn man den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit außerhalb des Sonderrechtsbereichs ernst nimmt, müßte nämlich auch die Nachahmung solcher Leistungen erlaubt sein, die gewisse „Eigenarten“ aufweisen, ohne damit die Kriterien für die Erlangung sonderrechtlichen Schutzes zu erfüllen. Auch kann die „bewußte und gezielte“ Vornahme einer als solcher zulässigen Handlung kaum als verwerflich angesehen werden. Die Absicht, den eigenen geschäftlichen Erfolg zu fördern, ist an sich nichts Vorwerfbares, sondern die übliche Triebfeder jeder auf eigene Rechnung erfolgenden wirtschaftlichen Betätigung. Weder die „wettbewerbliche Eigenart“ einer sonderrechtlich ungeschützten Leistung noch die „Absicht“ des Nachahmers, diese für eigene Zwecke auszunutzen, erscheinen daher als geeignete Kriterien zur Erfassung der besonderen Unlauterkeit einer „an sich“ erlaubten Handlungsweise.²⁹⁾

7. Die These vom Leistungsschutz

Kur entwickelt sodann die These, daß sich die Unlauterkeit der beschriebenen Nachahmungshandlungen in Wahrheit aus dem *Schutz der Leistung* des Nachgeahmten ergibt. Unter bestimmten Voraussetzungen sei also die *Nachahmung als solche zu mißbilligen*.³⁰⁾ Worin besteht nun aber die Leistung des Markeninhabers, die auch gegen eine *branchenfremde* Verwendung des Kennzeichens geschützt werden soll?

Die Beantwortung dieser Frage bedarf einer Analyse der Funktionen der Marke.

8. Die „Herkunftsfunktion“ der Marke

Unbestritten ist, daß der Marke die Funktion zukommt, Waren und Dienstleistungen zu *kennzeichnen*, also von anderen Waren und Dienstleistung zu *unterscheiden*. Um diese, sich aus § 1 MSchG ergebende Funktion nicht mit der „Herkunftsfunktion“ zu verwechseln, empfiehlt es sich, diese Funktion *Unterscheidungs- oder Kennzeichnungsfunktion* zu nennen.

Bereits an anderer Stelle³¹⁾ wurde versucht, darzulegen, daß der Marke gegenwärtig keine gesetzlich geschützte *Herkunftsfunktion*³²⁾ (mehr) zukommt. Zu demselben Ergebnis kommt mit gleicher Begründung nun auch Meyer³³⁾ für das – insofern vergleich-

barē – deutsche Markenrecht und das dahinterstehende Gemeinschaftsrecht:

„Keinen unmittelbaren Niederschlag im positivierten Recht findet [...] die Herkunftsfunktion. Zwar erkennen sowohl Richtlinien- als auch Verordnungsgeber³⁴⁾ in den Erwägungsgründen an, mit dem Markenschutz ‚insbesondere die Herkunftsfunktion... zu gewährleisten‘.³⁵⁾ Durch die positiv getroffene Regelung hingegen wird die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb nicht abgesichert. Die Annahme, daß gekennzeichnete Waren aus einer gleichbleibenden Herkunftsquelle stammten, würde nämlich voraussetzen, daß die Marke auch auf einen gleichbleibenden Geschäftsbetrieb verweist.“ In anderen Worten: „Grundlage der Herkunftsfunktion [ist] die Bindung der Marke an den Geschäftsbetrieb des Zeicheninhabers.“³⁶⁾ Diese Bindung besteht nach geltendem Recht nun aber nicht mehr.³⁷⁾ Marken sind heute (in Österreich gleichermaßen wie in Deutschland) sowohl frei übertragbar als auch frei lizenzierbar.³⁸⁾ Die Herkunftsfunktion genießt daher keinen gesetzlich normierten Schutz, eine solche *Herkunftsfunktion* ist daher nicht (mehr) anzuerkennen.³⁹⁾

9. Die Werbefunktion der Marke

Wie *Lehmann/Schönfeld*⁴⁰⁾ überzeugend dargelegt haben, liegt die Bedeutung der Marke – in tatsächlicher Hinsicht – in der Übertragung von *Information in symbolisierter Form*. Die Marke ist ein *Medium der Kommunikation* mit dem potentiellen Käufer einer Ware bzw dem potentiellen Kunden einer Dienstleistung. Die eigentliche – tatsächliche – Funktion der Marke liegt darin, die *Exklusivität einer bestimmten Symbolform* bei der Kommunikation mit ihren Adressaten zu gewährleisten.⁴¹⁾

Marken, insb bekannte Marken, besitzen neben der (tatsächlichen und gesetzlich geschützten) *Kenn-*

27) Vgl etwa OGH 3. 12. 1991 – Cartes Classiques – MR 1991, 213.

28) Kur, Der wettbewerbliche Leistungsschutz, GRUR 1990, 1.

29) Kur, aaO 1.

30) Kur, aaO 1.

31) Schanda, Parallelimport und Herkunftsfunktion der Marke, ÖBI 1996, 167 (171 f); ders, Markenlizenz und Irreführung, ecoclex 1995, 904.

32) Dh die Funktion auf die Herkunft aus einem bestimmten Betrieb hinzuweisen.

33) Meyer, Das deutsche und französische Markenrecht nach der Umsetzung der Ersten Markenrichtlinie, GRURInt 1996, 592 (598 f und 605).

34) Gemeint ist die GemeinschaftsmarkenV (EG) Nr 40/94; vgl dazu auch Kucsko, Gemeinschaftsmarke (1996).

35) Vgl 10. Erwägungsgrund RL 89/104/EWG und 7. Erwägungsgrund VO (EG) Nr 40/94.

36) Meyer, aaO (598 und 605).

37) Sie ist in Österreich durch die MSchG-Nov 1977 und in Deutschland durch das sog ErstreckungsG 1992 entfallen.

38) Zur Lizenzierbarkeit der Marke vgl auch Schanda, Markenlizenz und Irreführung, ecoclex 1995, 904; ders, Die Wirkung der Markenlizenz gegenüber Dritten, GRURInt 1994, 275.

39) Vgl dazu auch Mangini, Die Marke: Niedergang der Herkunftsfunktion? GRURInt 1996, 462; vgl dazu auch die E des EuGH 11. 7. 1996 ÖBI 1997, 42 mit Anm Wollmann sowie die berechtigte Kritik daran von Erhart/Reindl, ecoclex 1997, 136 (139 f) FN 16.

40) Lehmann/Schönfeld, Die neue europäische und deutsche Marke: Positive Handlungsrechte im Dienst der Informationsökonomie, GRUR 1994, 481 (488).

41) Lehmann/Schönfeld, aaO 488; vgl dazu auch Schanda, Parallelimport und Herkunftsfunktion der Marke, ÖBI 1996, 167 (173).

zeichnungsfunktion also auch eine – tatsächliche – Symbolwirkung, einen eigenen Marktwert, der sich nicht in der Funktion erschöpft, als Kennzeichen für ein bestimmtes Leistungsangebot zu dienen. Der Schutz dieser Markenfunktion begnügt sich nun aber nicht mit der Absicherung der Kennzeichnungsfunktion, sondern er betrifft den *Eigenwert*⁴²⁾ der Marke. Diese wird dabei nicht als Hinweis auf die unternehmerische Leistung, sondern als deren Ergebnis geschützt.⁴³⁾

Es geht also um den Schutz der Assoziationskraft der Marke⁴⁴⁾ gegen solche Ausnutzungen und Beeinträchtigungen, die sich mit dem herkömmlichen, auf die Beseitigung von Verwechslungsgefahren zugeschnittenen (kennzeichen)rechtlichen Instrumentarium nicht mehr erfassen lassen.⁴⁵⁾

10. Der Schutz der Werbefunktion der Marke

Der Aufbau und die Pflege eines *Markenimages* erfordert ua Geld, bei bekannten Marken sogar beträchtliche Summen. Das Arbeitsergebnis dieser Leistung wird also mit Zeit, Mühe und vor allem auch Kosten erreicht. Der Gedanke, daß dieses teure Arbeitsergebnis nicht beliebig von Dritten „geerntet“, sondern demjenigen rechtlich zugeordnet werden soll, auf dessen Investitionen es beruht, entbehrt nicht einer inneren Logik.⁴⁶⁾

Der mühevoll und kostspielige Aufbau eines Markenimages soll also zu einer Entlohnung des Markeninhabers führen, wobei die Marke eine Mittlerstellung einnimmt, dh dafür sorgt, daß der kommerzielle Erfolg demjenigen zugute kommt, auf dessen Leistung er auch beruht.⁴⁷⁾ Der besondere Schutz außerhalb des markenrechtlich geschützten Bereichs soll einem Zeichen also gewährt werden, weil es mehr ist als nur der Hinweis auf das Produkt eines bestimmten Herstellers, weil es einen spezifischen *Symbolwert* hat, weil es *Eigenwert* besitzt.⁴⁸⁾

11. Die bekannte Marke

In ihrer Analyse der materiellen Schutzvoraussetzungen für solchen Leistungsschutz kommt *Kur* zu dem Ergebnis, daß die *Bekanntheit* einer Marke und ihr „guter Ruf“ Schutzvoraussetzung für den wettbewerblichen Leistungsschutz seien.⁴⁹⁾ Mit „gutem Ruf“ sei dabei nicht die hohe Qualität des gekennzeichneten Produkts, sondern der mit der Marke verknüpfte *Prestigeaspekt*⁵⁰⁾ bzw die umfassende kommerzielle Verwertbarkeit des *Image*⁵¹⁾ gemeint. Der *Bekanntheitsgrad* sei Maßstab für das Vorliegen eines schützenswerten *Symbolgehalts*: „In der Regel weisen bekannte Marken häufiger ein assoziationskräftiges Image auf als wenig bekannte.“⁵²⁾ Kurz gesagt: Der hier diskutierte Leistungsschutz ergäbe sich aus der *Popularität*⁵³⁾ des Werbesymbols.

Genau an diese *Popularität* (= Bekanntheit und Beliebtheit) der betroffenen Marken knüpft nun auch der OGH in seinen eingangs referierten Entscheidungen an. Er vermeint dabei⁵⁴⁾ zwar, keinen Sonderschutz für bekannte Marken zu schaffen, tut in der Sache aber nichts anderes – wenn auch im Kleid der

Sittenwidrigkeit iS des § 1 UWG. Er tut dies mE auch zu Recht, man sollte es sich allerdings auch eingestehen: Die *Bekanntheit* der jeweils betroffenen Marke und deren *Prestige, Image, Symbolgehalt, Eigenwert, Popularität* ist es, was deren Nachahmung sittenwidrig macht. Wenn auch im Kleid des § 1 UWG, so wird damit doch auch für Österreich ein *Sonderschutz für bekannte Marken geschaffen!*

12. Europarechtlicher Rückhalt

Dies ist umso mehr zu begrüßen, als auch die EG-MarkenRL einen solchen Schutz anregt: Nach Art 5 Abs 2 der RL können die Mitgliedstaaten „bestimmen, daß es dem [Marken-Inhaber gestattet ist, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches oder ihr ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die nicht denen *ähnlich* sind, für die die Marke eingetragen ist, wenn diese [Marke] in dem betreffenden Mitgliedstaat *bekannt* ist und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die *Wertschätzung* der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise *ausnutzt* oder beeinträchtigt“.

Das neue dMarkenG hat diese Richtlinienbestimmung ausdrücklich und wortgleich in § 14 dMarkenG umgesetzt.⁵⁵⁾ Für Österreich ergibt sich das gleiche Ergebnis nun aus den oben genannten Entscheidungen des OGH.

- 42) So der von *Schlupe*, Das Markenrecht als subjektives Recht (1964) 325 ff geprägte Begriff.
- 43) So *Kur*, aaO 4 mit Verweis auf *Schlupe*, Das Markenrecht als subjektives Recht (1964) 325 ff (345).
- 44) So der von *Kur*, aaO 6 geprägte Begriff.
- 45) Vgl *Kur*, aaO 6.
- 46) So zutreffend *Kur*, aaO 6.
- 47) *Kur*, aaO 4.
- 48) *Kur*, aaO 9.
- 49) *Kur*, aaO 8 f und 14.
- 50) *Kur*, aaO 9 mit Verweis auf BGH – Tschibo-Rolux – GRUR 1985, 867 = WRP 1985, 397.
- 51) *Kur*, aaO mit Verweis auf BGH – Rolls Royce – GRUR 1983, 247 ff.
- 52) *Kur*, aaO 9.
- 53) So der von *Pagenberg*, Handbuch des Ausstattungsrechts (1986) 1077 ff verwendete Ausdruck. Vgl dazu *Kur*, aaO 11.
- 54) So ausdrücklich in der Begründung zur E Schürzenjäger.
- 55) Vgl dazu *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht¹⁹ § 1 UWG Rz 559 b.

Mit seinen jüngsten Entscheidungen gewährt der OGH dem Merchandising ein rechtliches Fundament: Marken werden – auch jenseits der Grenzen unmittelbaren Markenschutzes – wettbewerbsrechtlich geschützt, wenn ihr guter Ruf und ihre Popularität ausgebeutet werden. Geschützt wird damit nicht die Kennzeichnungsfunktion der Marke, sondern deren Werbefunktion, also die Attraktionskraft einer Marke. Solcher Schutz setzt Bekanntheit der Marke voraus. Im Ergebnis wird damit bekannten Marken nun auch in Österreich ein Sonderschutz gewährt.