

Besprechung / Comptes rendu

Die Markenparodie

Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht (SMI), Bd. 104

SAMUEL LÖTSCHER

Stämpfli Verlag, Bern 2017, 526 Seiten, CHF 96, ISBN 978-3-7272-1905-4

Die von Prof. HANS-UELI VOGT an der Uni Zürich abgenommene Dissertation gliedert sich in fünf Teile, nach denen sich die vorliegende Besprechung richtet.

Eine Arbeit über Markenparodie kann und muss sich auch mit dem *allgemeinen* Begriff der Parodie befassen. Wie der Autor im 1. Teil festhält, sei es angesichts der verschiedenen «Definitionsversuche» nicht möglich, eine «vollständige Definition» vorzunehmen, da es an einer allgemeingültigen Definition fehle. Berücksichtigt man jedoch die für diesen Begriff massgebenden sprach- und literaturwissenschaftlichen Befunde, besteht allerdings eine weitgehende Einigkeit über diesen Begriff, wonach die Parodie als *Stilmittel* umschrieben wird, die unter Verwendung bestehender Vorgaben (1. Merkmal) durch eine Veränderung des Inhalts unter Beibehaltung der Form (2. Merkmal) einen komischen Effekt (3. Merkmal) bewirkt. Der Autor nimmt darauf keinen Bezug, sondern übernimmt für den Begriff der *Markenparodie* mit relativ kurzer Begründung bestehende Meinungen und geht von einem «weiten Verständnis» aus, wonach die Markenparodie – hinsichtlich des dritten Merkmals – sämtliche Darstellungen erfasse, «in denen fremde Marken auf verspottende, übertreibende (...), humorvolle Weise wiedergegeben werden». Dabei weist er auch auf die Rechtsprechung des EuGH zum *urheberrechtlichen* Parodie-Begriff hin, wonach als drittes Merkmal statt des komischen Effektes ebenfalls die Elemente Humor, Verspottung und Übertreibung aufgeführt werden. – Durch die Beschränkung des 3. Merkmals auf diese Elemente, die ja gerade Ausdrucksformen für das Komische und keine eigenständigen Wesensmerkmale der Parodie sind, erhält die Markenparodie nach Ansicht des Rezensenten eine unnötige Einengung, was weder zwingend noch als «weites Verständnis» zu sehen ist. Da die hinsichtlich des 3. Merkmals relativ vage juristische Umschreibung in anderen Arbeiten oder Entscheidungen kaum, wenn überhaupt, begründet wird, wären – zumal in einer wissenschaftlichen Abhandlung mit einem erwarteten Erkenntnisgewinn – zumindest kritische Anmerkungen angebracht gewesen.

Nicht klar abgegrenzt, wenn auch unter Bezugnahme auf andere Autoren, wird das Verhältnis von Parodie und Satire. Die Kriterien der Satire und das damit einhergehende methodische Beurteilungsvorgehen hat das Bundesgericht im auch kurz erwähnten «Vasella»-Entscheid jüngst vorbildlich beschrieben. Unzutreffend ist jedenfalls die Gleichsetzung von Parodie und Satire, da Stilmittel (Parodie) und das satirische Prinzip unterschiedliche Erscheinungen sind; deshalb kann man auch nicht davon sprechen, dass eine Schmähekritik vorliege, wenn die angebliche Markenparodie lediglich eine Verspottung intendiere. Zudem kann eine als Markenparodie erscheinende Äusserung eigentlich eine Satire darstellen (sofern sie die satirischen Wesensmerkmale erfüllt). Diese Unterscheidung wird nicht aufgezeigt und dementsprechend erfolgt auch keine differenzierte Betrachtung darüber, ob es sich (nur) um eine Parodie oder um eine Satire handelt. Diese Differenzierung würde aber einige Begründungen anders ausfallen lassen, wenngleich man über die Frage einer zulässigen Markenparodie in den meisten Fällen zum gleichen Ergebnis gelangt. Ebenfalls unzutreffend ist die Gleichsetzung von Parodie und Ironie bzw. die an einer einzigen Stelle unvermittelt vorgenommene Aufzählung von Ironie, Humor und des Komischen als «Mittel» der Parodie.

Im 2. Teil folgt eine Übersicht über Urteile zu zahlreichen Markenparodien in der Schweiz und Deutschland. Diese dient nebst der Veranschaulichung auch der später folgenden Untersuchung.

Im 3. Teil behandelt der Autor die bei Markenparodien relevanten Kommunikationsgrundrechte und die dabei entstehenden Grundrechtskollisionen. Die damit entstehenden Beeinträchtigungen unter Privaten seien im Lichte der indirekten Drittwirkung zu beurteilen. Das betrifft im Falle des unbestimmten Rechtsbegriffes der Markenparodie – unter Anwendung der verfassungskonformen Auslegung – seitens des Markenrechtinhabers insb. das Grundrecht der Eigentumsgarantie, seitens des Parodierenden insb. die Meinungs-, Medien- und Kunstfreiheit. Die konkreten Schranken sind jedoch auf Gesetzesstufe zu finden, weshalb insb. die entsprechenden Bestimmungen des MSchG, UWG und ZGB massgebend seien. Dementsprechend behandelt der Autor mögliche Verletzungen unter marken-, lauterkeits- und persönlichkeitsrechtlichen Aspekten. Hierzu ist dem Autor beizupflichten, als dass die «Problematik des Verhältnisses zwischen markenrechtlichem Schutz und den Kommunikationsgrundrechten (...) kaum thematisiert wurde.» Entsprechend leistet diese Arbeit hierzu einen wichtigen Beitrag.

Ausgehend von der zutreffenden Feststellung, dass die Kommunikationsgrundrechte nicht als Rechtfertigungsgründe dienen, sondern gegebenenfalls tatbestandsausschliessend wirken, sei eine Markenparodie beispielsweise im Rahmen der markenrechtlichen Beurteilung dahin zu untersuchen, ob es sich um einen «gewerbs- und kennzeichenmässigen» Gebrauch handelt. Entsprechend ist eine Markenparodie somit bereits tatbestandsmässig dann nicht zulässig, wenn ein kennzeichenmässiger Gebrauch eines Zeichens vorliegt (gemäss Art. 11 MSchG), was auch für die berühmte Marke (Art. 15 MSchG) gelte, die im Übrigen meist «Opfer» von Parodien ist. Daher erübrige sich auch eine (weitere) Prüfung über den Rechtfertigungsgrund beispielsweise der Kunstfreiheit, da – wie zutreffend festgehalten wird – es «keine ungeschriebene Schranke des Ausschliesslichkeitsrechts des Markeninhabers zu Gunsten von Markenparodien» gebe.

Als nicht kennzeichenmässiger Gebrauch seien demgegenüber Äusserungen zu verstehen, die das Zeichen z.B. in künstlerischem Kontext verwenden; der Autor bezeichnet dies mit «etwas künstlerisch zum Ausdruck» bringen, d.h. wenn die Markenparodie «ideelle Zwecke» verfolge, wobei zutreffend darauf verwiesen wird, dass solche Verwendungen häufig auch kommerzielle Zwecke beabsichtigen (womit dann letztlich doch eine kommerzielle Verwendung stattfindet). Allerdings wird bei dieser spezifischen Verwendung offen gelassen, welcher Fallgruppe die künstlerische Verwendung angehören soll; nach allgemeiner Auffassung ist sie dem sog. dekorativen Markengebrauch zuzuordnen.

Für eine Beurteilung im Rahmen eines lauterkeitsrechtlichen Tatbestands (z.B. Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG) wird zutreffend ausgeführt, dass hier im Gegensatz zum Markenrecht eine grundrechtskonforme Auslegung zu erfolgen habe (sofern die Markenparodie in den Schutzbereich dieser Grundfreiheiten falle).

Die relativ ausführlichen Einführungen in die jeweiligen Grundrechte hätte die Arbeit zugunsten eines geringeren Umfangs beschränken und gleich auf die grundrechts-relevanten Aspekte mit Markenparodien eingehen können. Dies hätte weder dem Verständnis noch dem – ohnehin hohen wissenschaftlichen – Gehalt der Arbeit geschadet.

Diesen Platz hätte man dafür mit Betrachtungen zum relevanten Zielpublikum nützen können, denn das Verständnis (Erkennen bzw. Erkennen-Können) ist gerade bei einer Markenparodie massgebend, da eine Parodie ja definitionsgemäss auf einer Vorlage beruht und diese somit erkannt werden muss. Es wird zwar an verschiedenen Stellen auf den (massgebenden) Durchschnittskonsumenten Bezug genommen und auch darauf hingewiesen, dass dieser eine Parodie erkennen müsse, was im Ergebnis meist zutreffen mag, doch folgen dazu keine weiteren Ausführungen. So wird beispielsweise an einer Stelle lediglich festgehalten, dass, wenn eine Parodie «so gestaltet wird, dass sie vom Durchschnittsadressaten klar falsch verstanden wird», diese keinen Grundrechtsschutz geniessen könne. – Zugegebenermassen bedürfte eine Auseinandersetzung darüber wiederum einer eigenen Abhandlung.

Im 4. Teil wird die Zulässigkeit von Markenparodien unter den spezifisch marken-, lauterkeits- und persönlichkeitsrechtlichen Tatbeständen untersucht.

Da in der Arbeit auf die *markenrechtlichen* Aspekte schon im Zusammenhang mit den Grundrechten eingegangen wird, kann auch in dieser Besprechung auf die vorangehenden Abschnitte verwiesen werden.

Im Rahmen der *lauterkeitsrechtlichen* Beurteilung wird die Markenparodie im Lichte der Tatbestände der Herabsetzung (Art. 3 Abs. 1 lit. a und e UWG), der Rufausbeutung (Art. 3 Abs. 1 lit. e und Art. 2

UWG) und der Verwechslungsgefahr (Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG) untersucht. Da eine *Herabsetzung* sowohl nach den lit. a und e erfolgen könne, habe die tatbestandsmässige Unterscheidung auf das Vorliegen einer vergleichenden Werbung (lit. e) abzustellen. Demgegenüber seien beispielsweise «Parodien aus rein ideellen Beweggründen stets» nach dem allg. Herabsetzungstatbestand (lit. a) unter Berücksichtigung der qualifizierenden Elemente (unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen) zu beurteilen. Liege beispielsweise einer Markenparodie eine unwahre Tatsache zugrunde, ist der Tatbestand der unrichtigen Äusserung erfüllt; hier greife im Übrigen auch nicht ein Grundrecht als Rechtfertigungsgrund.

Hinsichtlich einer unlauteren *Rufausbeutung* (Art. 3 Abs. 1 lit. e bzw. Art. 2 UWG) wird zutreffend festgehalten, dass der «parodistische Zeichengebrauch» meist zulässig sei, da «der Ruf (...) nicht übertragen, sondern bloss die Aufmerksamkeit der parodierten Marke ausgenutzt» werde. Was schliesslich den Tatbestand der *Verwechslungsgefahr* nach Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG anbelangt, ist dem Autor beizupflichten, dass Markenparodien «i.d.R. weder zu einer unmittelbaren noch zu einer mittelbaren Verwechslungsgefahr» führe – dies allerdings auch nur dann, wenn das massgebende Zielpublikum die Parodie zu erkennen vermag (vgl. dazu die Bemerkung zum Durchschnittsadressaten vorne).

Hinsichtlich des *Persönlichkeitsschutzes* nach Art. 28 ZGB liegt gemäss dem Autor eine Persönlichkeitsverletzung grundsätzlich dann vor, wenn eine Markenparodie das geschäftliche oder berufliche Ansehen einer (juristischen) Person beeinträchtigt. Dabei wird darauf hingewiesen, dass dieser Bestimmung dann keine eigenständige Bedeutung zukomme, wenn der Inhaber der parodierten Marke am Wettbewerb teilnehme bzw. ein kennzeichenmässiger Gebrauch im Geschäftsverkehr vorliege, d.h. wenn ein lauterkeitsrechtlicher bzw. markenrechtlicher Tatbestand zur Anwendung komme.

Am Schluss vertritt der Autor die zutreffende Ansicht, dass es de lege ferenda keine der Urheberrechtsschranke analoge Bestimmung im Markenrecht für eine Markenparodie bedürfe. Abgesehen davon beschränkt sich diese eher erratische Regelung des URG zu sehr auf das Stilmittel der Parodie, selbst wenn in Art. 11 Abs. 3 URG auch von «vergleichbaren Abwandlungen» die Rede ist. Für die Zulässigkeit von Markenparodien – sowie auch satirischen Äusserungen – genügen daher Instrumentarien wie beispielsweise eine grundrechtskonforme Auslegung, wie es vom Autor überzeugend dargelegt wird.

In neuerer Zeit ist die Tendenz feststellbar, dass sich Werbung eines Anbieters auch auf ganze Kampagnen und besonders auf Werbespots eines anderen Anbieters und nicht mehr nur auf dessen Einzelprodukte bezieht. Hier kann ebenfalls eine Parodie vorliegen, die dann allerdings hauptsächlich unter lauterkeitsrechtlichen und gegebenenfalls urheberrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist. Da sich die Arbeit auf die *Zeichen der Produkte* fokussiert, waren diese Aspekte nicht zu untersuchen; sie dürften künftig jedoch Gegenstand von juristischen Auseinandersetzungen werden.

Die einzelnen Kapitel werden mit einer Übersicht eingeführt und mit einer Zusammenfassung abgeschlossen. Hinzu kommen jeweils einige zusammenfassende Verweise auf andere Abschnitte. Das hilft zwar dem (punktuellen) Lesen, führt aber zu häufigen und wortgleichen Wiederholungen, auf die man durch (vorhandene) Verweise zugunsten eines geringeren Umfangs hätte verzichten können. Mit über 520 Seiten erreicht diese Arbeit einen selbst in dieser Reihe (SMI) nicht eben bescheidenen Umfang.

Insgesamt ist die Arbeit ein gut aufbereiteter, umfassender Beitrag zum Thema, der überdies ausgesprochen breit recherchiert und dokumentiert wird (wobei sich die 2262 Fussnoten meist nicht bloss auf eine Zeile beschränken). Sie führt den Leser übersichtlich durch die einzelnen Themen. Dank der vielen besprochenen Beispiele von Markenparodien ist sie praxisbezogen mit gleichzeitig eingelöstem Anspruch auf umfassende Ausführungen. Die grosse Leistung liegt in der differenzierten Darlegung des Phänomens der Markenparodie anhand der einzelnen Tatbestände des Marken-, Lauterkeits- und Persönlichkeitsschutzrechts. Wünschenswert wäre eine vertiefte Abhandlung zum Begriff der Parodie und eine klare Abgrenzung zu Satire und Ironie sowie eine Auseinandersetzung mit dem Verständnis des (massgebenden) Zielpublikums gewesen. Die Arbeit kann dennoch allen bestens empfohlen werden, die sich mit diesem Thema näher befassen und einen fundierten Überblick über die Rechtslage suchen. Und dank Wiederholungen wird auch ein rasches Querlesen trotz des beträchtlichen Umfangs ermöglicht.

Mischa Senn, Prof. Dr. iur., Leiter Zentrum für Kulturrecht (ZKR)/ZHdK;
Handelsrichter am HGer Zürich, Fachexperte und Vizepräsident SLK