



Fundstelle: jusIT 2012/63, 136 (zust *Thiele*)

- 1. Verkauft eine natürliche Person ein Markenprodukt mittels eines Online-Marktplatzes, ohne dass diese Transaktion im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit dieser Person stattfindet, kann sich der Inhaber der Marke nicht auf sein Ausschließungsrecht nach § 10 Abs 1 iVm § 51 MSchG (bzw. Art 9 GMV) berufen.**
- 2. Weisen hingegen die auf einem solchen Marktplatz getätigten Verkäufe aufgrund ihres Umfangs, ihrer Häufigkeit oder anderer (kommerzieller) Merkmale über die Sphäre einer privaten Tätigkeit hinaus, bewegt sich der Verkäufer im Rahmen des „geschäftlichen Verkehrs“ und damit im Vorbehaltsbereich des Markeninhabers.**
- 3. Geschützt wird nicht die Ausschließlichkeit der Namensführung, sondern das mit ihr verbundene Interesse an der Unterscheidungskraft und Identifikationswirkung eines Namens; ein Verstoß gegen das Namensrecht des § 43 ABGB liegt nur vor, wenn die berechtigten Interessen des Namensträgers verletzt werden, wie dies etwa durch eine Zuordnungsverwirrung geschieht.**
- 4. Mit dem Verkauf einer im Fachhandel erworbenen CD durch einen Privaten hat dieser weder den Namen der auf der CD genannten Rockband bestritten, noch hat er sich deren Namen selbst angemäht oder ihn unrechtmäßig als Bezeichnung für sich oder eigene Produkte gebraucht.**

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

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Wolfgang Maier, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei D\*\*\*\*\* H\*\*\*\*\*, vertreten durch Advokaten Pfeifer Keckeis Fiel Scheidbach OG in Feldkirch, wegen Unterlassung (Streitwert 36.000 EUR), über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 5. Jänner 2012, GZ 2 R 213/11g-84, mit dem das Urteil des Landesgerichts Feldkirch vom 29. August 2011, GZ 8 Cg 45/09h-78, in der Hauptsache bestätigt wurde, den

### **Beschluss**

gefasst: Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

### **Begründung:**

Der Beklagte ist Angestellter. Er hat 2008 im Zuge der Auflösung eines Haushalts verschiedene gebrauchte Gegenstände aus Privatbesitz (Geschirr, Bücher, Computerspiele, DVD), darunter auch rund 300 CD um zumeist je einen EUR oder 1,50 EUR über die Internetplattform ebay zum Verkauf als Privatverkäufer angeboten. Aus dem Verkauf der CD erlöste er rund 400 EUR. Unter den verkauften CD befand sich auch eine mit dem Titel „The Sweet - The Legend Lives On, Vol.1“, die der Beklagte Ende der 1990er Jahre im Fachhandel erworben hatte.

Der Kläger ist seit 1969 Mitglied der englischen Rockband „The Sweet“ und Berechtigter einer Gemeinschaftsmarke mit diesem Zeichen. Er nimmt den Beklagten wegen des Verkaufs der genannten CD aufgrund Kennzeichenverletzung nach § 9 UWG, § 43 ABGB und wegen

Markenrechtseingriff in Anspruch und begehrt im Kern die Unterlassung, das Kennzeichen „The Sweet“ für die Bewerbung, Ausstattung und als Bezeichnung von Musik CDs zu benutzen, wenn die CD Musiktitel enthält, die nicht von der gleichnamigen Rockband bzw vom Kläger aufgenommen und eingespielt wurden.

Nach den Feststellungen werden die auf der strittigen CD enthaltenen Musiknummern von keinem Sänger der genannten Band gesungen. Die CD wurde von einem Musikunternehmen als Rechtsnachfolgerin aufgrund Übertragung eines Lizenzvertrags produziert, an dem ein früheres (mittlerweile verstorbenes) Bandmitglied als Lizenzgeber beteiligt war. Der Kläger hat weder diesem noch einem anderen Bandmitglied seine Zustimmung erteilt, unter dem Bandnamen eine CD zu produzieren. Der Beklagte hat den Verkauf und den Ankauf von Gegenständen im Internet (darunter den Verkauf der strittigen CD) als Hobby betrieben.

Das *Berufungsgericht* hat das abweisende Urteil des Erstgerichts bestätigt. Namensrechtliche Ansprüche nach § 43 ABGB kämen nicht in Betracht, weil im Verkauf einer im Fachhandel erworbenen CD durch einen Privaten weder eine Bestreitung des Namens der auf der CD genannten Rockband noch eine Anmaßung oder ein Gebrauch deren Namens liege. Der Weiterverkauf einer mit Zustimmung des Urhebers in Verkehr gebrachten CD sei infolge Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts zulässig (§ 16 Abs 3 UrhG) und erfülle den Tatbestand des § 9 UWG nicht; der Beklagte verwende das strittige Zeichen nicht als eigene Unternehmens- oder Warenbezeichnung. Auf Markenschutz könne sich der Kläger nicht berufen, weil die vom Beklagten verkaufte CD aufgrund von Lizenzverträgen mit einem ehemaligen Bandmitglied hergestellt worden sei und das Markenrecht damit gemäß § 10b MSchG erschöpft sei.

Der Kläger zeigt in seinem Rechtsmittel keine erhebliche Rechtsfrage auf.

1.1. Lauterkeitsrecht erfasst nur Handlungen im geschäftlichen Verkehr (§ 1 Abs 1 UWG). Der Begriff ist ein europarechtlicher: ErwGr 8 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt (RL-UGP) stellt klar, dass Schutz geboten werden soll vor unlauteren Geschäftspraktiken „im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern“ (vgl auch die Definition der unlauteren Geschäftspraktik in Art 2 lit d RL-UGP).

1.2. Auch der Unterlassungsanspruch des Markeninhabers knüpft an eine unbefugte Benützung der Marke „im geschäftlichen Verkehr“ an (Art 5 Abs 1 und 2 Marken-RL und Art 9 VO Nr 40/94; § 10 Abs 1 MSchG).

1.3. Handeln im geschäftlichen Verkehr liegt vor, wenn das beanstandete Verhalten objektiv geeignet ist, den eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern und nicht eine andere Zielsetzung bei objektiver Betrachtung eindeutig überwiegt (17 Ob 19/10a - amade.at; RIS-Justiz RS0126548).

1.4. Die „Benützung“ eines mit der Marke des Inhabers identischen oder ihr ähnlichen Zeichens setzt voraus, dass das Zeichen im Rahmen einer eigenen auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich benutzt wird (EuGH C-236-238/08 - Google, Rz 50; EuGH C-324/09 - L'Oréal Rn 102).

1.5. Verkauft eine natürliche Person ein Markenprodukt mittels eines Online-Marktplatzes, ohne dass diese Transaktion im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit dieser Person stattfindet, kann sich der Inhaber der Marke nicht auf sein ausschließliches Recht berufen. Weisen hingegen die auf einem solchen Marktplatz getätigten Verkäufe aufgrund ihres Umfangs, ihrer Häufigkeit oder anderer Merkmale über die Sphäre einer privaten Tätigkeit hinaus, bewegt sich der Verkäufer im Rahmen des „geschäftlichen Verkehrs“ (vgl EuGH C-324/09 - L'Oréal Rn 55).

1.6. Von dieser Rechtsprechung ist das Berufungsgericht im Ergebnis nicht abgewichen. Nach den festgestellten Umständen des Einzelfalls hat der Beklagte mit dem Verkauf der strittigen

CD im Internet den privaten Bereich nicht verlassen. Fehlt es damit an einem Handeln im geschäftlichen Verkehr, kommen schon aus diesem Grund lauterkeitsrechtliche und markenrechtliche Anspruchsgrundlagen für das Klagebegehren nicht in Betracht.

2.1. Das Namensrecht, das nicht nur den Namen einer Person, sondern auch die damit identifizierte Persönlichkeit schützt, gewährt gemäß § 43 ABGB Schutz vor der Bestreitung des Namens einer Person durch Dritte oder durch unbefugten Gebrauch. Das Namensrecht wird durch Bestreitung, Namensanmaßung oder Namensgebrauch verletzt, indem das Recht zur Identifikation mit dem Namen einer Person durch Dritte in Anspruch genommen wird (Kennzeichenfunktion des Namens; 1 Ob 14/08b; vgl RIS-Justiz RS0109217).

2.2. Ein Name wird gebraucht, wenn er zur Kennzeichnung einer vom Namensträger verschiedenen Person oder Unternehmung verwendet oder wenn ein Zusammenhang zwischen einem fremden Namen und den Erzeugnissen oder Einrichtungen eines anderen hergestellt wird. Der Gebrauch ist unbefugt, wenn er weder auf eigenem Recht beruht noch vom berechtigten Namensträger gestattet worden ist. Geschützt wird nicht die Ausschließlichkeit der Namensführung, sondern das mit ihr verbundene Interesse an der Unterscheidungskraft und Identifikationswirkung eines Namens (4 Ob 108/03s mwN).

2.3. Ein Verstoß gegen das Namensrecht des § 43 ABGB liegt nur vor, wenn die berechtigten Interessen des Namensträgers verletzt werden, wie dies etwa durch eine Zuordnungsverwirrung geschieht. Ob es zu einer Zuordnungsverwirrung kommt, hängt davon ab, welcher Eindruck durch die jeweilige Namensverwendung hervorgerufen wird (17 Ob 16/10t).

2.4. Die namensrechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts hält sich im Rahmen der aufgezeigten Rechtsprechung. Mit dem Verkauf einer im Fachhandel erworbenen CD durch einen Privaten hat der Beklagte weder den Namen der auf der CD genannten Rockband bestritten, noch hat er sich diesen Namen selbst angemäht oder ihn unrechtmäßig als Bezeichnung für sich oder eigene Produkte gebraucht. Ob allenfalls der Produzent der CD Namensrechte des Klägers verletzt hat, spielt im Verhältnis der Streitteile unter den hier vorliegenden Umständen keine Rolle.

## ***Anmerkung\****

### **I. Das Problem**

Der spätere Kläger, Any Scott, war Gitarrist und seit 1969 Mitglied der englischen Rockband „The Sweet“ und Berechtigter der zur Nr. 003855152 eingetragenen Gemeinschaftswortmarke „THE SWEET“ in den Klassen 9 (Schallplatten, Videos, CDs), 25 (Bekleidung) und 41 (Musik und Unterhaltung).

Der spätere Beklagte hatte 2008 im Zuge der Auflösung seines Haushalts verschiedene gebrauchte Gegenstände aus Privatbesitz wie zB Geschirr, Bücher, Computerspiele oder DVDs, darunter auch rund 300 CD um zumeist je einen Euro bzw. Euro 1,50 über die Internetplattform eBay zum Verkauf als Privatverkäufer angeboten. Aus dem Verkauf der CDs erlöste er ca. EUR 400,-. Unter den verkauften CDs befand sich auch eine mit dem Titel „The Sweet – The Legend Lives On, Vol.1“, die der Beklagte Ende der 1990er Jahre im Fachhandel erworben hatte, mit folgendem Original-Cover:

---

\* RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at), gerichtlich beeideter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insbesondere Neue Medien und Webdesign; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.



Der Kläger nahm den Beklagten wegen Verkauf dieser CD aufgrund von Kennzeichenverletzung nach § 9 UWG, § 43 ABGB und wegen Markenrechtseingriff auf Unterlassung in Anspruch. Nach den Feststellungen wurden die auf der strittigen CD enthaltenen Musiknummern von keinem Sänger der genannten Band gesungen. Die CD war von einem Musikunternehmen als Rechtsnachfolgerin aufgrund Übertragung eines Lizenzvertrags produziert worden, an dem ein früheres (mittlerweile verstorbenes) Bandmitglied als Lizenzgeber beteiligt war. Der Kläger hatte weder diesem noch einem anderen Bandmitglied seine Zustimmung erteilt, unter dem Bandnamen eine CD zu produzieren. Der Beklagte hatte den Verkauf und den Ankauf von Gegenständen im Internet (darunter den Verkauf der strittigen CD) als Hobby betrieben.

Die beiden Unterinstanzen wiesen die Klage zur Gänze ab, u.a. mit der Begründung, der Weiterverkauf einer mit Zustimmung des Urhebers in Verkehr gebrachten CD wäre infolge Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts nach § 16 Abs 3 UrhG zulässig und erfüllte auch nicht den Tatbestand des § 9 UWG. Das Markenrecht wäre gemäß § 10b MSchG erschöpft.

Das Höchstgericht hatte sich daher insbesondere mit der kennzeichen- und lauterkeitsrechtlichen Beurteilung von privaten eBay-Verkäufen von mit Schutzrechten versehenen Tonträgern zu befassen.

## **II. Die Entscheidung des Gerichts**

Der OGH bestätigte die Klagsabweisung. Marken-, aber auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche mussten an der fehlenden „geschäftlichen Handlung“ des Beklagten scheitern. Das beanstandete Verhalten war nämlich objektiv nicht geeignet, den eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern; auch überwog eine andere Zielsetzung bei objektiver Betrachtung eindeutig: Nach den festgestellten Umständen des Einzelfalls hatte der Beklagte mit dem Verkauf der strittigen CD im Internet den privaten Bereich nicht verlassen.

Der OGH verneinte aber auch die – im Privatbereich mögliche – Namensverletzung. Im konkreten Fall lag eine bloße Namensnennung vor. Mangels besonderer Umstände, die eine Zuordnungsverwirrung iS einer Beeinträchtigung berechtigter Interessen des Namensträgers herbeiführen würden, schied eine Namensrechtsverletzung ebenfalls aus.

## **III. Kritische Würdigung und Ausblick**

Der vorliegenden Entscheidung ist in ihrem Gleichlauf marken-, lauterkeits- und namensrechtlicher Beurteilung vollinhaltlich beizupflichten. Das österreichische Höchstgericht klärt die praktisch wichtigen Fragen der Zulässigkeit privater Flohmarkt-Verkäufe („virtual garage sales“) über die Internetplattform eBay. Der OGH gibt deutlich bestimmte Zurechnungsgründe vor, um noch von einem „Privatverkauf“ sprechen zu können. Obwohl es dabei stets auf den Einzelfall ankommt, ist es für die Beratungspraxis unerlässlich

die Kriterien des Umfangs, ihrer Häufigkeit oder anderer (kommerzieller) Merkmale, wie zB die Art der Anpreisung, der eBay-Verkäufe des Betreffenden ins Kalkül zu ziehen.<sup>1</sup> Dies bedeutet also, dass Private ihre Angebote auf virtuellen Verkaufsplattformen so gestalten müssen, dass sie rein privaten Charakter aufweisen bzw frei von Links zu kommerziellen Angeboten Dritter oder eigenen kommerziellen Angeboten (auf anderen Websites) sind.<sup>2</sup> Dass der Plattformbetreiber (hier: eBay) selbst kommerzielle Absichten verfolgt, schadet nach Ansicht des OGH nicht.

**Ausblick:** Die Höchststrichter lassen allerdings *obiter dicta* offen, ob allenfalls der Produzent der CD Namensrechte des Klägers verletzt hat. Durch die zustimmungslose „Nachpressung“ ist wohl in die kommerzialisierbare Seite des Namensrechts der Band eingegriffen worden.<sup>3</sup>

#### IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann nach zutreffender Ansicht des OGH gegen den Privatverkauf einer unter Verletzung von Marken- und Namensrechten produzierten Musik-CD über die Versteigerungsplattform eBay der Rechteinhaber nicht mit Unterlassungsklage vorgehen.

---

<sup>1</sup> Vgl. in Ansätzen bereits *Thiele*, Internetaktivitäten und geschäftlicher Verkehr – zivil- und steuerrechtliche Auswirkungen, ÖStZ 2001, 40.

<sup>2</sup> Vgl. OGH 16.2.2011, 17 Ob 19/10h – *amade.at IV/Ski Amadé II*, jusIT 2011/23, 49 (*Thiele*) = ÖBI-LS 2011/60/61/62/63 = ÖBI 2011/42, 177 = *ecolex* 2012/28, 63 (*Schumacher*).

<sup>3</sup> Vgl. OGH 19.9.2011, 17 Ob 25/11t – *Maria Treben II*, ÖBI-LS 2011/105; 21.6.2010, 17 Ob 2/10h – *Maria Treben I*, ÖJZ EvBI-LS 2010/159, 971 = *ecolex* 2010/438, 1173 (*Adocker*) = ÖBI-LS 2010/177/178/179/180/193/194/195 = ÖBI 2011/4, 19 = RdW 2010/767, 770 = MR 2010, 371; dazu *Thiele*, Ein Name ist nichts Geringes – Aktuelle Entwicklungen zur Namenslizenz, MR 2010, 379; vgl. auch *Thiele/Laimer*, Die Band ohne Namen – Künstlergruppen und Kennzeichenrecht, MR 2008, 191.