

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

B e s c h l u s s

gefasst:

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

B e g r ü n d u n g :

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 „Benutzung“ 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 angemäÙt oder ihn unrechtmäÙig 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.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 11. Mai 2012

Dr. S c h e n k

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: