

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

COVID-19 und Entgeltfortzahlung

- > Einfluss des EpidemieG
- > Quarantäne und Betriebsschließungen

Hass im Netz: Vermarktung
der Persönlichkeit

Konflikt: Geheimnisschutz
und Rechtsdurchsetzung

Regulatorische Sandkästen
im Verfassungsrahmen

Post-Brexit-Urteile:
Anerkennung und
Vollstreckung

Immaterielle Werte und
das wirtschaftliche Eigentum

Energiewende: Förderungen
der EIB und Beihilfenrecht

NEU:
Recht hören.
Der ecolex-
Podcast!



ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418 Österreichische Post AG MZ 02Z032706 M Verlag Manz, Gutheil Schoder Gasse 17, 1230 Wien

Hass im Netz: § 17 a ABGB und die Vermarktung der Persönlichkeit

BEITRAG. Mit dem Hass-im-Netz-Bekämpfungsgesetz (HiNBG) wurde auch ein neuer § 17 a zur „Wahrnehmung der Persönlichkeitsrechte“ in das ABGB eingefügt. Da Persönlichkeitsrechte nach mittlerweile gefestigter Rsp auch vermögenswerte Bestandteile enthalten und wirtschaftlich verwertet werden können (etwa iZm Personality Merchandising),¹⁾ stellt sich ua auch die Frage, welche Auswirkungen diese neue Bestimmung auf die wirtschaftliche Verwertung von Persönlichkeitsrechten hat. **ecolex 2021/206**



Dr. Dominik Hofmarcher ist Counsel der Schönherr Rechtsanwältinnen GmbH.

A. Hintergrund

Ich habe die wirtschaftliche Verwertbarkeit von Persönlichkeitsrechten ua in meiner Dissertation zum Thema Personality Merchandising untersucht.²⁾ In einer Abhandlung in *ecolex*³⁾ hatte ich die Situation einst wie folgt zusammengefasst: Das Persönlichkeitsrecht ist ein komplexes Mischrecht. Es besteht einerseits aus den besonderen Persönlichkeitsrechten und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, die zusammen einen umfassenden und flexiblen Schutz ideeller Interessen gewährleisten. Andererseits ist aber anerkannt, dass die Persönlichkeitsrechte auch vermögenswerte Bestandteile enthalten, die über § 1041 ABGB zumindest bereicherungsrechtlich geschützt sind („geldwerter Bekanntheitsgrad“).⁴⁾ Wurzel bzw Bindeglied all dieser Elemente ist § 16 ABGB.⁵⁾ Dem Grunde nach handelt es sich beim Persönlichkeitsrecht daher um ein monistisches und kein dualistisches Recht (im Unterschied zum amerikanischen System des „Right of Privacy“ und „Right of Publicity“).

Diese Zersplitterung des Persönlichkeitsrechts bereitet mitunter Schwierigkeiten.

Letztendlich kann es freilich stets nur darauf ankommen, ob jemand rechtswidrig in der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit eingeschränkt wird – ob die Person durch eine Abbildung (§ 78 UrhG), durch die Nennung eines Namens (§ 43 bzw § 16 ABGB) oder durch die Verwendung einer Stimme (§ 16 ABGB) identifizierbar wird, ist demgegenüber völlig irrelevant.

Nun sollen mit dem neuen § 17 a ABGB, einer Bestimmung, die der Zentralnorm des § 16 ABGB nachgelagert ist, einige grundlegende Fragen geregelt werden.

In den EB⁶⁾ heißt es dazu: „Die Änderungen im ABGB sollen im Wesentlichen eine Positivierung der seit Jahrzehnten von Literatur und Rechtsprechung um die ‚Zentralnorm‘ des § 16 herum entwickelten und fortgeschriebenen Anspruchsgrundlagen des Persönlichkeitsrechts erreichen. Es sollen zentrale Fragen der Aktivlegitimation, der Einwilligung und der Interessenabwägung geregelt werden. Insbesondere soll die Anspruchsgrundlage bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten in eine eigene Norm gegossen und ausdrücklich die bisherige Rechtslage, die einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch aus den schadenersatzrechtlichen Einzelbestimmungen abgeleitet hat, in einer allgemeinen Grundregel festgehalten werden.“

B. Unübertragbarkeit (§ 17 a Abs 1 ABGB)

§ 17 a Abs 1 bestimmt: „*Persönlichkeitsrechte sind im Kern nicht übertragbar.*“

Dass Persönlichkeitsrechte als höchstpersönliche Rechte unübertragbar sind, war und ist unstrittig. Das gilt schließlich auch für Mischrechte wie das Urheberrecht; zwar dient das Urheberrecht primär dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Urhebers, es ist aber nicht vollständig übertragbar, zumal die Urheberpersönlichkeitsrechte stets beim Urheber verbleiben.⁷⁾ Aufgrund der monistischen Natur des Urheberrechts schlägt die Unübertragbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts auf das „gesamte Recht“ durch.

Interessant ist die einschränkende Formulierung des § 17 a Abs 1 ABGB, wonach Persönlichkeitsrechte nur „im Kern“ unübertragbar sind. Es stellt sich daher die Frage, ob sie in Randbereichen – und insb soweit primär kommerzielle Interessen betroffen sind – übertragen werden können.

Davon ist nicht auszugehen, wenngleich auch die EB und die E des OGH auf den ersten Blick nicht eindeutig zu sein scheinen. In den EB wird darauf verwiesen, dass der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit und Unübertragbarkeit in letzter Zeit Einschränkungen erfahren habe – das betreffe insb den Bereich der kommerziellen Verwertung von Persönlichkeitsrechten. Der OGH hatte in der E *Nahrungsergänzungsmittel*⁸⁾ davon ge-

¹⁾ Siehe dazu im Detail *Hofmarcher*, Personality Merchandising, ipCompetence 2013 H 9, 48.

²⁾ Daraus ist insb *Hofmarcher*, ipCompetence 2013 H 9, 48 hervorgegangen.

³⁾ *Hofmarcher*, Persönlichkeitsrechte als Immaterialgüter(ähnliche)rechte? *ecolex* 2013, 543.

⁴⁾ Vgl OGH RIS-Justiz RSO126118 (T 1).

⁵⁾ Nach stRsp haben das allgemeine Persönlichkeitsrecht, die besonderen Persönlichkeitsrechte sowie die vermögenswerten Bestandteile ihre Wurzeln in § 16 ABGB: vgl etwa OGH RIS-Justiz RSO109218 (zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht), RSO123001 (zum Recht am eigenen Bild), RSO114462 (zum Namensrecht), RSO008998 (zum Recht auf Namensanonymität), OGH 6 Ob 287/02b, MA 2412 II, ÖBl 2004/13 (*Gamerith*) = *ecolex* 2004/96 (*Schumacher*) (zum Recht an der eigenen Stimme) und RSO126118 (T 1) (zum geldwerten Bekanntheitsgrad = Werbewert).

⁶⁾ Abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/ME/ME_00048/fname_819530.pdf (abgerufen am 8. 3. 2021).

⁷⁾ Vgl etwa *Salomonowitz* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 23 Rz 3 und 5.

⁸⁾ OGH 4 Ob 124/10d, *Nahrungsergänzungsmittel*, ÖBl 2011/27.

sprochen, dass eine Person das vermögenswerte Recht, den eigenen Namen und das eigene Bild (oder andere Identifizierungsmittel) zu wirtschaftlichen Zwecken (etwa zu Werbezwecken) zu verwenden, an eine andere Person übertragen und ihr auch das Recht einräumen könne, dieses übertragene Recht im eigenen Namen gegen Eingriffe Dritter zu verteidigen.⁹⁾

Dass mit „Übertragung“ iS des Rechtssatzes keine vollständige (translative) Übertragung gemeint ist, ergibt sich allerdings schon daraus, dass der Persönlichkeitsrechtsträger das Recht einräumen kann, die „übertragenen“ Rechte im eigenen Namen gegen Dritte zu verteidigen. Im Fall einer vollständigen Übertragung wäre eine solche Einräumung der Klagslegitimation nicht erforderlich.

ME bleibt es also dabei, dass Persönlichkeitsrechte weder ganz noch in Bestandteilen übertragen werden können, zumal dies sogar für ein Mischrecht wie das Urheberrecht gilt. Ungeachtet

Ungeachtet dessen können – jedenfalls iZm den vermögenswerten Bestandteilen – exklusive und nicht exklusive Lizenzen erteilt werden (dazu sogleich).

C. Einwilligung/Lizenzierbarkeit (§ 17a Abs 2 ABGB)

ME bleibt es also dabei, dass Persönlichkeitsrechte weder ganz noch in Bestandteilen übertragen werden können (zumal dies sogar für ein Mischrecht wie das Urheberrecht gilt).

§ 17a Abs 2 ABGB betrifft Fragen der Einwilligung bzw Lizenzierbarkeit: „In den Eingriff in ein Persönlichkeitsrecht kann nur eingewilligt werden, soweit dies nicht gegen die guten Sitten verstößt. Die Einwilligung in den Eingriff in den Kernbereich eines Persönlichkeitsrechts kann nur vom entscheidungsfähigen Träger des Persönlichkeitsrechts selbst erteilt werden, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist.“

Diese Bestimmung lässt – sowohl im Bereich ideeller als auch im Bereich materieller Interessen – zahlreiche Fragen offen.

Was die guten Sitten betrifft, verweisen die EB auf die Einwilligung in eine Körperverletzung gem § 90 StGB. Auch dort musste der Gesetzgeber aber naturgemäß abstrakt bleiben – in den Gesetzesmaterialien ist die traditionelle Formel zu finden, dass gegen die guten Sitten verstößt, „was dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht“.¹⁰⁾ Die Funktion des genannten Korrektivs besteht offensichtlich darin, die grundsätzlich anerkannte Dispositionsbefugnis des Einzelnen zu beschränken – angesichts des hohen Ranges des in Rede stehenden Rechtsguts behält sich die Rechtsgemeinschaft über die „gute Sitten-Klausel“ eine gewisse Mitsprache vor.¹¹⁾

Offen bleibt ferner auch, was zum Kernbereich des Persönlichkeitsrechts zählt (in dem Einwilligungen nur vom entscheidungsfähigen Träger des Persönlichkeitsrechts selbst erteilt werden können). Nach stRsp stellt der höchstpersönliche Lebensbereich den Kernbereich der geschützten Privatsphäre dar und ist daher einer den Eingriff rechtfertigenden Interessenabwägung regelmäßig nicht zugänglich. Dieser höchstpersönliche Kernbereich ist laut OGH nicht immer eindeutig abgrenzbar, es sei aber davon auszugehen, dass jedenfalls die Gesundheit, das Sexualleben und das Leben in und mit der Familie dazu gehören.¹²⁾ Typische Nutzungen von Persönlichkeitsmerkmalen zu Werbe- und Merchandisingzwecken bzw als „Marke“ fallen idR nicht darunter – in diesem Bereich können also Eltern für nicht entscheidungsfähige Kinder eine Zustimmung

zur Nutzung erteilen. Die EB führen zur Lizenzierbarkeit unter Hinweis auf RIS-Justiz RS0009321 (sic!, gemeint wohl RS0126229) und die E *Maria Treben*¹³⁾ aus, dass „Vermarktungsrechte, die sich ausschließlich¹⁴⁾ auf den vermögensrechtlichen Teil der genannten Persönlichkeitsrechte beziehen, einschließlich des Rechts, Ansprüche aus der Verletzung dieser wirtschaftlichen Interessen zu verfolgen, abgetreten werden können“.¹⁵⁾

Letztendlich betrifft § 17a Abs 2 ABGB nur ganz grundsätzliche Fragen – gibt es die Möglichkeit der Einwilligung und wer kann einwilligen. Wesentliche Aspekte der Lizenzierbarkeit wie etwa die Rechtsposition des Lizenznehmers, Exklusivität, Dauer, Widerruf, Auslegung und Sukzessionsschutz bleiben ungeregt.¹⁶⁾ Insoweit hatte der OGH etwa in den E *Maria Treben*¹⁷⁾ und *Nahrungsergänzungsmittel*¹⁸⁾ iS der E *Radetzky*¹⁹⁾ klargestellt, dass die Grundsätze der immaterialgüterrechtlichen Lizenz auch auf die kommerzielle Seite des Namensrechts (bzw andere identifizierende Persönlichkeitsmerkmale) anzuwenden sind.²⁰⁾ So könne der Namensträger auf sein Untersagungsrecht verzichten und den Gebrauch seines Namens einem anderen, insb zu kaufmännischen Zwecken, gestatten.²¹⁾

Es ist davon auszugehen, dass über die wirtschaftlichen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts in ähnlicher Weise verfügt werden kann wie über urheberrechtliche Verwertungsrechte, wobei Einschränkungen der Lizenzierbarkeit bzw der Bestandskraft von Lizenzverträgen zum Schutz des Persönlichkeitsrechtsträgers erforderlich sein können.

D. Postmortaler Schutz (§ 17a Abs 3 ABGB)

Besonders interessant – weil in dieser Allgemeinheit neu – ist § 17a Abs 3 ABGB zum postmortalen Schutz der Persönlichkeit: „Die Persönlichkeitsrechte einer Person wirken nach dem Tod in ihrem Andenken fort. Verletzungen des Andenkens können die mit dem Verstorbenen im ersten Grad Verwandten und der überlebende Ehegatte, eingetragene Partner oder Lebensgefährte Zeit ihres Lebens geltend machen, andere Verwandte in auf- oder absteigender Linie nur für zehn Jahre nach dem Ablauf des Todesjahres. Jedenfalls zulässig sind im öffentlichen Interesse liegende Eingriffe zu Archivzwecken, zu wissenschaftlichen und zu künstlerischen Zwecken.“

Die Bestimmung hat unübersehbare Parallelen zu § 77 Abs 2 UrhG, wobei es dort dem Wortlaut nach primär um den Schutz der ideellen Interessen der Angehörigen selbst geht. Auch in den EB wird auf die Rsp zu den §§ 16 ABGB sowie §§ 77 und 78 UrhG verwiesen. Entsprechend den Regeln im UrhG solle die

⁹⁾ OGH RIS-Justiz RS0126229.

¹⁰⁾ *Schütz in Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 90 Rz 69 mwN (Stand 1. 5. 2016, rdbat).

¹¹⁾ *Schütz in Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 90 Rz 67 (Stand 1. 5. 2016, rdbat).

¹²⁾ OGH RIS-Justiz RS0122148.

¹³⁾ OGH 17 Ob 2/10h, *Maria Treben*, ecolex 2010/438 (*Adocker*).

¹⁴⁾ Tatsächlich wird jede (unautorisierte) Vermarktung auch ideelle Interessen (Selbstbestimmungsfreiheit) betreffen.

¹⁵⁾ EvBl-LS 2011/6.

¹⁶⁾ Siehe zu all diesen Themen bereits *Hofmarcher*, ecolex 2013, 543.

¹⁷⁾ OGH 17 Ob 2/10h, *Maria Treben*, ecolex 2010/438 (*Adocker*).

¹⁸⁾ OGH 4 Ob 124/10d, *Nahrungsergänzungsmittel*, ÖBl 2011/27.

¹⁹⁾ OGH 4 Ob 85/00d, *Radetzky*, ecolex 2000/332 (*Schanda*).

²⁰⁾ So auch *Thiele*, Ein Name ist nichts Geringes – Aktuelle Entwicklungen zur Namenslizenz, MR 2010, 379.

²¹⁾ Vgl OGH RIS-Justiz RS0009344.

„Wiederherstellung des Ansehens“ durch die nahen Angehörigen wahrgenommen werden. Zur Definition der nahen Angehörigen könne auf § 77 Abs 2 UrhG²²⁾ zurückgegriffen werden (Anm: der Begriff „nahe Angehörige“ kommt in der Bestimmung allerdings gar nicht vor). Dabei sei auch die bisher zu §§ 77, 78 UrhG ergangene Rsp zu berücksichtigen, nach der die – den Anspruch auslösende – Beeinträchtigung der Interessen der nahen Angehörigen im Regelfall schon dann eintritt, wenn die Interessenabwägung zu Lebzeiten des Betroffenen zu dessen Gunsten ausgegangen wäre. Daher sei eine besondere Begründung für eine eigene Interessenbeeinträchtigung der Angehörigen nicht erforderlich. Der Schutz der postmortalen Persönlichkeitsrechte knüpfe nicht nur an die Beeinträchtigung eines Persönlichkeitsrechts, sondern auch an das zu wahrende Andenken an den Verstorbenen an.

Dadurch solle das „fortwirkende Lebensbild“ eines Verstorbenen insb vor groben Beeinträchtigungen oder Entstellungen geschützt werden.

Es ist davon auszugehen, dass jedem Angehörigen – analog zur Rechtsstellung eines Miteigentümers – ein selbstständiges Abwehrrecht zukommt; wie die Angehörigen eine Zustimmung erklären können, blieb bisher offen²³⁾ und wurde auch jetzt nicht geregelt.

Da die Rsp des OGH festgeschrieben werden sollte, ist ferner davon auszugehen, dass grundsätzlich kein Anspruch der Angehörigen auf ideellen Schadenersatz besteht.²⁴⁾ Ob dies auch dann gilt, wenn rechtswidrig die Interessen der Angehörigen selbst beeinträchtigt werden (so schützt § 77 Abs 1 UrhG nach dem Wortlaut primär die eigenen Interessen der Angehörigen), scheint fraglich. Tatsächlich hat der OGH in derartigen Fällen regelmäßig geprüft, ob ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Angehörigen vorliegt. Hierzu sei entsprechend der d Rsp eine „unmittelbare“ Betroffenheit erforderlich. Dabei reiche bei unzulässigen Bildveröffentlichungen die bloße Verwandtschaft zum Verstorbenen nicht aus.²⁵⁾ Der OGH scheint dabei – konsequent – zwischen dem postmortalen Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen und dem eigenen (nicht postmortalen) Persönlichkeitsrecht der Angehörigen zu unterscheiden.

§ 17a Abs 3 ABGB bezieht sich offensichtlich nur auf die ideellen Bestandteile der Persönlichkeitsrechte. Im Wesentlichen wird damit die Rsp zu §§ 77 und 78 UrhG für sämtliche Persönlichkeitsrechte festgeschrieben. Das ist schon insofern angezeigt, als der Bildnisschutz so wie die anderen (besonderen) Persönlichkeitsrechte bloß eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach § 16 ABGB sind.²⁶⁾ Zur Begründung des (allgemeinen) postmortalen Persönlichkeits-schutzes wies der OGH zwar auf die §§ 77 und 78 UrhG hin, er wendete diese Bestimmungen aber nicht unmittelbar analog an.²⁷⁾

Wie der OGH zuletzt klargestellt hat, sind vom postmortalen Persönlichkeitsschutz nach § 16 ABGB oder §§ 77 und 78 UrhG Ansprüche aufgrund des „geldwerten Bekanntheitsgrads“ einer verstorbenen Person abzugrenzen. Die materiellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts (geldwerter Bekanntheitsgrad, der als Sache iSd § 285 ABGB gem § 1041 ABGB bereicherungsrechtlich geschützt ist), sind vererblich und fallen in den Nachlass. Während die fortwirkenden ideellen Interessen nach dem Tod von den Angehörigen wahrgenommen werden, bleibt den Erben die Verwertung des geldwerten Bekanntheitsgrads vorbehalten. Greift die Veröffentlichung der Abbildung eines Verstorbenen in materielle Interessen ein, können die Erben (solange das Verwertungsrecht besteht) mitunter Geldersatz

fordern.²⁸⁾ Die damit zusammenhängenden Fragen – insb wie sich Ansprüche aufgrund materieller und immaterieller Aspekte des Persönlichkeitsrechtsschutzes nach dem Tod des Betroffenen zueinander verhalten und wie ihre Durchsetzung koordiniert werden kann – wurden vom OGH bisher, soweit ersichtlich, nicht behandelt.²⁹⁾ Und auch die drängendste Frage, wie lange das Recht der Erben bestehen bleibt, ist mangels gesetzlicher Regelung weiterhin offen. In Deutschland hat der BGH die Dauer des Schutzes vermögenswerter Bestandteile des postmortalen Persönlichkeitsrechts in der E *Klaus Kinski*³⁰⁾ bekanntlich eher restriktiv mit zehn Jahren festgelegt. Eine Orientierung an der Zehnjahresfrist des § 77 Abs 2 UrhG bzw nunmehr auch des § 17a Abs 3 ABGB scheint zwar denkbar, aber keineswegs zwingend.³¹⁾

E. Ansprüche und Klagebefugnis (§ 20 Abs 1 ABGB)

Hinzuweisen ist im konkreten Zusammenhang noch darauf, dass der neue § 20 Abs 1 ABGB Rechtsfolgen für (sämtliche) Persönlichkeitsrechtsverletzungen festlegt. Dieser lautet: „*Wer in einem Persönlichkeitsrecht verletzt worden ist oder eine solche Verletzung zu besorgen hat, kann auf Unterlassung und auf Beseitigung des widerrechtlichen Zustandes klagen. Der Anspruch auf Unterlassung umfasst auch den Anspruch auf Beseitigung eines der Unterlassungsverpflichtung widerstrebenden Zustandes. Unter den Voraussetzungen des § 17a Abs 3 können auch die dort genannten Personen klagen.*“

Damit wird in den fragmentarischen Persönlichkeitsrechtsschutz eine weitere fragmentarische Bestimmung eingefügt. Insb ob und inwieweit Ansprüche auf Rechnungslegung, Schadenersatz und Urteilsveröffentlichung bestehen, bleibt offen.

Schlussstrich

Mit den §§ 17a und 20 Abs 1 ABGB wurden einige Grundsätze der Rsp gesetzlich festgeschrieben. Positiv anzumerken ist, dass man den Weg einer zentralen Regelung im Nachgang zu § 16 ABGB gewählt hat, um die Zersplitterung des Persönlichkeitsrechts nicht noch weiter voranzutreiben. Andererseits sind die Bestimmungen ihrerseits fragmentarisch. Diverse drängende Fragen – gerade auch iZm der Vermarktung von Persönlichkeiten – wurden nicht geklärt.

²²⁾ Gem § 77 Abs 2 UrhG sind nahe Angehörige die Verwandten in auf- und absteigender Linie sowie der überlebende Ehegatte oder Lebensgefährte.

²³⁾ OGH 4 Ob 203/13a, *Russen-Anwalt*, ecolex 2014/192 (*Wilhelm*).

²⁴⁾ Vgl OGH 6 Ob 209/16b, *Postmortale Entschädigung*, ecolex 2017/198 (*Hofmarcher*); 6 Ob 61/17i, *Postmortale Entschädigung II*, ecolex 2017/489 (*Hofmarcher*).

²⁵⁾ OGH 6 Ob 61/17i, *Postmortale Entschädigung II*, ecolex 2017/489 (*Hofmarcher*).

²⁶⁾ Vgl für viele RIS-Justiz RSO123001.

²⁷⁾ OGH 4 Ob 203/13a, *Russen-Anwalt*, ecolex 2014/192 (*Wilhelm*).

²⁸⁾ Vgl im Detail *Hofmarcher*, Der postmortale Schutz des Werbewerts, ip-Competence 2013 H 9, 38; vgl zuletzt mit umfassenden Ausführungen OGH 4 Ob 203/13a, *Russen-Anwalt*, ecolex 2014/192 (*Wilhelm*).

²⁹⁾ OGH 4 Ob 203/13a, *Russen-Anwalt*, ecolex 2014/192 (*Wilhelm*).

³⁰⁾ BGH I ZR 277/03, *Klaus Kinski*, MR-Int 2006, 185.

³¹⁾ Vgl im Detail *Hofmarcher*, ip-Competence 2013 H 9, 38.