

Österreichische Blätter für

# GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB1

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung Lothar Wiltschek, Gottfried Musger,  
Walter Holzer

September 2015

05

197 – 244

## Beiträge

### Urheberrechts-Novelle 2015

Christian Handig ↻ 200

### Die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs

Jürgen C.T. Rassi ↻ 207

## Leitsätze

Nr 34 – 40 ↻ 216

## Rechtsprechung

Teekanne – Irreführung über die Zutaten eines Lebensmittels

Clemens Appl ↻ 217

Selbstentnahmevorrichtungen – Zur Marktabgrenzung bei der  
Ermöglichung des Vertriebs von Gratiszeitungen Raoul Hoffer ↻ 223

CDC Hydrogen Peroxide – Internationale Zuständigkeit  
für Kartellschadenersatz Gottfried Musger ↻ 228

kinox.to – Sperrverfügungen gegen Access-Provider  
Philipp Anzenberger ↻ 237

Office Assistant Pro – Nutzungsrechte an individuell  
hergestellter Software ↻ 239

## Bericht

ALAI-Kongress Bonn 2015 Christian Handig ↻ 243

## → Sperrverfügungen gegen Access-Provider

### 1. § 81 Abs 1 a UrhG; § 16 ECG

Die auf Sperre von Webseiten gerichtete Klage gegen Access-Provider setzt nach § 81 Abs 1 a UrhG zwar grundsätzlich eine vorherige Abmahnung voraus. Dem ist es jedoch gleichzuhalten, wenn der Provider im Zuge des Verfahrens Klarheit über die Rechtsverletzung erhält und dennoch darauf beharrt, nicht zu einem Einschreiten verpflichtet zu sein.

#### Sachverhalt:

Die Kl sind (zumindest Mit-)Inhaber der Rechte an Filmwerken. Die Bekl vermitteln als Access-Provider iSd § 13 ECG Zugang zu den Webseiten www.kinox.to und www.movie4k.to, die darauf spezialisiert sind, Nutzern das Aufrufen aktueller Filme – so auch der von den Kl konkret genannten, die sie (mit-)hergestellt haben – zu ermöglichen. Eine Zustimmung der Rechteinhaber erfolgte nicht. Die genannten Webseiten sind darauf angelegt, Nutzern in großem Umfang den Zugang zu geschützten Filmwerken zu ermöglichen. Dass die Portale darüber hinaus noch Informationen enthalten, die **zulässigerweise** verbreitet werden, wurde nicht bescheinigt.

Die Vorinstanzen haben – gestützt auf die E 4 Ob 71/14s<sup>1)</sup> – den Bekl untersagt, in Österreich ihren Kunden im Internet Zugang zu den genannten Webseiten zu vermitteln, wenn ihnen auf diesen die in der Klage bezeichneten Filme zur Verfügung gestellt werden. Das RekG hat ausgesprochen, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands € 30.000,- übersteige, und hat den oRevRek zur Frage zugelassen, ob die Abmahnung iSd § 81 Abs 1 a UrhG notwendige Voraussetzung für die Unterlassungsklage sei und welche Kriterien sie konkret zu erfüllen habe.

Der RevRek der Erst- bis Drittbekl (die ViertBekl hat sich nicht am RMVerfahren beteiligt) ist – ungeachtet des rekursgerichtlichen Zulassungsausspruchs, an den der OGH nicht gebunden ist – in Ermangelung

### 2. § 81 Abs 1 a UrhG; Art 15, 16, 17 GRC; Art 7 B-VG

Die klagenden Rechteinhaber müssen dem Provider die Kosten von Sperrmaßnahmen nicht ersetzen. Diese Rechtslage ist verfassungs- und unionsrechtlich unbedenklich.

von erheblichen Rechtsfragen iSv § 528 Abs 1 ZPO nicht zulässig.

#### Aus der Begründung:

[Abmahnung kann im Verfahren „nachgetragen“ werden]

1.1. In der E 4 Ob 140/14 p<sup>2)</sup> hat der Senat jüngst ausgesprochen, dass § 81 Abs 1 a UrhG zwar vom Regelfall ausgeht, dass die Abmahnung vor der Klage erfolgt.

Dem ist es jedoch gleichzuhalten, wenn der Provider im Zuge des Verfahrens Klarheit über die Rechtsverletzung erhält und dennoch darauf beharrt, nicht zu einem Einschreiten verpflichtet zu sein: Denn in diesem Fall besteht Erstbegehungsgefahr, die nach stRsp ebenfalls einen Unterlassungsanspruch begründet.

1.2. Die RevRekWerberinnen (in der Folge „die Bekl“) führen aus, dass die Rsp zu 4 Ob 140/14 p nur auf Host-Provider (iSd § 16 ECG) anzuwenden sei. Access-Provider hätten nämlich weder Kenntnis noch Zugriffsmöglichkeiten auf die von ihnen vermittelten Webseiten. Die Verlagerung der Abmahnung in den Prozess sei daher bei Access-Providern untunlich. Es fehle wegen der unzureichenden Abmahnungen an einer materiellen Anspruchsvoraussetzung des Unterlassungsanspruchs. →

ÖBI 2015/49

§ 81 Abs 1 a  
UrhG;  
§ 16 ECG

OGH 19. 5. 2015,  
4 Ob 22/15 m  
(OLG Wien  
30 R 43/14 k;  
HG Wien  
19 Cg 72/14 f)

kinox.to

Der OGH präzisiert seine Rsp zu Sperrverfügungen gegen Access-Provider.

1) *UPC Telekabel II*, ÖBI 2014/50, 237 (Anzenberger).

2) *Fußballerfotos*, ÖBI 2015/19, 88 (Staudegger).

[Insofern Gleichbehandlung von Host- und Access-Providern]

1.3. Eine Verschiedenbehandlung von Access- und Host-Providern widerspricht der klaren Formulierung in § 81 Abs 1 a Satz 2 UrhG, der auf die Bestimmungen der §§ 13 bis 17 ECG verweist. Dieser Verweis umfasst somit sowohl Access-Provider (§ 13 ECG) als auch Host-Provider (§ 16 ECG), die bezüglich der erforderlichen Abmahnung gleichgestellt werden. § 81 Abs 1 a UrhG wurde in Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben (Art 8 Abs 3 RL 2001/29/EG [InfoRL]) erlassen. Neben der InfoRL ist hier die RL 2000/31/EG [E-CommerceRL] von Relevanz. Diese normiert im Abschnitt 4 (Verantwortlichkeit der Vermittler) die Verantwortlichkeit von Access- und Host-Providern sowie für Caching. Wenn die InfoRL in der Folge von „Vermittlern“ spricht (insb in Art 8 Abs 3), so werden darunter sowohl Access- (vgl 4 Ob 71/14s) als auch Host-Provider verstanden. Für beide gilt, dass sie (anders als Content-Provider) an der „Schöpfung“ des urheberrechtswidrigen Inhalts der Webseiten nicht beteiligt sind und dass sie die Inhalte der ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen grds nicht überwachen müssen (Art 15 E-CommerceRL). Beide werden somit idR keine Kenntnis von rechtswidrigen Inhalten haben, weswegen der Unterlassungsanspruch erst mit einer Abmahnung entsteht. Allerdings kann, wie in 4 Ob 140/14p, schon das Bestreiten einer von der Gegenseite im Verfahren behaupteten Unterlassungspflicht die Erstbegehungsgefahr und damit den Unterlassungsanspruch begründen. Das traf hier zu, weil die Bekl – die nach einer Fristerstreckung ausreichend Zeit zur Beurteilung der Sach- und Rechtslage hatten – in ihrer Äußerung darauf beharrten, nicht zu einer Sperrung verpflichtet zu sein, wobei sie dies nicht nur mit der angeblich mangelhaften Abmahnung, sondern auch mit anderen Argumenten begründeten.

[Keine relevante Auswirkung auf legale Inhalte]

2. Soweit sich die Bekl gegen die gesamte Sperrung der klagegegenständlichen Webseiten und nicht bloß eines konkreten Inhalts wenden, ist ihnen mit dem RekG entgegenzuhalten, dass sie iZm diesen Webseiten nicht konkret dargetan haben, dass die Sperrung auch (relevante) Auswirkungen auf legale Inhalte haben kann.

[Zu den Kosten von Sperrmaßnahmen]

3.1. Die Frage, ob über die Zumutbarkeit von aufgetragenen Sperrmaßnahmen erst in einem allfälligen Im-

pugnationsverfahren abzusprechen ist, beantwortet die ausführlich begründete und auf der E des EuGH v 27. 3. 2014, C-314/12,<sup>3)</sup> *UPC Telekabel*, beruhende E 4 Ob 71/14s (MR 2014, 171 [Kraft] = MR 2014, 201 [Walter] = ÖBl 2014/50, 237 [Anzenberger]). Die Bekl haben keine tragfähigen Gründe dargetan, die ein Abgehen von dieser Entscheidung nahelegen würden.

Der EuGH befasste sich in der genannten Entscheidung differenziert mit der Frage der Kostentragung durch den Access-Provider. Diese erfordert es, dass gerade keine **konkreten** Sperrmaßnahmen auferlegt werden. Der Ausspruch eines Erfolgsverbots ist mit den unionsrechtlichen Vorgaben – insb dem Grundrecht der unternehmerischen Freiheit nach Art 16 GRC – vereinbar (C-314/12 Rz 48). Der Provider muss die Kosten allfälliger Sperrmaßnahmen in die geschäftliche Kalkulation einberechnen und ein Vermittler muss sowohl in finanzieller als auch technischer Hinsicht gerüstet sein, Zugangssperren durchzuführen. Gerade aufgrund der Kostentragung durch den Access-Provider ist die Unterlassungsanordnung auf ein Erfolgsverbot zu beschränken, sodass der jeweilige Access-Provider die kostengünstigste Möglichkeit einer Sperrung wählen kann (C-314/12 Rz 52).

3.2. Aufgrund dieser Erwägungen erübrigt sich die von den Bekl angeregte Antragstellung an den VfGH zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit (auch zu Art 15 und Art 17 GRC und den entsprechenden Bestimmungen im StGG) der Regelung des § 81 Abs 1 a UrhG oder die (neuerliche) Vorlage an den EuGH. Die Regelung des § 81 UrhG führt dazu, dass ein Provider die Kosten allfälliger Sperrmaßnahmen zu tragen hat. Dies ist sachgerecht angesichts des Umstands, dass ein Provider, der ja im eigenen wirtschaftlichen Interesse handelt, auch für die Folgen dieses Handelns einzustehen hat. Zu solchen Folgen zählt auch, dass er die Mitwirkung an einer Rechtsverletzung Dritter auf seine eigenen Kosten abstellen muss.

Die von den Bekl zur Begründung der behaupteten Verfassungswidrigkeit des § 81 Abs 1 a UrhG wegen Verstoßes gegen Art 7 B-VG zitierte E des VfGH v 27. 2. 2003, G 37/02, ist nicht einschlägig, zumal es dort um Kosten für die Erbringung staatlicher Aufgaben ging, während hier ein im Privatrecht begründeter Anspruch auf Unterlassung der Mitwirkung an Urheberrechtsverletzungen gegenständlich ist.

3) ÖBl 2014/40, 189 (Heidinger).

**Anmerkung:**

Die vorliegende Entscheidung klärt neuerlich Auslegungsfragen zu § 81 Abs 1 a UrhG: In konsequenter Fortschreibung der in 4 Ob 140/14p MR 2015, 31 (Walter sowie Uhl/Pateter) = ÖBl 2015/19, 88 (Staudegger) entwickelten Grundsätze vertritt der vierte Senat die Auffassung, dass **Host-Provider und Access-Provider hinsichtlich des Zeitpunkts der für die Entstehung des Unterlassungsanspruchs notwendigen Abmahnung gleich zu behandeln** sind. Dem ist schon aufgrund des ausdrücklichen Verweises in § 81 Abs 1 a

Satz 2 UrhG zuzustimmen: In beiden Fällen setzt **das Entstehen eines Unterlassungsanspruchs** die vorherige **Abmahnung** durch den Rechteinhaber voraus; ab diesem Zeitpunkt können sich dann konsequenterweise weder Host-Provider noch Access-Provider auf die Unkenntnis ihrer Mitwirkung an der Rechtsverletzung Dritter berufen. Nachdem die Abmahnung keine (formelle) Prozessvoraussetzung, sondern eine (materielle) Anspruchsvoraussetzung ist (dazu ausf OGH 4 Ob 140/14p), muss es in sinngemäßer Anwendung des § 406 ZPO (vgl dazu auch *Rechberger* in *Rechberger*



[Hrsg], Kommentar zur ZPO<sup>4</sup> [2014] § 406 ZPO Rz 14 ff) genügen, dass der **Unterlassungsanspruch im Entscheidungszeitpunkt besteht**; insofern kann die Abmahnung auch noch während des Verfahrens vorgenommen werden. Den Kl treffen dann – sofern der Bekl sogleich einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich anbietet – nach § 45 ZPO „lediglich“ die Prozesskosten, weil der Bekl (mangels Bestehens eines Unterlassungsanspruchs) keine Veranlassung zur Klageführung gegeben hat. Die Lösung des OGH vermeidet insoweit unnötige Zusatzverfahren und ist als prozessökonomisch zu begrüßen. Die (uU noch weiter zu präzisierenden; vgl *Walter* sowie *Uhl/Pateter* in Anm zu OGH 4 Ob 140/14p MR 2015, 31) **Inhaltserfordernisse** einer außergerichtlichen Abmahnung waren diesmal nicht zu thematisieren; als Erkenntnisgewinn bleibt, dass auch im Verfahren gegen Access-Provider eine unzureichende oder fehlende außergerichtliche Abmahnung nach § 81 Abs 1 a UrhG nicht zwangsläufig zu einer abweisenden Entscheidung führt, sondern allenfalls Kostenfolgen nach sich ziehen kann.

Zur behaupteten Unionsrechts- und Verfassungswidrigkeit des § 81 Abs 1 a UrhG verwies der vierte Senat zunächst auf die E des EuGH v 27. 3. 2014, C-314/12, *UPC Telekabel*, ÖBl 2014/40, 189 (*Heidinger*). Dort stellte der EuGH (mit ausf Begründung) fest, dass eine **gerichtliche Anordnung iSd § 81 Abs 1 a UrhG unionsrechtskonform sei**, sofern sie keine konkreten Angaben dazu enthalte, welche Maßnahmen der Anbieter ergreifen muss. Dies gebiete die unternehmerische Freiheit, die verlange, dass der Access-Provider den für ihn günstigsten Weg zur Unterbindung des untersagten Erfolgs wählen kann. An diese Rechtsansicht sind **sowohl der OGH als auch der VfGH gebunden**

(vgl *Anzenberger*, Zur Bindungswirkung von Vorabentscheidungen, in *Clavora/Garber* [Hrsg], Das Vorabentscheidungsverfahren in der Zivilgerichtsbarkeit [2014] 177 [181 ff]); insofern erübrigten sich weitere Überlegungen zur Unionsrechtswidrigkeit dieser Bestimmung. § 81 Abs 1 a UrhG muss zwar auch „nationalem“ Verfassungsrecht standhalten, der OGH sah aber unter zutr Hinweis auf den privatrechtlichen Charakter des § 81 Abs 1 a UrhG sowie auf die bereits erwähnte unternehmerische Freiheit keinen Anlass zur Anrufung des VfGH. Die RevRekWerberinnen haben freilich im nun folgenden Hauptverfahren die Möglichkeit, sich selbst an den VfGH zu wenden: Seit 1. 1. 2015 können die Parteien einer von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache gem § 62 a Abs 1 VfGG iVm Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG aus Anlass eines gegen diese Entscheidung erhobenen Rechtsmittels mit einer **Gesetzesbeschwerde** an den VfGH herantreten (dazu auf *Grabenwarter/Musger*, Praxisfragen der Gesetzesbeschwerde im Zivilverfahren, ÖJZ 2015, 551). Zum Prüfungsmaßstab zählen dabei nach dem „GRC-Erkenntnis“ (VfGH 14. 3. 2012, U 466/11 ua) auch die Grundrechte der Europäischen Grundrechtecharta, allerdings ist der VfGH wie schon erwähnt an die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH gebunden. Nachdem dieser – bei entsprechender Handhabung der Bestimmung – **keine Unionsrechtswidrigkeit** erkannt hat (EuGH 27. 3. 2014, C-314/12, *UPC Telekabel*), ist eine damit begründete Aufhebung des § 81 Abs 1 a UrhG nur nach einem neuerlichen Vorabentscheidungsverfahren möglich.

*Philipp Anzenberger,  
Graz*

