

Österreichische Blätter für

# GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB I

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz  
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

Juli 2021

04

145 – 192

## Beitrag

**Von Skihelmen, „Coyoten“ und „JÖs“ – Status quo der Werbefunktion**

Marco Wolfsberger und Alexander Zauner ↻ 148

## Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ↻ 157

Nationale Rechtsentwicklung ↻ 160

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ↻ 160

Rechtsprechung des Europäischen Patentamts ↻ 165

Rechtsprechung des OLG Wien im markenrechtlichen  
Registerverfahren ↻ 166

Rechtsprechung des OLG Wien in Patentsachen ↻ 166

## Rechtsprechung

**Produktfamilie S/Quellcode – Drohende Entwertung des Quellcodes  
durch Veröffentlichung** Barbara Kuchar ↻ 168

**DER STANDARD – Standards für die Unterscheidungskraft**  
Martin Hüttenmayr ↻ 171

**Jö-Kundenkarte – Die Marke im „mobile wallet“**  
Arthur Stadler, Jacqueline Bichler und Veronika Krickl ↻ 175

**Morbier-Käse – Käse, der nur so aussieht wie ein Produkt  
mit geschützter geografischer Herkunft** Alexander Koller ↻ 179

**Marken auf Malta – Markenrechte nach Malta verschifft**  
Tobias Hayden und Marco Thorbauer ↻ 183

**AKM/Zürs.net II – Ausnahme vom Senderecht für  
Kleingemeinschaftsantennenanlagen** Hans Lederer ↻ 186

**Mittelfinger – Mit dem Finger auf das Zitatrecht und die  
Parodie gezeigt** Johann Guggenbichler ↻ 190

Editorial:  
Ein Sommer  
wie damals?

ÖBL 2021/64

§ 17 Abs 3 Z 2  
lit b, § 18 Abs 3  
UrhG;  
Art 3, Art 5  
InfoRL;  
Art 11<sup>bis</sup> RBÜ

OGH 26. 11. 2020,  
4 Ob 166/20 w  
(OLG Wien  
133 R 72/19 i;  
HG Wien,  
57 Cg 40/15f-49),  
ECLI:AT:  
OGH0002:2020:  
0040OB00166.  
20W.1126.000

AKM/Zürs.net II

→ Ausnahme vom Senderecht für Kleingemeinschaftsantennenanlagen und das ORF-Privileg

→ Die Unionrechtswidrigkeit der Ausnahmebestimmung des § 17 Abs 3 Z 2 UrhG für Kleingemeinschaftsantennenanlagen kann nicht im Wege der Interpretation durch teleologische Reduktion

**Sachverhalt:**

Die Kl ist eine urheberrechtliche Verwertungsgesellschaft, die die Aufführungs- und Senderechte sowie damit verbundene Vergütungs- und Beteiligungsansprüche von Autoren, Komponisten und Musikverlegern wahrnimmt. Die Bekl betreibt eine Kabelnetzanlage (Glasfasernetz), mit der sie Fernseh- und Hörfunksendungen des ORF sowie anderer in- und ausländischer Sender gleichzeitig, vollständig und unverändert (integral) an weniger als 500 angeschlossene Teilnehmer gegen Entgelt weiterleitet.

Mit ihrer Stufenklage begehrt die Kl von der Bekl Rechnungslegung, die Vorlage der entsprechenden Belege und die Zahlung des sich daraus ergebenden angemessenen Entgelts. Die Bekl verletze durch die Weiterleitung der Programme das dem Urheber ausschließlich zustehende Senderecht nach § 17 UrhG. Die dazu in § 17 Abs 3 Z 2 lit b und Abs 3 letzter Satz UrhG (sog „ORF-Privileg“) normierten Ausnahmen

beseitigt werden. Die Grenze von 500 angeschlossenen Teilnehmern bleibt daher für die Frage maßgeblich, ob ein Eingriff in das dem Urheber grundsätzlich vorbehaltenen Senderecht vorliegt.

verstießen gegen die InfoRL 2001/29/EG<sup>1)</sup> sowie gegen die Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst.<sup>2)</sup> Die Kleingemeinschaftsantennenanlagen der Bekl unterliegen aber auch dem urheberrechtlichen Ausschlussrecht der öffentlichen Wiedergabe iSd § 18 UrhG bzw Art 3 Abs 1 InfoRL. Die Rsp des OGH habe die Grenzziehung zwischen dem Senderecht (§ 17 UrhG) und dem sonstigen Recht der öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG) aufgegeben; für Letzteres sei aber keine Einschränkung iSd § 17 Abs 3 UrhG vorgesehen.

Die Bekl wandte ein, dass sie sich neben der Bestimmung des § 17 Abs 3 letzter Satz UrhG auch auf § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG berufen könne. Selbst wenn diese Vorschrift gegen unionsrechtliche Vorgaben verstoßen sollte, bleibe sie doch anwendbar, solange der Gesetz-

1) In der Folge: InfoRL.  
2) In der Folge: RBÜ.

geber keine abweichende Regelung getroffen hat. Die Bekl habe nur die Weiterleitung der Sendungen an ihre Teilnehmer zu verantworten. Insoweit etwa Hotels das zu empfangende Signal in die Zimmer ihrer Gäste weiterleiten, sei die damit verbundene öffentliche Wiedergabe iSd § 18 Abs 3 UrhG nicht der Bekl zurechenbar.

Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Das BerG hob hervor, dass für die Bekl § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG Anwendung finde, sodass nicht geprüft werden müsse, ob sie sich auch auf § 17 Abs 3 letzter Satz UrhG berufen könne. Die Kl könne sich nicht unter Hinweis auf die Regelungen der InfoRL auf die Unionsrechtswidrigkeit des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG berufen, weil dieser (nach Wortlaut und Sinn eindeutigen) Bestimmung kein durch die nationalen Auslegungsregeln erzielter abweichender oder gar entgegengesetzter Sinn beigelegt werden dürfe. Auch eine unmittelbare Anwendung der InfoRL komme nicht in Betracht. § 17 Abs 3 UrhG widerspreche dem RBÜ oder dem TRIPS-Abk nicht.

Der OGH wies die aoRev zurück.

### Aus der Begründung:

[...] [7]<sup>3)</sup> 1.1 Mit seinem (im gegenständlichen Verfahren ergangenen<sup>4)</sup>) Urteil v 16. 3. 2017, **C-138/16**, *Ziurs*,<sup>5)</sup> hat der EuGH ausgesprochen, dass die Ausnahmebestimmung des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG mit der unionsrechtlichen Ausnahmemöglichkeit nach Art 5 Abs 3 lit o der InfoRL schon aufgrund der darin normierten Teilnehmergrenze („nicht mehr als 500 an die Gemeinschaftsantennenanlage angeschlossenen Teilnehmer“) nicht im Einklang steht, ohne dass die übrigen Voraussetzungen der Ausnahmemöglichkeit geprüft werden müssten.

[8] 1.2 Der Senat hat sich in **4 Ob 124/18s**<sup>6)</sup> umfassend mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine Interpretation der Ausnahmeregelung des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG iSd Unionsrechts möglich ist. Dabei wurde festgehalten, dass die 500-Teilnehmer-Grenze in dieser Norm exakt bestimmt ist. Eine Unterschreitung dieser Grenze auf interpretativem Weg würde zu einer Situation contra legem führen. Die Unionsrechtswidrigkeit kann daher nicht beseitigt werden.

[9] Die Rechtsansicht der Kl, dass die Freistellung nach § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG „schlicht nicht anwendbar ist“, wurde damit bereits in der E 4 Ob 124/18s widerlegt. Die Vorinstanzen haben im Einklang mit dieser E das Klagebegehren wegen der Ausnahmebestimmung abgewiesen.

[10] 1.3 Der behauptete Widerspruch der E 4 Ob 124/18s zur E 4 Ob 62/16 w<sup>7)</sup> liegt nicht vor.

[11] In der zuletzt genannten E wurde festgehalten, dass § 42 b UrhG unionsrechtskonform auszulegen oder erforderlichenfalls unionsrechtskonform fortzubilden ist, dies allerdings nur in den Grenzen der zulässigen Methoden. Der Senat ging bei der Auslegung des § 42 b UrhG davon aus, dass ein Ergebnis iSd Art 5 Abs 2 InfoRL im Wege der Analogie bzw teleologischen Reduktion erreicht werden kann.

[12] Auch in der E 4 Ob 124/18s wurde eine richtlinienkonforme Interpretation nur nach Maßgabe des Methodenkatalogs des nationalen Rechts für zulässig

erachtet. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation erstreckt sich auch auf die zulässige Rechtsfortbildung durch Analogie oder die teleologische Reduktion im Fall einer planwidrigen Umsetzungslücke. Im Ergebnis wurde für die Bestimmung des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG eine teleologische Interpretation verneint.

[13] Allein deshalb, weil in einem Fall eine teleologische Reduktion bejaht und im anderen Fall verneint wurde, stehen die E nicht im Widerspruch zueinander. Dieser Unterschied liegt vielmehr (nur) darin begründet, dass der Senat bei jeweils unterschiedlichen Normen des UrhG zu prüfen hatte, ob eine Interpretation iSd jeweils unterschiedlichen Normen der InfoRL möglich ist.

[14] 2. Das ErstG hat mit erkennbarer Billigung des BerG die auf § 18 Abs 3 UrhG gestützten Ansprüche der Kl gegenüber der Bekl verneint. Auch idZ zeigt die Kl keine erhebliche Rechtsfrage auf.

[15] 2.1 Das Senderecht nach § 17 Abs 1 UrhG fällt unter den unionsrechtlichen Überbegriff der öffentlichen Wiedergabe iSv Art 3 Abs 1 InfoRL (4 Ob 249/15 v<sup>8)</sup>), der in „Senden“ und in „sonstige öffentliche Wiedergabe“ (sonstige technische Übertragung) unterteilt werden kann (4 Ob 124/18s).

[16] Der österr Gesetzgeber hat damit die von Art 3 Abs 1 InfoRL umfassten Verwertungshandlungen durch §§ 17, 18 Abs 3 und § 18 a UrhG „abgedeckt“ (idS ErläutRV 40 BlgNR 22. GP 30; ähnlich auch *Walter*, MR 2018, 238 [EAnm], der zwischen der öffentlichen Wiedergabe „ieS“ nach § 18 UrhG und der Weiterleitung von Rundfunksendungen unter dem Gesichtswinkel des Senderechts unterscheidet). In der zuletzt zitierten E 4 Ob 124/18s wurde der auch hier zu beurteilende Sachverhalt als Weiterverbreitung der Sendesignale über eine kabelgebundene Sendeanlage (Kabelnetz) qualifiziert.

[17] 2.2 Zur Abgrenzung der unter dem gemeinsamen Überbegriff der „öffentlichen Wiedergabe“ fallenden Verwertungsrechte nach §§ 17 und 18 Abs 3 UrhG geht die Judikatur davon aus, dass bei einer (bloßen) Weitersendung von Fernsehprogrammen (etwa beim Streaming über ein UMTS-Mobilfunknetz) das Verwertungsrecht des § 17 UrhG (Sendung) betroffen ist, nicht aber der Tatbestand des § 18 Abs 3 UrhG (öffentliche Aufführung) vorliegt (4 Ob 89/08 d<sup>9)</sup>; 4 Ob 6/09 z; 4 Ob 68/11 w,<sup>10)</sup> *Kabelweitersendung*; RS0123993).

[18] 2.3 Im Anlassfall wirft die Kl der Bekl vor, dass sie Rundfunksendungen über ihr Kabelnetzwerk (bloß) weitersendet. Es geht damit nicht um die Verbreitung eines Signals mittels in Hotelzimmern aufge-

In der das Verfahren beendenden Entscheidung über ca 130 TV-Empfänger in Ziurs befasst sich der OGH wieder mit der gegen EU-Recht verstoßenden Kleingemeinschaftsantennenanlagen-Ausnahme.

3) Die in eckige Klammern gesetzte Nummerierung entspricht den Randnummern in der Ausfertigung der Entscheidung.

4) Das Vorabentscheidungsersuchen stammte vom ErstG (16. 2. 2016, 57 Cg 40/15f).

5) ÖBI-LS 2017/13, 134 (*Handig*); *Anderl/Heinzl*, ORF-Privileg und Gemeinschaftsantennenanlage-Ausnahme, ÖBI 2017/71, 266.

6) *Verwertungsgesellschaft Rundfunk/Hotel Edelweiß II*, ÖBI 2019/25, 98 (*Klamert/Lederer*).

7) *Austro Mechana/Amazon IV*, ÖBI 2017/67, 248 (*Anderl*).

8) *Preroll-Werbung*, ÖBI 2016/34, 142 (*Plasser*).

9) *UMTS-Mobilfunknetz*, ÖBI 2009/16, 89 (*Bücheler*).

10) *UMTS-Mobilfunknetz III*, ÖBI 2012/36, 143 (*Bücheler*).

stellter Fernsehapparate, die ein Hotel für seine Gäste vornimmt (sog „Hotelfernsehen“), oder einen vergleichbaren Werkvermittlungsvorgang. Wenn die Vorinstanzen die Vorgangsweise des beklagten Kabelnetzunternehmens daher (nur) unter § 17 UrhG subsumieren, hält sich das im Rahmen der Rsp.

[19] 3. In seiner ausführlich begründeten E 4 Ob 146/98 v<sup>11)</sup> ging der Senat davon aus, dass die Ausnahme für Gemeinschaftsantennenanlagen sowohl mit der RBÜ als auch mit dem TRIPS-Abk vereinbar ist. Die angefochtene E entspricht dieser Judikatur. Die Kl argumentiert, dass der Senat in der E 4 Ob 120/10 s<sup>12)</sup> von der genannten Vorentscheidung abgerückt sei. In dieser E wurde das sog „Hotelfernsehen“ unter § 18 Abs 3 UrhG subsumiert (abl *Walter*, MR 2010, 398 [EAnm]).

[20] Abgesehen davon, dass hier kein Hotelfernsehen zu prüfen ist, lassen die Ausführungen im Rechtsmittel hier außer Acht, dass der Senat mit dieser E nach dem Inkrafttreten der InfoRL und unter Berücksichtigung eines zum Hotelfernsehen ergangenen Urteils des EuGH (C-306/05, *SGAE*) die Bestimmung des § 18 Abs 3 UrhG (nur) iSd InfoRL und der EuGH-E ausgelegt hat. Der E lässt sich aber nicht entnehmen, dass die

Ausnahmebestimmung des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG deshalb (auch) der RBÜ widersprechen soll. Zudem wies der VfGH in B 19/83, in dem er eine Verfassungswidrigkeit des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG verneinte, darauf hin, dass diese Norm als spätere Bestimmung einer (allenfalls widersprechenden) Bestimmung der RBÜ derogiere. Auch in der E 4 Ob 124/18 s sah sich der Senat nicht veranlasst, wegen der (dort erwähnten) RBÜ die Ausnahme des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG nicht anzuwenden. Die zur RBÜ vertretene Rechtsansicht der Kl betrifft daher keine Fragen von der Qualität des § 502 ZPO.

[21] 4. Die Ausführungen zur Bestimmung des § 17 Abs 3 letzter Satz UrhG (sog „ORF-Privileg“) können die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht begründen, weil sich die Bekl bereits auf die Ausnahme des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG stützen kann.

[22] 5. Mangels einer Rechtsfrage von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO war die aoRev der Kl zurückzuweisen.

11) *Thermenhotel L*, ÖBI 1999, 98.

12) *Thermenhotel L II*, ÖBI 2011/9, 38.

**Anmerkung:**

Schon in erster Instanz hatte das HG Wien dem EuGH Fragen zur Vereinbarkeit der mit der UrhG-Nov 1980<sup>13)</sup> eingeführten Ausnahme vom Senderecht sowie des ORF-Privilegs nach § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG mit der InfoRL<sup>14)</sup> bzw der RBÜ<sup>15)</sup> vorgelegt. Die daraufhin ergangene E des EuGH wurde an dieser und anderer Stelle bereits ausführlich besprochen.<sup>16)</sup> Während der EuGH das ORF-Privileg<sup>17)</sup> nicht beanstandete, stünde die Ausnahme für Kleingemeinschaftsantennenanlagen<sup>18)</sup> schon wegen der dort normierten starren Teilnehmergrenze nicht im Einklang mit der *Grandfather-Clause* des Art 5 Abs 3 lit o InfoRL.

Wie es der Zufall will, hatte der OGH bereits in einer anderen Rs Gelegenheit, sich mit diesem EuGH-

Urteil auseinanderzusetzen. Dementsprechend konnte er sich in seinem Zurückweisungsbeschluss in dieser Sache auch mit einer knappen Begründung begnügen. Schon in der E *Hotel Edelweiß II*<sup>19)</sup> hat der OGH nämlich im Ergebnis richtig festgehalten, dass die Ausnahmebestimmung für Kleingemeinschaftsantennenanlagen nicht interpretativ durch teleologische Reduktion beseitigt werden kann und die Grenze von 500 angeschlossenen Teilnehmern daher für die Frage maßgeblich bleibt, ob ein Eingriff in das dort relevante Signalrecht eines Rundfunkunternehmers vorliegt. Zwar umfasst die für das Leistungsschutzrecht von Sendeunternehmen relevante unionsrechtliche Vorgabe in Art 8 Abs 3 Vermiet- und VerleihRL<sup>20)</sup> lediglich **drahtlose** Weitersendungen und bestand schon aufgrund der insoweit überschießenden Umsetzung in § 76 a Abs 1 UrhG, welcher auch **kabelgebundene** Weitersendungen umfasst,<sup>21)</sup> in der Rs *Hotel Edelweiß II* keine Pflicht zu einer richtlinienkonformen Auslegung. Aber auch im Anwendungsbereich einer RL – der hier maßgebliche Art 3 Abs 1 InfoRL betrifft sowohl die drahtgebundene als auch die drahtlose öffentliche Wiedergabe – ist eine teleologische Reduktion der Ausnahmebestimmung für Kleingemeinschaftsantennenanlagen nicht zulässig.<sup>22)</sup> Daher bleibt die starre Teilnehmergrenze von 500 auch bei einer Beurteilung eines Eingriffs in das den Urhebern grundsätzlich vor-

13) BGBl 1980/321.

14) RL 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABI L 2001/167, 10; insb Art 3 Abs 1 sowie Art 5 InfoRL.

15) Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst; insb Art 11<sup>bis</sup> Abs 1 Z 2 RBÜ. Gem Art 1 Abs 4 WIPO-Urheberrechtsvertrag, welcher am 16. 3. 2000 vom Rat im Namen der EG genehmigt wurde, müssen die Vertragsparteien den Art 1 bis 21 RBÜ nachkommen. Art 3 Abs 1 InfoRL entspricht im Wesentlichen Art 11<sup>bis</sup> Abs 1 Z 2 RBÜ. Wenn der EuGH daher den Begriff der öffentlichen Wiedergabe iSd Art 3 Abs 1 InfoRL auslegt, geschieht dies nach seiner stRsp im Einklang mit der betreffenden Bestimmung der RBÜ; s EuGH C-138/16, *AKM/Zürs.net*, Rn 21, ÖBI 2017/71, 266 (*Anderl/Heinzl*).

16) EuGH C-138/16, *AKM/Zürs.net*, ÖBI-LS 2017/13, 134 (*Handig*) = MR 2017, 75 (*Walter*) = *ecolex* 2017/282, 693 (*Zemann*) = GRUR-Prax 2017, 165 (*Hillig*) = ZUM-RD 2017, 309 (*Raitz von Frentz/Masch*) = GRUR Int 2017, 493 (*Briem*) = ZUM 2017, 639 (*Walser/Feurstein*) = ÖBI 2017/71, 266 (*Anderl/Heinzl*).

17) Diese Zurechnungsregel sieht vor, dass die gleichzeitige, vollständige und unveränderte Übermittlung von Rundfunksendungen des Österreichischen Rundfunks mit Hilfe von Leitungen im Inland als Teil der ursprünglichen Rundfunksendung gilt.

18) Nach dieser Ausnahmebestimmung gilt die Übermittlung von Rundfunksendungen durch eine Gemeinschaftsantennenanlage nicht als neue Rundfunksendung, wenn an die Anlage nicht mehr als 500 Teilnehmer angeschlossen sind.

19) OGH 4 Ob 124/18 s, *Verwertungsgesellschaft Rundfunk/Hotel Edelweiß II*, MR 2018, 232 (*Walter*) = ZTR 2018, 182 = *ecolex* 2019/69, 162 (*Zemann*) = ZILR-Slg 2019/9 = GRUR Int 2019, 299 (*Sporn*) = ÖBI 2019/25, 98 (*Klamert/Lederer*).

20) RL 2006/115/EG zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, ABI L 2006/376, 28.

21) OGH 4 Ob 249/15 v, *Preroll-Werbung/Krone-Hit*, ÖBI 2016/34, 142 (*Plasser*).

22) Vgl *Klamert/Lederer*, ÖBI 2019/25, 98.



behaltene Senderecht gem § 17 UrhG beachtlich.<sup>23)</sup> Beizupflichten ist dem OGH im Übrigen auch insofern, als allein deshalb, weil in einem Fall eine teleologische Reduktion bejaht wurde,<sup>24)</sup> dies bei einer anders gelagerten Konstellation, welche unterschiedliche Normen betrifft, nicht ebenso der Fall sein muss. So handelt es sich bei der hier auszulegenden Norm insb um eine Ausnahmebestimmung.<sup>25)</sup>

Zudem ruft der OGH in seinem Zurückweisungsbeschluss zwei länger zurückliegende E in Erinnerung: Einerseits sein eigenes Urteil *Thermenhotel L*,<sup>26)</sup> in welchem er die Vereinbarkeit der Ausnahme für Gemeinschaftsantennenanlagen mit der RBÜ und dem TRIPS-Abk ausführlich begründet, da diese weder die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar verletze noch die normale Verwertung des Werks beeinträchtige. Andererseits ein Erk des VfGH v 5. 12. 1983, B 19/83, in welchem dieser die dort von der AKM vorgetragenen Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG nicht teilte. Nach dem VfGH widerspricht es nicht dem Gleichheitsgrundsatz des Art 7 Abs 1 B-VG, die Kabelverbreitung von Rundfunksendungen in Gemeinschaftsantennenanlagen erst ab 500 angeschlossenen Teilnehmern als anspruchsbegründende öffentliche Mitteilung zu qualifizieren.

Im Übrigen hat der OGH, wie bereits die Vorinstanzen, den vorliegenden Sachverhalt bloß als Sendung gem § 17 UrhG qualifiziert und ihn nicht auch nach § 18 Abs 3 UrhG geprüft, welcher die öffentliche Wiedergabe iES regelt. Dies ist erfreulich: Gerade weil der österr Gesetzgeber die von Art 3 Abs 1 InfoRL unter dem Begriff „öffentliche Wiedergabe“ umfassten Verwertungshandlungen je nach Ausprägung in unterschiedliche Bestimmungen unterteilt hat, ist schon iSd Rechtsklarheit eine Zuordnung eines Sachverhalts zu einem einzigen Verwertungsrecht geboten. In der Rs *Hotel Edelweiß II* hat der OGH eine solche Eindeutigkeit noch vermissen lassen, wenn er das Hotelzimmer-TV sowohl als Anwendungsfall des § 18 Abs 3 UrhG als auch des § 17 UrhG beurteilte und derart die Handlungen eines Hotelbetriebs kurzerhand mit jenen eines Sendeunternehmens gleichstellte.

Da bereits aufgrund der Anwendbarkeit der (unionsrechtswidrigen) Ausnahmebestimmung für Kleingemeinschaftsantennenanlagen ein Eingriff in das Senderecht der Urheber zu verneinen war, hatte sich der OGH mit dem Vorbringen der klagenden Verwertungsgesellschaft zum ORF-Privileg nicht weiter auseinanderzusetzen. Für den nicht am Verfahren Beteiligten erschließt sich aus den knappen Ausführungen in den E des OGH und des OLG Wien auch nicht, inwiefern dies zu einer anderen Beurteilung der Sache hätte führen können.<sup>27)</sup> Schließlich blieb diese Zurechnungsregel vom EuGH unbeanstandet. Sie betrifft auch nur die Programme des ORF, nicht aber die darüber hinaus von der beklagten Kabelnetzbetreiberin weitergeleiteten in- und ausländischen Sender. Erwähnt werden soll in diesem Zusammenhang jedoch ein Beschluss des VfGH v 9. 6. 2020, G 135/2019 – 11, mit welchem dieser die Behandlung eines aus Anlass der Berufung ge-

stellten Gesetzesprüfungsantrags der klagenden Verwertungsgesellschaft ablehnte. Im Antrag wurde die Verfassungswidrigkeit des § 17 Abs 3 letzter Satz UrhG, also des ORF-Privilegs, behauptet. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes gem Art 7 B-VG oder einen Eingriff in das Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums gem Art 5 StGG und Art 1 1. ZPEMRK<sup>28)</sup> durch die Zurechnungsregel vermochte der VfGH jedoch nicht zu erblicken. Die Zahlung von Werknutzungsentgelten durch einen Kabelnetzbetreiber scheidet schon deshalb aus, weil die integrale Weiterleitung von ORF-Programmen, welche nach der angefochtenen Bestimmung als Teil der ursprünglichen Rundfunksendung zu begreifen ist, bereits mit dem Entgelt für die Einräumung der Erstsenderechte an den ORF und – aus Sicht der angeschlossenen Rundfunkteilnehmer – in Form der Rundfunkgebühr (mit-)abgegolten sei. Zudem biete die angefochtene Bestimmung in Zusammenschau mit der *Must-Carry-Verpflichtung*<sup>29)</sup> von Kabelnetzbetreibern Gewähr für die Erfüllung des gesetzlichen Versorgungsauftrags.

So bleibt der klagenden Verwertungsgesellschaft allenfalls nur die Geltendmachung eines – in der Praxis allerdings schwer durchsetzbaren<sup>30)</sup> – Staatshaftungsanspruchs gegen den österr Gesetzgeber. Anders als in der Rs *Hotel Edelweiß II* betrifft der gegenständliche Sachverhalt nämlich den Anwendungsbereich einer RL. Bemerkenswert ist insoweit, dass die BMJ-Arbeitsgruppenentwürfe zur UrhR-Nov 2021 eine Reparatur der Unionsrechtswidrigkeit des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG nicht vorsehen. Allerdings konzentrieren sich die Entwürfe auch auf die Umsetzung der zuletzt auf europäischer Ebene beschlossenen urheberrechtlichen Richtlinien, und der Gesetzgeber hat noch ausreichend Gelegenheit, die Sache im weiteren Gesetzgebungsverfahren aufzugreifen.

Hans Lederer, Counsel,

CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte, Wien



23) Die klagende Verwertungsgesellschaft meinte hingegen, dass der Anwendungsbereich der Ausnahme auf Kleinanlagen mit wenigen, dh rund 20 Teilnehmern, zu reduzieren wäre; allerdings würde auch dann der vom EuGH betonte „Kumulativeffekt“ der Ausnahme – nämlich eine mögliche kontinuierliche und parallele Nutzung einer Vielzahl von Gemeinschaftsantennenanlagen durch Wirtschaftsteilnehmer – bestehen bleiben; s EuGH C-138/16, *AKM/Zürs.net*, Rn 40, ÖBl 2017/71, 266 (*Anderl/Heinzl*); OGH 4 Ob 124/18 s, *Verwertungsgesellschaft Rundfunk/Hotel Edelweiß II*, ÖBl 2019/25, 98 (*Klamert/Lederer*); OLG Wien 6. 8. 2020, 133 R 72/19i.

24) Konkret in der Rs *Austro Mechana/Amazon III* bei der Auslegung von § 42b UrhG, um die dort geregelte Leerkassettenvergütung (heute: Speichermedienvergütung) in Einklang mit Art 5 Abs 2 InfoRL zu bringen; s OGH 4 Ob 62/16w, *Austro Mechana/Amazon IV*, ÖBl 2017/67, 248 (*Anderl*).

25) Vgl *Klamert/Lederer*, ÖBl 2019/25, 98.

26) OGH 4 Ob 146/98v ÖBl 1999, 98.

27) Mitunter brachte die klagende Verwertungsgesellschaft vor, dass zu den Kunden der beklagten Kabelnetzbetreiberin zahlreiche Fremdenverkehrsbetriebe gehören würden, wodurch ein fluktuierendes, teils ausländisches Publikum erreicht werde, was bei der Vergabe der ursprünglichen Sendegenehmigung an den ORF nicht berücksichtigt worden sei; die Kabelnetzbetreiberin beliefe auch solche Haushalte und gewerbliche Abonnenten, die über keine Haus- oder Zimmerantenne und keine Satellitenempfangsanlage verfügen, wodurch ein neues Publikum erschlossen werde; s OLG Wien 6. 8. 2020, 133 R 72/19i.

28) Siehe auch Art 17 GRC.

29) § 20 Abs 1 AMD-G.

30) *Klamert*, EU-Recht<sup>2</sup> (2018) Rz 1212 ff.