



Die Auferlegung einer Kautions kommt auch bei voller Anspruchsbescheinigung in Betracht, und zwar dann, wenn die EV einen tiefen Eingriff in die Rechtssphäre des AG bedeutet.²³⁾ Ist allerdings die Sachverhaltsgrundlage im gewerblichen Rechtsschutz mit der dabei nach jüngerer Auffassung des OGH „*typischen Parallelität*“ der Unterlassungsbegehren im Sicherungs- und im Hauptverfahren unstrittig oder aufgrund des Bescheinigungsverfahrens in einer Weise geklärt, dass abweichende Feststellungen im Hauptverfahren nahezu ausgeschlossen sind, so kann der Anspruch im Allgemeinen schon im Sicherungsverfahren abschließend beurteilt werden. Das schließt nach dem OGH die Auferlegung einer Sicherheit zumindest bei eindeutiger Rechtslage regelmäßig (dennoch) aus.²⁴⁾

In Erinnerung zu rufen ist außerdem die Bestimmung des § 390 Abs 3 EO: Hat ein Gericht die Bewilligung einer EV von einer Sicherheitsleistung abhängig

gemacht, so darf mit dem Vollzug der Verfügung nicht vor dem Nachweis des gerichtlichen Erlags begonnen werden. Eine in einem Verbot bestehende EV wird somit erst wirksam, wenn die Sicherheitsleistung erlegt ist.²⁵⁾ Daher beginnt auch die Rekursfrist frühestens mit Erlag der Sicherheit zu laufen, auch wenn die EV dem AG irrtümlich schon zuvor zugestellt worden sein sollte.²⁶⁾

*Bernd Terlitzka,
Richter des Oberlandesgerichts Wien
(hat an der Entscheidung mitgewirkt)*

23) RIS-Justiz RS0005595.

24) Zuletzt OGH 4 Ob 271/16f, *Sicherheitsleistung*, *ecolex* 2017, 787 (*Hirsch*) = *wbl* 2017, 539 (*Wiltshcek*). Siehe aber auch RIS-Justiz RS0005640.

25) RIS-Justiz RS0005834.

26) RIS-Justiz RS0110963; RS0115713; RS0123914.

ÖBI 2019/25

§§ 17, 18, 76 a
UrhG;
Art 3 InfoRL;
Art 8 Vermiet- und
VerleihRL;
Art 13 Rom-Abk

OGH 23. 8. 2018,
4 Ob 124/18 s
(OLG Wien
15 R 186/17 h,
HG Wien
53 Cg 12/15 h),
ECLI:AT:OGH
0002:2018:
00400B00124,
18S. 0823.000

Verwertungsgesellschaft
Rundfunk/Hotel
Edelweiß II

Wieder einmal geht es um die Frage, wie die Versorgung von Hotelzimmern mit Fernsehprogrammen aus der Sicht des Urheberrechts zu beurteilen ist.

→ Signalschutzrecht von Rundfunkunternehmen beim Hotelzimmer-TV

→ Der Rundfunkunternehmer hat nur dann ein ausschließliches Recht an der öffentlichen Aufführung seiner Sendungen, wenn diese an Orten stattfindet, die der Öffentlichkeit gegen Zahlung eines Eintrittsgelds zugänglich sind. Der Preis für ein Hotelzimmer ist kein solches Eintrittsgeld.

→ Ein Hotelbetreiber, der ein Fernsehsignal mittels Kabel an TV-Geräte in den Gästezimmern weiterleitet, nimmt als Zweitsender eine öffentliche Wiedergabe von Rundfunksendungen durch Ausstrahlen bzw Verbreiten der Sendesignale über eine Sendeanlage (Rundfunknetz) vor, da § 76 a UrhG, anders

Sachverhalt:

Die VGR¹⁾ klagte die Betreiberin eines Hotels im Land Sbg. Die knapp über 100 Gästezimmer sind mit TV-Geräten ausgestattet, über die die Hotelgäste Fernseh- und Radioprogramme (auch) der VGR-Bezugsberechtigten empfangen können. Das Signal der Rundfunkunternehmer (in der Folge: RFU) wird über einen Signalverteiler der Hotelbetreiberin an die Fernsehgeräte in den Gästezimmern weitergeleitet. Es sind weniger als 500 Teilnehmeranschlüsse vorhanden. Für die Benützung der TV-Apparate wird den Hotelgästen zusätzlich zum Zimmerpreis kein gesondertes Entgelt verrechnet.

[Verfahrensgang]

Die Kl beehrte – in Form einer Stufenklage – die Bekl schuldig zu erkennen,

- a) ihr Auskunft über die an die TV-Geräte weitergesendeten Rundfunkprogramme sowie über die Zahl der angeschlossenen Gästezimmer zu erteilen und
- b) ihr dafür einen – später zu beziffernden – Schadenersatz (doppeltes angemessenes Entgelt) zu zahlen.

als die völker- und unionsrechtlichen Vorgaben, auch kabelgebundene Weitersendungen umfasst.

→ Die Unionsrechtswidrigkeit der Ausnahmebestimmung des § 17 Abs 3 Z 2 UrhG für Kleingemeinschaftsantennenanlagen kann in Ansehung der Signalschutzrechte von Rundfunkunternehmen nicht durch Interpretation oder teleologische Reduktion beseitigt werden. Die Grenze von 500 angeschlossenen Teilnehmern bleibt daher für die Frage maßgeblich, ob ein Eingriff in das Signalschutzrecht eines Rundfunkunternehmers vorliegt.

Das Hotelzimmer-TV der Bekl sei eine öff Wiedergabe gegen Entgelt nach § 76 a UrhG, weil das Hotelfernsehen in den Zimmerpreis miteinfließe, und die Bekl greife durch die Weiterleitung der Rundfunkprogramme in das Weitersenderecht der Bezugsberechtigten nach § 76 a iVm § 17 UrhG ein. Die Ausnahmebestimmungen des § 17 Abs 3 UrhG seien unionsrechtswidrig und daher nicht anzuwenden.

Die Bekl entgegnete, dass eine drahtgebundene Weiterverbreitung über Kabel kein „Senden“ sei. Außerdem seien die Ausnahmetatbestände nach § 17 Abs 3 Z 2 UrhG erfüllt. Da die Vermiet- und VerleihRL²⁾ nur die drahtlose Weitersendung harmonisiere, wirke sich eine allfällige Unionsrechtswidrigkeit des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG auf den Anlassfall nicht aus. Beim Hotel der Bekl sei auch die Ausnahme nach lit a leg cit erfüllt. Diese Ausnahme sei nicht unionsrechtswidrig, weil bei auf zusammenhängenden Grundstücken befindlichen Empfangsanlagen, die von der Antenne nicht mehr als 500 Meter entfernt seien, von einem „Kumulativeneffekt“ nicht gesprochen

1) Verwertungsgesellschaft Rundfunk GmbH; ihre Aufgabe ist die Wahrnehmung von Rechten und Ansprüchen ihrer Bezugsberechtigten. Das sind zahlreiche in- und ausländische RFU.

2) RL 2006/115/EG v 12. 12. 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, ABL 2006/376, 28.

werden könne; es liege daher ein Fall von geringer Bedeutung iSd Art 5 Abs 3 lit o InfoRL³⁾ vor. Schließlich sei keine öff Wiedergabe gegen Zahlung eines Eintrittsgelds gegeben, weil für den Fernsehempfang von den Hotelgästen kein Entgelt verlangt werde.

Das **ErstG** wies das Klagebegehren ab. Die Ausnahmetatbestände nach § 17 Abs 3 Z 2 lit a und lit b UrhG seien erfüllt. C-138/16⁴⁾ beziehe sich nur auf die Ausnahme zu lit b leg cit. Auch eine öffentliche (in der Folge öff) Wiedergabe gegen Zahlung eines Eintrittsgelds liege nicht vor, weil die Gäste nur den Zimmerpreis entrichten.

Das **BerG** bestätigte diese Entscheidung. Der OGH gab der Rev nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen:

[...] **2.1** Die klagende Verwertungsgesellschaft macht einen Verstoß gegen § 76 a Abs 1 UrhG geltend. [...] § 76 a UrhG dient der Umsetzung von Art 8 Abs 3 Vermiet- und VerleihRL; diese Bestimmung lautet:

„Die MS sehen für Sendeunternehmen das ausschließliche Recht vor, die drahtlose Weitersendung ihrer Sendungen sowie die öff Wiedergabe ihrer Sendungen, wenn die betreffende Wiedergabe an Orten stattfindet, die der Öffentlichkeit gegen Zahlung eines Eintrittsgeldes zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten.“

Die zuletzt angeführte Bestimmung ist nach der Rsp des EuGH im Lichte des internationalen Abk über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen v 26. 10. 1961 (Rom-Abk) auszulegen (EuGH C-641/15, *Hettegger*,⁵⁾ Rn 21). Dieses Abk normiert in Art 13 das Recht des Sendeunternehmens, zu erlauben oder zu verbieten:

→ „a) die Weitersendung ihrer Sendungen; [...]

→ d) die öff Wiedergabe ihrer Fernsehsendungen, wenn sie an Orten stattfindet, die der Öffentlichkeit gegen Zahlung eines Eintrittsgeldes zugänglich sind; es obliegt der nationalen Gesetzgebung des Staats, in dem der Schutz dieses Rechts beansprucht wird, die Bedingungen für die Ausübung dieses Rechts zu regeln“.

[Keine öff Aufführung gegen Zahlung eines Eintrittsgelds]

2.2 § 76 a Abs 1 UrhG gewährt dem RFU mehrere Nutzungsrechte. Dieser hat – im hier relevanten Zusammenhang – zunächst das ausschließliche Recht, die (Rundfunk-)Sendung gleichzeitig „über eine andere Sendeanlage“ zu senden (Weitersenderecht).

Wie auch aus dieser Bestimmung zum Ausdruck gelangt, verbreitet der RFU TV- oder Hörfunkprogramme über eine Sendeanlage, dh er strahlt die entsprechenden programmtragenden Sendesignale über eine Sendeanlage (ein Rundfunknetz) aus (vgl dazu *Fischer*, Aktuelle Fragen im Sende- und Weiterleitungsrecht, MR Beilage 3/18, 47; vgl auch EuGH C-306/05, *SGAE*,⁶⁾ Rn 40; C-641/15, *Hettegger*, Rn 18; C-325/14, *SBS Belgium*, Rn 18). Inhaber des Leistungsschutzrechts ist demnach der RFU (Erstsender), der Rundfunksendungen terrestrisch, über Satellit oder über Leitungen ausstrahlt (vgl *Wittmann*, Das Leistungsschutzrecht des RFU nach § 76 a UrhG in der Weitersendung, MR 2014, 1 [5]).

Das Weitersenderecht nach § 76 a UrhG bezieht sich nicht nur auf die drahtlose Verbreitung, sondern auch auf die Ausstrahlung über draht-/kabelgebundene Anlagen. Der OGH hat dies in 4 Ob 249/15 v⁷⁾ damit begründet, dass eine Beschränkung auf die drahtlose Weitersendung – mangels Anwendbarkeit der §§ 59 a und 59 b UrhG in Bezug auf das Leistungsschutzrecht des Sendeunternehmers – bedeuten würde, dass Sendeunternehmer die kabelgebundene Weitersendung ihrer Programme ohne Abgeltung dulden müssten. Ein tragfähiger Grund für eine solche Differenzierung sei weder aus Sicht der RFU noch aus Sicht der Weitersendenden zu erkennen. Die von § 76 a UrhG als schützenswert erachtete Leistung liege in den für die Sendung erforderlichen aufwendigen Maßnahmen organisatorischer und technischer Art, die sich Dritte nicht mühelos zunutze machen sollten. Eine sachliche Rechtfertigung liege bei der von *Walter* (Glosse zu 4 Ob 145/90 in MR 1990, 230) vertretenen Unterscheidung zwischen drahtloser und drahtgebundener Weiterleitung, bei denen es sich um zwei wirtschaftlich gleichwertige Nutzungsformen handle, nicht vor, weil sich in beiden Fällen ein Dritter den Aufwand des Sendeunternehmers zunutze mache. Der Ansicht von *Walter* (s dazu auch dessen Glosse zu 4 Ob 249/15 v in GRUR Int 2016, 589) hat sich der OGH somit ausdrücklich nicht angeschlossen.

Demgegenüber behält Art 8 Abs 3 Vermiet- und VerleihRL dem Sendeunternehmer nur die drahtlose Weitersendung vor; für das drahtgebundene Weitersenderecht des RFU bestehen daher keine unionsrechtlichen Vorgaben. Dies bedeutet, dass der österr Gesetzgeber über den unionsrechtlichen (Mindest-)Schutz für Sendeunternehmer (zulässigerweise) hinausgegangen ist (EuGH C-279/13, *C More Entertainment*, Rn 35; vgl auch *Zemann*, EuGH zu Ausnahmen vom Sendeerecht nach § 17 Abs 3 UrhG, *ecolex* 2017, 693).

2.3 Neben dem Weitersenderecht steht dem RFU (ua, dies seit der Urheberrechts-Novelle 2003) das ausschließliche Recht zu, die (Rundfunk-)Sendung gleichzeitig zu einer öff Wiedergabe an Orten zu benutzen, die der Öffentlichkeit gegen Zahlung eines Eintrittsgelds zugänglich sind (s dazu Art 8 Abs 3 Vermiet- und VerleihRL). Der Signalschutz des RFU besteht im Fall einer sonstigen öff Wiedergabe (Übertragung ohne Weitersenden) somit nur dann, wenn diese an Orten stattfindet, die der Öffentlichkeit gegen Zahlung eines Entgelts zugänglich sind (*Ciresa in Ciresa*, Österr Urheberrecht § 76 a Rz 4).

3. Der EuGH war in der vorliegenden Rs bereits mit einem Vorabentscheidungsersuchen befasst (EuGH C-641/15, *Hettegger*). In seiner E gelangte der EuGH zusammengefasst zum Ergebnis, dass

→ die Verbreitung eines Sendesignals mittels in Hotelzimmern aufgestellten Fernseh- und Radiogeräten

3) RL 2001/29/EG v 22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl L 2001/167, 10.

4) EuGH 16. 3. 2017, C-138/16, *AKM/Zürs.net*, ÖBI 2017/71 (*Anderl/Heinzl*) = ÖBI-LS 2017/13 (*Handig*).

5) ÖBI-LS 2017/14 (*Handig*).

6) ÖBI 2007/20 (*Dittrich*).

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

nicht nur eine öff Wiedergabe iSv Art 3 Abs 1 der InfoRL, sondern gleichermaßen auch eine öff Wiedergabe der Sendungen von Sendeunternehmen iSv Art 8 Abs 3 Vermiet- und VerleihRL ist (so auch C-117/15, *Reha-Training*⁸⁾, Rn 31),

- die öff Wiedergabe gegen Zahlung eines Eintrittsgelds iSv Art 8 Abs 1 und 2 Vermiet- und VerleihRL eine speziell als (unmittelbare) Gegenleistung für die öff Wiedergabe einer Fernsehsendung verlangte Zahlung erfordert und der Preis für ein Hotelzimmer kein solches Eintrittsgeld ist, weshalb die öff Wiedergabe von Fernseh- und Hörfunksendungen über in Hotelzimmern aufgestellte Fernseh- und Rundfunkgeräte keine solche an einem Ort ist, der der Öffentlichkeit gegen Zahlung eines Eintrittsgelds zugänglich ist.

Auf den Tatbestand der öff Wiedergabe gegen Zahlung eines Engeltels kann die Kl ihre Ansprüche somit nicht mehr stützen.

[Öff Wiedergabe durch Weitersenden der Sendesignale des Erstsenders mit Hilfe einer anderen Sendeanlage (Kabelnetz)]

4.1 [...] Das Weitersenderecht nach § 76 a Abs 1 UrhG knüpft tatbestandsmäßig am urheberrechtlichen Sendebegriff des § 17 UrhG (Senderecht des Urhebers) an. Somit sind Inhalt und Umfang des Weitersenderechts nach § 76 a Abs 1 UrhG iSd § 17 UrhG zu bestimmen. In diesem Sinn wurde auch in 4 Ob 249/15 v ausgesprochen, dass das Weitersenderecht nach § 76 a Abs 1 UrhG mit dem Senderecht nach § 17 Abs 1 UrhG inhaltlich übereinstimmt.

4.2 § 17 Abs 1 UrhG [...] setzt (neben § 18 UrhG) Art 3 Abs 1 InfoRL um, der wie folgt lautet:

„Die MS sehen vor, dass den Urhebern das ausschließliche Recht zusteht, die drahtgebundene oder drahtlose öff Wiedergabe ihrer Werke einschließlich der öff Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten.“

Davon sind nach Art 5 Abs 3 lit o InfoRL folgende Ausnahmen möglich:

„Für die Nutzung in bestimmten anderen Fällen von geringer Bedeutung, soweit solche Ausnahmen oder Beschränkungen bereits in einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen sind und sofern sie nur analoge Nutzungen betreffen und den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr in der Gemeinschaft nicht berühren.“

4.3 Durch die Rsp des EuGH ist geklärt, dass das Senderecht und damit auch das Weitersenderecht Anwendungsfälle der öff Wiedergabe sind (EuGH C-306/05, *SGAE*, Rn 47 und 54; C-641/15, *Hettegger*, Rn 17; vgl auch *Riesenhuber*, ‚Öffentliche Wiedergabe‘ in der Rechtsprechung des EuGH, MR Beilage 3/18, 19 [22]). Keine öff Wiedergabe liegt hingegen vor, wenn lediglich Einrichtungen bereitgestellt werden, die einen eigenen Empfang ermöglichen (EuGH C-610/15, *Stichting Brein*, Rn 38; C-431/09, *Airfield*, Rn 74), oder wenn lediglich der Empfang der Übertragung verbessert wird (EuGH C-607/11, *ITV Broadcasting*, Rn 27; C-403/08, *Premier League*, Rn 194; vgl auch C-325/14, *SBS Belgium*, Rn 31). In diesem Sinn wurde auch in der

E zu 4 Ob 249/15 v, *Preroll-Werbung*, beurteilt, dass das Senderecht nach § 17 Abs 1 UrhG unter den unionsrechtlichen Überbegriff der öff Wiedergabe iSv Art 3 Abs 1 InfoRL fällt. Der Überbegriff der öff Wiedergabe ist sowohl in der InfoRL als auch in der Vermiet- und VerleihRL ident (EuGH C-641/15, *Hettegger*, Rn 19; C-117/15, *Reha Training*, Rn 31).

4.4 Senden (§ 17 UrhG) und damit auch Weitersenden durch den Erstsender (§ 76 a UrhG) sind nach den unionsrechtlichen Vorgaben somit Anwendungsfälle der öff Wiedergabe von Rundfunksendungen (hier Fernsehen) durch Ausstrahlen bzw Verbreiten der Sendesignale über eine Sendeanlage (Rundfunknetz).

5.1 Im Anlassfall stellt sich die Frage, ob die Bekl in das Weitersenderecht der Bezugsberechtigten der Kl (Erstsender) eingegriffen hat. Ein solcher Eingriff setzt eine vom Erstsender nicht genehmigte öff Wiedergabe durch Weitersenden über eine andere Sendeanlage voraus.

5.2 Die öff Wiedergabe nach Art 3 Abs 1 InfoRL ist ein unionsautonomer Begriff (EuGH C-306/05, *SGAE*, Rn 31; C-403/08, *Premier League*, Rn 185); dieser Begriff ist weit auszulegen (EuGH C-610/15, *Stichting Brein*, Rn 22; C-117/15, *Reha Training*, Rn 36; C-325/14, *SBS Belgium*, Rn 14). Davon ausgehend handelt es sich nach der Rsp des EuGH bei der öff Wiedergabe um einen zweigliedrigen Tatbestand, der sich aus den Elementen „Handlung der Wiedergabe“ und „Öffentlichkeit der Wiedergabe“ zusammensetzt. „Wiedergabe“ ist dabei jede (technische) Übertragung geschützter Werke unabhängig vom eingesetzten technischen Mittel oder Verfahren (EuGH C-403/08, *Premier League*, Rn 193; C-117/15, *Reha Training*, Rn 38; *Riesenhuber*, MR Beilage 3/18, 37), wobei die Wiedergabe an einem anderen als dem Ursprungsort erfolgt (EuGH C-403/08, *Premier League*, Rn 198); Ursprungsort ist dabei der Ort, an dem das Werk aufgenommen wurde (*Riesenhuber* in MR Beilage 3/18, 24 mHa EuGH C-403/08, *Premier League*).

Die öff Wiedergabe muss sich an eine (anfänglich) unbestimmte Zahl potentieller Adressaten richten, wobei es sich (iS einer *de minimis*-Regel) nicht bloß um eine allzu kleine oder gar unbedeutende Mehrzahl betroffener Personen handeln darf (EuGH C-607/11, *ITV Broadcasting*, Rn 33; C-351/12, *OSA*, Rn 28; C-610/15, *Stichting Brein*, Rn 41; *Riesenhuber*, MR Beilage 3/18, 26).

Für die sekundäre (wiederholte) Wiedergabe durch den Zweitsender (Weitersenden) hat der EuGH zwei besondere Kriterien aufgestellt, die alternativ erfüllt sein müssen. Demnach muss entweder ein neues Publikum (konkret am fraglichen Ort) erschlossen werden, das der Urheber bei seiner Zustimmung noch nicht berücksichtigt hat (EuGH C-607/11, *ITV Broadcasting*, Rn 37; C-527/15, *Stichting Brein*,⁹⁾ Rn 33; *Riesenhuber*, MR Beilage 3/18, 27 f), oder ein spezifisches (anderes) technisches Verfahren verwendet werden, das von der Bewilligung der Erstsendingung nicht erfasst ist (EuGH

8) ÖBI-LS 2016/23 (*Staudegger*).

9) ÖBI-LS 2017/25 (*Handig*).

C-607/11, *ITV Broadcasting*, Rn 37; C-527/15, *Stichting Brein*, Rn 33).

5.3 In der Rsp des EuGH ist dazu geklärt, dass die (Weiter-)Verbreitung von Sendesignalen an Fernsehapparate in Hotelzimmern als öff Wiedergabe (iS einer sekundären Wiedergabe der Rundfunksendungen) anzusehen ist (EuGH C-306/05, *SGAE*; C-403/08, *Premier League*).

In C-306/05, *SGAE*, Rn 40, hat der EuGH zudem ausgesprochen, dass bei einem Empfang der Sendesignale mittels Antenne und anschließendem Überspielen der Signale mittel Koaxialkabel in die Hotelzimmer eine Wiedergabe durch eine weiterverbreitende Sendeanstalt (Zweitsender) erfolgt. Damit nimmt der EuGH auf das Weitersenderecht nach Art 11^{bis} Abs 1 Nr 2 RBÜ Bezug (vgl *Riesenhuber*, MR Beilage 3/18, 27). Für das Weitersenden ist demnach entscheidend, dass die vom Erstsender öff ausgestrahlten programmtragenden Sendesignale vom Weitersender (Zweitsender) empfangen und als Betreiber eines Rundfunknetzes (zB Kabelnetzes) über das eigene Netz an seine Kunden weitergeleitet werden (vgl dazu *Fischer*, MR Beilage 3/18, 47; vgl auch EuGH C-431/09, *Airfield*, Rn 30 und 67; C-325/14, *SBS Belgium*). Dadurch wird ein neues Publikum erschlossen, das sonst in der konkreten Situation keinen Zugang zu den Rundfunksendungen hätte.

Unter diesen Voraussetzungen liegt beim Hotelzimmerfernsehen somit ein Weitersenden als Anwendungsfall der öff Wiedergabe vor.

5.4 Im Anlassfall wird das Sendesignal über einen Signalverteiler der Bekl an die TV-Geräte in den einzelnen Hotelzimmern weitergeleitet. Die Bekl führt gar nicht aus, warum sie aufgrund dieser technischen Umsetzung nicht als Betreiberin eines Kabelnetzes anzusehen sei. Vielmehr bringt sie (zur Ausnahme nach § 17 Abs 3 Z 2 lit a UrhG) selbst vor, dass die „Empfangsanlagen“ von der Antenne nicht mehr als 500 Meter entfernt seien.

5.5 Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Bekl als Zweitsenderin mit ihrem (kabelgebundenen) Hotelfernsehen eine öff Wiedergabe durch Weitersenden der Sendesignale der Erstsender mit Hilfe einer anderen Sendeanlage (Kabelnetz) vornimmt.

[Unionsrechtswidrigkeit der Ausnahmebestimmung des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG (Kleingemeinschaftsantennenanlagen) kann im Anlassfall nicht beseitigt werden]

6.1 Aus C-138/16, *Zürs.net*, kann nichts Gegenteiliges abgeleitet werden. Diese E betrifft zwar auch Hotelfernsehen durch Kabelweiterleitung. In dieser E hat der EuGH das Vorliegen einer öff Wiedergabe allerdings nur deshalb verneint, weil er das Vorbringen der dortigen Bekl als unbestritten unterstellt hat, dass alle Hotelgäste in der konkreten Situation auch ohne das Hotelfernsehen Zugang zu den fraglichen Rundfunksendungen gehabt hätten; davon ausgehend hat der EuGH das Hotelpublikum nicht als neues Publikum angesehen (Rn 29). Die Beurteilung des EuGH ist somit nur darauf zurückzuführen, dass der Sachverhalt nicht ausreichend klar war (s dazu jedoch EuGH C-306/05, *SGAE*, Rn 42). Hinzu kommt, dass für das

Weitersenden auch vom dortigen Hotelbetreiber ein anderes technisches Verfahren eingesetzt wurde.

6.2 Entgegen der Ansicht der Bekl ist „Senden“ auch nicht etwas anderes als „öff Wiedergabe“. Vielmehr ist die öff Wiedergabe der Überbegriff, der in „Senden“ und in „sonstige öff Wiedergabe“ (sonstige technische Übertragung) unterteilt werden kann (s Pkt 4.3). Wenn der EuGH Hotelzimmer-TV als öff Wiedergabe qualifiziert, so bezieht sich diese Einordnung auf den Überbegriff. Im Fall zu C-138/16, *Zürs.net*, handelte es sich beim Hotelzimmer-TV um eine Weiterverbreitung der Sendesignale über eine kabelgebundene Sendeanlage (Kabelnetz). In diesem Sinn bezog sich der EuGH auch ausdrücklich auf die Ausnahme für Kleingemeinschaftsantennenanlagen nach § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG; § 76 a UrhG verweist auf § 17 UrhG.

7.1 Ob die öff Wiedergabe der Bekl durch Weitersenden der Sendesignale der Erstsender in ihrem Kabelnetz einen Eingriff in das Leistungsschutzrecht der Erstsender an ihrem Sendesignal (Signalschutzrecht) begründet, hängt nach der bisherigen Beurteilung davon ab, ob eine Ausnahme nach § 17 Abs 3 UrhG vorliegt.

Im Anlassfall kommt (zunächst) die Ausnahme nach § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG in Betracht; diese Bestimmung sieht eine Ausnahme für Kleingemeinschaftsantennenanlagen vor.

In C-138/16, *Zürs.net*, hat der EuGH ausgesprochen, dass die in Rede stehende Ausnahmebestimmung mit der unionsrechtlichen Ausnahmemöglichkeit nach Art 5 Abs 3 lit o 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. Dazu verneint der EuGH das Vorliegen von „Fällen von geringer Bedeutung“ und verweist in dieser Hinsicht auf die kumulierte Anzahl der möglichen Adressaten, die bei Tätigwerden mehrerer Klein-Zweitsender parallel Zugang zum selben geschützten Werk haben können (Kumulativeffekt: Rn 41 und 42).

7.2 Die in dieser E angesprochene Richtlinienwidrigkeit betrifft die InfoRL, um die es im Anlassfall aber nicht geht, regelt doch diese RL nicht das Leistungsschutzrecht des RFU, sondern das Recht des Urhebers. Die Bekl weist zutreffend darauf hin, dass nach der Vermiet- und VerleihRL nur das drahtlose Weitersenderecht des RFU harmonisiert ist, nicht aber das draht-/kabelgebundene Weitersenderecht, das hier allein gegenständlich ist.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass § 76 a UrhG auf § 17 UrhG verweist und daher nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers das Signalschutzrecht des leistungsschutzberechtigten RFU und das (Weiter-)Senderecht des Urhebers inhaltsgleich sein sollen. Der nationale Gesetzgeber räumt also – ohne unionsrechtliche Verpflichtung dazu – den leistungsschutzberechtigten RFU auch für die kabelgebundene Weitersendung einen Anspruch ein, der durch Unionsrecht determiniert ist. Dies hat zur Folge, dass der nationale Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Unions-

rechts kraft autonomer Entscheidung, also freiwillig eröffnet.

7.3 Es stellt sich daher die Frage, ob eine Interpretation der Ausnahmeregelung des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG iS des Unionsrechts möglich ist.

Hinsichtlich der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Interpretation verweist der EuGH auf den Methodenkatalog des nationalen Rechts (EuGH C-397/01, *Pfeiffer*; C-212/04, *Adeneler*). Die Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation reicht somit grundsätzlich bis zur Grenze der äußersten Wortlautschränke, erstreckt sich aber zudem auf die nach dem innerstaatlichen interpretativen Methodenkatalog zulässige Rechtsfortbildung durch Analogie oder teleologische Reduktion im Fall einer planwidrigen Umsetzungslücke (8 ObA 47/16 v mwN). Eine „*interprétation conforme*“ der geltenden nationalen Rechtsvorschriften ist aber unzulässig, wenn diese zu einer Auslegung *contra legem* führen würde. Ebenso darf es nicht über diesen Umweg zu einer – sonst unzulässigen – unmittelbaren Wirkung von Richtlinienbestimmungen im horizontalen Verhältnis kommen.

Die 500-Teilnehmer-Grenze in § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG ist exakt bestimmt. Eine Unterschreitung dieser Grenze auf interpretativem Weg würde zu einer Situation *contra legem* führen. Davon abgesehen liegen die Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion nicht vor. Eine solche ist vom Fehlen einer nach dem Zweck des Gesetzes notwendigen Ausnahme geprägt; der Wortlaut ist im Vergleich zum erkennbaren Zweck des Gesetzes überschießend (RIS-Justiz RS0008979; 10 Obs 154/16 v). Sprechen der Gesetzeswortlaut und die klare gesetzgeberische Absicht gegen eine teleologische Reduktion, so kommt sie nicht in Betracht (10 Obs 61/18 w). Im Anlassfall müsste dem Gesetzgeber unterstellt werden, dass er nur bei einer (klar umschriebenen) kleineren Gruppe als jene der 500 Teilnehmer eine Ausnahme vom Senderecht des Urhebers vorsehen wollte. Dies ist nicht möglich; der Gesetzgeber hat trotz Kenntnis der E des EuGH zu C-138/16, *Zürs.net*, bisher auch nicht reagiert.

Außerdem könnte die unionsrechtlich zulässige Grenze durch das Gericht gar nicht bestimmt werden, weil die unionsrechtliche Regelung nach Art 5 Abs 3 lit o InfoRL dafür lediglich von „*Fällen von geringer*

Bedeutung“ spricht. Dieser unbestimmte Gesetzesbegriff kann nur vom Gesetzgeber ausgekleidet werden. Zudem könnte selbst eine herabgesetzte Grenze an der Unionsrechtswidrigkeit nichts ändern, weil das für den EuGH zentrale Element des „Kumulativeffekts“ bestehen bliebe. Eine teleologische Reduktion „auf null“ wäre schon deshalb nicht möglich, weil sie der zu interpretierenden Bestimmung ihren Wesensgehalt nehmen würde; eine Ausnahmeregelung ist nach dem Unionsrecht nicht schlechthin unzulässig.

Angemerkt wird, dass eine unmittelbare Wirkung der fraglichen Richtlinienbestimmung (Ausnahmeregelung nach Art 5 Abs 3 lit o InfoRL) im Anlassfall ausscheidet, weil es sich um ein horizontales Rechtsverhältnis zwischen Privaten handelt (EuGH C-351/12, *OSA*; Rn 42).

7.4 Als weiteres Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Unionsrechtswidrigkeit der Ausnahmebestimmung des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG im Anlassfall (also in Ansehung der Signalschutzrechte von RFU) nicht beseitigt werden kann; für die Frage, ob ein Eingriff durch die Bekl in das Leistungsschutzrecht der Bezugsberechtigten der Kl vorliegt, hat daher die Grenze von 500 angeschlossenen Teilnehmern maßgeblich zu bleiben.

Hier ist unstrittig, dass die Bekl mit ihrem Hotelzimmer-TV knapp mehr als 100 potentielle Teilnehmer erreicht; die Teilnehmergrenze für eine Kleingemeinschaftsanlage wird damit nicht überschritten; ein Eingriff in das Leistungsschutzrecht nach § 76 a Abs 1 iVm § 17 UrhG liegt daher nicht vor. Auf die weitere Ausnahme nach § 17 Abs 3 Z 2 lit a UrhG und die Frage nach deren Unionsrechtswidrigkeit kommt es nicht mehr an. Schon aus diesem Grund ist der Anregung der Kl auf Einholung einer Vorabentscheidung durch den EuGH nicht näherzutreten.

8. Die von der Kl behauptete Verfassungswidrigkeit liegt nicht vor. Der VfGH hat § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG bereits als verfassungskonform beurteilt (B 19/83 VfSlg 9.888). Der Umstand, dass sich eine sekundärrechtliche Unionsrechtswidrigkeit durch Interpretation und mangels unmittelbarer Wirkung der zugrundeliegenden Richtlinienbestimmung nicht beseitigen lässt, begründet keine Verfassungswidrigkeit, insbesondere keinen Verstoß gegen den Gleichheitssatz.

Anmerkung:

2017 standen Gästen in Österreich in 20.900 gewerblichen und 43.900 privaten Beherbergungsbetrieben insgesamt 1.116.400 Betten zur Verfügung.¹⁰⁾ Die Ausstattung von Gästezimmern mit einem Fernsehgerät ist heutzutage – unabhängig von der Unterkunfts-kategorie – Standard.¹¹⁾ Entsprechend wirtschaftlich relevant ist für Urheber und Leistungsschutzberechtigte, ob sie für das TV-Angebot von den Beherbergungsbetrieben eine Vergütung erhalten.

1. Die bisherige Rsp zum Hotelzimmer-TV

Die österr Gerichte und der EuGH waren wiederholt mit rechtlichen Fragen zum Hotelzimmer-TV befasst.

Erstmals im Jahr 2006 urteilte der EuGH in der Rs *SGAE/Rafael Hoteles*,¹²⁾ dass ein Hotel, das ein Fern-sehsignal an die Fernsehgeräte in den Gästezimmern verbreitet, eine öff Wiedergabe der urheberrechtlich geschützten Werke iSd Art 3 Abs 1 InfoRL verantwortet, und zwar unabhängig davon, mit welcher Technik das Signal übertragen wird. Das bloße Bereitstellen von Empfangsgeräten stellt eine solche Wiedergabe hingen-

10) Tourismusstatistik-Bestandsstatistik 2017, erstellt am 16. 1. 2018; www.statistik.at/web_de/statistiken/wirtschaft/tourismus/beherbergung/betriebe_betten/index.html (Stand 3. 12. 2018).

11) *Kucsko*, Hotel-TV und Signalschutz, in FS Torggler (2013) 677 f.

12) EuGH 7. 12. 2006, C-307/05, *SGAE/Rafael Hoteles*, ÖBI 2007, 88 (*Dittrich*). Ebenso: EuGH 18. 3. 2010, C-136/09, *OSDD/Divani Akropolis*.



gen nicht dar.¹³⁾ Als Folge dieses Urteils revidierte der OGH im Jahr 2010 in seiner E *Thermenhotel L II*¹⁴⁾ seine E *Thermenhotel L I*¹⁵⁾ aus dem Jahr 1998, in dem er einen Eingriff in das Senderecht des § 17 UrhG und in das Aufführungsrecht des § 18 UrhG¹⁶⁾ durch das Weiterleiten eines Fernsehsignals in die Gästezimmer noch verneint hatte, und subsumierte ein entsprechendes Hotelzimmer-TV-Angebot – wie im Übrigen bereits in der Rs *Hotel-Video/Hilton-Conti*¹⁷⁾ – unter das Aufführungsrecht des § 18 Abs 3 UrhG.

In der Rs *PPI/Irland*¹⁸⁾ stellte der EuGH sodann auch für die ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller klar, dass ein Hotelbetreiber, der in seinen Gästezimmern Fernseh- oder Radiogeräte mit einem Sendesignal versorgt, eine öff Wiedergabe iSv Art 8 Abs 2 Vermiet- und VerleihRL vornimmt. § 76 Abs 3 UrhG sieht für derartige Nutzungen einen Vergütungsanspruch der ausübenden Künstler und der Tonträgerhersteller vor.

2. Hotelzimmer-TV und das Signalschutzrecht der Rundfunkunternehmen

Während die bisherige Rsp zum Hotelzimmer-TV die Urheber, ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller betraf, machte die VGR im vorliegenden Fall einen Eingriff in das Signalschutzrecht der **Rundfunkunternehmen** (RFU) geltend.

§ 76 a Abs 1 UrhG behält dem Sendeunternehmen insb vor, die Sendung gleichzeitig über eine andere Sendeanlage zu senden und zu einer öff Wiedergabe iSd § 18 Abs 3 UrhG an Orten zu benutzen, die der Öffentlichkeit gegen Zahlung eines Eintrittsgelds zugänglich sind. Diese Bestimmungen gehen auf Art 13 lit a und d des Rom-Abk¹⁹⁾ aus dem Jahr 1961 zurück. Entsprechende Regelungen finden sich auch in Art 8 Abs 3 Vermiet- und VerleihRL, die auch aus dem Rom-Abk übernommen wurden. Auch wenn das Rom-Abk nicht Teil des Unionsrechts ist, sind die Begriffe in der RL so auszulegen, dass sie unter Berücksichtigung des Kontextes und der Zielsetzung des Abk mit den gleichen Begriffen im Rom-Abk vereinbar bleiben.²⁰⁾

Zum besseren Verständnis der im Rom-Abk und in der Vermiet- und VerleihRL enthaltenen Bestimmungen für Sendeunternehmen lohnt sich daher ein Blick in die Begriffsdefinitionen sowie die von der WIPO veröffentlichten Erläut zu diesem Abk.²¹⁾ Demnach umfasst das dem RFU vorbehaltene Weitersenderecht nur die gleichzeitige drahtlose Sendung,²²⁾ während eine öff Wiedergabe mittels Fernsehempfangsgeräten nur dann relevant ist, wenn sie an Orten stattfindet, die der Öffentlichkeit gegen Zahlung eines Eintrittsgelds zugänglich sind (wobei zB Kosten für Speisen oder Getränke kein Eintrittsgeld darstellen sollen).²³⁾

Allerdings ist es den Vertragsparteien bzw MS unbenommen, den Schutz von Sendeunternehmen weiter als im Rom-Abk und in der Vermiet- und VerleihRL auszugestalten.²⁴⁾

2.1 Aufführungsrecht (§ 18 Abs 3 UrhG)

In einem ersten Schritt prüfte der OGH in dieser E einen möglichen Eingriff in das Aufführungsrecht.

Hinsichtlich der öff Aufführung von Rundfunksendungen mittels Empfangsgeräten geht die österr Regelung nicht über die völker- und unionsrechtlichen Vorgaben hinaus und ist folglich enger gefasst als die betreffenden Rechte der Urheber, ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller, die keine Beschränkung auf Sachverhalte kennen, bei denen ein Eintrittsgeld zu zahlen ist. In seiner Vorabentscheidung in der vorliegenden Rs v 16. 2. 2017²⁵⁾ kommt der EuGH zum Schluss, dass die Verbreitung eines Signals mittels in Hotelzimmern aufgestellter Fernsehgeräte zwar eine öff Wiedergabe ist und dass dieser Begriff dieselbe Bedeutung hat wie in Art 3 Abs 1 InfoRL und Art 8 Abs 2 Vermiet- und VerleihRL. Der Preis für ein Hotelzimmer stellt wie das Entgelt für eine gastronomische Dienstleistung jedoch kein Eintrittsgeld dar, das speziell als Gegenleistung für die öff Wiedergabe der Fernsehsendungen verlangt wird, sondern ist grundsätzlich als Gegenleistung für die Beherbergungsleistung zu verstehen. Daran ändert auch nichts, dass sich das Hotelzimmer-TV auf den Standard der Unterkunft und damit auf ihren Preis auswirkt.

Ein Eingriff in das Aufführungsrecht der RFU durch das in Gästezimmern bereitgestellte TV-Ange-

- 13) Vgl auch BGH 17. 12. 2015, I ZR 21/14, wonach der Betreiber eines Hotels, der seine Zimmer mit Fernsehgeräten ausstattet, mit denen Hotelgäste ausgestrahlte Fernsehsendungen nur über eine Zimmerantenne empfangen können, die Fernsehsendungen nicht iSv § 15 Abs 3 dUrhG öffentlich wiedergibt und daher nicht die Rechte von Urhebern, ausübenden Künstlern, Sendeunternehmen und Filmherstellern zur öff Wiedergabe ihrer Werke oder Leistungen verletzt.
- 14) OGH 31. 8. 2010, 4 Ob 120/10 s, *Thermenhotel L II*, EvBl 2011, 34 = ÖBl 2011, 38 = *Mahr*, MR 2010, 383 = MR 2010, 392 (*Walter*) = RdW 2010, 779 = *ecolex* 2011, 436 (*Horak*) = GRUR Int 2011, 633 = *Bücheler*, ÖBl 2011, 249 = SZ 2010/103 = HS 41.181 = HS 41.218 = HS 41.220.
- 15) OGH 16. 6. 1998, 4 Ob 146/98 y, *Thermenhotel L I*, RdW 1998, 610 = Jus-Extra OGH-Z 2578 = MR 1998, 277 (*Walter*) = GRUR Int 1999, 279 (*Briem*) = ÖBl 1999, 98 = SZ 71/101 = *Bücheler*, ÖBl 2011, 249.
- 16) Der unionsrechtliche Begriff der „öff Wiedergabe“ umfasst sämtliche unkörperlichen Verwertungsarten, nach der Systematik des UrhG also das Senderecht (§ 17 UrhG), das Aufführungsrecht (§ 18 UrhG) und das Zurverfügungstellungsrecht (§ 18 a UrhG); vgl *Walter*, UrhR I Rz 624.
- 17) OGH 17. 6. 1986, 4 Ob 309/86, *Hotel-Video/Hilton-Conti*, GRUR Int 1986, 728 (*Hodlik*) = JBl 1986, 655 (*Scolik*) = MR 1986, H4, 20 (*Walter*) = ÖBl 1986, 132; die Entscheidung betraf das Wahrnehmbarmachen von auf Videokassetten festgehaltenen Spielfilmen auf in Hotelzimmern aufgestellten Fernsehgeräten über eine Video-Anlage durch den Hotelbetreiber.
- 18) EuGH 15. 3. 2012, C-162/10, *PPI/Irland*.
- 19) Internationales Abk über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Hersteller von Sendeunternehmen v 26. 10. 1961, BGBl 1973/413.
- 20) EuGH 16. 2. 2017, C-641/15, *VGR/Hetteger Hotel Edelweiss*, Rz 21.
- 21) WIPO Intellectual Property Handbook² (2004), www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf („WIPO-Handbuch“) (Stand 3. 12. 2018), sowie Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention (1981), abrufbar unter www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/617/wipo_pub_617.pdf („Leitfaden zum Rom-Abk“) (Stand 3. 12. 2018).
- 22) Vgl Art 8 Abs 3 Vermiet- und VerleihRL; Art 13 lit a, Art 3 lit f und g Rom-Abk; Punkte 3.16 bis 3.21, 13.2 und 13.8 Leitfaden zum Rom-Abk; Punkte 2.211, 2.215, 2.218 und 5.503 WIPO-Handbuch.
- 23) Vgl Art 8 Abs 3 Vermiet- und VerleihRL; Art 13 lit d Rom-Abk; Punkte 13.5 und 13.6 Leitfaden zum Rom-Abk; Punkt 5.503 WIPO-Handbuch.
- 24) Vgl Art 22 Rom-Abk; ErwGr 16 Vermiet- und VerleihRL.
- 25) EuGH 16. 2. 2017, C-641/15, *VGR/Hetteger Hotel Edelweiss*, ZTR 2017, 52 = *ecolex* 2017/149 (*Zemann*) = MR 2017, 137 (*Walter*).



bot scheidet folglich daran, dass das einschränkende Tatbestandselement eines Eintrittsgelds des § 76 a Abs 1 UrhG nicht erfüllt ist.

2.2 Senderecht (§ 17 UrhG)

Sodann prüfte der OGH des Weiteren eine allfällige Verletzung des den RFU vorbehaltenen Weitersenderechts.

Hinsichtlich der gleichzeitigen Weitersendung von Rundfunkprogrammen geht die Bestimmung des § 76 a Abs 1 UrhG über Art 13 lit a Rom-Abk und Art 8 Abs 3 Vermiet- und VerleihRL hinaus und umfasst auch kabelgebundene Weitersendungen.²⁶⁾ Es ist den MS auch unbenommen, einen solchen weiterreichenden Schutz für Sendeunternehmen vorzusehen. Folglich beurteilt der OGH in dieser E die Weiterleitung eines Sendesignals über einen Signalverteiler an TV-Geräte in einzelnen Hotelzimmern auch als eine dem RFU vorbehaltene öff Wiedergabe iS einer Sendung nach § 17 UrhG. Aufgrund der technischen Umsetzung betreibt der Unterkunftsgeber ein Kabelnetz.

Trotz der technologieneutralen Auslegung des Begriffs der Weitersendung in § 76 a Abs 1 UrhG durch den OGH ist für die RFU nach dem vorliegenden Urteil aber nichts gewonnen. Nach dem auch von der VGR nicht bestrittenen Sachverhalt handelt es sich bei der Sendeanlage des Hotels um eine Kleingemeinschaftsantenne iSd § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG, da weniger als 500 Fernsehgeräte an diese angeschlossen sind. Eine derartige Übermittlung von Rundfunksendungen gilt nicht als neue Sendung, wenn der EuGH auch die Ausnahmeregelung für Kleingemeinschaftsantennen in der Rs *AKM/Zürs.net*²⁷⁾ iZm dem den Urhebern gem Art 3 Abs 1 InfoRL vorbehaltenen Recht der öff Wiedergabe, das anders als Art 8 Abs 3 Vermiet- und VerleihRL allerdings sowohl drahtgebundene als auch drahtlose Wiedergaben umfasst, bereits als unionsrechtswidrig beurteilt hat.

Ein Untersagungsrecht und Vergütungsansprüche gegenüber dem Hotelbetreiber bleiben der VGR auch aus dem Weitersenderecht der Sendeunternehmen somit verwehrt.

2.3 Dogmatisch offene Beurteilung des Hotelzimmer-TV durch den OGH?

Im Ergebnis ist das vorliegende Urteil wohl richtig, doch gibt der OGH mit dieser E seine bisher eindeutige, wenn teils auch kritisierte,²⁸⁾ systematische Einordnung des Hotelzimmer-Fernsehens unter das Ausführungsrecht des § 18 Abs 3 UrhG auf, wenn er ein und denselben Sachverhalt nunmehr grundsätzlich auch als Weitersendung beurteilt.

Es ist nur eine Frage der Zeit, bis die Ausnahmebestimmungen für Rundfunkvermittlungsanlagen und bestimmte Gemeinschaftsantennen in § 17 Abs 3 UrhG wegfallen. Entsprechende Bestrebungen gab es bereits im Jahr 2012.²⁹⁾ Das EuGH-Urteil in der Rs *AKM/Zürs.net* wird den Prozess beschleunigen.

Dann ist nach dem vorliegenden Urteil der Weg für RFU frei, für das Weiterleiten ihrer Sendungen in die Gästezimmer einen Vergütungsanspruch gegen die Hotelbetreiber durchzusetzen. Ein derart weites Ver-

ständnis des dem RFU vorbehaltenen Weitersenderechts in § 76 a Abs 1 UrhG entsprach wohl nicht dem Willen des Gesetzgebers bei der Umsetzung des Rom-Abk, das gem Art 3 lit g – ungeachtet der darüber hinausgehenden Beschränkung auf drahtlose Sendungen – nur die gleichzeitige Ausstrahlung einer Sendung durch ein anderes Sendeunternehmen als „Weitersendung“ versteht. Das Weitersenderecht sollte Sendeunternehmen insb vor einer Übernahme ihrer Programme durch andere gleichartige Unternehmen – nicht aber durch Hotelbetriebe – schützen.³⁰⁾

Auch könnten nach einem Wegfall der Ausnahmen für Rundfunkvermittlungsanlagen und bestimmte Gemeinschaftsantennen Diskussionen aufkommen, ob Hotelbetreiber Urhebern und sonstigen Leistungsschutzberechtigten, denen mangels Voraussetzung der Zahlung eines Eintrittsgelds ein Vergütungsanspruch bereits jetzt nach § 18 Abs 3 UrhG zusteht, zusätzlich die Weitersendung der geschützten Inhalte abzugelten haben. Wohl kann dem OGH nicht unterstellt werden, dass er mit der vorliegenden Entscheidung ein Recht auf eine derartige Doppelvergütung eröffnen wollte. Seine dogmatisch offene Beurteilung ein und desselben Sachverhalts sowohl als Aufführung als auch als Weitersendung sorgt jedoch nicht für mehr Rechtsklarheit.

3. Richtlinienkonforme teleologische Reduktion?

Mit dieser E ist die Saga um die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung um eine weitere Facette reicher. Wir erinnern uns: In der E *Fußballer des Jahres IV* hat der OGH § 9 a Abs 1 Z 1 UWG durch Auslegung de facto die Anwendbarkeit genommen.³¹⁾ In der *Leerkassettenvergütung*-E war es strittig, ob § 42 b UrhG durch die teleologische Reduktion vollständig der Anwendungsbereich genommen wurde.³²⁾

Die vorliegende Konstellation unterscheidet sich davon insofern, als es sich erstens um eine „überschießende“ Umsetzung handelt (Erstreckung des gebotenen Rechtszustands auf Sachverhalte, auf die die RL selbst keine Anwendung beansprucht) und die auszuliegende Bestimmung zweitens eine Ausnahmebestimmung ist.

3.1 Keine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bei überschießender Umsetzung

Nach wohl hM besteht in Fällen überschießender Umsetzung keine unionsrechtliche Pflicht zur richtli-



26) OGH 23. 2. 2016, 4 Ob 249/15v, *Preroll-Werbung/Krone-Hit*, ZfRV-LS 2016/20 = Jus-Extra OGH-Z 6002 = ZIIR-Slg 2016/44 = ZIIR 2016, 228 = GRUR Int 2016, 589 (*Walter*) = RZ 2016, 144 EU125 = MR 2016, 135 (*Heidinger*) = ÖBI 2016, 142 (*Plasser*) = jusIT 2016, 104 (*Staudegger*) = ecoclex 2016, 605 (*Zemann*) = RdW 2016, 541 = ZTR 2016, 175.

27) EuGH 16. 3. 2017, C-138/16, *AKM/Zürs.net*.

28) Vgl *Walter*, UrhR I Rz 625 ff.

29) Vgl Arbeitspapier des Bundesministeriums für Justiz von November 2012 zur Urheberrechts-Novelle 2013, das eine Aufhebung von § 17 Abs 3 UrhG vorsah.

30) Vgl WIPO-Handbuch, Punkt 2.211.

31) OGH 15. 2. 2011, 4 Ob 208/10g, *Fußballer des Jahres IV*, ecoclex 2011/283, 727 (*Horak*) = ÖBI 2011/26, 115 (*Gamerith*). Das Zugabeverbot wäre nur noch nach der Generalklausel zu beurteilen gewesen.

32) *Zöchling-Jud*, Richtlinienkonforme Interpretation am Beispiel der Leerkassettenvergütung, MR 2016, 23.

nienkonformen Interpretation der „überschießenden“ Rechtsinhalte.³³⁾ Entgegen den Ausführungen des OGH wäre dieser damit nicht qua Unionsrecht verpflichtet gewesen, § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG richtlinienkonform auszulegen, sondern allenfalls nach nationalem Recht. Wenn der österr Gesetzgeber „den Anwendungsbereich des Unionsrechts kraft autonomer Entscheidung, also freiwillig eröffnet“, wie der OGH formuliert, löst er damit keine Verpflichtung zu einer richtlinienkonformen Auslegung aus. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung resultiert aus der Umsetzungspflicht; wo nationales Recht eine RL nicht umsetzt, kann sie nicht zum Tragen kommen.³⁴⁾

Nach rein nationalem Recht trägt eine „richtlinienorientierte“ Auslegung der Tatsache Rechnung, dass der nationale Gesetzgeber zwei Fallgestaltungen (eine innerhalb und die andere außerhalb des Anwendungsbereichs einer RL) parallel regeln wollte.³⁵⁾ Diese Erwägung kann jedoch keinen Vorrang beanspruchen vor anderen nach nationalem Recht heranzuziehenden Methoden, wie dies für eine richtlinienkonforme Auslegung gilt, sondern fließt in eine Gesamtabwägung ein.³⁶⁾

3.2 Keine Zulässigkeit einer teleologischen Reduktion des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG

Im Ergebnis macht dies vorliegend allerdings keinen Unterschied: Die Grenzen einer unionsrechtlich determinierten richtlinienkonformen Auslegung sind im vorliegenden Fall dieselben wie jene, die das österr Recht (ohne Determinierung durch das Unionsrecht) vorgibt. Danach ist der objektivierte Wille des Gesetzgebers das entscheidende Kriterium für die Zulässigkeit einer teleologischen Reduktion.³⁷⁾

Im Anwendungsbereich einer RL wäre entscheidend, dass der Gesetzgeber in den Erläut zum Ausdruck bringt, Ziel sei die Herstellung eines richtlinienkonformen Zustands. Dies würde dann auch jene Fälle decken, in denen die unionsrechtliche Rechtslage erst nachträglich durch den EuGH geklärt wird.³⁸⁾ So meinte der OGH in der E *Fußballer des Jahres IV*, dass der österr Gesetzgeber das Zugabeverbot aufgehoben oder geändert hätte, hätte er diese erst durch den EuGH herbeigeführte Rechtslage gekannt.³⁹⁾ Nicht ausreichen sollte die gänzlich unbelegte Annahme eines abstrakten Umsetzungswillens des Gesetzgebers. Andernfalls könnten jegliche Divergenzen des nationalen Rechts im Verhältnis zu Richtlinien ohne weiteres korrigiert werden.⁴⁰⁾

Richtig stellt der OGH fest, dass eine Direktwirkung vorliegend nicht möglich gewesen wäre. Eine solche kann und sollte allerdings auch nicht über das Instrument der richtlinienkonformen Auslegung erzielt werden. Dies ist weder vom Unionsrecht verlangt,⁴¹⁾ noch wäre es aus Erwägungen der Rechtssicherheit zu begrüßen.⁴²⁾

Analog wäre im vorliegenden Fall (nach rein innerstaatlich determinierter Auslegung) darauf abzustellen, ob der Gesetzgeber bei der Erlassung des § 17 UrhG den Willen hatte, eine mit dem Unionsrecht parallele Rechtslage zu schaffen. Zum Zeitpunkt der Einführung

der Ausnahmebestimmungen für bestimmte Gemeinschaftsantennenanlagen in § 17 Abs 3 UrhG mit der Urheberrechtsgesetznovelle 1980⁴³⁾ existierten jedoch weder die Vermiet- und VerleihRL noch deren Vorgängerrichtlinie.⁴⁴⁾ Der Gesetzgeber konnte zu diesem Zeitpunkt auch (noch) nicht davon ausgehen, dass der OGH § 17 UrhG im Jahr 2016 auch auf die kabelgebundene Weiterleitung erstrecken würde.

Es scheidet vorliegend somit bereits an der grundsätzlichen Zulässigkeit einer (hier) teleologischen Reduktion. Weiters wäre zu beachten, dass ihr auch dadurch eine Grenze gesetzt wird, dass es dem Gesetzgeber nicht zugesonnen werden kann, eine sinnlose Norm erlassen zu wollen.⁴⁵⁾ Es ist nicht zulässig, durch teleologische Reduktion eine gesetzliche Vorschrift zur Gänze ihres Inhalts zu entkleiden.⁴⁶⁾ Eine teleologische Reduktion „auf null“ durch Nichtanwendung des § 17 Abs 3 Z 2 lit b UrhG würde der zu interpretierenden Bestimmung jedoch ihren Wesensgehalt nehmen. Im Unterschied zu den E *Fußballer des Jahres IV* und *Leerkassettenvergütung* (siehe oben) wäre vorliegend auch nicht einmal mehr ein theoretischer oder faktischer Anwendungsbereich geblieben.

Richtig betont der OGH auch, dass eine keine starre Empfängergrenze vorsehende Auslegung hier nicht möglich war, ebenso wenig wie eine alternative zahlenmäßige Festlegung.⁴⁷⁾ Durch den vollständigen Wegfall der Ausnahme jedoch wären alle (Kabel-)Sendungen erfasst worden, gleich wie groß die Zahl der Empfänger ist. Der Anwendungsbereich des § 17 UrhG wäre damit erweitert worden. Dies ist insofern problematisch, da eine teleologische Reduktion streng genommen (nur) dazu dient, Fälle, die nach dem Willen des Gesetzgebers nicht erfasst hätten sein sollen, vom Anwendungsbereich einer Norm auszunehmen. Durch teleologische Reduktion im vorliegenden Fall wäre jedoch



33) *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, 64, EL Mai 2018, Art 288 AEUV Rz 131.

34) Siehe auch *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012) 125ff.

35) BGH 17. 9. 2015, I ZR 228/14, Rz 38, unter Berufung auf das Gebot der einheitlichen Auslegung des nationalen Rechts.

36) *Perner*, EU-Richtlinien 129.

37) *Klamert*, Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien in der Rechtsprechung der österr Höchstgerichte, JBI 2008, 160ff mwN.

38) Dass vorliegend der Gesetzgeber trotz Kenntnis der Entscheidung des EuGH zu C-138/16, *AKM/Zürs.net*, bisher nicht reagiert hat, wäre dabei unerheblich.

39) OGH 21. 2. 2017, 4 Ob 62/16 w, *Amazon*.

40) So aber wohl Büchele, *Leerkassettenvergütung* auf dem Prüfstand, *ecolx* 2016, 405, nach welchem „§ 42 b Abs 1 iVm Abs 3 UrhG teleologisch in dem Sinn zu reduzieren [ist], dass die Bestimmung schlicht unangewendet zu bleiben hat, weil der Gesetzgeber eine richtlinienkonforme Regelung schaffen wollte“.

41) Die Belege aus der Rsp des EuGH, die *Walter*, MR 2018, 237 (240), anführt (*Connect Austria, Egenberger*), betreffen Fälle, in denen im Ergebnis eine Direktwirkung (und keine richtlinienkonforme Auslegung) angeordnet wurde. Dass diese dort im Horizontalverhältnis zum Tragen kommt, dürfte dem Grundrechtscharakter der Fälle geschuldet sein. Siehe *Klamert*, EU-Recht² (2018) Rz 171.

42) Vgl *Klamert*, Richtlinienkonforme teleologische Reduktion bis zur Gegenstandslosigkeit: Methodologische Anmerkungen zur Zugabeverbot-Entscheidung des OGH 4 Ob 208/10g, JBI 2011, 738, BGBl 1980/321.

44) Vgl auch *Perner*, EU-Richtlinien 91.

45) Siehe etwa *Potacs*, *Effet utile* als Auslegungsgrundsatz, *EuR* 2009, 465 (473).

46) RIS-Justiz RS0008979.

47) Siehe aber die Glosse von *Walter*, MR 2018, 237 (240f).

der Anwendungsbereich des § 17 UrhG nicht reduziert, sondern vielmehr erweitert worden.

3.3 Kein Staatshaftungsanspruch

Dass es sich vorliegend um einen Sachverhalt außerhalb des Anwendungsbereichs einer RL handelt, ist damit im Ergebnis nicht für die Frage der Auslegung der Bestimmung entscheidend, jedoch für die Frage eines Staatshaftungsanspruchs gegen den österr Gesetzgeber. Da das Unionsrecht vorliegend keine Vorgaben macht, konnte der österr Gesetzgeber auch nicht richtlinienwidrig handeln. Damit liegt keine Unionsrechtsverletzung vor, die jedoch Voraussetzung eines Staatshaftungsanspruchs wäre.



3.4 Fazit

Das Ergebnis ist somit aus methodischer Sicht zu begrüßen, wenn man auch konstatieren muss, dass sich das Verhältnis zur doch weiter gehenden *Fußballer des Jahres IV*-Entscheidung aus dem Urteil leider nicht erschließt.

Marcus Klamert,
Bundeskanzleramt-Rechtsdienst, WU Wien;
Hans Lederer,
Counsel, CMS Reich-Rohrwig Hainz
Rechtsanwälte, Wien⁴⁸⁾

48) Die Autoren bringen ihre persönliche Meinung zum Ausdruck.

ÖBI 2019/26

§§ 81, 85 UrhG

OGH 17. 7. 2018,
4 Ob 102/18f,
ECLI:AT:
OGH0002:2018:
00400B00102.
18F.0717.000

Veröffent-
lichungs-
interesse II

→ Veröffentlichungsbegehren trotz tauglichen Unterlassungstitels

Verfügt der Verletzte über einen tauglichen Unterlassungstitel, ist eine neuerliche Klage bei weiteren Verletzungshandlungen mangels Rechtsschutzbedürfnisses abzuweisen, uzw auch dann, wenn er die neuerliche Unterlassungsklage mit einem Be-

Sachverhalt:

Die Streitteile sind Medieninhaber periodischer Druckwerke. Im Mai 2017 veröffentlichte die Bekl in ihrer Tageszeitung sowie in ihrem e-Paper ohne Zustimmung der Kl ein Foto mit A.G., der in bauerlicher Stube mit einem rot-weiß-karierten Kopftuch posiert. Dieses Foto wurde vom Fotografen J.P. hergestellt, der sämtliche Werknutzungsrechte an die Kl abgetreten hat.

In einem zwischen den Streitteilen geführten früheren Verfahren wurde der Bekl mit rk U vom 26. 7. 2017 verboten, „Fotos, an denen der Klägerin die ausschließlichen Werknutzungsrechte zustehen, insbesondere von G.G. aufgenommene Fotos zeigend A.D. [eine andere Person als A.G.] mit Gipsfuß und Krücken und/oder Bearbeitungen davon, ohne Zustimmung der Klägerin zu vervielfältigen und/oder sonst zu verbreiten und/oder vervielfältigen zu lassen und/oder verbreiten zu lassen und/oder sonst zu verwerten“.

Im vorliegenden Verfahren beehrte die Kl – gestützt auf § 81 UrhG –, der Bekl zu verbieten, Fotos, an denen ihr die ausschließlichen Werknutzungsrechte zustehen, insb das hier beanstandete Foto und/oder Bearbeitungen davon, ohne ihre Zustimmung zu vervielfältigen und/oder zu verbreiten und/oder vervielfältigen zu lassen und/oder sonst zu verwerten, insb im Rahmen der Berichterstattung über die Kopftuch-Debatte mit dem Bundespräsidenten zu veröffentlichen. Zudem beehrte sie die **Urteilsveröffentlichung** und die Zahlung eines angemessenen Entgelts. Das fragliche Foto sei anlässlich der Berichterstattung im Rahmen der öffentlich geführten Kopftuch-Debatte exklusiv für sie erstellt worden. Durch den rechtskräftigen Unterlassungstitel im Vorverfahren sei ihr Rechtsschutzbedürfnis nicht weggefallen, weil sie weiterhin ein rechtliches Interesse daran habe, das Publi-

gehen auf Urteilsveröffentlichung verbindet, sofern sein Interesse daran nicht über jenes „berechtigte Interesse“ hinausgeht, das den Veröffentlichungsanspruch erst schafft.

kum über die rechtswidrige Handlungsweise der Bekl aufzuklären.

Die Bekl entgegnete, dass sie ab Kenntnis der Werknutzungsrechte der Kl das Lichtbild nicht mehr verwendet habe. Aufgrund des rechtskräftigen Unterlassungstitels im Vorverfahren komme der Kl kein Rechtsschutzbedürfnis zu. Das Begehren auf Urteilsveröffentlichung setze aber einen Unterlassungsanspruch voraus.

Das ErstG wies das Unterlassungs- und das Veröffentlichungsbegehren ab; dem Zahlungsbegehren gab es hingegen statt. Bei Schluss der Verhandlung habe die Kl bereits über einen rechtskräftigen und vollstreckbaren Unterlassungstitel verfügt, der der Bekl die Veröffentlichung von Fotos, an denen der Kl die ausschließlichen Werknutzungsrechte zustehen, untersage. Damit könne sie unmittelbar Exekution auf Unterlassung führen. Für das neuerliche Unterlassungsbegehren fehle der Kl daher das Rechtsschutzbedürfnis. Der Anspruch auf Urteilsveröffentlichung sei ein vom Unterlassungsbegehren abhängiger Nebenanspruch. Ein besonderes Interesse an der Veröffentlichung habe die Kl nicht behauptet.

Das BerG bestätigte diese Entscheidung. Der OGH ließ die Rev zu, gab ihr aber nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Die Kl bestreitet nicht, dass sie über einen den hier verfolgten Verstoß erfassenden Unterlassungstitel verfügt und Exekution führen könnte, sowie dass über das Veröffentlichungsbegehren im Vorprozess noch nicht rk entschieden wurde.

Sie steht aber auf dem Standpunkt, dass sie ein berechtigtes Interesse an der Urteilsveröffentlichung hinsichtlich der hier geltend gemachten Verletzungshandlung habe, weshalb die neuerliche Unterlassungsklage samt Veröffentlichungsbegehren nicht abgewiesen werden dürfe; für die neuerliche Unterlassungsklage

Der OGH prüft die Möglichkeiten, trotz der Existenz eines Unterlassungstitels wegen einer neuerlichen Störung eine weitere Unterlassung samt Urteilsveröffentlichung zu begehren, und antwortet dabei auf die Kritik der Literatur.